WYROK
z dnia 20 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Członkowie:Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez:

A. wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 1195/20),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy** (sygn. akt: KIO 1202/20),

C. wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1204/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, przy udziale:

A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20, KIO 1202/20 oraz KIO 1204/20 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20, KIO 1202/20 oraz KIO 1204/20 po stronie Odwołującego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz TORMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20, KIO 1202/20 oraz KIO 1204/20 po stronie Zamawiających,

D. wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 oraz KIO 1202/20 po stronie Zamawiających,

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 po stronie Zamawiających,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.**

2. Uwzględnia odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1, 2, 3 i 5 petitum odwołania oraz wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającym unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
   W pozostałym zakresie zarzuty odwołań oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiających w sprawie o sygn. akt: KIO 1202/20 oraz KIO 1204/20 i Odwołującego - wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 1195/20), Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy (sygn. akt: KIO 1202/20) oraz

Odwołującego - wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1204/20) tytułem wpisu od odwołań,

3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiających kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3 zasądza od Zamawiających na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.4 zasądza od Zamawiających na rzecz wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Wrocław oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz których działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego 02100 Budowa Osi Zachodniej we Wrocławiu (znak postępowania: ZP/84/PN/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 249-617365.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1195/20

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący 1" lub „Strabag"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Spółkę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. - LIDER Konsorcjum, TORMEL Sp. z o.o. - PARTNER [dalej „Kobylarnia"] jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy wykonawca ten w Formularzu oferty - Załączniku nr 1a do oferty nie zachował procentowego podziału wartości zestawienia kosztów realizacji zadania zgodnie z pkt 16 IDW w związku z punktem 17.5.1.2 IDW;

2.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Kobylarnię, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

3.art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców w zw. z treścią tabeli 24.2.4 Pi (B) i przyznania Odwołującemu "0" punktów za doświadczenie wskazanego Kierownika budowy (B) z odwołaniem się do braku wskazania w ofercie, czy posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń, podczas gdy zakres uprawnień nie stanowił kryterium oceny ofert tylko doświadczenie, a ponadto ww. wymóg zakresu uprawnień został spełniony zgodnie z treścią pkt 9.2.2. SIWZ stanowiący warunek udziału;

4.art. 26 ust. 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie braku wykazania posiadania przez Kierownika budowy wskazanego przez Odwołującego w punktowanym kryterium doświadczenia (B), podczas gdy zakres uprawnień tego Kierownika drogowego odwołuje się do zadań/inwestycji realizowanych dla tego samego Zamawiającego i stanowi warunek, który nie wymaga żadnych dodatkowych informacji w celu jego samodzielnej weryfikacji przez Zamawiającego;

5.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w następstwie zaniechania odrzucenia oferty Kobylarni, w sytuacji gdy na skutek zastosowania poprawienia omyłek pisarskich w dalszym ciągu zachodzi sprzeczność treści oferty z wymogami SIWZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Kobylarnię;

2.nakazanie powtórnej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Kobylarnię;

3.nakazanie przyznania ofercie Odwołującego 10 pkt w kryterium doświadczenia Kierownika budowy (B);

4.powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród ofert niewadliwych, zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 przedstawił stan faktyczny sprawy.

Zarzuty dotyczące oferty Kobylarni

Odwołujący 1 wskazał, że oferta Kobylarni została wybrana z naruszeniem treści postanowień SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przewidział w treści pkt 16 IDW w związku z punktem 17.5.1.2 IDW, który odnosi się do Załącznika 1a, że podział kwoty za tzw. zaplecze budowy (organizacja, utrzymanie i likwidacja) miał zachować wymóg procentowych proporcji oraz określił konsekwencje dla ofert wskutek jej niezachowania. Załącznik 1a stanowił integralną część oferty i został zmieniony w następstwie udzielonych wykonawcom odpowiedzi na pytania z dnia 07.02.2020 r., jednakże Zamawiający nie zmienił wymagań w zakresie podziału procentowego sum wartości opisywanych w zestawianych pozycjach rozliczeniowych. Odwołujący 1 podnosił, że w Załączniku nr 1a w ofercie Kobylarni w poz. 76 + 91, poz. 77 + 92 oraz poz. 79 + 93 nie został zachowany procentowy podział wymagany w SIWZ w proporcjach 92,5% do 7,5%. Wskazywał, iż procent ten dla poz. 76, 77 i 79 wynosił 92,93%. Z kolei w przypadku pozycji 91, 92 i 93 wynosił 7,07%.

W konsekwencji, aby nie popaść w niezgodność merytoryczną opisanych przez samego Zamawiającego kryteriów zgodności oferty z wymaganiami opisanymi w IDW Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Kobylarni, jako niezgodnej z IDW na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 podnosił, że pomimo zabiegów Zamawiającego polegających na uznaniu i poprawieniu omyłek w ofercie Kobylarni w Kosztorysie ofertowym nr 40 tego wykonawcy z kwoty 284.595,23 zł na kwotę 284.355,00 zł, to jednak kwota po korekcie (na str. 5) nie odpowiada kwocie w Załączniku nr 1 w poz. 40 (str. 10). Oznacza to, że oferta przyjęta przez Zamawiającego nie uwzględnia także konsekwencji rachunkowych przeprowadzonych przez niego zmian i czyni zasadnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego powołanych na wstępie postanowień SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp, w szczególności w zakresie zaniechania uzyskania zgody tego wykonawcy na wprowadzenie zmian stanowiących ich konsekwencje rachunkowe, a zatem ich wprowadzenie z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co Odwołujący 1 zarzuca Zamawiającemu poprzez naruszenie ww. przepisu.

Odwołujący 1 podkreślał, że w załączniku 1a oferty Kobylarni pozostałe kwoty wskazane w poz. 76, 77, 79 oraz 91, 92, 93 nawet po korektach dokonanych w trybie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w dalszym ciągu wykazują na niezgodność wymaganego w Załączniku nr 1a podziału procentowego sum 92,5% do 7,5%, które to skutkować winny, zgodnie z treścią SIWZ uznaniem jej za niezgodną z wymogami SIWZ i odrzuceniem tej oferty przez Zamawiającego, a w sposób niezrozumiały zaniechał w tym zakresie jakiejkolwiek oceny dokonując jej wyboru pomimo, że nie spełnia tego wymogu.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Kobylarni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy tymczasem oferta ta nie odpowiada limitom procentowych zestawień narzuconych dla poszczególnych pozycji rozliczeniowych (Załącznika 1a). W ofercie Kobylarni w poz. 76 + 91, poz. 77 + 92 oraz poz. 79 + 93 nie został zachowany procentowy podział wymagany w SIWZ w proporcjach 92,5% do 7,5%.

Zdaniem Odwołującego 1 procentowe limity narzucone przez Zamawiającego zostały przekroczone. Obowiązkiem wykonawców było przedstawić kalkulację z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Analogiczne ograniczenie należy zastosować wobec procentowych limitów narzuconych przez Zamawiającego (choć wersja ta jawi się jako niekorzystna i wymagająca dla wykonawców, to jednak taka dokładność do jednego miejsca „po przecinku" określa dany próg procentowy w sposób wiążący Zamawiającego i wykonawców przy ocenie, czy spełnia opisany wymogi SIWZ, czy też nie spełnia). Obowiązkiem Zamawiającego było zatem podstawić wyliczone (poprawione) kwoty w ofercie Kobylarni do formuły, którą sam wykonawcom narzucił.

Uzasadniał, że wg. wymagań opisu pozycji suma obu zestawianych par ww. pozycji powinna spełniać dwa wymagania zgodnie z narzuconymi przez Zamawiającego zasadami procentowego podziału ww. kwot w SIWZ:

a) tzn. nie przekraczać 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90 (to kryterium w Załączniku 1a Zamawiający opisał jako obowiązkowe do spełnienia, jednocześnie brak spełnienia powoduje odrzucenie oferty uznając je za istotne). W przypadku oferty Kobylarni suma poz. 75+90 z Załącznika 1a to kwota 133.529.791,14 PLN netto + 11.403.936,79 PLN netto = 144.933.727,93 PLN netto. Zatem 0,1% z 144.933.727,93 PLN netto = 144.933,73 PLN.

Z uwagi na to, że Kobylarnia w każdej z par pozycji 76 + 91, 77 + 92, 79 + 93 miała te same kwoty, to dla przykładu wyliczenie wygląda jak niżej: Suma pozycji 76+91 wg. Załącznika 1a Kobylarni wynosi: 133.338,43 PLN + 10.145,32 PLN = 143.483,75 PLN.

Oznacza to, że w przypadku uznania poprawienia omyłek przez Zamawiającego za dopuszczalne, istotny wymóg SIWZ opisany przez Zamawiającego został spełniony: 143.483,75 PLN < 144.933,73 PLN.

b) nie został spełniony ani w żaden sposób skorygowany i zaakceptowany zgodnie z wymogami SIWZ podział ww. kwoty (tutaj: 143.483,75 PLN) w wymaganym treścią SIWZ procentowym 92,5% i 7,5%:

I tak 92,5% stanowi kwotę 132.722,47 PLN: w załączniku 1a Kobylarnia ma kwotę: 133.338,43 PLN, co stanowi 92,93%.

I tak 7,5% stanowi kwotę 10.761,28 PLN: w załączniku 1a Kobylarnia ma kwotę: 10.145,32 PLN, co stanowi 7,07%.

Podsumowując wskazał, iż błąd w ofercie Kobylarni jest odpowiednio w pozycjach Załącznika 1a 76 + 91, 77 + 92, 79 + 93 jako nie spełnienie podziału procentowego przyjętej kwoty w opisanych w nich pozycjach.

Wobec tego określenie zakresu przedmiotu zamówienia i skalkulowanie go w sposób odmienny od wymogów Zamawiającego, z pominięciem wytycznych Zamawiającego co do procentowego podziału kwot stanowi podstawę stwierdzenia niezgodności oferty Kobylarni z treścią SIWZ. Uzasadniał, iż z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Oznacza to, że zarzucana odwołaniem niezgodność zachodzi i nie może być konwalidowana w następstwie późniejszych czynności Zamawiającego (po dacie złożenia i wyboru oferty Kobylarni) zmierzających do „dostosowania" treści wprowadzonych przez Zamawiającego istotnych zmian w jej treści do zgodności z warunkami opisanymi w SIWZ.

W ocenie Odwołującego 1 niezgodność treści oferty Kobylarni z wymogami procentowego podziału kosztów opisanych w SIWZ. Powyższa niezgodność nie została zaliczona także jako omyłka, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to z kolei spowodowało powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej odrzucenia wskutek stwierdzenia istotnej niezgodności treści oferty Kobylarni z SIWZ w zakresie wymogu procentowego podziału kwot wynikających ze SIWZ. Do rozstrzygnięcia pozostaje również kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Granicą dla dokonania zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe jest brak doprowadzenia do istotnych zmian w treści oferty przez które należy rozumieć zachowanie ostatecznie procentowego podzielania zestawianych kosztów realizacji zadania wymaganego w SIWZ. Ponieważ treść oferty Kobylarni obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W konsekwencji za uprawnione należy uznać stwierdzenie niezgodności podziału procentowego kwot z zestawienia kosztów występujących w ww. zakresie wymaganym w SIWZ, a występującym w ofercie Kobylarni.

Odwołujący 1 podniósł, że Zamawiający nie dokonał zmiany w zakresie wprowadzonych przez siebie poprawek z SIWZ w ofercie Kobylarni w zakresie zarzucanych niezgodności z wymogami SIWZ oraz nie powiadomił tego wykonawcy o poprawkach w zakresie usunięcia tych niezgodności oferty ze SIWZ, a także nie uzyskał na nie akceptacji Kobylarni. Skoro zatem Zamawiający nie poprawił ww. niezgodności w treści oferty Kobylarni w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp i nie uzyskał też pisemnej akceptacji tego Wykonawcy na poprawienie „omyłki" na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to stwierdzenie tej niezgodności winno skutkować odrzuceniem oferty Kobylarni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące oceny oferty Odwołującego 1 w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia kierownika budowy

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący 1 kwestionował czynność Zamawiającego polegającą na przyznaniu ofercie wykonawcy Strabag 0 punktów w ramach kryterium opisanego w punkcie 24.2.4 (B) SIWZ pn.: „Doświadczenie kierownika budowy".

Uzasadniał, że z decyzji Zamawiającego wynika, iż wskazany przez Odwołującego 1 p. Z. L. spełnia wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie spełnia postanowienia pkt 24.2.4. (B) IDW, w punktowanym kryterium pn. „Doświadczenie Kierownika budowy", które stanowi kryterium oceny ofert Pi (B), które zostały opisane wprost w tabeli 24.2.4Pi (B). U podstaw decyzji o braku przyznania Odwołującemu 1 w punktowanym kryterium pn. „Doświadczenie Kierownika budowy", które stanowi także kryterium oceny ofert Pi (B), które zostały opisane jednoznacznie w 24.2.4 Pi (B) nie tkwi jednak stwierdzenie, że wskazane i opisane przez Wykonawcę w pkt 4.6 Formularza oferty doświadczenie kierownika nie potwierdza spełnienia opisanego w nim punktowanego kryterium, tylko stwierdzenie Zamawiającego, że nie wskazano w Formularzu oferty w pkt 4.6, czy zakres jego uprawnień, obejmuje uprawnienia bez ograniczeń.

Odwołujący 1 uzasadniał, że z literalnego brzmienia punktowanego kryterium oceny 24.2.4Pi (B) wynika, że miarodajne dla oceny przyznawanych w tym kryterium punktów jest doświadczenie opisane w Formularzu oferty, a nie zakres posiadanych uprawnień przez wskazanego przez Odwołującego kandydata.

Skoro w ocenie Zamawiającego nie budziło wątpliwości spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wskazanego Z. L. z pkt 9.2.2. tj. wymóg posiadania uprawnień jako Kierownika budowy bez ograniczeń odpowiednio do warunków opisanych w pkt 9.2.2., to tym samym nie sposób uznać, aby kryterium udziału w postępowaniu zostało spełnione w zakresie posiadania uprawnień dotyczących

uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, a jednocześnie nie spełniał tego kryterium w zakresie kryterium oceny ofert 24.2.4 Pi (B) w zakresie doświadczenia.

W ocenie Odwołującego 1 Zamawiający w sposób nieuprawniony popadł w sprzeczność w zakresie powiązania procesu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku osoby Kierownika budowy Z. L. z pozacenowymi kryteriami oceny ofert w SIWZ.

Zamawiający ustalił, że kryterium warunku udziału w postępowaniu w pkt 9.2.2. IDW pn. „Kierownik budowy" oraz „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy" z tabeli Pi (B) będzie rozpatrywane łącznie na podstawie informacji zawartych w Formularzu oferty w pkt 4.6. oraz zgodnie z pkt 24.2.4 IDW. Zamawiający wskazał, że w ramach obu funkcji wykonawca wskaże osobę posiadającą doświadczenie zawodowe określone w pkt 9.2.2. IDW tj. Kierownik budowy.

W ocenie Odwołującego 1 wg. podanego w zamieszczonej treści oświadczenia Wykonawcy Formularza oferty pkt 4.6. wskazany kandydat spełnia wymóg opisany treścią samego warunku w zakresie posiadania uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej, wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa w zakresie tożsamym z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1202 ze zm.). W przeciwnym wypadku Odwołujący 1 nie spełniłby warunku udziału w postępowaniu.

W pkt 4.6. Formularza oferty na stanowisko Kierownika budowy oraz na potwierdzenie spełnienia warunku udziału Odwołujący 1 wskazał p. Z. L. Powyższa osoba wskazana z imienia i nazwiska, wskazana została także z zakresem posiadanych uprawnień, numer członkowski OIIB, oraz doświadczenia tj. pełnione funkcje, nazwę i przedmiot zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych poniżej (patrz tabela do warunku 24.2.4 IDW), wraz z podstawami dysponowania ww. osobą. Powyższe pozwala na przyjęcie, że Zamawiający wprowadził zasadę tożsamości podmiotowej osób wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku i na potrzeby kryterium oceny ofert.

W ocenie Odwołującego 1, wbrew stanowisku Zamawiającego, powyższe sformułowane kryterium przesądza o tym, że zadania realizowane przez Kierownika budowy wskazane w ramach kryterium doświadczenia spełniają wymagania określone na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący 1 wskazał, że przeniesienie warunku udziału w sposób literalny do treści kryterium, jednakże z punktowanym dłuższym okresem czasu i rozbudowanym opisem doświadczenia polegającego na rozszerzeniu tych samych wymogów na kolejne dwa i trzy zadania, wskazuje na to, że intencją Zamawiającego było, aby premiować doświadczenie kandydata z długim stażem pracy i doświadczenia w ramach zastosowanego kryterium oceny oferty i dotyczy tej samej osoby.

Z takiego mechanizmu opisania warunku udziału i warunku przyznawania punktacji skorzystał Zamawiający. Wynika to z faktu, iż Zamawiający w obu przypadkach konstruując kryterium oceny ofert powtórzył treść warunku dotyczącego warunku udziału osoby. Jeżeli taki był cel i zamiar Zamawiającego, to z procesu wykładni wynika, że nie sposób uznać, że od strony podmiotowej, że Z. L. spełniała wymogi warunków udziału, a jednocześnie nie spełniała dodatkowego kryterium ocen dotyczącego większego doświadczenia zdobytego w ramach trzech zadań niż tylko jednego.

Zamawiający zobligowany był zatem do dokonania oceny w ramach kryterium oceny ofert jedynie w oparciu o treść tabeli z pkt 24.2.4 Pi (B) IDW i przyznania Odwołującemu 10 pkt w ramach tego kryterium. Działania Zamawiającego na etapie oceny oferty stanowią de facto nieuprawnioną zmianę treści tabeli SIWZ Pi (B), po terminie składania ofert, aby dokonać wyboru innego wykonawcy niż Odwołujący.

Dalej Odwołujący 1 wskazywał, że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy i w związku z tym do oceny tego oświadczenia woli ma zastosowanie art. 65 k.c. Brak było zdaniem Odwołującego 1 logicznych podstaw aby wywieść z treści oświadczenia Odwołującego (oferty) w zestawieniu z wymogiem posiadania przez wskazanego przez niego Kierownika budowy Z. L. posiadania wymaganych kwalifikacji zawodowych bez ograniczeń w sytuacji powiązania w SIWZ jako warunku udziału posiadania przez taką uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej i to bez względu na to czy nabyły uprawnienia na tzw. nowych, czy starych zasadach.

Odmienne zapatrywanie prowadzi do wniosku, że należałoby uzupełnić istniejące postanowienia dotyczące punktowanego doświadczenia o nowe kryterium nie znajdujące potwierdzenia w literalnym brzmieniu pkt 24.2.4 (B). Tylko w ten sposób można uzyskać wynik wykładni, który został zaprezentowany przez Zamawiającego w odmowie przyznania Odwołującemu 10 punktów za doświadczenie na zadaniach wskazanych przy kandydacie. Jednak taki sposób wykładni stanowi nadinterpretację postanowień SIWZ i nie może być wykorzystywany do odkodowania wymagań, które w sposób literalny nie wynikają z treści tabeli i podstawy punktowania - doświadczenia. Powiązanie podmiotowe osoby wskazanej zarówno na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z kryterium przyznawania dodatkowych punktów za tzw. doświadczenie zdobyte przez tą samą osobę w ramach trzech zadań sprawia, że stanowisko Zamawiającego jest oczywiście nieprawidłowe, wewnętrznie sprzeczne i stanowi nadinterpretację warunków SIWZ.

Zamawiający przewidział także w pkt 4.2 Formularza oferty wzór oświadczenia dotyczącego kierowania do wykonania zadania kierownika budowy z posiadaniem uprawnień bez ograniczeń, który to wzór musiał zostać przez wykonawców wypełniony w taki sposób, aby Zamawiający wiedział, czy wykonawca kieruje, czy nie kieruje osobę do wykonania zadania spełniającą te wymagania uprawnień zdobyte zarówno na nowych zasadach (przepisach) lub na równoważnych im nabytych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a jeśli kieruje - to podania danych dotyczących tych uprawnień i realizowanych zadań. Celem wypełnienia formularza oferty w tym zakresie było zatem umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny tej oferty w świetle ww. kryterium. Odwołujący 1 wskazał w Formularzu oferty z imienia i nazwiska Kierownika budowy z oświadczeniem, że spełnia postawiony warunek udziału oraz wymagane minimalne doświadczenie, a w kryterium poza cenowym dodatkowe zadania celem uzyskania maksymalnej liczby punktów.

Odwołujący podniósł także, że w zakresie doświadczenia wskazanego w Formularzu oferty do 24.2.4 Pi (B) IDW wpisane zostały zadania realizowane przy udziale kierownika budowy Z. L. na rzecz Zamawiającego, jakim jest Gmina Wrocław i MPWiK. To oznacza, że Zamawiający dysponował wszelkimi niezbędnymi informacjami, które pozwalały mu bez jakiejkolwiek dodatkowych czynności na weryfikację danych niezbędnych do oceny zakresu posiadanych uprawnień, przy czym, co należy podkreślić, zakres uprawnień nie stanowił punktowanego kryterium oferty.

Uzasadniał, że brak przyznania przez Zamawiającego w kryterium dotyczącym oceny doświadczenia Kierownika budowy nie mogło podlegać ocenie i uzyskać 10 pkt i do przyjęcia takiego wniosku nie było konieczne wskazanie zakresu uprawnień Z. L. Gdyż samo oświadczenie Wykonawcy potwierdzało posiadanie wymaganego zakresu uprawnień bez ograniczeń, a ponad to w ramach podania dodatkowego punktowanego doświadczenia wskazane zostały zadania obiektywnie znane i weryfikowalne przez samego Zamawiającego. Przyznanie zatem Odwołującemu 10 punktów nie stanowiłoby naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie doszłoby w tym przypadku do zmiany treści oferty, a jedynie do wykładni oświadczenia woli zgodnej z art. 65 k.c.

Potwierdzeniem powyższego jest także i to, że w ramach dyspozycji i celu związanego z oceną warunków udziału dotyczącego zakresu uprawnień kierownika budowy Zamawiający nie musiał dysponować żadnymi dodatkowymi informacjami na ten temat, z uwagi na treść przepisu art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, a co za tym idzie nie było żadnych przeszkód by ta samo osoba podlegała ocenie w zakresie wskazanego przez Odwołującego 1 poza cenowego kryterium doświadczenia przez doświadczenie, a nie zakres uprawnień. Do ww. przepisu nawiązują także postanowienia § 10 ust. 1 i 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może wymagać od wykonawców Zamawiający. Zgodnie z nimi Zamawiający bądź to pobiera wskazane przez wykonawcę dokumenty z ogólnodostępnych baz danych, bądź też korzysta z tych już posiadanych pod warunkiem, że są one aktualne.

Podkreślał, że ilość budów realizowanych przez kandydata Odwołującego na kierownika budowy wskazana w Formularzu oferty / klasa drogi / zakres robót; roboty torowe / branżowe itd. jak najbardziej również obiektywnie wskazują, że wymóg posiadania doświadczenia dla punktowanego kryterium zarówno w zakresie wymaganych uprawnień bez ograniczeń jak i punktowanego doświadczenia przez Zamawiającego został spełniony zgodnie z treścią tabeli 24.2.4 Pi (B) IDW.

Skoro Zamawiający powiązał treść kryterium ze sformułowanym w postępowaniu warunkiem udziału w postępowaniu w ramach zasad przyznawania punktów (a więc w opisie ich przyznawania) i zamieścił powtórzenie treści warunku uzupełnione dodatkowymi wymaganiami z kryterium lub wprost wskazać przez odniesienie do pkt 9.2.2. IDW, to ocena w ramach tego kryterium zakresu uprawnień była możliwa a przyznanie dodatkowych punktów winno nastąpić logicznie jako ciąg, gdy na potrzeby kryterium zostanie przedstawiona dodatkowa inwestycja, zadanie lub projekt, które będą spełniały minimalne wymagania wynikające z treści opisanego warunku jako doświadczenie kandydata wraz w ramach poza cenowego kryterium oceny oferty z pkt 24.2.4 Pi (B) IDW je potwierdzają. Tylko tak formułowane postanowienie w treści tabeli pkt 24.2.4 Pi (B) IDW może być uznane za poprawne i jednoznaczne i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych na niekorzyść wykonawcy. Jak wynika z wieloletniego dorobku orzeczniczego Krajowej Izby Odwoławczej wszelkiego rodzaju nieścisłości, niejednoznaczności winny być natomiast interpretowane na korzyść wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa KIO wynika również zasada, że treść SIWZ nie może być „uzupełniana" w wyniku nadinterpretacji jej postanowień tabeli (B).

Odwołujący 1 wskazał, że kwestionowana czynność Zamawiającego polegająca na przyznaniu wskazanemu Kierownikowi budowy "0" punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert dotycząca, co do zasady jego wieloletniego doświadczenia jako Kierownika budowy także na 2 zadaniach realizowanych dla tego samego Zamawiającego, stanowiła niewątpliwie obiektywnie weryfikowalne kryterium zakresu jego doświadczenia odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a odmowa przyznania Odwołującemu w tym kryterium opisanym w pkt 24.2.4 Pi (B) IDW, dodatkowych punktów za wskazane doświadczenie jest niezgodna z powołanymi na wstępie przepisami ustawy Pzp i kryteriami dotyczącymi doświadczenia, a nie zakresu uprawnień.

Tym samym, w ocenie Odwołującego 1, Zamawiający dokonał wadliwej czynności oceny i badania oferty Odwołującego. Oznacza to, że zarówno badanie oferty powinno zostać powtórzone przez Zamawiającego pod kątem niezgodnej z warunkami SIWZ oceny oferty, jak

1celem określenia właściwego, tj. zgodnego z literalnym brzmieniem treści tabeli 24.2.4 Pi (B) IDW, rankingu ofert w odniesieniu do

oferty Odwołującego z nakazaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą przyznania Odwołującemu 10 punktów za doświadczenie Kierownika budowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że błędne pozostają zarzuty Odwołującego 1, że oferta Kobylarni powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, co wskutek zaniechania tej czynności przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust.

2pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest prawdą, że w ofercie Kobylarni, w załączniku nr 1a (Zestawienie kosztów zadania) w pozycjach dotyczących wyceny:

1)organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem - poz. 76 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 91 dla zakresu MPWIK;

2)utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy - poz. 77 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 92 dla zakresu MPWiK;

3)likwidacja zaplecza - poz. 79 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 93 dla zakresu MPWiK nie został zachowany procentowy podział wymagany w SIWZ - według Odwołującego 1 w proporcjach 92,5% do 7,5%.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący 1 błędnie odczytuje zapisy załącznika nr 1a stanowiącego część SIWZ oraz przewidziane w nim przypadki uznania treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ, co będzie skutkowało jej odrzuceniem (przypisy 1, 2 i 4 na str. 4 wzoru Załącznika nr 1a do SIWZ). W załączniku tym Zamawiający wskazał jedynie, że niezgodność opisana wyżej i skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nastąpi w sytuacjach określonych w przypisach nr 1, 2, 4, 5, 6 oraz 7 załącznika nr 1a do IDW.

Uzasadniał, iż oferta Kobylarni nie narusza w żadnym miejscu wyżej opisanego wymagania, co zresztą potwierdza Odwołujący 1 - łączna cena netto robót w ofercie Kobylarni (suma pozycji 75+90 Załącznika 1a) to kwota 144.933.727,93 PLN netto (obliczenie: 133.529.791,14 PLN netto + 11.403.936,79 PLN netto=144.933.727,93 PLN netto).

A zatem 0,1% ze 144.933.727,93 PLN netto - daje 144.933,73 PLN i kwoty tej nie przekracza w ofercie Kobylarni:

-łączna cena za organizację zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem tj. suma poz. 76 oraz 91 Zestawienia koszów zadania, wynosząca 133.338,43 PLN + 10.145,32 PLN =143.483,75 PLN, czyli mniej niż 144.933.73 PLN,

-łączna cena za utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy tj. suma poz. 77 oraz 92 Zestawienia koszów zadania wynosząca 133.338,43 PLN + 10.145,32 PLN =143.483,75 PLN, czyli mniej niż 144.933.73 PLN

-łączna cena za likwidację zaplecza tj. suma poz. 79 oraz 93 Zestawienia koszów zadania, wynosząca 133.338,43 PLN + 10.145,32 PLN = 143.483,75 PLN, czyli mniej niż 144.933,73 PLN.

Podkreślał, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący 1 w żadnym miejscu Załącznika nr 1a Zamawiający nie przewidział skutku w postaci odrzucenia oferty na wypadek nie zachowania procentowego podziału wymaganego w SIWZ tj. 92,5% w poz. 76, 77 i 79 ww. Załącznika nr 1 i 7,5% w poz. 91, 92 i 93 ww. Załącznika nr 1 , a przede wszystkim nigdzie nie przewidział, że taki podział procentowy należy obliczać z sumy pozycji: 76 + 91 Zestawienia koszów zadania, 77 + 92 Zestawienia koszów zadania oraz 79 + 93 Zestawienia koszów zadania.

Uzasadniał, że cała tabela, którą prezentuje Odwołujący 1 na str. 8 odwołania, wykazująca rzekome nieprawidłowości oferty Kobylarni jest błędna, bo błędne i sprzeczne z zapisami SIWZ jest założenie Odwołującego o liczeniu proporcji 92,5% oraz 7,5% z sumy pozycji 76 + 91 Zestawienia kosztów zadania; z sumy pozycji 77 + 92 Zestawienia kosztów zadania oraz z sumy pozycji 79+93 Zestawienia kosztów zadania.

W pozycjach 76, 77 i 79 Załącznika nr 1a Zamawiający wskazał jedynie, że wyceniając te pozycje należy w każdej z nich spełnić wymóg, zgodnie z którym stanowią one: 92,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90 (zawsze Wykonawca może dać ceny poniżej tego progu).

Według oferty Kobylarni „nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90", to kwota maksymalna 144.933,73 PLN. A zatem 92,5% obliczone od tej wartości daje kwotę 134.063,70 PLN.

Żadna z cen podanych w ofercie Kobylarni w poz. 76, w poz. 77 i w poz. 79 Załącznika nr 1a nie przekracza kwoty 134.063,70 PLN (czyli 92,5% z nie więcej niż 0,1%_wartości robót określonych w poz. 75+90), skoro w każdej z tych pozycji Kobylarnia wskazała cenę wynoszącą 133.338,43 PLN.

Dalej w pozycjach 91, 92 i 93 Załącznika nr 1a Zamawiający wskazał jedynie, że wyceniając te pozycje należy w każdej z nich spełnić wymóg, zgodnie z którym stanowią one 7,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90 (zawsze Wykonawca może dać ceny poniżej tego progu).

Według oferty Kobylarni „nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90", to kwota maksymalna 144.933,73 PLN. A zatem 7,5% obliczone od tej wartości daje kwotę 10.870,02 PLN.

Żadna z cen podanych w ofercie Kobylarni w poz. 91, poz. 92 i w poz. 93 Załącznika nr 1a nie przekracza kwoty 10.870,02 PLN

(czyli 7,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90), skoro w każdej z tych pozycji Kobylarnia wskazała cenę wynoszącą 10.145,32 PLN.

Wobec powyższego zarzut Odwołującego 1 jest chybiony, a oferta Kobylarni nie jest niezgodna z treścią SIWZ.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że nawet gdyby czytać treść Załącznika 1a tak jak Odwołujący tj. ustalać podział procentowy 92,5% do 7,5% z sumy pozycji 76 + 91 załącznika nr 1a do IDW; z sumy pozycji 77 + 92 oraz z sumy pozycji 79 + 93 - choć nie wynika to z treści ww. dokumentu - to przypisanie do zakresu Gminy ceny za zaplecze w kwocie przekraczającej tak odczytywany podział procentowy - byłoby tylko zwykłą omyłką rachunkową, podlegająca poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2) ustawy Pzp, skoro łączna cena za organizację zaplecza, za jego utrzymanie oraz za jego likwidację obliczona dla zakresu Gminy i MPWiK nie przekracza nigdzie 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90, czyli więcej niż 0,1 % łącznej ceny netto wszystkich robót na kontrakcie.

Zamawiający wskazał, iż chybiony pozostaje także zarzut Odwołującego 1 dotyczący rzekomo nieprawidłowego poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Kobylarni w Kosztorysie Ofertowym nr 40.

W piśmie z dnia 30.04.2020 r. skierowanym do Kobylarni Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w kosztorysie dotyczącym budowy i przebudowy sieci wodociągowej - w poszczególnych pozycjach tego kosztorysu, w kolumnie wartość - zamulenie sieci wodociągowej DN 400 - było 11.059,43 zł, po poprawie jest 11.072,25 zł i następne. Zsumowanie wartości wszystkich pozycji tego kosztorysu po dokonaniu poprawek błędów rachunkowych daje kwotę 284 723,55 zł i dokładnie taka kwota została wpisana do poprawionego przez Zamawiającego Załącznika nr 1a - Zestawienie kosztów zadania - pozycja 40.

Nie jest zatem prawdą, jak pisze Odwołujący 1, że na str. 5 ww. pisma z dnia 30.04.2020 r. poprawka Zamawiającego polega na zmianie kwoty 284 595,23 zł na 284.355,00 zł, ponieważ nigdzie taka wartość 284.355,00 zł nie została wpisana, zsumowanie skorygowanych wartości w kosztorysie ofertowym dot. przebudowy kolizyjnej sieci wodociągowej daje dokładnie wartość 284 723,55 zł (powtórzoną następnie w Zestawieniu kosztów zadania w poz. 40), a jedynie omyłkowo w podsumowaniu skorygowanych wartości ww. Kosztorysu w rubryce Razem wpisano 284 3,55 (a nie jak pisze Odwołujący 284.355,00 zł) - omyłkowo zjedzono dwie cyfry 72 przed cyfrą 3, co nie ma żadnego znaczenia bowiem jest to jedynie obliczenie sumy prawidłowo skorygowanych wartości rachunkowych w poszczególnych pozycjach kosztorysu dotyczącego budowy i przebudowy sieci wodociągowej, które po dodaniu dają prawidłową wartość 284 723,55 zł.

Zamawiający dodał, iż w zakresie tego kosztorysu poprawki dotyczyły oczywistych błędów rachunkowych, które Zamawiający poprawia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i które nie wymagają zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, jako że art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp takiej zgody wymagają tylko poprawki przewidziane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (omyłki polegające na niezgodności ofert z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Następnie Zamawiający odnosząc się łącznie do zarzutu drugiego, trzeciego, czwartego i piątego odwołania (tj. naruszenia art. 91 ust. 1, art. 91 ust. 2d, art. 26 ust. 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) wskazał, iż zarzut Odwołującego 1, iż oferta wykonawcy Strabag powinna otrzymać 10 punktów w kryterium: „Doświadczenie kierownika budowy" jest chybiony. Zamawiający powołał się na brzmienie punktu 24.2.4. IDW i wskazał, że z ww. punktu wynika, że w przypadku podania w Formularzu ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia osoby kierownika budowy, w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanej osoby (np. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, uniemożliwiający identyfikację zadania, niejasności co do pełnionej funkcji podczas realizacji zadania, rodzaju roboty, zakresu uprawnień, doświadczenia), Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy (B)". Wezwanie bowiem do uzupełnienia brakujących informacji w Formularzu ofertowym sporządzonym zgodnie z załącznikiem do IDW, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest możliwe jedynie w zakresie niezbędnym w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2. IDW, natomiast Zamawiający nie będzie przyznawał punktów w ramach kryterium za uzupełnione informacje na temat osoby kierownika budowy.

Uzasadniał, że z literalnego brzmienia całego zapisu punktu 24.2.4 IDW - a nie wyrywkowo odczytywanego przez Odwołującego - jednoznacznie wynika, że dla przyznania punktów w ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy należało podać w Formularzu oferty nie tylko informacje dot. doświadczenia tej osoby, ale także na temat jej kwalifikacji, w tym zakresu posiadanych uprawnień i wykształcenia, ponieważ jakiekolwiek braki w tym zakresie skutkują tym, że wymienione w ramach doświadczenia zadanie, na którym Z. L. pełnił funkcję kierownika budowy nie będzie punktowane w ramach oceny oferty w kryterium doświadczenie.

Wymaganie przez Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium doświadczenia personelu wykonawcy, informacji na temat zakresu uprawień (w tym czy uprawnienia są bez ograniczeń czy z ograniczeniami) i wykształcenia jest jak najbardziej zgodne z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem kryterium może dotyczyć kwalifikacji zawodowych i doświadczenia. Nie jest wiec prawdą, jak twierdzi Odwołujący 1, że zakres uprawnień nie stanowił punktowanego kryterium oceny ofert, a przyznawanie punktów miałoby się odbywać

jedynie w oparciu o informacje na temat doświadczenia.

Nie ulega wątpliwości, że w Formularzu ofertowym Odwołujący 1 ani nie wskazał wykształcenia, jakie posiada Z. L. (brak oświadczenia w tym zakresie), jak również nie wskazał, czy uprawnienia budowlane nr 471/94/UW z dnia 15.12.1994 r. do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy/robót w specjalności konstrukcyjno-inżynieryjnej są uprawnieniami bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadającymi uprawnieniom bez ograniczeń (tożsamymi z uprawnieniami bez ograniczeń) ważnymi uprawnieniami wydanymi na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa (brak oświadczenia w tym zakresie).

Wobec powyższego Zamawiający jak najbardziej prawidłowo przyznał ofercie Wykonawcy zero punktów w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy, ponieważ na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzy ofertowym (a ono jest wyłącznie podstawą do weryfikacji w ramach kryterium oceny ofert) niemożliwe było ustalenie, czy Z. L. posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń, czy nie.

Zamawiający wskazał również, że błędny jest wywód Odwołującego 1, jakoby rzekomo u Zamawiającego nie budziło wątpliwości, że wskazany Z. L. spełnia wymóg posiadania uprawnień budowalnych bez ograniczeń w ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 9.2.2., a nie spełnia tego wymogu w ramach kryterium oceny ofert, opisanego w punkcie 24.2.4 IDW. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym - zgodnie z zapisem pkt. 11.20. IDW Zamawiający zastosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. A zatem Zamawiający w ogóle nie badał, czy Odwołujący 1 spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia kierownika budowy i stąd nie było żadnych wezwań do uzupełnienia/wyjaśnienia brakujących informacji na temat tego, czy wskazany Z. L. posiada uprawnienia bez ograniczeń, bo oferta Odwołującego 1 nie była najwyżej oceniona.

W ramach natomiast przyznania punktów w kryterium doświadczenie decyduje wyłącznie oświadczenie złożone w Formularzu oferty i kompletność podanych w nim informacji. Braki nie podlegają uzupełnieniom, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp służy uzupełnieniu lub wyjaśnieniu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp - a więc składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia - a nie do weryfikacji doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w przepisie art. 91 ust. 2 pkt. 5) ustawy Pzp, co potwierdza także wyrok KIO z dnia 2.02.2017 r. KIO 140/17, wyrok KIO z dnia 18.05.2017 r. KIO 884/17, wyrok KIO z 4.05.2017 r. KIO 763/17.

Zamawiający wskazał, iż całkowicie nieuzasadnione pozostaje także odwoływanie się przez wykonawcę do art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, który jak pozostałe jego ustępy dotyczy wyłącznie weryfikacji spełnienia lub nie warunku udziału w postępowaniu, a nie oceny w ramach pozacenowego kryterium doświadczenia.

W konsekwencji słusznie oferta Odwołującego 1 otrzymała 0 punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy".

Sprawa o sygn. akt: KIO 1202/20

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy [dalej „Odwołujący 2" lub „Berger Bau"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego z wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert;

2.art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy jego oferta była zgodna z treścią SIWZ i nie zawierała omyłek;

3.art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawę pozycji nr 31 w kosztorysie ofertowym nr 32 złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. i TORMEL Sp. z o.o. w sposób dowolny, niezgodny z odpowiedziami, jakich Zamawiający udzielał na pytania wykonawców do SIWZ, polegający na dokonaniu zmiany jednostek obmiarowych (z metrów na kilometry) w sytuacji, gdy jednoznaczne zapisy pozycji nr 31 kosztorysu nr 32 tego wykonawcy wskazują, że wykonawca wskazywał cenę jednostkową odnoszącą się do 1 metra, co z kolei doprowadziło do błędnego wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej;

4.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kobylarni, mimo iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, tj. było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i zagrażało interesom innych wykonawców i Zamawiającemu, bowiem wykonawca ten wykorzystał błąd Zamawiającego i oferując zawyżoną cenę w poz. 31 kosztorysu ofertowego nr 32 chciał uzyskać niniejsze zamówienie po niskiej cenie, by na etapie realizacji za sporną pozycję uzyskać wielokrotnie wyższe wynagrodzenie;

5.art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy na skutek błędu Zamawiającego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą porównanie ofert i zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w

sprawie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3.unieważnienia czynności poprawy oferty wykonawców wspólnie ubiegających się

0udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A.

1TORMEL Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32;

4.powtórzenie badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności poprawy pozycji nr 31 kosztorys ofertowego nr 32 wszystkich wykonawców (z wyjątkiem oferty SKANSKA S.A.) poprzez zmianę ilości z 0,8 do 80 metrów i ponowne przeliczenie wartości pozycji oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. i TORMEL Sp. z o.o.;

względnie, w przypadku niemożności poprawienia kosztorysów w sposób wskazany w pkt 4

5.unieważnienia postępowania.

Odwołujący 2 w uzasadnieniu odwołania przedstawił stan faktyczny sprawy. W szczególności wykonawca zwracał uwagę na postanowienia punktu 21 IDW, wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w ramach pytania nr 510, 569, 594. Podkreślał, że pozycja 31 kosztorysu nr 32, na którą zwracali uwagę wykonawcy, nie uległa zmianie w wyniku udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania do SIWZ. Nadal jednostką obmiarową miały pozostać metry, a ilość Zamawiający nadal określał jako 0,08 m. Uzasadniał, że odpowiedzi na pytania do SIWZ sugerowały, że jeśli coś miałoby ulec zmianie w załączonym do SIWZ kosztorysie to nie jednostka obmiarowa, a ilość.

Wskazał, że wszyscy wykonawcy - poza wykonawcą Skanska - w złożonych kosztorysach wycenili wskazaną poz. 31 na Formularzu ostatecznie przedstawionym przez Zamawiającego, tj. jako jednostkę rozliczeniową dla tej pozycji pozostawili m, a jako ilość 0,08. Żaden z wykonawców, poza Skanska, nie sygnalizował w żaden sposób w swojej ofercie by mimo pozostawienia jako jednostki rozliczeniowej metra jego cena jednostkowa w istocie miała zostać ustalona dla kilometra.

Podkreślał, iż Kobylarnia zaoferowała najniższą cenę ofertową, a jednocześnie w poz. 31 podała cenę jednostkową na poziomie 960 795,24 zł, pozostawiając jako jednostkę rozliczeniową metr. Zamawiający, dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, bez uprzedniej ingerencji w treść oferty, wprawdzie na etapie wyboru oferty miałby ofertę najtańszą, ale ostatecznie na etapie realizacji zamówienia, po wykonaniu 80 m spornej pracy, musiałby zapłacić Kobylarni tylko za tą pozycję 76 863 619,20 zł. W istocie, oferta Kobylarni byłaby więc dla Zamawiającego jedną z najdroższych ofert w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający wystąpił do każdego z wykonawców z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co zdaniem Odwołującego 2, było nieuprawnione, gdyż: 1) treści ofert wykonawców były jednoznaczne - każdy z wykonawców wskazał w ofercie dla jakiej jednostki rozliczeniowej ustala cenę w poz. 31 kosztorysu nr 32; 2) Zamawiający prowadził de facto negocjacje z wykonawcami odnośnie treści oferty. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający skierował pismo do sześciu wykonawców (poza wykonawcą Skanska), w którym (odwołując się do poszczególnych zapisów IDW i przytaczając informacje zawarte przez wykonawcę w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32) poinformował wykonawców, że przygotowany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy nr 32 zawiera w pozycji nr 31 błąd. Ponadto Odwołujący 2 zwracał uwagę na treść pytania skierowanego do wykonawców oraz odpowiedzi udzielone przez poszczególnych wykonawców. Wskazał, iż w następstwie uzyskanych od wykonawców odpowiedzi Zamawiający uznał (w ocenie Odwołującego błędnie), że w takim stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt ustawy Pzp (choć omyłka dotyczyła treści kosztorysu przedstawionego przez Zamawiającego a nie ofert wykonawców) oraz że może dokonać poprawy ofert wykonawców. Poprawy nie dotyczyły przy tym wyłącznie jednostek obmiarowych, ale także cen jednostkowych i wartości, jak to miało miejsce np. w przypadku oferty Odwołującego. Odwołujący 2 zwracał uwagę, że posługując się taką konstrukcją pytań Zamawiający sugerował wykonawcom kierunek odpowiedzi i prowadził z nimi negocjacje odnośnie treści oferty, których efektem były korekty w zakresie cen wskazanych przez wykonawców, co w świetle przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp jest zakazane. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1950/19.

W zaistniałym stanie faktycznym nie było więc podstaw do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem oferty wykonawców były jednoznaczne w zakresie jednostki obmiarowej, dla której wyliczono ceny jednostkowe, a Zamawiający nie mógł przyjąć, że ich ustalenie jest na określonym poziomie jest wynikiem omyłek wykonawców.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2 Odwołujący 2 wskazał, że pomimo jednoznacznego brzmienia treści oferty

Odwołującego i jednoznacznych zapisów zawartych w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32, których prawidłowość Odwołujący potwierdził dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o dokonaniu poprawy pozycji nr 31 w kosztorysie ofertowym nr 32, a dokonane zmiany objęły zarówno zmianę w zakresie jednostki miary, jak i ceny jednostkowej i wartości. Uzasadniał, że działanie Zamawiającego było nieuprawnione w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 27 września 2019 r. sygn. akt: 1801/19. Podkreślał, że oferta Odwołującego 2 nie zawierała omyłki w zakresie ceny jednostkowej, tj. wykonawca świadomie i celowo zaproponował w poz. 31 cenę jednostkową za 1 m wykonanych robót. Pozycja nr 31 w kosztorysie ofertowym nr 32 została przy tym wyceniona przez Odwołującego 2 zgodnie z wzorem kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego. Okoliczność ta jest o tyle istotna, że wątpliwości co do poprawności zapisów zawartych w tej części kosztorysu były przedmiotem pytań do Zamawiającego i finalnie Zamawiający nie dokonał zmian przedmiaru. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest dokonywanie poprawy omyłek popełnionych przez wykonawców w ich ofertach, a nie korygowanie oferty, gdy ta została sporządzona zgodnie ze wskazaniami zamawiającego, choćby wskazania te nie były zgodne z rzeczywistą wolą zamawiającego. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp służy do odtworzenia rzeczywistej woli wykonawcy, która na skutek jego błędu miała zostać zniekształcona. Z taką sytuacją nie mieliśmy jednak do czynienia w przypadku oferty Odwołującego, który wyjaśniał Zamawiającemu, że w świetle skierowanych do wykonawców odpowiedzi na pytania dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazywał ceny jednostkowe odnoszące się do metra wykonywanych robót, tym bardziej że w odpowiedzi na pytanie nr 594 Zamawiający wskazywał wprost, że „zmieniono ilość w pozycji 31", bez odniesienia się do kwestii jednostek. Powyższe utwierdziło Odwołującego w przekonaniu, że prawidłową jednostką jest właśnie jednostka metrów. Odwołujący 2 wypełnił więc wszystkie pozycje zgodnie z instrukcją Zamawiającego i Zamawiający nie był uprawniony do poprawy tej części jego oferty, bowiem nie wystąpiła w niej omyłka.

Odwołujący 2 wyjaśniał, że w świetle odpowiedzi na pytanie nr 594 oraz kierując się pkt. 21.8 SIWZ jedynym akceptowalnym przez Odwołującego sposobem poprawienia omyłki w jego ofercie, o ile przyjmiemy, że mamy do czynienia z omyłką, byłoby przeliczenie zaoferowanej przez Odwołującego 2 ceny jednostkowej za wykonanie 1 m mechanicznego podbijania podkładów przez rzeczywistą ilość tych robót do wykonania wynikającą z dokumentacji projektowej, tj. przez 80 m.

Omyłka, jeśli przyjmiemy, że mamy z nią do czynienia w niniejszej sprawie nie dotyczy bowiem sposobu ustalenia ceny jednostkowej (każdy z wykonawców poza Skanska ustalił cenę jednostkową za 1 metr robót, czemu dał wyraz w swojej ofercie), lecz co najwyżej wyliczenia wartości całkowitej poz. 31 kosztorysu 32 (i sprowadza się do zaniechania przeliczenia poprawnie ustalonych ceny za 1 metr robót przez ich ilość rzeczywistą wynikającą z SIWZ - 80 m). Każda inna poprawa kosztorysu ofertowego Odwołującego 2 (i innych wykonawców) pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ i odpowiedziami na pytania do SIWZ, które nie przewidywały w poz. 31 zmiany jednostki rozliczeniowej, a co najwyżej ilości koniecznej do wyceny.

Odnośnie zarzutu 3. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający nie był uprawniony do dokonania poprawy oferty Kobylarni, w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32, w zakresie ograniczonym wyłącznie do zmiany jednostek obmiarowych z metrów na kilometry. Odwołujący 2 wskazywał, że treść poz. 31 kosztorysu 32 złożonego przez Kobylarnię była jednoznaczna, nie powinna być przedmiotem wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z ww. pozycji jednoznacznie wynikało, że wykonawca jako jednostkę obmiarową wskazał „metr" a cena w odniesieniu do wskazanej jednostki obmiarowej (czyli właśnie metra) została określona na poziomie 960 795,24 zł. Wskazywał, że dopiero w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wykonawca wyjaśnił, że jego rzeczywistą wolą było wskazanie w pozycji nr 31 kosztorysu ceny jednostkowej w wysokości 960 795,24 zł za 1 kilometr mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem oraz wartości 76 863,62 zł za 0,08 km tj. 80 metrów ww. robót.

W ocenie Odwołującego 2 Zamawiający jednoznacznie prowadził z wykonawcą negocjacje dotyczące złożonej oferty. Żadne zapisy oferty Kobylarni, w tym zapis pozycji 31, nie wskazują na to, że rzeczywistą wolą wykonawcy było wskazanie w pozycji nr 31 kosztorysu ceny jednostkowej w wysokości 960 795,24 zł za 1 kilometr robót, skoro wykonawca wprost wskazał, że są to metry. Skoro żaden z elementów oferty Kobylarnia nie wskazywał na to, że wolą wykonawcy było podanie w spornej pozycji ceny jednostkowej za kilometr, Zamawiający nie mógł wniosku takiego wyciągnąć na podstawie wezwania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i w oparciu o wyjaśnienia złożone w tym trybie dokonać poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Gdyby rzeczywiście wolą wykonawcy Kobylarnia było podanie w poz. 31 ceny jednostkowej za kilometr, to wyartykułowałby ją wprost lub choćby zasugerował Zamawiającemu, że dokonuje wyceny w odniesieniu do innych jednostek obmiarowych niż podane w kosztorysie, tak jak np. zrobił wykonawca Skanska S.A., gdzie w poz. Nr 31 kosztorysu ofertowego wykonawca zmienił jednostkę obmiarową z metrów na kilometry, a dokonaną zmianę opatrzył stosownym komentarzem.

Jednocześnie Odwołujący 2 wskazał, że jeśli Zamawiający chciał zapewnić porównywalność złożonych ofert i ich zgodność z dokumentacją projektową, która wskazywała na konieczność wykonania 80 metrów robót, do których odnosi się poz. 31 kosztorysu nr 32, jedną możliwością, jaką miał Zamawiający było: poprawienie ofert wszystkich wykonawców w ten sposób, że wskazaną przez

wykonawców cenę jednostkową za 1 metr robót należało przemnożyć przez 80 (w przypadku oferty Skanska S.A. wartość w kosztorysie odnosi się do ilości 0,8 km, czyli właśnie 80 metrów, co oznacza, że wartości tej pozycji nie trzeba by przeliczać, a jedynie należałoby zmienić jednostkę rozliczeniową i ilość) i ponownie określi wartości. Symulację takiego rozwiązania zawierał załącznik nr 6 do odwołania. Na jej przykładzie widać już, jak istotnie może się zmienić wartość tej pozycji kosztorysowej w przypadku poszczególnych wykonawców.

Takie rozwiązanie nie stanowiłoby przy tym niedozwolonych negocjacji odnośnie oferty wykonawców i byłoby zgodne z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie ingeruje w ceny jednostkowe zaoferowane przez poszczególnych oferentów w przeciwieństwie do rozwiązania zaproponowanego przez Zamawiającego. Co więcej, rozwiązanie to byłoby zgodne z wcześniejszymi deklaracjami Zamawiającego, który w odpowiedzi na pytanie 594 do SIWZ informował wszystkich wykonawców, że dokona zmiany w zakresie ilości a nie jednostek obmiarowych, co należy odczytywać, że intencją Zamawiającego było posługiwanie się jednostkami obmiarowymi w postaci metrów i ilością - 80 metrów.

W przedmiocie zarzutu 4. Odwołujący 2 podniósł, że wykonawcy składający ofertę w postępowaniu ustalili cenę jednostkową poz. 31 kosztorysu nr 32 na wartość od 50,16 zł do 39 422,50 zł. Kobylarnia zaoferowała cenę jednostkową na poziomie 960 795,24 zł. Podkreślał, że nawet po przeliczeniu wszystkich tych cen jednostkowych na 1 kilometr, zgodnie z odpowiedziami wykonawców na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, cena Kobylarni istotnie odbiega (in plus) od cen pozostałych wykonawców. Pozostali wykonawcy, w przeliczeniu na kilometr, mają ceny za tą pozycję od 50 160 zł do 114 020 zł. Cena Kobylarni, zgodnie z odpowiedzią tego wykonawcy, nadał wynosi 960 795,24 zł. Jedynie cena wykonawcy PORR, zgodnie z odpowiedzią tego wykonawcy, byłaby wyższa i wynosiłaby 173 086 200,00 zł za kilometr, co świadczy w ocenie Odwołującego o nierozumieniu przez PORR pytania Zamawiającego, nie wskazuje zaś na rynkowy poziom kosztów wykonania tej pozycji. Wskazywał, że cena jednostkowa Kobylarni jest więc, nawet po przeliczeniu na kilometr, wielokrotnie wyższa niż ceny innych wykonawców i istotnie zawyżona względem rynkowych kosztów wykonania takich robót. Odwołujący 2 zarzucał, że Kobylarnia, wykorzystując błąd Zamawiającego (niezałączenie poprawnego kosztorysu do SIWZ), w sposób celowy zawyżyła wartość pozycji, o której mowa. Gdyby bowiem Zamawiający nie poprawił „omyłki" Kobylarni, prowadząc uprzednio z wykonawcami niedozwolonych negocjacji, skutek byłby taki, że Kobylarnia, oferując relatywnie niską cenę na etapie przetargowym, na etapie realizacji zamówienia za wykonanie samej tylko poz. 31 kosztorysu ofertowego nr 32 uzyskałaby od Zamawiającego 76 863 619 zł (przy cenie ofertowej za pozostałe roboty na poziomie 188 794 092 zł). Wykorzystanie błędu Zamawiającego w opisany sposób stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami i jednocześnie zagraża i innym wykonawcom i samemu Zamawiającemu. Wykonawcy wyceniając sporną pozycję według kosztów rzeczywistych i rynkowych nie mogą bowiem w zaistniałej sytuacji w sposób rynkowy konkurować z wykonawcą Kobylarnia. Odwołujący 2 wskazał, że jest to dodatkowy argument przemawiający za tym, że w niniejszej sprawie niedopuszczalne było poprawienie rzekomych „omyłek" wykonawców w sposób założony przez Zamawiającego - w tej sprawie ustalenie czy cena jednostkowa podana przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym odnosi się do metra czy do kilometra i w ślad za tym, w jaki sposób winna być poprawiona może mieć kolosalne skutki dla ustalenia, jakie będzie wynagrodzenie wykonawcy na etapie realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu 5. Odwołujący 2 wskazał, iż na skutek błędnego niedokonania korekty pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego 32 wykonawcy mogli odmiennie rozumieć, w odniesieniu do jakich jednostek obmiarowych i jakich ilości mają wypełniać tę pozycję kosztorysu, co potwierdzają wyjaśnienia składane przez poszczególnych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, że wykonawcy różnie rozumieli treść zapisu, w różny sposób wypełniali tę pozycję w kosztorysie, ich oferty mogą być uznane za nieporównywalne. Część wykonawców wskazywała ceny jednostkowe w odniesieniu do metrów, inni w odniesieniu do kilometrów. Niektórzy wykonawcy dokonywali korekty jednostek, inni takiej korekty nie wprowadzali i na etapie wyjaśnień wskazują, że ich rzeczywistą intencją była wycena pozycji, która nie wynika wprost z treści ich oferty. Nie jest przy tym dopuszczalne, w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odtworzenie toku myślenia poszczególnych wykonawców, zwłaszcza w odniesieniu do cen jednostkowych, co wskazane zostało na wstępie odwołania. Nie jest także możliwe na tym etapie postępowania tj. po złożeniu ofert skorygowanie tego błędu przez Zamawiającego. Nie ulega zatem jakimkolwiek wątpliwościom, że w zaistniałej sytuacji oferty wykonawców mogą być uznane za nieporównywalne. Powyższe znajduje przy tym uzasadnienie w orzecznictwie. Dla przykładu Odwołujący 2 podał wyrok KIO z dnia 1 października 2015 r. sygn. akt: KIO 2036/15.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Za błędne Zamawiający uznał zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji z wykonawcami dotyczącymi złożonych ofert, art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawę pozycji nr 31 w kosztorysie ofertowym nr 32 złożonym przez Kobylarnię.

Zamawiający przyznał, że w kosztorysie nr 32 w pozycji 31 (mechaniczne podbijanie podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach

o szer. torów 1435 mm tłuczniem) błędnie zostało wskazane, że wykonawca ma wycenić 0,08 m robót, czyli 8 cm opisanych tam prac, co jest oczywistą omyłką w zestawieniu z dokumentacją projektową opisującą te roboty i stanowiącą część SIWZ. Z projektu branży torowej oraz Specyfikacji Technicznej SST T-01.00.07 wynika bowiem, że do wykonania - a więc i do wyceny - jest 0,08 km, czyli 80 m przedmiotowych robót. Każdy zatem wykonawca wiedział, a przynajmniej powinien wiedzieć, co ma wycenić i że nie jest możliwe wycenianie i rozliczanie 8 cm prac opisanych w kosztorysie. Tym samym Odwołujący 2 nie może twierdzić, że treści ofert wykonawców były jednoznaczne i każdy z wykonawców na pewno wskazał w ofercie cenę jednostkową dla 1 m i wycenił 8 cm robót tj. absolutnie nierzeczywistą wielkość robót według dokumentacji projektowej.

Podkreślał, że na etapie udzielania pytań i odpowiedzi do SIWZ w sposób całkowicie nieświadomy nie skorygował tego błędu, a wręcz był przekonany, że błąd we wzorze kosztorysu został usunięty. Zamawiający był przekonany, że publikuje kosztorys ze zmianą paramentów opisujących ilość robót do wykonania i rozliczania z 0,08 m na 0,08 km. Niestety nieświadomie opublikował wzór, w którym przedmiotowa zmiana nie została uwidoczniona, pomimo jej oczywistości.

Co istotne treść tego pytania i odpowiedzi na nie Odwołujący 2 pomija, bowiem podważa jego wniosek, że rzekomo odpowiedzi sugerowały, że jeśli coś miałoby ulec zmianie w załączonym do SIWZ kosztorysie to nie jednostka obmiarowa a ilość. Tymczasem jak wynika z zadanego pytania dla wykonawców ilość wyrażona jest dwoma parametrami, tj. cyfrą i jednostką miary, a zmiana ilości może być dokonana zarówno poprzez zmianę cyfry, jak i jednostkę miary lub jedno i drugie.

Uzasadniał, że Zamawiający jak najbardziej prawidłowo nie unieważnił postępowania, bowiem przedmiotowa nieprawidłowość jes usuwalna i mogła być skorygowana po otwarciu ofert, a Zamawiający nie prowadził żadnych negocjacji z wykonawcami, co potwierdz wprost wyrok KIO z dnia 16.05.2013 r. KIO 958/13 dotyczący analogicznego stanu faktycznego, ponieważ: na opis przedmiotu zamówienia i SIWZ składa się nie tylko sam przedmiar (czy inaczej wzór kosztorysu), ale przede wszystkim dokumentacja projektowa do której odnosić się muszą i przedmiary i oferty (kosztorysy ofertowe). Same zaś kosztorysy ofertowe, stanowiące oświadczenia wo podlegają interpretacji, w tym przypadku przez pryzmat dokumentacji projektowej i zasad logiki.. A zatem w tym przypadku, wskutek oczywistej omyłki w przedmiarze względem dokumentacji - Zamawiający pismami z dnia 22.04.2020 r., w oparciu o art. 87 ust. 1 ustaw Pzp poprosił Wykonawców o wyjaśnienie tej kwestii. Wyjaśnienia, o które

poprosił Zamawiający były jak najbardziej pożądane

i dopuszczalne (co potwierdza ww. wyrok KIO 958/13), a nawet konieczne wskutek nieświadomego nie skorygowania przez Zamawiającego kosztorysu na etapie pytań i odpowiedzi do SIWZ, pomimo jednoznaczne wyartykułowanej woli zmiany, ponieważ nie prowadzą do żadnego uzupełnienia złożonych ofert. Nie stanowią także formy jakichkolwiek negocjacji ceny, a jedynie służą do usunięcia wątpliwości, czy wycena w poz. nr 31 kosztorysu dotyczy rzeczywistej ilości robót wynikających z dokumentacji, czy też błędnie podanej w tej pozycji ilości 0,08 m czyli 8 cm.

Zamawiający wskazał, że w zaistniałym stanie faktycznym nie miał prawa a priori, bez wyjaśnień założyć, że na pewno każdy z wykonawców wycenił 0,08 m czyli 8 cm robót.

Zamawiający musiał wystąpić o wyjaśnienia, bowiem wyceny muszą być zgodne z SIWZ, czyli z dokumentacją projektową, która jest częścią SIWZ i ma charakter nadrzędny nad przedmiarem.

Dalej Zamawiający wskazał, że w przypadku tych wykonawców, którzy udzielili wyjaśnień, że cena jednostkowa dotyczy 1 m, a w konsekwencji, że wykonawcy Ci wycenili 0,08 m robót, czyli 8 cm, gdzie z dokumentacji wynika, że do wykonania jest 0,08 km czyli 80 m (Berger, Porr i Aldesa; pozostali trzej Wykonawcy: Kobylarnia, Strabag i Budimex wskazali, że wycenili 0,08 km) Zamawiający jak najbardziej prawidłowo, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił ich kosztorysy, ponieważ wciąż jest to niezgodność oferty z SIWZ, której dokumentacja projektowa jest istotną częścią, a poprawa prowadzi do stanu, że wyceny dotyczą rzeczywistej ilości robót do wykonania. Jeśli zatem wycena w poz. 31 kosztorysu dotyczy tylko 0,08 m robót czyli 8 cm, to jest to niezgodność oferty ze specyfikacją, która ma charakter omyłki. Poprawka była bardzo prosta i absolutnie nie zmienia ceny jednostkowej za 1 m robót w poz. 31 kosztorysu jaką podał Odwołujący (a także Porr i Aldesa) - ta w istocie pozostaje bez zmian. Zamawiający wiedział jak dokonać poprawy na podstawie SIWZ, bo jej częścią jest dokumentacja oraz na podstawie oferty i wyjaśnień z dnia 24.04.2020, w których Odwołujący oświadczył jedynie, że jego wycena dotyczy 0,08 m czyli 8 cm prac, a nie 0,08 km, czyli 80 m robót. Korekta, której dokonał Zamawiający polegała na tym, że wycena w tej pozycji miała dotyczyć 0,08 km robót czyli 80 m, a nie 0,08 m czyli 8 cm. Skoro 1 m stanowi jedną tysięczną 1 km, to dla prawidłowego obliczenia rzeczywistej ilości robót do wykonania należało zaoferowaną cenę za 1 m pomnożyć przez tysiąc, żeby uzyskać cenę jednostkową 1 km. Tak więc w ofercie Odwołującego: skoro metr robót kosztuje 50,16 PLN, to przy takiej cenie za 1 metr, która nie ulega zmianie na skutek poprawy 1 km kosztuje 50 160,00 PLN. A zatem rzeczywista ilość robót do wykonania w ofercie Berger czyli 0,08 km lub inaczej 80 m kosztuje 4 012,80 PLN, co oznacza poprawę wyceny tej pozycji z kwoty 4,01 PLN na kwotę 4 012,80 PLN i jest oczywiste.

Za niezrozumiałe Zamawiający uznał twierdzenie Odwołującego 2, że jedynym akceptowalnym sposobem poprawienia omyłki w jego ofercie byłoby pomnożenie zaoferowanej przez niego ceny jednostkowej za wykonanie 1 m poz. 31 kosztorysu razy 80 m, bo

sposób poprawy jaki zastosował Zamawiający, a opisany powyżej prowadzi dokładnie do tego samego rezultatu. Skoro wycena ma dotyczyć 0,08 km czyli 80 m robót, to wartość za tę pozycję w ofercie Odwołującego 2 wynosi 4 012,80 PLN, niezależnie czy obliczenia dokonuje tak jak zrobił to Zamawiający i przedstawił powyżej oraz w piśmie prostującym omyłkę z dnia 30.04.2020, czy też tak jak postuluje Odwołujący w odwołaniu.

Zamawiający podnosił, że poprawa omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty wymaga zgody wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazał, że pismem z dnia 30.04.2020 r.

zawiadomił Odwołującego, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w kosztorysie ofertowym nr 32 w poz. 31 omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący 2 w piśmie z dnia 4.05.2020 r. nie wyraził zgody na poprawę, a przy tym nie zaskarżył w trybie odwołania czynności Zamawiającego polegającej na poprawie omyłki, co oznacza że czynność poprawy jest prawidłowa, a oferta Odwołującego 2 jest niezgodna z SIWZ. Wobec powyższego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na brak zgody na poprawę, a jedyną rzeczą podlegającą weryfikacji jest kwestia udzielenia zgody na poprawę lub nie, bo odrzucenie następuje z uwagi na brak zgody na poprawę (zero - jedynkowo).

Wskazywał, że mając na uwadze powyżej przedstawione argumenty, w tym prawidłowość odrzucenia oferty Odwołującego 2 wykonawca utracił prawo do kwestionowania wyboru oferty Kobylarni i stawiania zarzutu o jej rzekomo nieprawidłowej poprawie przez Zamawiającego, a przez to o naruszeniu art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący 2 chciałby, aby Zamawiający a priori, bez wyjaśnień przyjął, że w ofercie najkorzystniejszej, czyli w ofercie Kobylarni wycena dotyczy 0,08 m robót czyli 8 cm i w związku z tym należało z automatu pomnożyć wskazaną w niej cenę jednostkową, przyjmując że dotyczy 1 m razy 80 m. A zatem w rzeczywistości zaprezentowany przez Odwołującego 2 sposób poprawy jest taki, bo w ten sposób Odwołujący mógłby poprawić swoje miejsce w rankingu. Zamawiający wykazał prawidłowość, zasadność i konieczność zwrócenia się o wyjaśnienia, z których wynika, że nie tylko Kobylarnia, ale także Strabag, Budimex, a także Skanska odnieśli wycenę pozycji 31 kosztorysu do rzeczywistej ilości robót wynikających z dokumentacji czyli do 0,08 km tj. 80 m. W przypadku zatem Kobylarni, Strabaga i Budimexu ich wyjaśnienia podpięte do umowy już same w sobie potwierdzają zgodność oferty z SIWZ i możliwość prowadzenia rozliczeń umowy bez potrzeby jakichkolwiek dodatkowych czynności w postaci poprawy omyłek w ofertach. Nie ma przy tym żadnej ingerencji w cenę jednostkową.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Kobylarni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk Zamawiający wskazał, iż zarzut jest całkowicie hipotetyczny i spekulacyjny. Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych dowodów, że rzekomo Kobylarnia wykorzystując błąd w kosztorysie nr 32 w poz. 31 w sposób celowy zawyżyła wartość tej pozycji, po to aby na etapie realizacji zamówienia, przy nie dostrzeżeniu błędu przez Zamawiającego i przy relatywnie niskiej cenie oferty uzyskać dodatkowe wynagrodzenie za jej realizację o ponad 76 mln. Uzasadniał, że jest to czysta spekulacja ze strony Odwołującego 2. Skoro bowiem Kobylarnia wyjaśniła, że zaoferowana cena pozycji dotyczy rzeczywistej ilości robót wynikających z dokumentacji, a nie 0,08 m czyli 8 cm, to oznacza, że wykonawca wykonuje zamówienie za wynagrodzenie ustalone na poziomie 188 794 092,00 PLN, które absolutnie nie mogło zostać z tego powodu zaniżone. Inaczej bowiem wykonawca nie byłby w stanie wykonać umowy. Poza tym nie sposób twierdzić o relatywnie niższej cenie oferty Kobylarni, bo nie odstaje ona w jakiś spektakularny sposób od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, która wynosi 207 736 201,17 PLN.

Odwołujący 2 w żaden sposób nie udowodnił zarzutu. Odwołanie opiera się jedynie na dowolnych twierdzeniach, hipotezach, że wykonawcy wyceniając sporną pozycję na poziomie niższym - według Odwołującego na poziomie kosztów rzeczywistych i rynkowych - nie mogą w sposób rynkowy konkurować z wykonawcą Kobylarnia. Tymczasem Zamawiający dokonuje wyboru oferty na podstawie sumy wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych i bada łącznie cenę zaoferowaną przez wykonawcę, w tym w aspekcie tego, czy nie jest rażąco niska. Oferta Kobylarni po zsumowaniu wszystkich pozycji kosztorysowych jest ofertą najkorzystniejszą dla Zamawiającego i fakt, że w spornej pozycji ma cenę wyższą (ale przecież oferta PORR również), jak twierdzi Odwołujący 2 względem innych Wykonawców, nie ma samo w sobie znaczenia, bo w stosunku do pozostałych wykonawców, których oferty cenowo są wyższe, wniosek jest jeden, że w innych pozycjach kosztorysu ceny zaoferowane przez Kobylarnie muszą być niższe od zaoferowanych przez innych wykonawców. Nie sposób zatem formułować zarzutu w oderwaniu tej pozycji od pozostałych pozycji kosztorysowych i twierdzić o zagrożeniu, czy naruszeniu interesów Odwołującego i innych wykonawców. Nie ma żadnych dowodów, że działanie zarzucane Kobylarni w jakikolwiek sposób zagraża, czy narusza interes Odwołującego, co czyni zarzut bezzasadnym - tak też KIO w wyroku z dnia 19.12.2012 r. KIO 2740/12.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że zarzut jest błędny. Jak Zamawiający wykazał powyżej błąd we wzorze kosztorysu nr 32 w poz. 31 (mechaniczne podbijanie podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem), nie prowadzi do nieporównywalności ofert, a zarzucona wada ma charakter usuwalny. Stąd też nie może być mowy o unieważnieniu postępowania na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że przesłanki unieważnienia wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp nie można stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć części umowy i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia (tak: Prawo zamówień publicznych Komentarz Paweł Granecki 5. Wydanie C.H.BECK Warszawa 2016, kom. do art. 93 str. 924). Niewątpliwie sytuacja taka odnosiłaby się do niniejszego przypadku, bowiem sporna pozycja nr 31 kosztorysu obejmuje w skali całego zadania marginalny fragment.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1204/20

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 3" lub „Skanska"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie pomimo spełnienia się przesłanki obligującej Zamawiającego do unieważnienia postępowania ze względu na jego wadliwość, niemożliwą do usunięcia;

2.art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp - przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. - Lider Konsorcjum, TORMEL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum [dalej „Kobylarnia"] pomimo, iż oferta ta została przygotowana w sposób stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji i winna zostać odrzucona;

3.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Kobylarnię, która została skalkulowana z wykorzystaniem inżynierii finansowej w zakresie pozycji przedmiarowych dot. „Wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie" „obsługa geodezyjna", „roboty pomiarowe", zawyżonych, w oderwaniu od realiów rynkowych, naruszając tym samym dobre obyczaje kupieckie, wyłącznie po to by sfinansować początkową fazę realizacji, co skutkuje nieporównywalnością oferty z innymi wykonawcami, którzy w cenie ofertowej winni uwzględnić koszt finasowania inwestycji.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie

oraz o:

1.unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na jego nieusuwalną wadę;

2.w przypadku nie podzielenia przez Izbę stanowiska Odwołującego w zakresie pkt. 1 wniósł

0unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Kobylarni oraz odrzucenie oferty Kobylarni na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 3 przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia podstępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący 3 wskazał, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności w postępowaniu, bowiem mamy do czynienia z wadą postępowania skutkującą jego unieważnieniem. Wskazał, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia niezgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie pozycji kosztorysu nr 31, a mianowicie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny

1budzący wątpliwości. Następnie, mimo tych wątpliwości zgłaszanych przez wykonawców - Zamawiający nigdy ich nie naprawił.

Odwołujący 3 wskazał na wyjaśnienia treści SIWZ dotyczące pytania nr 594. Podniósł, że Zamawiający odpowiedział na to pytanie, ale nie potwierdził, iż koryguje pozycje nr 31 poprzez poprawienie z „m" na „km". Nigdy tego nie dokonał. Odpowiedział zaś wykonawcom, że koryguje ilość w pozycji nr 31, czego też nigdy nie dokonał. W pytaniu nr 569, na które powołuje się Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 594 w ogóle nie było odniesienia do pozycji nr 31. Odwołujący 3 przywołał pytania nr 510 i 570 i wyjaśnienia Zamawiającego.

Uzasadniał, że Zamawiający nigdy nie dokonał skorygowania kosztorysu ofertowego w pozycji nr 31 mimo zapytań wykonawców. W wyniku tych zapytań i odpowiedzi wykonawcy nie mieli ani skorygowanej jednostki miary („m" na „km"), ani także nie mieli skorygowanej ilości w pozycji nr 31. A zatem wątpliwości wykonawców nie zostały w żaden sposób rozwiane, a każdy z tych wykonawców inaczej zinterpretował odpowiedzi Zamawiającego i w zupełnie inny sposób wycenił tą pozycję.

Z analizy ofert złożonych w postępowaniu wynika, że za pozycję nr 31 wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe: Skanska - 39 422,50 zł, Kobylarnia 960 795,24 zł, Berger Bau - 50,16 zł, Strabag - 32 563,37 zł, Porr -173 086,20 zł, Aldesa - 114,02 zł oraz Budimex - 15 000 zł.

Zdaniem Odwołującego 3 z powyższego wyraźnie wynika, jak różna jest skala ceny ofertowej za tę pozycję, która została zaproponowana przez wykonawców, od 50,16 zł do 960 795,24 złote, co wyraźnie pokazuje nieporównywalność złożonych ofert. A zatem każdy z wykonawców zupełnie inaczej zrozumiał Zamawiającego i zupełnie w inny sposób wycenił pozycję nr 31.

Zamawiający zapewne w wyniku analizy pozycji nr 31 w złożonych ofertach wystosował do wykonawców pismo z zapytaniem

jaką jednostkę miary, a w konsekwencji jaką ilość wycenili. Już nawet powyższe działanie Zamawiającego dopytujące wykonawców, co wycenili powoduje, że mamy w samym nawet założeniu do czynienia z nieporównywalnością ofert. Jak bowiem można porównywać oferty, jeśli każdy z wykonawców wycenił zupełnie coś innego - inną pozycję w zakresie jednostki miary co przedkłada się na ilość w danej pozycji. Przy czym to przełożenie się nie jest tak proste jak się na pierwszy rzut oka mogłoby wydawać.

Zamawiający zatem wezwał wykonawców do zapytania jak wycenili pozycję nr 31. Odwołujący 3 w formularzu ofertowym zaznaczył, że wycenił km. Wobec tego że Odwołujący zaznaczył, że wycenił „km" Zamawiający nie pytał go o tą pozycję. Jednakże pozostali wykonawcy w sposób zupełnie różny wycenili tą pozycje i Zamawiający zwracając się do nich z pytaniem, co dokładnie wykonawcy wycenili w danej pozycji otrzymał bardzo różne odpowiedzi:

-Kobylarnia - odpowiedziała że wyceniła „km",

-Berger Bau - odpowiedział że wycenił „m",

-Budimex - odpowiedział że wycenił „km",

-Strabag - wycenił „km",

-PORR - wycenił „m",

-Aldessa - wycenił „m".

Wobec powyższych odpowiedzi Zamawiający skorygował ceny jednostkowe u wykonawców, wskazując, że jego działanie było oczywistą omyłką pisarską. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Po pierwsze trzeba wskazać, że aby doszło do oczywistej omyłki pisarskiej powinno być „pomylenie się", a zatem założenie jakiegoś błędnego stanu, co do którego można się pomylić. Po drugie należy wskazać, iż omyłka jest działaniem nieświadomym, a w przypadku Zamawiającego mamy do czynienia z pełną świadomością, bowiem wykonawcy zadawali zamawiającemu pytania w zakresie pozycji nr 31. Przypomnieć należy, iż Zamawiający nie podjął żadnych czynności w zakresie poprawienia, ani ilości ani jednostki w pozycji nr 31. Stąd zatem nie mamy do czynienia z omyłką Zamawiającego, ale z celowym działaniem. Natomiast, nawet gdyby założyć popełnienie omyłki przez Zamawiającego to nie ma w ustawie Pzp procedury poprawy omyłek Zamawiającego. Należy jednakże wskazać, że Zamawiający zawsze ma prawo „uzdrowienia" swojej czynności, bowiem nadrzędną wartością jest prowadzenie postępowania zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp. Zamawiający może zatem zawsze naprawić swoją czynność, ale pod warunkiem, że jest ona dokonana w zgodzie z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych wynikającymi z ustawy. W analizowanym stanie faktycznym czynność uzdrowienia postępowania polegająca na poprawieniu omyłki Zamawiającego (skądinąd nieznana ustawie) doprowadziła do następującego: Skanska - pozostaje bez zmian, bowiem wskazała „km" w formularzu ofertowym, Kobylarnia - odpowiedziała że wyceniła km - cena i wartość bez zmian, Berger Bau - odpowiedział, że wycenił „m" - Zamawiający zmienił cenę jednostkową i wartość (o 4012,80 zł). Następnie Berger nie zgodził się na poprawienie omyłki pisarskiej - oferta odrzucona. Strabag - wycenił „km" - cena i wartość bez zmian, PORR - wycenił „m"- Zamawiający zmienił cenę jednostkową i wartość (o 13 846 896,00 zł), Aldessa - wycenił „m"- Zamawiający zmienił cenę jednostkową i wartość (o 9 121,60 zł), Budimex - wycenił „km" - cena i wartość bez zmian.

Z powyższego wyraźnie wynika, iż poprawienie omyłki Zamawiającego jest nieuprawnione i niezgodne z przepisami prawa. Sanowanie czynności Zamawiającego nie może bowiem prowadzić do zmiany ceny jednostkowej i wartości w ofercie wykonawców. A tym bardziej nie może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, tak jak to się stało w przypadku oferty Berger Bau. Zamawiający ma tak prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia by jego reguły były jasne i takie same dla wszystkich wykonawców, nie może doprowadzić do braku porównywalności ofert jak w niniejszym postępowaniu, nie może także doprowadzić do tego, by w wyniku jego błędów zmieniono wartość oferty wykonawców, czy też odrzucono któregoś z wykonawców.

Po zapytaniu Zamawiającego i dokonanej przez niego poprawie omyłek otrzymujemy zatem następującą zmianę w zakresie wartości wynagrodzenia: Berger Bau - wzrost o 4 012,80 zł i zmiana ceny jednostkowej z 50,16 zł na 50 160,00 zł, Porr - zmiana ceny jednostkowej i zmiana wartości zamówienia o 13 846 896,00 zł, Aldesa - zmiana ceny jednostkowej i zmiana wartości zamówienia o 9121,60 zł.

A zatem poprawienie omyłki Zamawiającego prowadzi do poprawy omyłek wykonawców, które omyłkami nie są i prowadzi do zmiany rankingu ofertowego. Odwołujący 3 zwracał uwagę na kwestię poruszoną przez Berger - Bau w piśmie z dnia 04.05.2020 r., w którym wykonawca wskazał, iż omyłkę którą popełnił Zamawiający można skorygować na etapie realizacji umowy. Jest to jednakże kolejny argument za wadliwością tego postępowania, bowiem w wyniku takiego działania Zamawiającego mógł on w sposób nieświadomy doprowadzić do sytuacji co najmniej kuriozalnej. Gdyby bowiem Zamawiający doszedł do takich samych wniosków co Berger - Bau i stwierdził, że skoryguje „km" na „m" na etapie realizacji umowy to wtedy:

-oferta Konsorcjum (Kobylarnia) wzrosłaby na etapie realizacji aż o 76 mln(!), a dokładnie o kwotę 76 709 891, 96 zł,

-oferta Skanska wzrosłaby o 3 153 800,00 zł,

-oferta Budimex o 1 200 000,00 zł,

-Strabag o 2 605 069,60 zł,

-PORR o 13 846 896,00 zł,

-Aldessa o 9 121,60 zł,

-Berger Bau o 4 012,80 zł.

Powyższe prowadzi do tego, że Zamawiający w wyniku swoich działań niewątpliwie doprowadził do pewnych manipulacji. Wykonawca wybrany (a także i inni wykonawcy) mieli do wyboru odpowiedź na pytanie, czy wycenili metr czy kilometr (za wyjątkiem Skanska). Kobylarnia odpowiadając, że wyceniła „km" pozostało na pierwszym miejscu w rankingu ofert, ale gdyby Zamawiający tego błędu nie zauważył to Konsorcjum na etapie realizacji mogłaby się domagać aż 76 mln dodatkowo od Zamawiającego, wszak jak zauważył to Berger Bau błąd jest także i w ten sposób możliwy do naprawienia. Jednakże, gdyby zastosować tą samą miarę do wszystkich i przyjąć że jednak wykonawcy wycenili „m", bo Zamawiający mimo pytań nie zmienił jednostki miary, to i w tym zakresie dochodzimy do absurdu, bowiem u jednego wykonawcy cena za metr będzie wynosiła 960 795,24 złote (Kobylarnia), a u drugiego 50,16 zł (Berger Bau). Stąd, powyższe także pokazuje z jaką rodzaju wadą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - a mianowicie wadą prowadzącą wprost do absurdu. Wadą prowadzącą do nieporównywalności ofert.

Gdyby przyjąć, że wszyscy wykonawcy zaoferowali „km" i porównać ceny jednostkowe

-znowu doszłoby do absurdu i nieporównywalności ofert. A mianowicie w swojej ofercie za km (!) wykonania mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach np. wykonawca Berger Bau żądał by od Zamawiającego 50,16 zł, a Kobylarnia - 960 795,24 zł. Na pierwszy rzut oka zatem nie jest możliwe wykonanie takiej pozycji za kwotę 50,16 zł za km. Na marginesie Odwołujący 3 wskazał, że koszt wykonania takiej pozycji wynosi od 25 do 45 tys. zł za 1000 m, przy założeniu wykonania 80mb. Odwołujący 3 zaznaczał, że jest zdecydowana różnica cenowa kosztów wykonania tej pozycji w zależności od ilości, którą wykonawca ma wykonać. Specjalistyczny sprzęt torowy konieczny do wykonania tej pozycji z racji jego gabarytów, specyfiki transportu i dostępności jest rozliczany ryczałtowo. Uwzględniając koszty przewozu średnia cena za dzień pracy tego typu sprzętu wynosi 20 tys. Zł. Wydajność dzienna tego typu sprzętu wynosi ok 500-800 mb na dzień pracy. Zaznaczał, że czynność podbijania torów należy wykonać 2-4 razy, aby wykonać dane zadania zgodnie z projektem. Reasumując cena jednostkowa wykonania podbicia torów nie jest i nie może być taka sama dla 8 cm, 80 m czy 8 km. Zamawiający nie może zmienić na etapie oceny ofert ilości do wykonania stosując tą samą cenę jednostkową ponieważ nie zna założonych wydajności i powiązań harmonogramowych który przyjęli poszczególni wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego 3 każda droga prowadzi do nieporównywalności ofert. Wskazał, iż projekt branży torowej wyraźnie określa, iż rzeczywista ilość do wykonania to 80 m a nie 0,08 m. Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający pomimo tego, że miał od wykonawców wątpliwości, co do faktu dotyczącego pozycji nr 31 nie podjął w tym zakresie żadnych działań. Czy zatem rację należy przyznać wykonawcom, którzy wycenili „km" (Skanska, Strabag, Kobylamia, Budimex), czy też wykonawcom, którzy wycenili „m" (Berger - Bau, Aldesa, Porr). Z jednej bowiem strony mamy do czynienia z profesjonalnymi wykonawcami, którzy widząc, że w projekcie jest wyraźne wskazanie 80 m powinni wycenić „km", a z drugiej strony mamy dokumenty które pozostają przez Zamawiającego nie zmienione. Zwracał uwagę na brzmienie punktu 21.16 IDW.

Odwołujący 3 wskazywał, że powyższa sytuacja wskazuje na wadę postępowania

0udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący 3 podkreślał, że nie jest możliwe „uzdrowienie" tej czynności na etapie realizacji umowy, tak jak wskazuje Berger - Bau, gdyż doprowadziłoby to nieporównywalności ofert. Nawet bowiem, gdyby obecnie przyjąć, iż Berger - Bau zaoferowałby cenę 50,16 zł za km, to jego oferta rzeczywiście byłaby na pierwszym miejscu. Jednakże jak wskazuje sam wykonawca dążyłby do poprawy tej omyłki

1zmiany umowy na etapie realizacji, a zatem już teraz Zamawiający ma świadomość, że na etapie realizacji umowy musiałby zapłacić Berger- Bau kwotę większą niż zawarta w ofercie, co powoduje, że już na tym etapie mamy świadomość, że oferta wykonawcy Berger - Bau nie jest ofertą najkorzystniejszą, co wskazuje przecież sam Berger - Bau w swoim piśmie. Przy założeniu zatem braku poprawy omyłki w ofercie Berger - Bau Zamawiający zyskuje świadomość, że oferta na etapie realizacji umowy będzie większa o konkretną kwotę co znów zakłada nieporównywalność ofert. Przy czym nieporównywalność, która w domyśle będzie na etapie realizacji umowy. Odwołujący swoje stanowisko upatruje przede wszystkim w fakcie, iż jego zdaniem nie jest możliwa w niniejszym postępowaniu sytuacja, która doprowadzi do poprawy cen ofertowych na etapie realizacji umowy, bowiem spowoduje to nie tylko nieporównywalność ofert, ale fakt dopłaty do zamówienia na etapie realizacji. Przy czym to jaka to będzie kwota będzie zależne od tego, który wykonawca wygra to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bo przecież niektórzy z wykonawców zostali odrzuceni, czy też uplasowali się na różnych miejscach tego rankingu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Kobylarni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk Odwołujący 3 wskazał, że w jego opinii oferta Kobylarni winna zostać odrzucona gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum Kobylarnia w zakresie pozycji związanych z robotami geodezyjnymi zastosowała nieuczciwą praktykę polegającą na zawyżeniu cen jednostkowych i ich

wartości. W pozycjach za wykonanie robót geodezyjnych Kobylarnia zaoferowała cenę 14 960 701,89 zł, podczas, gdy inni wykonawcy zaoferowali bardzo zbliżone ceny. Średnia cena ofert wszystkich wykonawców za roboty geodezyjne wynosi 1 803 668,34 zł. Wykonawcy złożyli ceny ofertowe w odniesieniu do pozycji geodezyjnych w sposób następujący: 1) PORR - 1 376 424,07 zł, 2) BERGER BAU 1 566 109,67 zł, 3) ALDESA - 1 745 420,52 zł, 4) STRABAG - 1 947 347,21 zł, 5) BUDIMEX - 2 081 162,11 zł, 6) SKANSKA - 2 105 546,45 zł oraz 7) KOBYLARNIA 14 960 701,89 zł.

Z powyższego zatem wynika, iż pomiędzy Kobylarnią a innymi wykonawcami mamy do czynienia z dysproporcją cenową. Oferta Kobylarni jest bowiem o około 800% większa niż realna wartość tych robót. Realną wartość robót wskazują bowiem ceny ofertowe pozostałych wykonawców. Odwołujący 3 wskazał, że dysponuje cenami ofertowymi na zakres geodezyjny przewidziany dla tych robót, które otrzymał na etapie ofertowania, a według których realne koszty wykonania tych pozycji geodezyjnych wynoszą od 1,3 do 1,6 mln. Podkreślał, iż w niniejszym postępowaniu było 29 pozycji związanych z robotami geodezyjnymi, natomiast Kobylarnia zawyżyła tylko i wyłącznie pięć pozycji. Nie jest to bez znaczenia, gdyż właśnie owe pozycje będą rozliczane w pierwszych miesiącach realizacji inwestycji. Zawyżenie zatem tych pozycji o ok. 800% da Kobylarni nieuzasadnioną przewagę, gdyż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział zaliczkowania płatności w pierwszym etapie realizacji inwestycji. Zgodnie z pkt. 7.3 SIWZ (IDW) Zamawiający przewidział dla zakresu Gminy Wrocław udzielenie wykonawcy zaliczki, na jego pisemny wniosek, jednak nie wcześniej niż przed 01.01.2021 r., w kwocie 10% wartości wynagrodzenia netto bez kwoty warunkowej przewidzianego za Zakres Gminy

Wrocław w pkt. 4.1. Aktu umowy. Tym samym poprzez tak skrajne zawyżenie cen jednostkowychi .. wartości w zakresie ..... prac, ... które będą prowadzone

w pierwszym okresie realizacji inwestycji - Kobylarnia uzyskuje przewagę nad innymi wykonawcami. Zapewnia sobie bowiem zaliczkowanie prac przez Zamawiającego i finansowanie inwestycji przez Zamawiającego. W ten sposób uzyskuje nieuprawnioną przewagę wobec innych wykonawców, przy czym przewagę nieuczciwą, bowiem inni wykonawcy w sposób uczciwy wycenili te pozycje.

Odwołujący 3 wskazał na Subklauzule 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu i uzasadniał, że mając na uwadze fakt, iż usługi geodezyjne, np. wyznaczenie trasy i punktów geodezyjnych pod drogi w terenie, roboty pomiarowe w terenie czy obsługa geodezyjna budowy są do wykonania w pierwszej kolejności po wejściu na teren budowy, tym samym wykonawca rozliczy je w pierwszej kolejności otrzymując za nie zapłatę. Wobec powyższego oferta Kobylarni winna być odrzucona bowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu Odwołujący 3 przywołał wyrok KIO z dnia 23 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1713/19 oraz wyrok z dnia 17 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1823/16.

Przenosząc oba wyroki na stan faktyczny niniejszego postępowania wskazał, że zachowanie Kobylarni jest sprzeczne z dobrymi obyczajami - wycena ceny jednostkowej ponad 800% więcej niż jej cena realna jest sprzecza z dobrymi obyczajami. W tym zakresie także narusza interesy innych przedsiębiorców - wykonawców na gruncie niniejszego postępowania. Ponadto wycena ceny jednostkowej, która stanowi element rozliczenia między Zamawiającym a wykonawcą na poziomie większym o 800 % od ceny rynkowej stanowi czy nieuczciwej konkurencji, bowiem zostało podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego - zapewnienia „ukrytego" finansowania (zaliczkowania) wykonawcę przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający w znaczącej mierze zaprezentował tożsame stanowisko, jak w sprawie o sygn. akt: KIO 1202/20.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Kobylarnia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk Zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe byłoby wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy

0zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak m.in. wyrok KIO z 13.08.2012 KIO 1603/12). Uzasadniał, że Odwołujący 3 w żaden sposób nie udowodnił zarzutu. Odwołanie opiera się jedynie na dowolnych twierdzeniach, hipotezach, że dysproporcja cenowa w ofercie Kobylarni w cenach jednostkowych za usługi geodezyjne (według Odwołującego zawyżenie tych cen) w stosunku do cen jednostkowych za geodezję w ofertach innych Wykonawców, narusza interesy innych wykonawców w tym postępowaniu, czy też, jak twierdzi Odwołujący zapewnia przewagę Kobylarni. Tymczasem Zamawiający dokonuje wyboru oferty na podstawie sumy wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych i bada łącznie cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, w tym w aspekcie tego, czy nie jest rażąco niska. Oferta Kobylarni po zsumowaniu wszystkich pozycji kosztorysowych jest ofertą najkorzystniejsza dla Zamawiającego i fakt, że w pozycjach za geodezję ma ceny jednostkowe wyższe - jak twierdzi Odwołujący 3 względem innych wykonawców - samo w sobie nie ma znaczenia, bo w stosunku do pozostałych wykonawców, których oferty cenowo są wyższe, wniosek jest jeden, że w innych pozycjach kosztorysu ceny

jednostkowe zaoferowane przez Kobylarnię musza być niższe od zaoferowanych przez innych wykonawców. Nie sposób zatem formułować zarzutu w oderwaniu pozycji za geodezję od pozostałych pozycji kosztorysowych.

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą jak twierdzi Odwołujący, że takie działanie ma rzekomo prowadzić do zapewnienia sobie przez Kobylarnię bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy i jej finansowania. Według Odwołującego pozycje za geodezję będą rozliczanie w pierwszych miesiącach realizacji inwestycji, co nie jest prawdą. Pozycja „Obsługa geodezyjna budowy" jest prowadzona przez cały okres budowy i rozliczana przez okres trwania kontraktu, co zaskutkuje stosownym podzieleniem kwoty za te pozycje w planie płatności na cały okres realizacji robót, a nie ich jednorazową wypłatę. Poza tym Odwołujący 3 poza hipotezami nie przedłożył żadnych dowodów (kalkulacji, ekonomicznych wyliczeń) - nawet w stosunku do swojej oferty - czy i jak fakt uzyskania finansowania kontraktu w wyższych kwotach w pierwszej fazie realizacji umowy, niż jako to wynika z oferty Odwołującego przełożyłoby się na ogólną kalkulację i wycenę jego oferty.

A zatem nie ma żadnych dowodów, że działanie zarzucane Kobylarni w jakikolwiek sposób zagraża, czy narusza interes Odwołującego 3, co czyni zarzut bezzasadnym (tak KIO w wyroku z dnia 19.12.2012 r. KIO 2740/12).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

1stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego Kobylarni o odrzucenie odwołania wykonawcy Berger Bau jako spóźnionego. Zamawiający oraz Przystępujący Kobylarnia wskazywali, że rzeczywista czynność Zamawiającego, jaką skarżył Odwołujący 2, to czynność poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy Berger Bau z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, której Zamawiający dokonał pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r., a której Odwołujący 2 nie zaskarżył w wymaganym terminie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei stosownie do treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z treści odwołania wykonawcy Berger Bau wynika, że czynnością, którą zakwestionował Odwołujący 2 w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej jest m.in. czynność polegająca na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o której Zamawiający zawiadomił Odwołującego 2 w dniu 22 maja 2020 r. Podnoszona przez Zamawiającego oraz Przystępującego Kobylarnię okoliczność, iż Zamawiający już w dniu 30 kwietnia 2020 r. zawiadomił Odwołującego 2 o poprawie oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zatem to od tego dnia biegł termin na wniesienie odwołania, była nieuzasadniona. Izba wskazuje, iż oceny czynności odrzucenia oferty wykonawcy na wskazanej wyżej podstawie prawnej nie można dokonywać w oderwaniu od poprawienia oferty wykonawcy na podstawie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy winna zostać oceniona kompleksowo, z uwzględnieniem okoliczności faktycznych wynikających z pisma zawiadamiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy.

Mając na uwadze zatem, iż Zamawiający zawiadomił Odwołującego 2 o odrzuceniu jego oferty w dniu 22 maja 2020 r., a wykonawca Berger Bau wniósł odwołanie od ww. czynności w dniu 1 czerwca 2020 r., to zachowany został ustawowy 10 - dniowy termin na wniesienie odwołania. Z uwagi na powyższe wniosek o odrzucenie odwołania wykonawcy Berger Bau w ww. zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego Kobylarni, iż wykonawca Berger Bau nie posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia, które ww. podmioty wywodziły z okoliczności, że oferta Odwołującego 2 została skutecznie odrzucona i prawomocnie zmieniona w dniu 30 kwietnia 2020 r. Jak już wskazano wyżej Zamawiający i Przystępujący Kobylarnia pomijali, że czynnością kwestionowaną przez Odwołującego 2 była m.in. czynności odrzucenia oferty ww.

wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tym samym nie można mówić, że oferta tego wykonawcy została ostatecznie odrzucona. Nadto, Odwołujący 2 miał interes w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem w przypadku ponownego przeprowadzenia postępowania, wolnego od wad, Wykonawca miałby możliwość złożenia w nim oferty i uzyskania zamówienia. W świetle powyższego Izba ustaliła, że Odwołujący 2 wypełnił przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 3 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody

w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2020 r. powiadomił wykonawców o odwołaniach wniesionych przez wykonawcę Strabag, Berger Bau oraz Skanska.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR S.A. z siedzib
w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 w dniu 5 czerwca 2020
po stronie Odwołującego 1. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu
odwoławczym . wykonawców ..... wspólnie ..... ubiegających ..... się o udzielenie
zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni orazTORMEL Sp. z . o.o. z siedzibą ..... w Komornikach, wykonawcę ..... Skanska S.A.
z siedzibą w Warszawie orazwykonawców ..... wspólnie ..... ubiegających ..... się o udzielenie
zamówienia Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Berger Bau SE z siedzibą w Passau, Niemcy zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 w dniu 5 czerwca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR S.A. z siedzib
w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1202/20 w dniu 5 czerwca 2020
po stronie Odwołującego 2. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu
odwoławczym . wykonawców ..... wspólnie ..... ubiegających ..... się o udzielenie
zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz TORMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach oraz wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1202/20 w dniu 5 czerwca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Ponadto Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1204/20 w dniu 5 czerwca 2020 r. po stronie Odwołującego 3. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się
0udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz TORMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1204/20 w dniu 5 czerwca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
1Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 lipca 2020 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego 3 w toku rozprawy, tj.:
1.zestawienie własne wykonawcy Skanska;
2.ofertę R. W. dotyczącą obsługi geodezyjnej z dnia 27 lutego 2020 r.;
3.ofertę cenową S. G. z dnia 26 czerwca 2019 r. dotyczącą kompleksowej obsługi geodezyjnej;
4.ofertę J. P. z dnia 10 lutego 2020 r. dotyczącą usługi geodezyjnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z projektem wykonawczym branży torowej dotyczącym Przebudowy ul. Kosmonautów w ciągu drogi Krajowej nr 94 we Wrocławiu od zachodniego przyczółku wiaduktu nad linią kolejową 273 relacji Wrocław Szczecin do skrzyżowania z Aleją Stabłowicką (rejon ul. Jeżowskiej), na odcinku ok. 2610m, ilość robót obejmuje około 0,08 km.

Stosownie do punktu 11.20. IDW, Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z zastosowaniem procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp.

W punkcie 7.3. IDW Zamawiający przewidział udzielenie zaliczek. Dla zakresu Gminy Wrocław wykonawca nie wcześniej niż 1 stycznia 2021 r. uprawniony jest do uzyskania od Gminy Wrocław jednej zaliczki na poczet realizacji prac stanowiących zakres Gminy Wrocław w kwocie do 10% wartości wynagrodzenia netto bez kwoty warunkowej przewidzianego za zakres Gminy Wrocław w pkt. 4.1 Aktu umowy. Zaliczka udzielana jest w oparciu o art. 151a ustawy Pzp na pisemny wniosek wykonawcy złożony najpóźniej do daty rozliczenia dla potrzeb wystawienia pierwszego świadectwa płatności dla zakresu Gminy Wrocław.

Zgodnie z punktem 9.2.2. IDW w celu wykazania się przez wykonawcę warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy

-(1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy podczas realizacji: co najmniej jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie ulicy w terenie miejskim klasy co najmniej Z o długości co najmniej 500 m wraz z budową lub przebudową torowiska tramwajowego oraz budową lub przebudową sieci w zakresie minimum 3 branż spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci gazowej, sieci ciepłowniczej, sieci elektroenergetycznej oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które sieci z ww. były wykonywane) oraz posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1208 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji.

W pkt 16.1.6. IDW Zamawiający wskazał, że wzory dokumentów dołączonych do IDW, powinny zostać wypełnione przez wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez wykonawcę w formie zgodnej z IDW.

Zgodnie z punktem 17.5.1.2. IDW, zestawienie kosztów zadania sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1a IDW miało być opatrzone kwalifikowanym podpisem przez właściwe podmioty. Jednocześnie zgodnie z punktem 17.5. IDW, oferta musiała zostać sporządzona w postaci elektronicznej i zawierać: Formularz Oferty (załącznik nr 1 do IDW), zestawienie kosztów zadania (załącznik nr 1a do IDW) oraz kosztorysy ofertowe (załącznik nr 7 do IDW).

Zamawiający w treści załącznika nr 1a do IDW wymagał m.in. wyceny:

-poz. 76 Organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem - 92,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90,

-poz. 77 Utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) - 92,5% z nie więcej 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90,

-poz. 79 Likwidacja zaplecza - 92,5 % z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90,

-poz. 91 Organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem - 7,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90,

-poz. 92 Utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) - 7,5% z nie więcej 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90,

-93 Likwidacja zaplecza - 7,5 % z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90.

Zamawiający w odniesieniu do ww. pozycji wskazał, że jeżeli suma poz. 76 oraz 91, poz. 77 oraz 92, a także poz. 79 oraz 93 Zestawienia kosztów zadania będzie wynosiła więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w poz. 75+90 wówczas Zamawiający uzna, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuci ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W punkcie 21 IDW - Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał:

-21.4. Ceną całkowitą oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty,

-21.5. Cena oferty wymieniona w Formularzu Oferty powinna wynikać z załącznika nr 1a do IDW - Zestawienia kosztów zadania,

-21.6. Wykonawca składający ofertę jest zobowiązany do wypełnienia wszystkich wolnych miejsc w załączniku nr 1a do IDW - Zestawieniu kosztów zadania,

-21.7. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego wszystkie prace i czynności wynikające ze wzoru umowy i jakiegokolwiek dokumentu załączonego do SIWZ w każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

-21.8. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym sporządzonym w oparciu o opis przedmiotu zamówienia oraz dokumentacje: projekty budowlane i wykonawcze, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zamieszczone w Części III SIWZ oraz Zestawieniu kosztów zadania,

-21.11. Wszystkie błędy ujawnione w dokumentacji projektowej, na rysunkach, w Specyfikacjach Wykonania i Odbioru Robót

Budowlanych oraz w Przedmiarach, kosztorysach ofertowych Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem określonym w pkt 19 IDW,

-21.16. Kosztorys ofertowy należy sporządzić ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji podanych we Wzorze kosztorysu ofertowego stanowiącego Załącznik nr 7 do IDW.

Zgodnie z punktem 22 IDW, kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były: 1) Cena (C) - 60,00 pkt, 2) T ermin gwarancji zgodnie z Kartą Gwarancyjną z wyłączeniem zieleni oraz oznakowania poziomego (G) - 10, pkt 3) Okres Rękojmi z wyłączeniem zieleni oraz oznakowania poziomego (R) - 10 pkt, 4) Doświadczenie Kierownika budowy (B) - 10 pkt, 5) Doświadczenie Kierownika robót drogowych (D) - 10 pkt.

Zgodnie z punktem 24.2.4 IDW, w przypadku kryterium pn. „Doświadczenie Kierownika budowy" wyznaczonego do uczestniczenia w realizacji zamówienia Pi (B) Wykonawca zobowiązany był do wskazania w Formularzu ofertowym w pkt. 4.6 wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu,

0którym mowa w pkt. 9.2.2. IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (B), tzn. imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu posiadanych uprawnień, numeru członkowskiego OIIB oraz doświadczenia tj. pełnionej funkcji, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli, a także podstawy dysponowania ww. osobą (przy czym Wykonawca zobowiązany jest wskazać w szczególności: nazwę inwestycji zadania, pełnioną funkcję oraz wskazanie, czy zadanie polegało na budowie lub przebudowie ulicy w terenie miejskim, wskazać długość i klasę ulicy wskazać czy inwestycja obejmowała również budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego oraz budowę lub przebudowę sieci przy czym należy wskazać, które sieci były wykonywane).

Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy wyznaczonego do uczestniczenia w realizacji zamówienia (B) było punktowane zgodnie z tabelą zawartą w ww. punkcie.

Zamawiający wskazał, iż wezwie działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w Formularzu ofertowym, sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 1 do IDW tylko w zakresie niezbędnym w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.2 IDW. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez wykonawcę informacje nt. ww. osoby.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca winien wskazać pełnioną funkcję oraz wszystkie parametry wynikające z kryterium odrębnie dla każdego zadania wskazanego w celu potwierdzenia doświadczenia. W przypadku podania w Formularza ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia ww. osoby, w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanej osoby (np. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, niejasności co do pełnionej funkcji podczas realizacji zadania, rodzaju roboty, zakresu uprawnień, doświadczenia) Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy (B)".

Zamawiający poinformował, że w przypadku wskazania na stanowisko Kierownika budowy więcej niż jednej osoby w celu oceny kryterium (B) Zamawiający weźmie pod uwagę

1będzie oceniał doświadczenie jednej osoby, która spełnia warunek o którym mowa w pkt. 9.2.2. IDW oraz w jak największym stopniu spełnia wymagania ww. kryterium.

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 marca 2020 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 510 o treści „W żadnej z pozycji przedmiarowej nie ma mowy o zasypce torowiska klińcem - takowa pojawia się zarówno w części opisowej jak i rysunkowej projektu. Proszę o informację, do której pozycji należy wliczyć ww. punkt, proszę o uściślenie" wskazał, że „Zamawiający dokonuje zmiany przedmiaru/kosztorysu ofertowego (formularz nr 32 do załącznika nr 7 IDW) poprzez dodanie pozycji nr 31a - zasypka klińcem. Zamawiający publikuje zmieniony przedmiar w pliku 200309_32.7z".

W odpowiedzi na pytanie nr 569 o treści „W kosztorysie nr 32 w pozycji nr 30 „Mechaniczne podbijanie podkładów w torach o szer. 1435 mm tłuczniem przy rozstawie podkładów 67 cm" podano ilość 0,11 km odpowiadającą długości rozjazdów a nie torowiska. Prosimy o skorygowanie ilości." Zamawiający wyjaśnił, że „dokonuje zmiany przedmiaru/kosztorysu ofertowego - formularz nr 32 do załącznika nr 7 IDW. Zamawiający publikuje skorygowany wzór kosztorysu ofertowego przy pytaniu nr 510."

W odpowiedzi na pytanie nr 570 o treści „W kosztorysie nr 32 w pozycji nr 31 „Mechaniczne podbijanie podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem" podano ilość 0,08 m. Prosimy o skorygowanie ilości" Zamawiający podał, że „dokonuje zmiany przedmiaru/kosztorysu ofertowego - formularz nr 32 do załącznika nr 7 IDW. Zamawiający publikuje skorygowany wzór kosztorysu ofertowego przy pytaniu nr 510".

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 594 o treści „Dot. Kosztorys - Torowisko zabudowane tłuczniem. Prosimy o skorygowanie oczywistej omyłki pisarskiej jednostki w poz. nr 31 z „m" na „km"." Zamawiający wyjaśnił, że „w kosztorysie zmieniono ilość w pozycji 31 (formularz nr 32 do załącznika nr 7 IDW). Patrz odpowiedź na pytanie nr 569, 570. Zamawiający publikuje skorygowany wzór kosztorysu ofertowego przy pytaniu nr 510."

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło 7 wykonawców.

Wykonawca Strabag w punkcie 4.6 Formularza Oferty na stanowisko kierownika budowy, o którym mowa w punkcie 9.2.2. oraz 24.2.4. IDW wskazał p. Z. L. Wykonawca podał, iż ww. osoba posiada uprawnienia budowlane nr 471/94/UW z dnia 15.12.1994 r. do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy/robót w specjalności konstrukcyjno- inżynieryjnej w zakresie budowy dróg.

Z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynika, że za pozycję nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32 wykonawcy zaproponowali następujące ceny jednostkowe: Skanska - 39 422,50 zł/km, Kobylarnia - 960 795,24 zł/m, Berger Bau - 50,16 zł/m, Strabag - 32 563,37 zł/m, PORR -173 086,20 zł/m, Aldesa - 114,02 zł/m oraz Budimex - 15 000 zł/m. Wskazać należy, iż wykonawca Skanska przy wycenie ww. pozycji kosztorysu nr 32 zamieścił komentarz, iż zaoferowana cena jednostkowa odnosi się do kilometra a nie metra, jak przedstawiono w kosztorysie.

Pismami z dnia 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał sześciu wykonawców (poza Skanska) do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował wykonawców, że w załączniku nr 7 do IDW - we wzorze kosztorysu ofertowego nr 32 opublikowanym przez Zamawiającego pozycja 31 zawiera oczywistą omyłkę w kolumnie pn. jedn. jest: m, powinny być: km.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do poszczególnych wykonawców z pytaniem: „czy w ww. pozycji Wykonawca wskazując cenę jednostkową w wysokości ... zł oraz wartość tj. ... zł uwzględnił jednostkę miary: metr, i tym samym czy Wykonawca w kosztorysie ofertowym nr 32 pn. Torowisko zabudowane tłuczniem w pozycji nr 31 wycenił 1 metr mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem na ... zł a 0,08 m tj. 8 cm ww. robót na kwotę ... zł?

Czy też rzeczywistą wolą Wykonawcy wyrażoną w ofercie było wskazanie w pozycji nr 31ww. kosztorysu ceny jednostkowej w wysokości ... zł za 1 kilometr mechanicznego podobijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem oraz wartości ... zł za 0,08 km tj. 80 metrów ww. robót?".

W odpowiedzi na ww. pytania Zamawiającego poszczególni wykonawcy złożyli następujące wyjaśnienia:

1.Berger Bau wyjaśnił, że wykonawca nie był uprawniony do samodzielnego dokonania zmian w dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, składającej się na SIWZ. W szczególności wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia, że Zamawiający w sposób błędny sporządził wzór kosztorysu ofertowego nr 32. Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców zasygnalizował dokonanie w poz. 31 kosztorysu nr 32 zmiany „ilości", jednak ostatecznie ta zmiana nie nastąpiła. Wykonawca uznał za wiążące dane podane w kosztorysie ofertowym załączonym do odpowiedzi na pytanie nr 510, z którego wynikało, że Zamawiający oczekuje wyceny w poz. 31 ww. kosztorysu 0,08 m robót. Wobec braku jednoznacznej informacji ze strony Zamawiającego co do omyłki w zastosowanej tu jednostce miary, wykonawca nie mógł założyć, że taka omyłka została przez Zamawiającego popełniona. Wykonawca wskazał, że zaoferowana przez niego cena jednostkowa w poz. 31 kosztorysu nr 32dotyczyła 1 metra;

2.Aldesa wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena jednostkowa w poz. 31 kosztorysu nr 32 dotyczyła 1 metra oraz że wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie było wskazanie w ww. pozycji ceny jednostkowej za 1 metr oraz wartości za 8 cm robót;

3.PORR wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena jednostkowa w poz. 31 kosztorysu nr 32 dotyczyła 1 metra, a wartość tej pozycji do ilości 0,08 metrów. Ponadto wykonawca wskazał, że obecne twierdzenie Zamawiającego ujęte w piśmie, iż „W Załączniku nr 7 do IDW - we wzorze kosztorysu ofertowego nr 32 opublikowanym przez Zamawiającego ww. pozycja zwiera oczywistą omyłkę w kolumnie pn. jedn. jest: m powinny być: km." pozostaje bez znaczenia dla ostatecznej treści SIWZ wiążącej wykonawców w chwili składania ofert. Wykonawca oświadczył, że nie wyraża zgody na dokonanie zmiany pozycji 31 sporządzonego zgodnie z wymogami SIWZ Kosztorysu ofertowego nr 32 poprzez przyjęcie jednostki kilometra dla powyższej pozycji;

4.Strabag wyjaśnił, że wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie było wskazanie w pozycji nr 31 ww. kosztorysu ceny jednostkowej w wysokości 32 563,37 zł za 1 kilometr mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435mm tłuczniem 0wartości 2 605,07 zł za 0,08 km tj. 80 metrów ww. robót;

5.Kobylarnia wyjaśniła, że rzeczywistą wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie było wskazanie w pozycji nr 31 kosztorysu ceny jednostkowej w wysokości 960 795,24 zł za 1 kilometr mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem oraz wartości 76 863,62 zł za 0,08 km tj. 80 metrów ww. robót;

6.Budimex nie udzielił wyjaśnień. W tym miejscu wskazać należy, iż Zamawiający w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r. podał, że w przypadku braku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Zamawiający uzna, że wykonawca wskazując ww. cenę jednostkową tj. 15 000,00 zł w ww. kosztorysie wycenił jeden kilometr robót opisanych w pozycji nr 31 ww. kosztorysu, a wartość 1 200,00 zł dotyczy 0,08 km tj. 80 m mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem.

W piśmie z dnia 30 kwietnia 2020 r. skierowanym do Kobylarni Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w kosztorysie ofertowym dotyczącym budowy i przebudowy sieci wodociągowej - w poszczególnych pozycjach tego kosztorysu. Zsumowanie wartości wszystkich pozycji tego kosztorysu po dokonaniu poprawek błędów rachunkowych daje kwotę 284 723,55 zł

1taka kwota została wpisana do poprawionego przez Zamawiającego Załącznika nr 1a - Zestawienie kosztów zadania - pozycja 40. Jednocześnie ww. pismem Zamawiający zawiadomił wykonawcę Kobylarnia o dokonaniu poprawy w ofercie wykonawcy innej omyłki,

0której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie poz. nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32 w ten sposób, że jednostkę obmiarową „metr" zmienił na „kilometr".

Wykonawca Kobylarnia pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłek.

Jednocześnie pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Berger Bau o dokonaniu poprawy w ofercie wykonawcy innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie poz. nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32 w ten sposób, że jednostkę obmiarową „metr" zmienił na „kilometr", cenę jednostkową 50,16 zł/m zmienił na 50 160,00 zł/km oraz wartość 4,01 zł zmienił na 4 012,80 zł.

Pismem z dnia 4 maja 2020 r. wykonawca Berger Bau nie wyraził zgody na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego podając uzasadnienie

1wniósł o unieważnienie ww. czynności Zamawiającego.

W dniu 22 maja 2020 r. za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający uznał ofertę Kobylarni, która otrzymała łącznie 100 punktów.

Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Skanska S.A. z 91,90 punktami, na trzecim miejscu w rankingu znalazła się oferta wykonawcy PORR S.A. z 86,27 punktami, na czwartym miejscu uplasowała się oferta wykonawcy BUDIMEX S.A. z 84,26 punktami, a na miejscu piątym znalazła się oferta wykonawcy Strabag z 83,52 punktami (oferta otrzymała 30 punktów w kryteriach pozacenowych, przy czym za kryterium dotyczące doświadczenie kierownika budowy otrzymała 0 punktów, a za kryterium cena 53,52 punktów).

Jednocześnie ww. pismem Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji podał, iż pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o poprawie w jego ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącej pozycji 31 kosztorysu nr 32 w ten sposób, że jednostkę obmiarową metry poprawiono na kilometry, cenę jednostkową w kwocie 50,16 zł poprawiono na 50 160 zł, a wartość 4,01 zł poprawiono na 4 012,80 zł. Wykonawca Berger, w piśmie z dnia 4 maja 2020 r., nie wyraził zgody na poprawienie ww. omyłki.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 1195/20

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Kobylarnię jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący 1 w zakresie przedmiotowego zarzutu podnosił, iż w ofercie Kobylarni (załącznik nr 1a do IDW) w poz. 76 + 91, poz. 77 + 92 oraz poz. 79 + 93 nie został zachowany procentowy podział wymagany w specyfikacji w proporcjach 92,5 % do 7,5%, co też zdaniem odwołującego się Wykonawcy winno skutkować odrzuceniem oferty Kobylarni jako niezgodnej z treścią SIWZ

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem Z kolei stosownie do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie 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.

Spór między Stronami postępowania odwoławczego w zakresie przedmiotowego zarzutu koncentrował się na wykładni postanowień SIWZ referujących do sposobu wyceny organizacji zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem - poz. 76 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 91 dla zakresu MPWIK S.A., utrzymania zaplecza na potrzeby wykonawcy - poz. 77 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 92 dla zakresu MPWIK S.A. oraz likwidacji zaplecza - poz. 79 dla zakresu Gminy Wrocław i poz. 93 dla zakresu MPWIK, w tym wymaganego w specyfikacji procentowego wskaźnika, tj. 92,5 % i 7,5%.

Izba wskazuje, iż lektura postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności załącznika nr 1a do IDW, prowadzi do odmiennych wniosków niż zaprezentowane przez Odwołującego 1.

Za Zamawiającym Izba wskazuje, iż Odwołujący 1 błędnie odczytał zapisy załącznika nr 1a do IDW oraz przewidziane w nim przypadki uznania treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Z przypisu nr 1, 2, 4, 5, 6 i 7 załącznika nr 1a do IDW wynika bowiem, iż odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało nastąpić odpowiednio w przypadku, gdy suma pozycji 76 i 91, 77 i 92, 79 i 93 zestawienia kosztów zadania będzie wynosiła więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75+90.

Oferta Kobylarni nie narusza w odniesieniu do żadnej z par wskazanych pozycji powyższego wymogu Zamawiającego, co też potwierdził sam Odwołujący 1 w treści odwołania. W przypadku oferty Kobylarni suma poz. 75 i 90 załącznika nr 1a do IDW to kwota 144 933 727,93 zł netto (133 529 791,14 zł netto + 11 403 936,79 zł netto). Tym samym 0,1% z 144 933 727,93 zł netto stanowi kwotę 144 933,73 zł netto. Skoro zatem łączna cena za organizację zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem, tj. suma poz. 76 oraz 91 zestawienia kosztów zadania stanowiła kwotę 143 483,75 zł netto (133 338,43 zł netto + 10 145,32 zł netto), to nie przekraczała ona kwoty 144 933,73 zł netto stanowiącej 0,1% wartości robót określonych w poz. 75 i 90. Analogiczne wyliczenia znajdują zastosowanie dla pary pozycji 77 i 92 oraz 79 i 93 załącznika nr 1a do IDW, ponieważ wykonawca Kobylarnia zaoferował takie same kwoty jak w przypadku poz. 76 oraz 91 ww. załącznika.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż z treści załącznika nr 1a do IDW nie wynika podnoszony przez Odwołującego 1 skutek w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ w przypadku niezachowania procentowego podziału wymaganego w SIWZ, tj. 92,5% w poz. 76, 77 i 79 oraz 7,5% w poz. 91, 92 i 93 ww. załącznika. Z treści SIWZ nie wynika również, by taki procentowy podział należało obliczyć z sumy pozycji 76 + 91, 77 + 92 oraz 79 + 93 zestawienia kosztów zadania. Zdaniem Izby lektura postanowień SIWZ, w tym w szczególności załącznika nr 1a do IDW prowadzi do wniosku, iż zadaniem wykonawcy była indywidualna, odrębna wycena pozycji 76, 77, 79, 91, 92 i 93 tego załącznika, z tym jednak zastrzeżeniem, że cena zaoferowana za poszczególne pozycje miała stanowić 92,5 % (dla poz. 76, 77 i 79) albo 7,5% (dla poz. 91, 92 i 93) z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych dla poz. 75 + 90. Określenie „z nie więcej niż 0,1% wartości robót" w sposób oczywisty wskazuje, że wykonawca dokonując wyceny poszczególnych pozycji załącznika nr 1a do IDW mógł zaoferować cenę poniżej tego progu.

Przenosząc powyższe rozważania na treść oferty Kobylarni wskazać należy, iż 92,5 % z kwoty maksymalnej, tj. 144 933,73 zł netto stanowiącej 0,1% wartości robót określonych w poz. 75 i 90, to kwota 134 063,70 zł netto. Z powyższego wynika zatem, iż żadna z cen zaoferowanych przez Kobylarnię w poz. 76, 77 i 79 załącznika nr 1a do IDW nie przekraczała kwoty 134 063,70 zł netto, skoro wykonawca dla każdej z tych pozycji wskazał cenę wynoszącą 133 338,43 zł netto.

Analogicznie rzecz ma się odniesieniu do wyceny poz. 91, 92 i 93 załącznika nr 1a do IDW, które zostały wycenione przez wykonawcę Kobylarnia na kwotę 10 145,32 zł netto każda. Zatem 7,5% z kwoty 144 933,73 zł netto (stanowiącej 0,1% wartości robót określonych w poz. 75 i 90) daje kwotę 10 870,03 zł netto, co potwierdza, że żadna z cen podanych w ofercie wykonawcy Kobylarnia w poz. 91, 92 i 93 załącznika nr 1a do IDW nie przekracza kwoty maksymalnej, tj. 10 870,03 zł netto, skoro wynosi 10 145,32 zł netto.

Powyższe jest także spójne ze stanowiskiem zaprezentowanym przez wykonawcę Kobylarnia, który w piśmie procesowym z dnia 14 lipca 2020 r. przedstawił szczegółowe wyliczenia wartości poz. 76 i 91, które potwierdzają, że dla spełnienia wymogu Zamawiającego, by wartość robót dla danej pozycji stanowiła 92,5% albo 7,5% z nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 75 i 90, jako podstawę obliczeń przyjął wartość niższą niż maksymalna dla warunku „z nie więcej niż 0,1% wartości", tj. odpowiednio 0,09945901% oraz 0,0933330000%. Ponadto Kobylarnia przedstawiła symulację innego, hipotetycznego rozwiązania spełniającego wymogi specyfikacji.

Podkreślenia wymaga, iż obliczenia przedstawione przez Zamawiającego oraz Przystępującego Kobylarnię w pismach procesowych nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego 1 w toku rozprawy przed Izbą.

Przechodząc następnie do kwestii podniesionej przez Odwołującego 1 w treści odwołania a nie wyrażonej wprost w jego petitum, jakoby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał poprawienia omyłek w ofercie Kobylarni w kosztorysie ofertowym nr 40 Izba wskazuje, że w działaniu Zamawiającego nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący 1 w ww. zakresie zarzucał, iż mimo dokonanej poprawy kwoty 284 595,23 zł na kwotę 284 355,00 zł w kosztorysie ofertowym nr 40, kwota po korekcie nie odpowiada kwocie w załączniku nr 1a do IDW w poz. 40, co też zdaniem wykonawcy Strabag potwierdzało, że Zamawiający nie uwzględnił konsekwencji rachunkowych dokonanych zmian i zaniechał uzyskania zgody wykonawcy na ich wprowadzenie do treści oferty, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do ww. kwestii wskazać należy, iż pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił Kobylarnię o poprawieniu w ofercie wykonawcy oczywistych omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w kosztorysie ofertowym nr 40 dotyczącym budowy i przebudowy sieci wodociągowej - w poszczególnych pozycjach tego kosztorysu. Zsumowanie wartości wszystkich pozycji kosztorysu po usunięciu omyłek rachunkowych dawało kwotę 284 723,55 zł. Powyższa kwota została wpisana do poprawionego przez Zamawiającego załącznika nr 1a do IDW w pozycji 40.

Izba stwierdza, że z analizy pisma Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2020 r. wynika, że nie odpowiada prawdzie twierdzenie Odwołującego 1, jakoby poprawka Zamawiającego w kosztorysie ofertowym nr 40 złożonym przez Kobylarnię polegała na zmianie kwoty

284 595,23 zł na 284 355,00 zł, ponieważ taka wartość 284 355,00 zł nie została wpisana w treści załącznika nr 1a do IDW. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zsumowanie skorygowanych wartości w kosztorysie ofertowym dotyczącym przebudowy kolizyjnej sieci wodociągowej daje wartość 284 723,55 zł (powtórzoną następnie w zestawieniu kosztów zadania w poz. 40), a jedynie omyłkowo w podsumowaniu skorygowanych wartości ww. kosztorysu w rubryce „razem" wpisano 284 3,55 (a nie jak wskazał Odwołujący 284 355,00 zł) - omyłkowo pominięto dwie cyfry 72 przed cyfrą 3. Słusznie stwierdził Zamawiający, iż powyższa okoliczność nie ma żadnego znaczenia, bowiem jest to jedynie obliczenie sumy prawidłowo skorygowanych wartości rachunkowych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego nr 40, które po dodaniu dają prawidłową wartość 284 723,55 zł.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, iż nieprawidłowe było stanowisko Odwołującego 1, który zarzucał Zamawiającemu brak uzyskania zgody wykonawcy Kobylarnia na poprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym nr 40 z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Słusznie wskazał Zamawiający, iż w przypadku poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest wymagana zgoda wykonawcy na ich dokonanie. Zgody takiej wymagają jedynie omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Brak uzyskania takiej zgody warunkuje z kolei odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wziąwszy pod uwagę powyższe okoliczności, w szczególności analizę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym załącznika nr 1a do IDW, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Kobylarnia z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 6 ustawy Pzp dotyczące nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego 1 w kryterium pozacenowym pn. „Doświadczenie kierownika budowy" poprzez przyznanie ofercie wykonawcy Strabag w ww. kryterium 0 punktów.

Izba odniesie się do powyższych zarzutów łącznie, jako że oparte zostały one na wspólnej podstawie faktycznej.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Otwarty katalog kryteriów oceny ofert zawiera art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który w punkcie 5 ww. przepisu jako jedno z kryteriów wskazuje organizacje, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Bezspornie wykonawca Strabag w punkcie 4.6 Formularza Oferty na stanowisko kierownika budowy, celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego oraz pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy, wskazał p. Z. L. podając, że ww. osoba posiada uprawnienia budowlane nr 471/94/UW z dnia 15.12.1994 r. do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy/robót w specjalności konstrukcyjno - inżynieryjnej w zakresie budowy dróg.

Jak wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 6 maja 2020 r. Zamawiający nie przyznał punktów Odwołującemu 1 w omawianym kryterium, ponieważ z informacji wskazanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym nie wynika, czy p. Z. L. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich UE (Dz. U. z 2016 r. poz. 65), lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji.

Izba wskazuje, iż Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Strabag w ramach ww. kryterium pozacenowego.

Po pierwsze wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego 1 było nieprawidłowe z uwagi na wybiórcze czytanie postanowień SIWZ. Odwołujący 1 pomijał, iż w punkcie 24.2.4 IDW Zamawiający wprost wskazał, że w przypadku omawianego kryterium wykonawca zobowiązany był do wskazania w formularzu ofertowym w pkt. 4.6 wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.2. IDW jak i kryterium oceny ofert Pi (B), tzn. imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu posiadanych uprawnień, numeru członkowskiego OIIB oraz doświadczenia tj. pełnionej funkcji, nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli, a także podstawy dysponowania ww. osobą (przy czym Wykonawca zobowiązany był wskazać w szczególności: nazwę inwestycji zadania, pełnioną funkcję oraz wskazanie, czy zadanie polegało na budowie lub przebudowie ulicy w terenie miejskim, wskazać długość i klasę ulicy wskazać czy inwestycja obejmowała również budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego oraz budowę lub przebudowę sieci przy czym należy wskazać, które sieci były wykonywane).

Z kolei zgodnie z punktem 9.2.2. IDW w celu wykazania się przez wykonawcę warunkiem udziału w postępowaniu Zamawiający

wymagał od osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy posiadania stosownego doświadczenia oraz posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1208 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawę uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji.

Dalej wskazać należy, iż w punkcie 24.2.4 IDW Zamawiający wprost zastrzegł, że w przypadku podania w formularza ofertowym danych dotyczących zadania wykazanego w celu potwierdzenia doświadczenia ww. osoby, w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, na podstawie informacji podanych w Formularzu ofertowym, spełnienia warunku zdolności zawodowej wskazanej osoby (np. brak określenia nazwy lub charakterystyki zadania, niejasności co do pełnionej funkcji podczas realizacji zadania, rodzaju roboty, zakresu uprawnień, doświadczenia) Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy
(B)".

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że całościowa analiza postanowień SIWZ potwierdza, iż dla przyznania punktów w ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy należało podać w formularzu oferty nie tylko informacje dotyczące doświadczenia danej osoby, ale także informacje na temat jej kwalifikacji, w tym zakresu posiadanych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej. Jakiekolwiek braki w ofercie wykonawcy w ww. zakresie skutkowały odmową przyznania punktów przez
Zamawiającego w ramach oceny ofert w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Innymi słowy, nie jest tak jak twierdził Odwołujący 1, iż Zamawiający w ramach kryteriów pozacenowych punktował wyłącznie doświadczenie osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy, bez względu na posiadanie przez daną osobę uprawnień budowlanych w wymaganej specjalności (bez ograniczeń czy w ograniczonym zakresie). Powyższemu przeczy literalna i całościowa analiza postanowień SIWZ.

W tym miejscu podkreślić należy, iż doświadczenie i kwalifikacje osoby wskazywanej przez wykonawcę na potrzeby oceny oferty w świetle kryteriów pozacenowych, nie może być przedmiotem modyfikacji czy uzupełnienia po upływie terminu składania ofert. Taka sytuacja stanowiłaby niedopuszczalną po upływie terminu składania ofert zmianę treści oferty. Co więcej, to na wykonawcy spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności w przygotowaniu oferty i przedstawieniu zamawiającemu rzetelnych i kompletnych informacji składających się na jej treść. Powyższe koresponduje z wymogami Zamawiającego określonymi w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, który uzależnił przyznanie punktów ofertom wykonawców w kryterium oceny ofert wskazanym w punkcie 24.2.4 IDW od podania w formularzu ofertowym kompletnych informacji dotyczących personelu wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zatem, że wykonawca Strabag nie podał w treści Formularza Oferty - pkt 4.6 zakresu uprawnień budowlanych posiadanych przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika budowy, tj. czy uprawnienia budowlane nr 471/94/UW z dnia 15 grudnia 1994 r. do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy/robót w specjalności konstrukcyjno - inżynieryjnej w zakresie budowy dróg są uprawnieniami bez ograniczeń, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadającymi uprawnieniom bez ograniczeń ważnymi uprawnieniami wydanymi na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa (brak oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie), Zamawiający prawidłowo przyznał ofercie wykonawcy 0 punktów ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy.

Za nieprawidłowy Izba uznała wywód Odwołującego 1, który wielokrotnie akcentował, że skoro spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2. IDW dotyczącego potencjału kadrowego wykonawcy Strabag w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nie budziło wątpliwości Zamawiającego, to tym samym wątpliwości takich być nie może podczas oceny oferty wykonawcy Strabag w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika budowy. Odwołujący 1 nie dostrzegł, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej", o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, której istota sprowadza się do zbadania w pierwszej kolejności, czy w stosunku do oferty danego wykonawcy nie zachodzą podstawy odrzucenia, a następnie do dokonania oceny ofert w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Dopiero w stosunku do najwyżej ocenionej oferty, ale przed jej wyborem, zamawiający dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada wstępne oświadczenie, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Tym samym za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Odwołującego 1, iż brak było po stronie Zamawiającego wątpliwości w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2. IDW przez wykonawcę Strabag, skoro Zamawiający nie badał ww. wykonawcy pod względem podmiotowym.

Izba wskazuje, iż nietrafione było również stanowisko Odwołującego 1, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący 1 upatrywał naruszenia ww. przepisu w tym, że Zamawiający błędnie przyjął, że wykonawca nie wykazał, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń podlegające ocenie w ramach w

kryterium pn. „Doświadczenie kierownika budowy", podczas gdy zakres uprawnień tego kierownika odwołuje się do inwestycji realizowanych dla tego samego Zamawiającego i stanowi warunek możliwy do samodzielnej weryfikacji przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. i. Z treści przywołanego wyżej przepisu wprost wynika, że znajduje on zastosowanie jedynie dla celów weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy (oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia), a nie do oceny ofert wykonawców, w tym w ramach kryteriów pozacenowych.

Za nieprawidłowe należy uznać także działanie Odwołującego 1, który konsekwencje niedochowania należytej staranności w przygotowaniu kompletnej oferty próbował przerzucić na Zamawiającego. Warto także zwrócić uwagę na niekonsekwencję Odwołującego 1 w wypełnieniu punktu 4.6 Formularza Oferty, bowiem w przypadku osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót drogowych wykonawca Strabag wskazał zakres posiadanych przez wyznaczoną osobę uprawnień budowlanych.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający nie uchybił zarzucanym przez Odwołującego 1 przepisom ustawy Pzp podczas oceny oferty wykonawcy Strabag w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy przyznając ofercie wykonawcy 0 punktów.

W konsekwencji powyższego, w okolicznościach podniesionych przez wykonawcę Strabag w ramach sprawy o sygn. akt: KIO 1195/20, brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kobylarnia.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1202/20

Potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy spełnione zostaną przesłanki określone w tym przepisie, tj. 1) postępowanie obarczone jest wadą, 2) wada ta jest niemożliwa do usunięcia oraz 3) wada ma uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym podczas oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy rozstrzygnąć, czy wada postępowania była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1804/14).

Izba stwierdziła, iż w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp warunkujące unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie zostało obarczone wadą, która ma charakter nieusuwalny. Wada ta polegała na rozbieżności, w zakresie jednostki obmiarowej, a w konsekwencji ilości robót niezbędnych do wykonania, między treścią kosztorysu ofertowego nr 32 poz. 31 dotyczącej mechanicznego podbijania podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach
0szerokości torów 1435 mm tłuczniem, a treścią dokumentacji projektowej.

W kosztorysie ofertowym nr 32 poz. 31 Zamawiający jako jednostkę obmiarową wskazał metry, a jako ilość 0,08, co też oznaczało, że wykonawca obowiązany był wycenić
1wykonać 8 cm robót. Z kolei z projektu branży torowej oraz Specyfikacji Technicznej
SST T-01.00.07 wynikało, iż do wykonania - a więc i do wyceny - było 0,08 km, czyli 80 m przedmiotowych robót.

Powyższa rozbieżność w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia została przyznana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie była sporna między Stronami.

Izba wskazuje, iż powyższa wada postępowania, nie została usunięta w jego toku, mimo że wykonawcy stosownie do pouczenia zawartego w punkcie 21.11 IDW zwracali się do Zamawiającego z wnioskiem o skorygowanie jednostki obmiarowej w

przedmiotowej pozycji kosztorysu z metrów na kilometry, czy też wnosili o weryfikację ilości robót (pytanie nr 570 i 594 do SIWZ).

W wyniku udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ z dnia 20 marca 2020 r. oraz zmian w zakresie kosztorysu nr 32 - pozycja 31 tego kosztorysu nie uległa jednak zmianie ani w zakresie jednostki obmiarowej (m) ani ilości (0,08), mimo że w odpowiedzi na pytanie nr 594 Zamawiający wskazał: „W kosztorysie zmieniono ilość w pozycji 31 (formularz nr 32 do załącznika nr 7 IDW). Patrz odpowiedź na pytanie nr 569, 570. Zamawiający publikuje skorygowany wzór kosztorysu ofertowego przy pytaniu nr 510." Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 570 Zamawiający poinformował, że dokonuje zmiany przedmiaru/kosztorysu ofertowego - formularza nr 32 do załącznika nr 7 IDW oraz że publikuje skorygowany wzór kosztorysu ofertowego przy pytaniu nr 510. W tym miejscu wskazać jednak należy, że w odpowiedzi na pytanie nr 570 Zamawiający nie podał w jakim zakresie dokonuje zmiany kosztorysu ofertowego nr 32, tak jak miało to miejsce w odpowiedzi na pytanie nr 594, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że „zmieniono ilość w pozycji 31". Dodać warto, że odpowiedź na pytanie nr 510 dotyczyła robót polegających na zasypce torowiska klińcem, zatem innych niż te wskazane w poz. 31 kosztorysu ofertowego nr 32, a to przy tym pytaniu Zamawiający opublikował zmieniony kosztorys ofertowy nr 32.

Słusznie zdaniem Izby wskazywał Odwołujący 2, iż treść wyjaśnień SIWZ w zakresie pytania nr 594 wskazywała, iż intencją Zamawiającego było dokonanie zmiany poz. 31 kosztorysu nr 32 w zakresie „ilości", którą wyrażono jako 0,08. Izba nie podzieliła tym samym stanowiska Zamawiającego, który twierdził, że z pytania nr 570 zadanego przez jednego z wykonawców wynika, że dla wykonawców ilość wyrażona jest dwoma parametrami, tj. cyfrą i jednostką miary, a zmiana ilości może być dokonana zarówno poprzez zmianę cyfry, jak i jednostkę miary lub jedno i drugie. Zdaniem Izby z treści zadanego pytania nr 570 takiego wniosku nie można wysnuć, ponieważ wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o skorygowanie ilości, a nie jednostki obmiarowej. Nie wnosił też o zmianę albo jednostki obmiarowej albo cyfry.

Konsekwencją omówionego wyżej błędu Zamawiającego, pozornie błahego, polegającego na rozbieżnościach w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia było to, iż sześciu wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu w kosztorysie ofertowym nr 32 poz. 31 jako jednostkę obmiarową pozostawili metry, a jako ilość 0,08. Jedynie wykonawca Skanska w złożonym kosztorysie ofertowym nr 32 wskazał, że jego cena jednostkowa dla pozycji 31 została ustalona dla kilometra, a tym samym dla ilości 0,08 km, tj. 80 metrów robót. Innymi słowy, żaden z sześciu wykonawców (poza Skanska) nie zasygnalizował Zamawiającemu w złożonej ofercie, iż ustalona przez wykonawcę cena dotycząca poz. 31 kosztorysu nr 32 odnosiła się do kilometra, a tym samym do 80 metrów robót (0,08 km). Czytając treść ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie było wątpliwości jaką jednostkę obmiarową zastosowali poszczególni wykonawcy dla wyceny pozycji nr 31 kosztorysu nr 32, a w konsekwencji jaką ilość robót wycenili.

Następnie Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby ww. wada postępowania była możliwa do usunięcia poprzez zastosowanie instytucji wyjaśnień treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie poprzez dokonanie poprawy ofert wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, iż wezwania z dnia 21 kwietnia 2020 r. wystosowane do sześciu wykonawców nie stanowiły negocjacji i miały na celu jedynie usunięcie wątpliwości wynikających z treści złożonych ofert. Podkreślić raz jeszcze należy, iż treści ofert wykonawców w zakresie pozycji nr 31 kosztorysu nr 32 były jasne, nie zawierały żadnych wewnętrznych sprzeczności, które implikowałyby po stronie Zamawiającego obowiązek ich wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Sprzeczność, którą dostrzegł Zamawiający podczas oceny ofert nie wynikała z treści złożonych ofert, przez co nie mogła stanowić omyłki wykonawcy podlegającej poprawie zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, lecz jej źródłem była wadliwie sporządzona dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby wezwanie sześciu wykonawców (poza Skanska) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zmierzało w istocie do naprawienia błędów tkwiących w dokumentacji postępowania, a które Zamawiający dostrzegł po otwarciu ofert. Błędy te doprowadziły do powstania u Zamawiającego wątpliwości co do faktycznego zakresu robót wycenionych przez poszczególnych wykonawców w ramach poz. nr 31 kosztorysu nr 32, które Zamawiający z wykorzystaniem instytucji wyjaśnień treści oferty usiłował zlikwidować ustalając „rzeczywistą wolę Wykonawcy wyrażoną w ofercie", co potwierdza treść wezwania z dnia 21 kwietnia 2020 r.

Zdaniem składu orzekającego błąd Zamawiającego wynikający z rozbieżności w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia co do ilości robót, które należało wycenić spowodował, że bez prowadzenia negocjacji z wykonawcami zakazanymi w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie było możliwe jednoznaczne ustalenie, czy poszczególni wykonawcy w złożonych ofertach wycenili 1 metr robót polegających na mechanicznym podbijaniu podkładów w rozjazdach i skrzyżowaniach o szer. torów 1435 mm tłuczniem, dla których zgodnie z kosztorysem wskazano ilość 0,08 m, czy też wycenili 80 m zgodnie z dokumentacją projektową. Nie można bowiem na obecnym etapie postępowania odtworzyć w sposób pewny toku myślenia poszczególnych wykonawców z chwili przygotowania ofert w zakresie oferowanej ceny jednostkowej dla poz. 31 kosztorysu ofertowego 32.

Izba stwierdza, iż treść pytania zawartego w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 r. do sześciu wykonawców wskazywała kierunek odpowiedzi oraz stwarzała wykonawcom pole do wykorzystania błędu Zamawiającego i manipulacji treścią złożonych ofert. Nie można

nie zauważyć, iż poszczególni wykonawcy znając ceny zaoferowane przez swoich konkurentów mogli dostosować treść udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień do ukształtowania rankingu ofert w sposób dla nich korzystny.

W świetle powyższego za nieprawidłowe Izba uznała działanie Zamawiającego zmierzające w istocie do sanacji błędu popełnionego przez Zamawiającego dotyczącego rozbieżności w dokumentacji postępowania w drodze niedopuszczalnych negocjacji treści złożonych ofert. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest zakwalifikowanie dalszych czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu wynikających z owego błędu za nieprawidłowe.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby w okolicznościach tej sprawy, dopuszczalnym było poprawienie oferty Odwołującego Berger Bau oraz oferty wykonawcy Kobylarnia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w oparciu o udzielone przez wykonawców wyjaśnienia dokonał poprawy oferty Kobylarni w zakresie poz. 31 kosztorysu ofertowego nr 32 w ten sposób, że jednostkę obmiarową metr zmienił na kilometr, pozostawiając przy tym nie zmienioną cenę jednostkową (960 795,24 zł). Z kolei ofertę wykonawcy Berger Bau w ww. zakresie Zamawiający zmienił w ten sposób, że jednostkę obmiarową „metr" zmienił na „kilometr", cenę jednostkową 50,16 zł/m zmienił na 50 160,00 zł/km oraz wartość 4,01 zł zmienił na 4 012,80 zł, mimo iż w piśmie z dnia 24 kwietnia 2020 r. wykonawca kwestionował podnoszoną przez Zamawiającego omyłkę w kosztorysie oraz wskazywał na prawidłowe wyliczenie ceny ww. pozycji dla 1 metra robót.

W tym miejscu podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, i Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

Zdaniem Izby poprawienie oferty wykonawcy Kobylarnia w sposób dokonany przez Zamawiającego stanowiło nic innego jak rekonstrukcję oświadczenia złożonego przez wykonawcę w zakresie omawianej ceny jednostkowej w wysokości 960 795,24 zł za kilometr robót, po to by dostosować treść oferty tego wykonawcy do wymagań treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co też w żadnej mierze nie mieści się w katalogu omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż oświadczenie złożone przez wykonawcę Kobylarnia w treści oferty w ww. zakresie było jednoznaczne, jak również stanowiło przedmiotowo istotny element zawieranej umowy, zważywszy na kosztorysowy charakter wynagrodzenia.

W tym miejscu dostrzec należy, iż w okolicznościach niniejszej sprawy istniały dwa matematyczne sposoby poprawy ofert złożonych przez wykonawców, jeden zastosowany przez Zamawiającego oparty na treści wyjaśnień złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 kwietnia 2020 r., a drugi podnoszony przez Berger Bau oparty na oświadczeniach poszczególnych wykonawców wynikających z kosztorysu ofertowego nr 32 poz. 31, stanowiącego treść oferty. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji, która miałaby uzasadniać zastosowanie wybranego przez Zamawiającego sposobu poprawy ofert. W szczególności nie przemawiał za tym argument, że Zamawiający nie miał prawa a priori bez wyjaśnień założyć, że na pewno każdy z wykonawców wycenił 0,08 m czyli 8 cm robót. Izba wskazuje, że Zamawiający nie miał też prawa prowadzić negocjacji z wykonawcami w celu dostosowania treści złożonych ofert do wymogów specyfikacji. To po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek przygotowania wyczerpującej, jasnej i spójnej dokumentacji postępowania, dzięki czemu składane przez wykonawców oferty winny być porównywalne.

Co szczególnie istotne, wybór jednego z ww. sposobów poprawy ofert, wpływał na ranking ofert, w tym na wybór oferty najkorzystniejszej, zatem miał wpływ na jego wynik. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można nie dostrzec, że w przypadku zastosowania równie prostego działania matematycznego, wskazywanego przez Berger Bau, polegającego na poprawie ofert sześciu wykonawców (w przypadku wykonawcy Skanska możliwym byłaby poprawa jednostki obmiarowej i ilości, bez ingerencji w cenę jednostkową) w ten sposób, że wskazaną przez wykonawców cenę jednostkową za 1 m robót zawartych w poz. 31 kosztorysu nr 32 należałoby przemnożyć przez 80 metrów robót. Zastosowanie tego sposobu poprawy ofert, wynikającego z ich treści, powodowałoby, że cena oferty wykonawcy

Kobylarnia wzrosłaby o 76 863 619,20 zł (960 795,24 zł/m x 80), przez co oferta tego wykonawcy nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że Zamawiający przyjmując wybrany przez siebie sposób poprawy ofert wykonawców uprzywilejował ofertę wykonawcy Kobylarnia, która zaoferowała najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający dokonując zmiany oferty Kobylarni w sposób wskazany w piśmie z dnia 30 kwietnia 2020 r., tj. przyjmując, że cena 960 795,24 zł stanowi cenę za 1 kilometr robót zawartych w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32, nie zaś za 1 metr robót i wybierając ofertę tego

wykonawcy, uniknął kwestii ewentualnych roszczeń na etapie realizacji umowy, z którymi mógłby wystąpić wykonawca Kobylarnia z tytułu realizacji ww. prac, zwłaszcza, że zapłata wynagrodzenia zgodnie z punktem 21.9 IDW miała nastąpić za faktycznie wykonane roboty budowlane.

W końcu w okolicznościach faktycznych omówionych powyżej za nieprawidłową należało uznać czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego Berger Bau na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro oferta Odwołującego 2 była jednoznaczna w zakresie zapisów zawartych w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego nr 32, których prawidłowość Odwołujący 2 potwierdził dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to brak było podstaw do uznania, że zawiera ona omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, wobec braku wyrażenia zgody na dokonaną poprawę oferty.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że wada niniejszego postępowania, która nie została naprawiona przed upływem terminu składania ofert, doprowadziła do sytuacji, że poszczególni wykonawcy zainteresowani zamówieniem w sposób różny zrozumieli postanowienia dokumentacji postępowania w zakresie jednostek obmiarowych i ilości prac, które należało wycenić zgodnie z pozycją nr 31 kosztorysu nr 32, co też potwierdzają treści złożonych ofert oraz składane przez wykonawców wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odmienne rozumienie ww. pozycji kosztorysu ofertowego nr 32 przez poszczególnych wykonawców spowodowało, że oferty wykonawców nie mogą być uznane za porównywalne (skoro część wykonawców wskazała ceny jednostkowe dla 1 metra i w konsekwencji dla 8 cm robót, a część podała ceny jednostkowe dla 1 kilometra i w konsekwencji 80 metrów robót). Jednocześnie, jak podkreślano już powyżej, na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości ustalenia rzeczywistych intencji, którymi kierowali się wykonawcy podczas wyceny ww. pozycji na etapie przygotowania ofert. Nadto dwojaki sposób poprawy ofert wykonawców uzależniony od tego, czy zostanie on dokonany w oparciu o pierwotną treść oferty wykonawców wynikającą z kosztorysu nr 32 poz. 31 (wskazywany przez Berger Bau), czy też z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zastosowany przez Zamawiającego) prowadzi do odmiennego wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zostały spełnione i nakazała Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kobylarni, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący 2 stał na stanowisku, że złożenie oferty przez Kobylarnię było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i zagrażało interesom innych wykonawców i Zamawiającego, ponieważ Kobylarnia wykorzystała błąd Zamawiającego polegający na niepoprawieniu kosztorysu nr 32 w poz. 31 i chciała uzyskać zamówienie po niskiej cenie, by na etapie realizacji zamówienia za sporną pozycję uzyskać wielokrotnie wyższe wynagrodzenie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniuo zwalczaniu nieuczciwejkonkurencji. ..... Stosownie ..... zaś do treści art. ..... 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało nawet uprawdopodobnione, że Kobylarnia w sposób celowy - jak twierdził Odwołujący 2 - wykorzystała błąd Zamawiającego i zawyżyła wartość pozycji nr 31 kosztorysu nr 32, po to aby uzyskać niniejsze zamówienie publiczne i żądać od Zamawiającego na etapie realizacji umowy za wykonanie robót określonych w ww. pozycji kosztorysu 32 ok. 76 milionów złotych. Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego 2 w ww. zakresie oparte zostały wyłącznie na przypuszczeniach wykonawcy. Co więcej, powyższe stanowisko prezentowane przez Odwołującego 2 było niespójne w kontekście argumentacji podniesionej w ramach zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem odwołujący się Wykonawca twierdził, że nie jest możliwe odtworzenie toku myślenia poszczególnych wykonawców co do faktycznie zaoferowanej ceny jednostkowej za pozycję nr 31 kosztorysu nr 32, to tym bardziej trudno zakładać, że wykonawca Kobylarnia w sposób celowy zawyżyła wartość omawianej pozycji.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego 2, że Kobylarnia zaoferowała relatywnie niską cenę na etapie przetargowym. Dostrzec należy, iż zaoferowana przez Kobylarnię cena za wykonanie zamówienia nie odbiegała znacząco od cen innych ofert, w tym oferty Odwołującego 2. Odwołujący 2 nie kwestionował także ceny całkowitej zaoferowanej przez Kobylarnię, w tym nie stawiał zarzutu, iż zawierała ona cenę rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w odniesieniu do oferty wykonawcy Kobylarnia.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1204/20

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie pomimo spełnienia się przesłanki obligującej Zamawiającego do unieważnienia postępowania ze względu na jego wadliwość, niemożliwą do usunięcia.

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej, jak w sprawie z odwołania wykonawcy Berger Bau, tym samym za niecelowe uznano jej powielanie.

Dodać jedynie należy, iż zdaniem Izby Zamawiający nie odparł twierdzeń Odwołującego 3, iż poprawa ofert wykonawców w zakresie pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego 32 w zakresie jednostki obmiarowej, przekładająca się na zmianę ilości robót do wykonania oraz cenę jednostkową, nie może być oparta wyłącznie na prostym działaniu matematycznym polegającym na przeliczeniu ceny jednostkowej za metr przez 1000 (skoro 1 metr stanowi jedną tysięczną kilometra), bez znajomości założeń poczynionych przez wykonawców podczas wyceny danej pozycji kosztorysu, dla której podano konkretną jednostkę obmiarową. Nie budziło wątpliwości Izby, że cena za wykonanie 8 cm robót, czy 80 metrów, może zostać ukształtowana przez tego samego wykonawcę odmiennie i nie znajdować odzwierciedlenia w prostych działaniach arytmetycznych.

Za niewykazany Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Kobylarni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący 3 wywodził ww. zarzut z okoliczności faktycznej, iż Kobylarnia w zakresie pozycji związanych z robotami geodezyjnymi zastosowała nieuczciwą praktykę polegającą na zawyżeniu cen jednostkowych i ich wartości. Wskazał, iż w pozycjach dotyczących robót geodezyjnych Kobylarnia zaoferowała cenę 14 960 701,89 zł podczas, gdy inni wykonawcy zaoferowali bardzo zbliżone ceny, a średnia cena ofert wszystkich wykonawców za ww. roboty wynosiła 1 803 668,34 zł.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniuo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie zaś do treści art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby Odwołujący 3 nie wykazał podniesionego zarzutu. W szczególności nie wykazał, by prace związane z wyznaczaniem trasy i punktów wysokościowych w terenie, obsługą geodezyjną oraz robotami pomiarowymi, miały zostać wykonane wyłącznie na wstępnym etapie pracy, czemu przeczył Zamawiający oraz Przystępujący Kobylarnia. Zdaniem Zamawiającego oraz wykonawcy Kobylarnia pozycja dotycząca obsługi geodezyjnej budowy będzie prowadzona przez cały okres budowy i rozliczana przez okres trwania kontraktu, co też będzie przekładało się na podzielenie kwoty za te pozycje w planie płatności na cały okres realizacji robót, a nie ich jednorazową wypłatę.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż słusznie wskazał Przystępujący Kobylarnia, iż konstrukcja ww. zarzutu opartego na naruszeniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk jest nietrafiona w świetle okoliczności faktycznych podniesionych przez Odwołującego 3. Jak wskazano powyżej czynem nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przedmiotowy zarzut Odwołujący 3 oparł na założeniu, że Kobylarnia zawyżyła wycenę pozycji związaną z robotami geodezyjnymi, co też miało doprowadzić do nieuzasadnionej przewagi tego wykonawcy w zaliczkowaniu i finansowaniu prac na pierwszym etapie robót.

Mając na uwadze powyższe ww. zarzut nie został przez Odwołującego 3 wykazany, przez co nie mógł zostać uwzględniony.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1202/20 oraz KIO 1204/20 Izba częściowo uwzględniła odwołania i częściowo oddaliła zarzuty odwołania (zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Kobylarnia, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji). Zważywszy na wagę uwzględnionego zarzutu podniesionego w obu odwołaniach, tj. zaniechania unieważnienia przedmiotowego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dalekoidące konsekwencje dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzące do jego zniweczenia Izba nie dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego między jego Stronami, obciążając w całości tymi kosztami Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1195/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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).

Przewodniczący:

Członkowie: