

WYROK
z dnia 11 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 października 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę **P. U.T. I. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Transport w C., ul. (...)**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: D.-B. Sp. z o.o., F.-F., r., s. a. s., N. – M. Sp. z o.o., L., ul. (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert wraz z ofertą odwołującego.
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00(dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, i 3.1 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00(dwadzieścia trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

1

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C., ul.(...), dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Przebudowa A.W. P.o – DK I w C. dla procedur „Zaprojektuj i zbuduj”.*

W dniu 15 września 2017 roku Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez konsorcjum D. -B. Sp. z o.o., F. F., s.s.s. oraz N. — M. Sp. z o.o.(dalej: „Konsorcjum D.B.” lub Przystępujący). Zamawiający jednocześnie poinformował o odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawców z postępowania w tym również oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych I. Sp. z o.o. ul. (...), dalej zwanym także „Odwołującym”.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności przedłożył wszystkie wymagane w SIWZ i przepisach Pzp dokumenty, a obowiązek przedłożenia przez niego dokumentów podmiotowych odnoszących się do P. T.

T. Warmia sp. z o.o. nie zaktualizował się,

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że cena jego ofert nie ma charakteru rażąco niskiej i obejmuje koszty wykonania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone przez Odwołującego wyjaśnienia,

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obejmuje wykonanie piaskowania i odnowienia powłok malarskich przy kładce dla pieszych w rejonie w km 477+500 drogi w zakresie wymaganym w SIWZ,

Strona2/18

naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp oraz 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do sposobu skalkulowania przez Odwołującego kosztów wykonania prac związanych z kładką w km 477+500 drogi, w tym co do objęcia treścią oferty Odwołującego tychże prac, a nadto poprzez nieprecyzyjne i wprowadzające w błąd Odwołującego sformułowanie wezwania z dnia 29 sierpnia 2017 r. do złożenia wyjaśnień, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie wyjaśnień, które usunęłyby wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty Odwołującego,

3

- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum D. — B. do uzupełnienia oferty, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu, tj., że dysponuje osobami przewidzianymi do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót teletechnicznych, spełniającymi wymagania SIWZ,

- naruszenie art. 7 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejszą.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, lub ewentualnie, w razie wątpliwości, o nakazanie Zamawiającemu ponowienia wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i/lub art. 90 ust. 1 Pzp,

- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, a w tym wezwanie Konsorcjum D. — B. do złożenia dodatkowych dokumentów.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania podał, że w zawiadomieniu o wyniku postępowania oraz terminie podpisania umowy z dnia 15 września 2017 r., Zamawiający wskazał, że wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, czego uzasadnieniem miało być niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca w odpowiedzi z dnia 11-08-2017 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 07-08-2017 r. nie załączył dokumentów wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ w punkcie 6.8. W wykazie osób wskazano: kierownika robót w zakresie sieci teletechnicznych pana T. K., którego udostępniło, zgodnie z oświadczeniem potwierdzającym dysponowanie zasobami innego podmiotu, P. T. T. W. sp. z o.o. Osoba ta będzie brała udział w pełnieniu ww. funkcji przez cały okres czasu niezbędny do zrealizowania zamówienia. Tym niemniej, osobę tę z Wykonawcą nie miała łączyć bezpośrednia umowa (np. umowa o pracę lub umowa zlecenie), lecz świadczyć ona miała czynności w ramach umowy zawartej przez P. T. T. W. sp. z o.o. z Wykonawcą (vide: oświadczenie P. T. T. W. sp. z o.o. z dnia 05-05-2016 — strona 28 oferty Wykonawcy). Wobec powyższego Wykonawca winien przedstawić dokumenty wymienione w punkcie 7.2 SIWZ dotyczące braku podstaw do wykluczenia

Wskazał, że zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego pkt. 6.8. SIWZ, jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,

4

polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy

Pzp (oba przepisy w brzmieniu sprzed nowelizacji z 28 lipca 2016 r.), a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.2 SIWZ.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zobowiązanie Przedsiębiorstwa T. T. W. sp. z o.o. Podmiot ten udostępnił Wykonawcy zasoby w postaci osoby zdolnej do wykonania zamówienia, tj. kierownika robót w zakresie sieci teletechnicznych, zobowiązując się, że *udostępnione osoby, w przypadku pozyskania Kontraktu przez P. U. T. I. sp. z o.o., zostaną przez nas oddelegowane na wyłączność do pełnienia ww. funkcji na cały okres czasu niezbędny do zrealizowania zamówienia, w zakresie zgodnym z wymaganiami Zamawiającego*

Zamawiający nie kwestionował faktu realności udostępnienia zasobu w taki sposób, jak zostało to ujęte w przedstawionym zobowiązaniu. Jednocześnie podał, że postanowienia SIWZ stanowią wprost— *Zamawiający żąda dokumentów wymienionych w pkt. 7.2 SIWZ, jeżeli podmiot trzeci, udostępniający zasoby (tu: Przedsiębiorstwo T. T. W. sp. z o.o.), bierze udział w realizacji części zamówienia.* To postanowienie SIWZ stanowi powtórzenie zapisu 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 23 1), które obowiązywało przed nowelizacją z 28 lipca 2016 r.

Biorąc jednak pod uwagę charakter udostępnienia osoby zdolnej do realizacji zamówienia, nie budzi wątpliwości, że P. T. T. W. sp. z o.o. nie bierze udziału w realizacji choćby części zamówienia, Podmiot ten bowiem „oddelegowuje” jedynie swego pracownika. Dodał, że wskazane oddelegowanie nastąpiłoby na podstawie przepisu art. 174 i § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 z późn. zm.), wedle którego za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. Podkreślił, że w orzecznictwie Izby wypracowanym w poprzednim stanie faktycznym nie budziło wątpliwości, że podmiot udostępniający personel wykonawcy nie musi sam uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Wskazał także, iż Odwołujący, na stronie 2. Oferty, podał, że jedynym podwykonawcą (podmiotem realizującym część zamówienia), na którego zasoby powołał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest A. I. sp. z o.o. Oznacza to, że P.T. T. W. sp. z o.o., nie będzie podwykonawcą Odwołującego przy realizacji tego zamówienia. Skoro więc podmioty te nie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, to

5

również należy uznać za nieuzasadnione żądanie Zamawiającego przedłożenia przez Odwołującego dokumentów podmiotowych.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego podał, że Zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2017r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp. Wezwanie, poza wskazaniem, iż Zamawiający oczekuje przedstawienia mu dowodów, w tym szczegółowych kalkulacji, nie wskazywało, jakie dokładnie okoliczności mają być przez Odwołującego szczegółowo wyjaśnione, opisane, udowodnione. Zamawiający wprost wskazał w wezwaniu, że jego wątpliwości budzi „cena oferty ogółem.” Podkreślenia wymaga fakt, że cena oferty Odwołującego stanowi 86% średniej ceny ofertowej i 93% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT.

Wobec powyższego, jak i z uwagi na okoliczność, iż żadna konkretna wątpliwość względem oferty Odwołującego nie została przez Zamawiającego wyrażona w wezwaniu, Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, tj. w wyjaśnieniach z 10 lipca 2017 r., przedstawił informacje, które uznał jako istotne z punktu widzenia Zamawiającego, w tym m.in. przedstawił tabelę zawierającą kalkulacje kosztów budowy, przebudowy i remontu obiektów inżynierskich. W kolejnym wezwaniu do złożenia wyjaśnień, tj. w wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2017 r., Zamawiający wskazał: Prosimy również o podanie wykazu obiektów inżynierskich wraz z ceną ich budowy, przebudowy lub remontu ujętych w cenie ofertowej, ujętych w cenie ofertowej oraz wskazanie pozycji w załączniku nr 10 do oferty, w której ujęte są wszystkie roboty budowlane w powyższym zakresie wynikające z Programu Funkcjonalno — Użytkowego oraz udzielonych odpowiedzi na pytania Wykonawców w toku postępowania

przetargowego

Odpowiadając na tak zadane pytanie, Odwołujący ponownie wskazał na wykaz obiektów mostowych załączonych do wyjaśnień z dnia 10 lipca 2017r. oraz potwierdził, że poz. I Obiekty mostowe Załącznika nr 2 do jego oferty zawiera koszty bezpośrednie związane z wykonaniem obiektów inżynierskich wskazanych w tabeli.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując w uzasadnieniu swojego stanowiska lakonicznie, że *Wykonawca nie potwierdził zakresu rzeczowego wszystkich obiektów inżynierskich wskazanych w odpowiedzi Zamawiającego nr 216 udzielonej w dniu 20.04.2017 roku na pytania wykonawców (tekst jednolity) poprzez pominięcie renowacji kładki dla pieszych w rejonie ul. P. Ś. i S.. Wobec powyższego cena oferty budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. (...)*

Z analizy stanowiska Zamawiającego wynikało, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, było to, iż jego oferta nie obejmowała piaskowania i odnowienia powłok

6

malarskich kładki w km 477+500. Zdaniem Odwołującego wniosek taki był nieuprawniony, zarówno w świetle złożonej przez Odwołującego oferty, jaki i świetle złożonych przez niego wyjaśnień.

Podniósł także, że skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy Odwołujący wycenił piaskowanie i malowanie spornej kładki, tak właśnie powinno było brzmieć pytanie skierowane do Odwołującego. Odwołujący miałby wtedy możliwość wskazać na te same okoliczności, które podniesione zostały w niniejszym odwołaniu i wykazać, że koszty te są ujęte w cenie ofertowej i to na rynkowym poziomie. Podkreślił, że nie sposób przy tym nie odnieść wrażenia, że taki sposób skonstruowania wezwania do złożenia wyjaśnień był celowym działaniem ze strony Zamawiającego, który nie był zainteresowany poznaniem sposobu wyceny spornego zakresu prac przez wykonawcę, a jedynie uzyskaniem potwierdzenia, że nie jest on ujęty w przedstawionej przez Odwołującego Tabeli i w ślad za tym odrzuceniem oferty Odwołującego.

W kolejnym zarzucie Odwołujący podniósł zarzuty wobec oceny oferty wybranej wskazując, że Konsorcjum D. — B. przedstawiło w swoim wykazie robót załączonym do oferty

- a) P. D. P. — jako kierownika budowy i kierownika robót drogowych,
- b) P. M. P. — jako kierownika robót w zakresie sieci elektroenergetycznych i sieci teletechnicznych.

Jak wynika z uwagi zamieszczonej w SIWZ, Zamawiający zgodził się wyłącznie na połączenie przez jedną osobę funkcji kierownika budowy i kierownika robót. Zamawiający nie dopuścił połączenia przez jedną osobę — tak, jak zrobiło to Konsorcjum D. — B. — funkcji kierownika dla dwóch różnych zakresów robót.

Nadto, zaznaczył, że p. D. P. nie spełnia wymagań postawionych kierownikowi robót drogowych. Zdaniem Zamawiającego osoba ta dysponuje 83 miesiącami doświadczenia, przy czym Zamawiający pominął, że Kierownik robót drogowych miał wykazać się 5-letnim doświadczeniem przy budowie lub przebudowie drogi klasy minimum GP o długości jezdni co najmniej 2 km, a tymczasem doświadczenie p. P. wskazane w pkt 4 Wykazu nie jest doświadczeniem zdobytym przy budowie lub przebudowie drogi, oraz doświadczenie p. Pali wskazane w pkt 1, 3, 5 i 7 Wykazu nie jest doświadczeniem zdobytym przy budowie lub przebudowie drogi klasy minimum GP, a nadto Zamawiający pominął, że okres doświadczenia wskazane w poszczególnych punktach nakładają się na siebie (np. doświadczenie z pkt 1, 2 i 3 i z pkt 5 i 6 Wykazu).

Ponadto zgodnie z SIWZ kierownik robót w zakresie sieci teletechnicznych – winien był posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

7

Natomiast osoba wskazana przez Konsorcjum D.- B. nie ma uprawnień bez ograniczeń jak wymagał zamawiający, bo obejmują tylko infrastrukturę przewodową. **Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania

uznając podniesione zarzuty za niezasadne. Odnosząc się do zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania podał, że nie

sposób zgodzić się z odwołaniem, że podmiot P. T. T. W. sp. z o.o. (dalej: „T. W.”) stanowi podmiot nie biorący udziału w realizacji za mówienia, tj. nie objęty nakazem przedstawienia dokumentów wymienionych w pkt 7.2 SIWZ.

Podkreślił, że w tym zakresie sporną między stronami jest okoliczność, czy T. W. stanowi podmiot biorący udział w realizacji zamówienia, jednakże z oświadczenia T. z dnia 5 maja 2016 roku jednoznacznie wynika, że będzie to podmiot biorący udział w realizacji zamówienia. Podkreślił, że ocena Odwołującego, jakoby w/w oświadczenie miało ten skutek, że T. W. oddelegowuje jedynie swego pracownika w trybie art. 174 $\text{§} 1$ kodeksu pracy, nie znajduje oparcia w treści tego oświadczenia, gdyż w oświadczeniu tym jest mowa wyraźnie o „oddelegowaniu” T. K.. Tymczasem art. 174 $\text{§} 5$ 1 kodeksu pracy nie ma nic wspólnego z oddelegowaniem pracownika przez jednego pracodawcę do drugiego. Zgodnie z tym przepisem „za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami”. Przepis ten reguluje zatem tryb udzielenia przez dotychczasowego pracodawcę pracownikowi urlopu bezpłatnego, który to pracownik nawiązuje odrębny stosunek pracy z innym pracodawcą. Ponadto w oświadczeniu T. W. „szczegółowe zasady współpracy, w tym odpłatność za korzystanie z naszego potencjału kadrowego zostaną uregulowane w umowie cywilno-prawnej zawartej po pozyskaniu zamówienia przez Odwołującego”, gdy tymczasem, w trybie art. 174 $\text{§} 1$ kodeksu pracy nie zawiera się żadnych umów cywilno-prawnych regulujących wzajemne prawa i obowiązki dotychczasowego i nowego pracodawcy. W tym trybie dokonywane są czynności prawne z zakresu prawa pracy na linii: pracownik-dotychczasowy pracodawca (udzielenie urlopu bezpłatnego) oraz pracownik-nowy pracodawca (zawarcie umowy o pracę).

Zwrócił także uwagę na kwestie, że T. K. jest jedynym członkiem zarządu spółki i nie sposób sobie wyobrazić zatem, że jedyny członek zarządu T. W. zostanie na długi czas oddelegowany do pracy przy wymagającym projekcie, realizowanym przez podmiot, którego zakres działalności pokrywa się częściowo z zakresem działalności T. W.. Dlatego też jedyną logiczną wykładnią zobowiązania T. W. z dnia 05.05.2017 r. jest traktowanie go jako zapewnienia o partycypacji w realizacji zamówienia. Zwłaszcza, że „odpłatność za korzystanie z potencjału kadrowego” pozostaje tylko jednym z elementów współpracy, która ma być szczegółowo określona w przyszłej umowie cywilno-prawnej.

8

W zakresie uzasadnienia zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego podał, że Zamawiający odrzucił ofertę, gdyż zawierała ona rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia, a także z powodu braku wykazania wyceny robót dotyczących kładki dla pieszych w rejonie ul. (...). Dlatego też oferta Odwołującego w tym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego w tym zakresie podał, że koszty prac budowlanych dotyczących kładki dla pieszych w rejonie ul. (...) w km 477+540 zostały uwzględnione w wykazie obiektów mostowych załączonych do wyjaśnień z dnia 10 lipca 2017 r. oraz stwierdza, że poz. 1 Obiekty mostowe załącznika nr 12 do jego oferty zawiera koszty bezpośrednio związane z wykonaniem obiektów mostowych. Jednocześnie na stronie 11 odwołania podał, że „kosztów związanych z pomalowaniem kładki nie ujął w Tabeli zaznaczone/ do wyjaśnień”, aby kilka akapitów dalej oświadczyć, że „koszty dostosowania kolorystyki do całości przyjętych rozwiązań zadania zostały ujęte w poz. nr 5 załącznika nr 12 do oferty, tj. w części drogowej” w pozycji „Dostosowanie do wymagań siwz, PFU, REZERWY, RYZYKA, ZYSK”.

Podniósł także, że prezentowane stanowisko Odwołującego, iż przedmiotowa kładka nie jest obiektem inżynierskim podlegającym remontowi jest niezasadne, gdyż Odwołujący sam takiej kwalifikacji dokonał w swoich wyjaśnieniach. Dokładnie je analizując widać, że Odwołujący kosztów piaskowania i odnowienia powłok malarskich wspomnianej kładki nie uwzględnił ani w ofercie, ani w kalkulacji ceny. Aktualnie temu zaprzecza (wskazując różne miejsca, w których mają być rzekomo przewidziane) jednakże zdaniem Zamawiającego to tłumaczenie nie wygląda wiarygodnie. W odniesieniu do „Obiektów Inżynierskich” (poz. C wyjaśnień z dnia 10.07.2017 r.) Odwołujący wyspecyfikował kilkanaście pozycji, w tym kilka kładek, jednak nie uwzględniając tej w rejonie ul. (...) w km 477+540. Zresztą sam

ostatecznie przyznał w odwołaniu że w tym miejscu żadnych kosztów dotyczących ww. zakresu nie przewidział.

Podał, że w związku z powyższą sytuacją uzasadnione były wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistego zakresu oferty Odwołującego jeśli idzie o kładkę dla pieszych w rejonie ul. (...) w km 477+540. Dlatego Zamawiający po zapoznaniu się z dotychczasowymi wyjaśnieniami, które nie obrazowały sposobu kalkulacji ceny, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w dwóch obszarach: ekranów różnego typu oraz obiektów inżynierskich. Dla tego ostatniego zażądał przedstawienia wykazu obiektów inżynierskich oraz wskazania pozycji w ofercie, w której ujęte są wszystkie roboty budowlane wynikające zarówno z PFU jak i odpowiedzi na pytania do SIWZ. Pismem z dnia 05.09.2017 r. Odwołujący oświadczył, że wykaz obiektów inżynierskich wraz z ceną ich wykonania został przedstawiony w załączniku nr 2 do wyjaśnień z dnia 10.07.2017 r. Wskazał także, że w poz. 1 Obiekty mostowe zawierają się koszty bezpośrednie związane z wykonaniem obiektów

9

inżynierskich (wykonanie wszystkich robót budowlanych dot. tego zakresu wynikających z SIWZ). Zatem Zamawiający wyraźnie prosił, aby w dodatkowych wyjaśnieniach uwzględnić roboty wynikające z odpowiedzi na pytania do SIWZ, to Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego komentarza, jak się zdaje zajmując stanowisko, iż pierwsze wyjaśnienia (z dnia 10.07.2017 r.) pozostają w tej kwestii wyczerpujące.

Stwierdził, że w powyższym kontekście zarzut dotyczący wprowadzenia Odwołującego w błąd przez Zamawiającego jest niezasadny. W swoim piśmie z dnia 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający precyzyjnie zwrócił się do Odwołującego o: „podanie wykazu obiektów inżynierskich wraz z ceną ich budowy, przebudowy lub remontu ujętych w cenie ofertowej, wskazanie pozycji w załączniku nr 10 do oferty w której ujęte są wszystkie roboty budowlane w powyższym zakresie wynikające z Programu Funkcjonalno Użytkowego oraz udzielonych odpowiedzi na pytania Wykonawców w toku postępowania przetargowego.” Z kalkulacji przesłanych przez Odwołującego wynikało, że nie uwzględnił on robót dotyczących kładki w rejonie ul (...). W związku z tym Zamawiający miał prawo przyjąć, że Wykonawca nie potwierdził zakresu rzeczowego wszystkich obiektów inżynierskich wskazanych w odpowiedzi Zamawiającego nr 216. Natomiast fakt pominięcia przez siebie kładki Odwołujący próbuje zatuszować odwołaniem się do pozycji ze swojego kosztorysu: „Dostosowanie do wymogów SIWZ, PFU, REZERWY, RYZYKA, ZYSK”. Ta argumentacja Odwołującego, zdaniem Zamawiającego jest całkowicie niewiarygodne oraz stawia w wątpliwość profesjonalizm samego kosztorysu, a w konsekwencji wiarygodność oferty. Powyższe, zdaniem Zamawiającego pokazuje, że kosztorys przedstawiony przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie jest w pełni wiarygodny i że został sporządzony w sposób nieprofesjonalny poprzez rzekome „ukrycie” kosztu znanego Odwołującemu w pozycji przeznaczonej na rezerwy. W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, że kładka dla pieszych w rejonie ul. (...) w km 477+540 jest obiektem nie ujętym ani w wycenie (a w ślad za tym w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny), ani co za tym idzie nie obejmuje go oferta, która pozostaje tym samym niezgodna z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP) oraz rażąco niska (art. 89 ust.1 pkt 4 PZP).

W zakresie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego wobec oferty wybranej, to Zamawiający stwierdził, że kwestionuje interes Odwołującego w podnoszeniu zarzutów w stosunku do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza tj. „Konsorcjum D. -B.". Podkreślił, że Odwołujący uzasadnił interes dla tej grupy zarzutów możliwością udziału w przyszłym postępowaniu na przedmiotowe zamówienie w razie unieważnienia niniejszego przetargu, co uważa za wielce prawdopodobne, gdyby jego oferta i oferta Konsorcjum D. -B. zostały odrzucone.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Konsorcjum D. -B. poparł stanowisko Zamawiającego zarówno to zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie,

10

jak i prezentowanym na rozprawie. Dodatkowo podał, że Odwołujący nie posiada interesu w kwestionowaniu jego oferty, gdyż gdyby odwołanie zostało uwzględnione to oferta odwołującego byłaby wyżej sklasyfikowana, ponieważ została złożona z niższą ceną.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i tym samym zostaje uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Na wstępie oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 15 kwietnia 2016 roku a więc do jego rozpatrzenia mają zastosowanie przepisy obowiązujące przed dniem 28 lipca 2016 roku, czyli przed wejściem w życie ostatniej tzw. dużej nowelizacji ustawy Pzp, która w sposób znaczący dokonała zmiany w zakresie wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tym zakresie informacyjnie podać należy, iż w świetle art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp (tekst jednolity Dz. U. 2015 r. poz. 2164) tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji, wykonawca mógł polegać na potencjale podmiotu trzeciego i jak się ostatecznie utrwaliło się w orzecznictwie, podmiot ten nie musiał uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca (wyrok z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt: V Ca 243/13).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp i niektórych innych ustaw (Dz. U z 2016 r. poz. 1020) uchyliła art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który został zastąpiony dużo obszerniejszym art. 22a znowelizowanej ustawy Pzp. Ta nowelizacja uzależniła możliwość skorzystania z potencjału wykształcenia, kwalifikacji lub doświadczenia innego przedsiębiorcy w zakresie robót budowlanych i usług od konieczności samodzielnego wykonania tych robót lub usług przez użyczającego przedsiębiorcę.

W przedmiotowej sprawie niespornym jest, że Zamawiający w pkt 6.8 SIWZ podał, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 ust 2b ustawy Pzp, a jeśli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia to Zamawiający żąda od takiego wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w pkt 7.2 SIWZ (lub w pkt 7.3.1 – 7.3.4 SIWZ - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Odwołujący dla spełnienia

11

warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego przedstawił Zamawiającemu zobowiązanie przedsiębiorstwa T. W. sp. z o.o., który to podmiot udostępnił Odwołującemu zasób w postaci osoby zdolnej do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci teletechnicznych w osobie Pana T. K.. Osoba ta w podmiocie, który udostępnił zasób kadrowy Odwołującemu pełni funkcję Prezesa Zarządu spółki. Niespornym pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający uznał iż złożone zobowiązanie T. W. sp. z o.o jest prawidłowe i zapewnia realne przekazanie zasobu Odwołującemu. Udostępniona osoba posiada zarówno wymagany okres doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót teletechnicznych jak i posiada wymagane uprawnienia..

Podkreślić należy także iż zgodnie z wymaganiem pkt 11.10 SIWZ *Wykonawca jest obowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.* Niewątpliwym jest, że Odwołujący wskazał w ofercie część zamówienia , która zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy- dotyczyło to tylko podmiotu Autostrada II. Natomiast nie została wskazana jako podwykonawca firma udostępniająca zasoby w osobie T.K.T. W. sp. z o.o., na co Zamawiający w żaden sposób przy ocenie oferty Odwołującego nie zareagował. Wskazanie podwykonawstwa niesie ze sobą daleko idące konsekwencje praktyczne, gdyż w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której podmioty te będą jednak brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W pozostałych sytuacjach (powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego bez jego udziału w realizacji zamówienia oraz powierzenie prac podwykonawcom bez powoływania się na ich potencjał) wykonawca nie musi przedstawiać w/w dokumentów dotyczących tych podmiotów.

Zamawiający z treści otrzymanego zobowiązania wywiódł, że podmiot T. W. sp. z o.o. udostępniający Odwołującemu zasoby, będzie brał udział w realizacji części zamówienia

poprzez oddelegowanie swojego pracownika i wezwał odwołującego do przedłożenia dokumentów tego podmiotu o których mowa w pkt 7.2 SIWZ. Odwołujący takich dokumentów nie przedłożył i Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Oceniając powyższe Izba uznała zasadność zarzutu odwołania w tym zakresie. Odwołujący niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania. Sam udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia nie powoduje automatycznie obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających niepodleganie tego podmiotu wykluczeniu z postępowania. Istotnym jest wykazanie i zobowiązanie się przez wykonawcę, że określona część zamówienia zrealizuje przy pomocy podwykonawcy. Odnosząc się do pojęcia podwykonawstwa na gruncie Pzp wskazać należy, że usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią udzielanego

12

zamówienia publicznego. Częścią zamówienia na usługi, dostawy oraz roboty budowlane jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw, lub robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia. W przypadku, gdy oferta Odwołującego realizującego roboty budowlane nie zawierała wskazania części, którą na etapie realizacji zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcy, to z powyższego należało wywieść wniosek, że Odwołujący nie powierza do wykonania firmie T. W. żadnej części zamówienia do samodzielnego wykonania. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie był konsekwentny w swoim postępowaniu, gdyż nie uznał, że brak wskazania w ofercie części zamówienia do podwykonawstwa dla Telekom stanowi niezgodność oferty z SIWZ. Podkreślić należy także, iż Zamawiający nie wyjaśnił tej kwestii np. w trybie art. 26 ust.4 Pzp, lecz wezwał do złożenia dokumentów i nie otrzymawszy ich we wskazanym terminie, wykluczył odwołującego z postępowania. Izba uznaje, że brak było jakichkolwiek przeszkód po stronie Zamawiającego jednoznacznego wyjaśnienia na gruncie Pzp tej kwestii.

Oceniając powyższe Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw do stwierdzenia, że ze złożonego oświadczenia można było wywieść, iż PT T. W. sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji wyodrębnionej części zamówienia i tym samym była zobowiązana do złożenia dokumentów podmiotowych dla wykazania iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający innej wiedzy poza treścią z oświadczenia T. nie posiadał, bo niezasadnie zaniechał wyjaśnienia tej kwestii.

Izba uznała, że w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z udostępnieniem osoby do pełnienia określonej funkcji, a nie do wykonania określonej części zamówienia. Udział osoby oddelegowanej przez podmiot trzeci do wykonywania zamówienia nie może być utożsamiany w przedmiotowym stanie faktycznym, ze zobowiązanie tego podmiotu do wykonywania części zamówienia. Osoba oddelegowana ma tylko nadzorować roboty w branży teletechnicznej, ma pełnić funkcję kierownika tych robót, a nie przyjąć do realizacji wydzieloną część przedmiotu zamówienia. Nie zostało wykazane, że wraz z oddelegowaną osobą zostaną przekazani kolejni pracownicy tej firmy, sprzęt, urządzenia itd. co świadczyłoby o przyjęciu do realizacji części zamówienia jako podwykonawca.

W zakresie zarzut drugiego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest rażąco niska i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadniając odrzucenie Zamawiający podał, że *„Wykonawca nie potwierdził zakresu rzeczowego wszystkich obiektów inżynierskich wskazanych w odpowiedzi Zamawiającego nr 216 udzielonej w dniu 20.04.2017 roku na pytania wykonawców (tekst jednolity) poprzez pominięcie renowacji kładki dla pieszych w rejonie ul. (...). Wobec powyższego cena oferty budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. (...)*

13

Ponadto, wobec powyższych braków uznano, że treść oferty nie uwzględnia pełnego zakresu rzeczowego wynikającego z treści SIWZ

Na wstępie wskazać należy iż Zamawiający w pkt 13.3 SIWZ podał, że *„Obowiązującym rodzajem wynagrodzenia w tym zamówieniu jest wynagrodzenie ryczałtowe”*. Z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego. Potwierdza to wyrok SA w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r., I ACa 1147/00, Pr. Gosp. 2002, nr 6, poz. 56, zgodnie z którym: *„Jeżeli za wykonane dzieło*

strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniającą merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego". Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, którego charakterystyczną cechą jest to, iż jest to kwota, którą otrzyma wykonawca bez względu na rozmiar robót, jakie ostatecznie będzie musiał wykonać.

Izba oceniając przedmiotowy zarzut miała na względzie także to, że cena ryczałtowa zawsze może zawierać pewien zakres problemów nie do końca przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, który wyraża się zarówno zakresem robót budowlanych, jak i ujęciem pewnych kwot na zdarzenia nieprzewidziane na etapie projektowania robót. Dlatego wszelkie przedmiary robót powinny być traktowane jako orientacyjne i nie mogą być traktowane sztywno tak, jak w przypadku cen ustalanych obmiarowo (wynagrodzenie kosztorysowe). Sąd Apelacyjny w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 wskazał, że „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie”.

Do powyższej optyki kalkulowania ceny w postępowaniach, gdzie przyjęto dla rozliczeń cenę ryczałtową, należy jednak przywołać obowiązek Zamawiającego dokonania zbadania czy zaferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Dokonując oceny postępowania Zamawiającego w zakresie badania, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Izba podkreśla, iż Zamawiający podejmował dwukrotnie czynność ustalenia (co zamawiający wywodził na rozprawie) prawidłowości skalkulowania ceny za remont (piaskowanie z malowaniem) kładki dla pieszych w rejonie ul. Powstańców Śląskich i Sieroszewskiego. Jednakże analizując treść tych wezwań pod kątem

14

przedmiotowej kładki, to zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający z niezrozumiałych powodów, ani razu nie zapytał wprost Odwołującego o sposób skalkulowania kosztu remontu przedmiotowej kładki oraz miejsce w którym ten koszt został ujęty w formularzu cenowym. Trudno oprzeć się ocenie, że Zamawiający wystosowywał dwukrotnie pytania do Odwołującego jedynie dla spełnienia wymogu formalnego w tym zakresie, gdyż *de facto* ani razu nie zapytał wprost o tą część zamówienia, która stała się podstawą odrzucenia odwołania.

Powyższe ma także odzwierciedlenie w stanowisku samego Zamawiającego, który nie stwierdza jednoznacznie, że oferta Odwołującego jako całość zawiera rażąco niską cenę, ale uznaje, że *kosztorys przedstawiony przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie jest w pełni wartygodny*. Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego z tego powodu, że z uzyskanych od Odwołującego wyjaśnień nie jest w stanie wyinterpretować, czy Odwołujący ujął w cenie ofertowej wykonanie remontu ww. kładki. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający podaje, że podstawą odrzucenia jest to, iż *Wykonawca nie potwierdził zakresu rzeczowego wszystkich obiektów inżynierskich wskazanych w odpowiedzi Zamawiającego nr 216*. Odnosząc się do tej kwestii stwierdzić należy, iż Odwołujący w odpowiedzi na ogóle wezwanie co do wyjaśnienia ceny ofertowej (zamawiający podał, że kwestionuje wysokość ceny jako całości) podał wykaz obiektów inżynierskich podlegających remontowi, jednakże nie umieścił w tym wykazie przedmiotowej kładki bo uznał, że roboty piaskowania konstrukcji i jej malowanie nie są robotami remontowymi lecz konserwacyjnymi. Zdaniem Izby kwestia ta nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu, gdyż przedmiotem sporu nie jest zakres robót jakie winny być wykonane na przedmiotowej kładce, ale kwestia ich ujęcia w cenie ofertowej. Izba stoi na stanowisku, że w szczególności w przypadku kiedy sposobem ustalenia wynagrodzenia wykonawcy jest ryczałt, a ponadto całość zamówienia jest realizowana w formule „zaprojektuj i buduj” to pytania Zamawiającego powinny być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział czego w odpowiedzi na dane wezwanie oczekuje Zamawiający. Nie może być akceptowane w takiej sytuacji stawianie ogólnych pytań, kiedy w rzeczywistości

szczegółowy kosztorys zawierałby tysiące pozycji i wykonawca musi się domyślać o co chodzi Zamawiającemu, jaką część wyceny zamówienia kwestionuje.

Jak przykład takiego wezwania wskazać należy, iż Zamawiający w kolejnym wezwaniu z dnia 29 sierpnia 2017 r., w wyniku którego chciał uzyskać informacje dotyczące przedmiotowej kładki, sformułował pytanie nadal dotyczące wszystkich obiektów inżynierskich: *Prosimy również o podanie wykazu obiektów inżynierskich w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej*, mimo iż – w sytuacji, kiedy zarzucał Odwołującemu nie ujęcie w cenie ofertowej tylko przedmiotowej kładki. Ponownie nawiązał do wszystkich obiektów

15

inżynierskich, także do tych 21 wymienionych w załączniku nr 2 do których wyceny nie miał żadnych uwag.

Oceniając powyższe Izba uznała, że Zamawiający swoim postępowaniem – sposobem formułowania pytań do Odwołującego, nie doprowadził z jednej strony do ustalenia czy i gdzie Odwołujący skalkulował cenę remontu przedmiotowej kładki, a po drugie, nie wykazał że uzyskane wyjaśnienia jednoznacznie wskazują na zaistnienie rażąco niskiej ceny oferty uzasadniającej jej odrzucenie.

Izba uznała, że Odwołujący po pierwsze złożył wyjaśnienia do których był wzywany, a po drugie, złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika, aby Zamawiający zakwestionował sposób i wielkość wyceny jakichkolwiek innych elementów wchodzący w przedmiot zamówienia.

Dodać należy iż niespornym pomiędzy stronami jest kwestia (co ustalono podczas rozprawy), że koszt piaskowania i malowania przedmiotowej kładki oscyluje około kwoty 160 000, 00 złotych, co stanowi mniej niż 1/10 procenta ceny ofertowej całego zamówienia (160 tys. zł przy cenie ofertowej w wysokości 172 201 849.31 zł). Należy także dodać, że nawet przy założeniu, czego Izba nie potwierdza, że gdyby przedmiotowa kwota nie została ujęta w cenie ofertowej to i tak zwiększenie ceny o tą kwotę nie ma żadnego wpływu na układ wykonawców na liście rankingowej, gdyż kolejna oferta (wybrana) była droższa o ponad 6,5 miliona złotych. Ponadto Zamawiający zarówno w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego jak i w stanowisku prezentowanym na rozprawie nie uznał, że za zaoferowaną cenę Odwołujący nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia, a dopiero to czyni cenę ofertową rażąco niską, wskazując tylko na przypuszczenie, że kosztorys wraz z wyjaśnieniami nie jest w pełni wiarygodny. W powyższej sytuacji brak było także podstaw do wywodzenia niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia Izba uznała, że zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przywołane przepisy ustawy Pzp potwierdził się, ponieważ brak było podstaw zarówno do uznania iż oferta Odwołującego została złożona z rażąco niską ceną, jak i uznania jej za niezgodną w tym zakresie z postanowieniami SIWZ.

W kolejnym zarzucie Odwołujący formułował zastrzeżenia wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum: D. -B. Sp. z o.o., F. -F., r., s. a. s., N. – M. Sp. z o.o., L., ul. (...), podnosząc między innymi zarzuty co do niespełniania wymagań przez kluczowy personel dedykowany przez konsorcjum do wykonania zamówienia.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący podnieśli zarzut brak posiadania legitymacji czynnej przez Odwołującego do kwestionowania oferty wybranej. W myśl art. 179 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu

16

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym, skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę i podnoszenie konkretnych zarzutów uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego z ceną w wysokości 172 201 849.31 zł chwilą przywrócenia jej do postępowania będzie ofertą wyżej sklasyfikowaną niż

kwestionowana oferta Przystępującego z ceną 178 838 720.87 zł. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO oraz sądów okręgowych przyjmuje się, że odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. *Interes nie sprowadza się do czynności neutralnych dla wyboru oferty wykonawcy, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu, zaś wykonawca nie był wykluczony. Sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 2 września 2014 r. sygn. KIO 1705/14). Dlatego też nie mogły podlegać merytorycznej ocenie podniesione w odwołaniu zarzuty skierowane przeciwko ofercie Przystępującego z uwagi na fakt, że dotyczyły oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego. Tym samym zarzut ten podlegał oddaleniu przez Izbę.*

Na marginesie przedmiotowego odwołania i podnoszonego na rozprawie stanowiska Zamawiającego, że do postępowania mogą zostać przywrócone inne odrzucone oferty wykonawców, co może doprowadzić do wyboru innej oferty niż oferta Odwołującego, Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, iż z chwilą upływu terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego takiej jak odrzucenie oferty, bądź wykluczenie wykonawcy czynność Zamawiającego staje się formalnie prawomocne (por. Postanowienie KIO z dnia 26.06.2017 sygn. KIO 1181/17; z dnia 24.07.2017 sygn. KIO 1446/17) . Izba uwzględniając powyższe odwołanie przywraca do postępowania, spośród ofert odrzuconych czy wykonawców wykluczonych, tylko ofertę Odwołującego. W orzecznictwie nie jest

17

kwestionowane prawo Zamawiającego do unieważnienia, przed zawarciem umowy, wcześniejszych swoich czynności, lecz nie może to być próbą obejścia wyroku Izby.

Izba, dokonując wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

18