Sygn. akt: KIO 222/20

WYROK

z dnia 18 lutego 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Libiążu, SPAW-TOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i PROGREG Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 4 w odwołaniu), art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 5 w odwołaniu) oraz art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a i 1b ppkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut oznaczony nr 6 w odwołaniu);

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie na rzecz zamawiającego - Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie kwotę 4 030,20 (słownie: cztery tysiące trzydzieści złotych i dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

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 w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 222/20

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

Zamawiający Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)" zadanie 5.1. w ramach realizacji projektu pn. „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (nr sprawy UE/JRP/B/426/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 września 2019 r. pod numerem 2019/S 169-414154. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 3 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej jako „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SPEC-BRUK Spółka z o.o. Sp. k. z siedzibą w Libiążu, SPAW-TOR Spółka z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie i PROGREG Budownictwo Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie („Konsorcjum SPEC-BRUK"), w szczególności wobec niezgodności oferty Konsorcjum SPEC-BRUK z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. zaniechaniu zgodnego z ustawą Pzp badania i oceny spełniania przez Konsorcjum SPEC - BRUK warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej,

3. zaniechaniu wezwania Konsorcjum SPEC-BRUK do złożenia wyjaśnienia, a następnie złożenia lub uzupełnienia dokumentów w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiający naruszenie (numeracja zgodna ze wskazaną

w odwołaniu):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SPEC-BRUK, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz nie

mógł być w tej sytuacji zastosowany przez Zamawiającego przepis art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp albowiem cena zaoferowana przez Konsorcjum SPEC-BRUK dla pozycji

ujętej w Kosztorysie Ofertowym pod Lp. 157 d. 14.2 tj. „Umocnienie ścian wykopów o głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo. Grodzice do pozostawienia w gruncie." nie pozwala na wykonanie tej roboty w sposób

wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, co tym samym oznacza, iż Konsorcjum SPEC-BRUK nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

Zamawiającego w dokumentacji postępowania;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SPEC-BRUK, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SPEC-BRUK, ze względu na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt II. 2 a. SIWZ dotyczącego wykonania co najmniej 2 zamówień polegających na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 800m każde;

5. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum SPEC-BRUK, wobec zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż Konsorcjum SPEC-BRUK spełnia warunki udziału w postępowaniu lub wobec przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum SPEC-BRUK, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt II. 2 a. SIWZ dotyczącego wykonania co najmniej 2 zamówień polegających na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 800m każde;

6. art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a i 1b ppkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SEPC-BRUK do złożenia wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej przez Zamawiającego wysokości, w sytuacji gdy Konsorcjum SPEC-BRUK, składając Zamawiającemu opinię bankową z dnia 7 listopada 2019 r. nie wykazało spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej;

7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum NDI, która jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu,

8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w taki sposób, że Zamawiający nie stosował zapisów SIWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami SIWZ, którą sam sporządził oraz z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny oferty Konsorcjum SPEC-BRUK, a w jej wyniku wykluczenia Konsorcjum SPEC-BRUK z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum SPEC-BRUK albo odrzucenia oferty Konsorcjum SPEC-BRUK, a także o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia powyższych żądań, Odwołujący wniósł o nakazanie wezwania Konsorcjum SPEC-BRUK do wyjaśnienia dokumentu pn. „Protokół Końcowego Wykonania robót powykonawczych" z dnia 28 czerwca 2019 r. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz wezwania Konsorcjum SPEC-BRUK do wyjaśnienia dokumentu pn. opinia bankowa z dnia 7 listopada 2019 r. na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, przez wskazanie, w jakiej części pozostawały niewykorzystane środki kredytowe wymienione w tym dokumencie. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów. Podniósł, iż złożył w postępowaniu ofertę zgodną z SIWZ, która jest na drugim miejscu pod względem przyznanej punktacji przez Zamawiającego, a więc wobec tego, że oferta Konsorcjum SPEC-BRUK powinna podlegać obligatoryjnemu odrzuceniu, to jako oferta najkorzystniejsza powinna być wybrana oferta Odwołującego.

Uzasadniając zarzut niezgodności oferty Konsorcjum SPEC-BRUK z treścią SIWZ,

Odwołujący przywołał treść postanowień SIWZ, w tym pkt XIII.1, XIII.7-8, pkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia („OPZ"), wytyczne dla robót wzdłuż torowiska znajdujące się w Dokumentacji projektowej dotyczącej obiektu „Przebudowa sieci gazowej n/c i śr/c" nr rysunku G-07u i uwagi projektanta na ww. rysunku. Wskazał także, że analogiczna uwaga znalazła się w dwóch innych miejscach dokumentacji projektowej. Bazując na powyższej dokumentacji, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót („STWiOR") wykonawca był zobligowany do wycenienia robót związanych z Przebudową Podziemnych linii gazowych, opisanych szczegółowo w Dokumentacji projektowej oraz w STWiOR - D-11.01.04 Przebudowa Podziemnych Linii Gazowych. Odwołujący wskazał, iż w tym zakresie wykonawca powinien wycenić ściankę z grodzic, której następnie nie zdemontuje, ale zostawi ją w gruncie, zatem przejdzie ona na własność Zamawiającego. Następnie Odwołujący przywołał pkt 8.2 i 9.2. STWiOR D-11.01.04 Przebudowa Podziemnych Linii Gazowych oraz wyjaśnił, iż na podstawie Przedmiaru robót dot. branży - część drogowa z odwodnieniem przebudowa sieci gazowej pod liczbą porządkową 157 d. 14.2 wykonawca był zobowiązany w swoim Kosztorysie Ofertowym skalkulować cenę za robotę pn. „Umocnienie ścian wykopów o głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo. Grodzice do pozostawienie w gruncie." Odwołujący zauważył także, że w Przedmiarach robót Zamawiający wskazywał również w kolumnie pn. „Podstawa" pozycję z Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNNR). W tym przypadku został wskazany numer KNNR 1 0314-01, jednakże Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający dokonał modyfikacji ww. pozycji w odniesieniu do treści wynikającej z Katalogu Nakładów Rzeczowych KNNR 1, albowiem w KNNR 1 w poz. 0314-01 jest wskazane i opisane „Umocnienie ścian wykopów o szerokości 1.0 m i głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzic". Natomiast zdaniem Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości w świetle przytoczonych zapisów Dokumentacji projektowej oraz Przedmiarów robót, iż Zamawiający wymagał, aby grodzice pozostawić w gruncie. Odwołujący podkreślił ponadto, iż zgodnie z zapisami SIWZ wykonawcy nie byli uprawnieni do dokonywania samodzielnie jakichkolwiek zmian w Przedmiarach. Wykonawcy byli również zobligowani, zgodnie z pkt 5 OPZ, do wykonania robót według dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część SIWZ.

Odwołujący następnie wskazał, iż w kosztorysie ofertowym Konsorcjum SPEC-BRUK, wskazało cenę jednostkową za wykonanie poz. 157 w wysokości 11,20 złotych netto, co po przemnożeniu przez 692,71 m^2 daje kwotę łączną w tej pozycji w wysokości: 7 758,35 złotych. Zdaniem Odwołującego wysokość ceny zaproponowanej przez Konsorcjum SPEC-BRUK w przedmiotowej pozycji jest tak niska, iż należy uznać, że oferta Konsorcjum SPEC-BRUK jest niezgodna z SIWZ. Zaproponowana cena jest ceną nierealną, za którą niemożliwe jest wykonanie robót opisanych w poz. 157 Przedmiaru Robót tj. dokonanie przygotowania terenu, dowiezienia materiału w postaci grodzic, zamontowania grodzic i pozostawienie ich w gruncie. Ten ostatni element jest zdaniem Odwołującego najistotniejszym, albowiem oznacza, iż w ww. pozycji wykonawca powinien również skalkulować cenę materiału - czyli grodzic, które przechodzą na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż składając ofertę dokonał analizy rynku i zebrał oferty od podwykonawców. Żadna z ofert nie była nawet zbliżona do wskazanej przez Konsorcjum SPEC-BRUK ceny jednostkowej za wykonanie poz. 157 tj. kwoty: 11,20 złotych netto. Najniższa oferta Podwykonawcy opiewała na kwotę 200 zł netto za ww. pozycję. Inna oferta wskazywała kwotę 220 zł netto. Jeszcze inny podwykonawca dokonując wyceny dla Konsorcjum NDI podzielił ww. robotę na trzy pozycje, z których wynikało, że sama robocizna konieczna do skalkulowania w zakresie umocnienia ścian wykopów o głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo w ramach niniejszej inwestycji wynosi kwotę około 60 zł netto, zaś materiał w postaci grodzic, które zostałyby pozostawione na własność Zamawiającemu tj. kwota co najmniej 150 złotych netto. Jako dowód Odwołujący załączył oferty podwykonawców, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący wskazał, iż wartość skalkulowana w kosztorysie ofertowym Konsorcjum SPEC-BRUK, która wynosi zaledwie 11,20 złotych netto jest niemal dwudziestokrotnie niższa niż cena zakładana w ofercie Konsorcjum NDI, tj. 220 złotych netto. W rankingu ofert obu tych wykonawców w zakresie całkowitej ceny ofertowej dzieli stosunkowo niewielka różnica. Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zbadać, czy za cenę 11,20 złotych netto Konsorcjum SPEC-BRUK będzie w stanie wykonać roboty wskazane w dokumentacji projektowej i określone w ww. pozycji Przedmiaru. W ocenie Konsorcjum NDI cena jednostkowa 11,20 złotych netto i łącznie w tej pozycji wskazana cena 7 758,35 złotych netto ledwie wystarczy na mobilizację sprzętu koniecznego do przystąpienia do realizacji umocnienia ścian wykopów. Zestawiając cenę za realizację poz. 157 z Kosztorysu Konsorcjum SPEC-BRUK z cenami zaproponowanym w kosztorysach pozostałych wykonawców, również okazuje się, iż Konsorcjum SPEC-BRUK znacząco odbiega od reszty oferentów (Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa

Przemysłowego SA - 53,40 zł netto, Konsorcjum NDI - 220,00 zł netto, Silesia Invest Spółka z o.o. Spółka komandytowa i Tor-Kar-Sson Spółka z o.o. Spółka komandytowa - 240,00 zł netto, Konsorcjum Aldesa Construcciones Polska Spółka z o.o. i COALVI SA - 261,49 zł netto, KZN Rail Spółka z o.o. - 288,72 zł netto, Balzola Polska Spółka z o.o. i Construcciones y Promociones Balzola SA - 517,28 zł netto, ZUE SA z siedzibą w Krakowie - 680,98 zł netto. Odwołujący wyjaśnił, iż dwaj pozostali wykonawcy tj. Trakcja PRKiL Spółka z o.o. oraz PIRK „TOR-KRAK" utajnili treść kosztorysów ofertowych.

W ocenie Odwołującego, w kontekście wyceny przez Konsorcjum SPEC-BRUK robót budowlanych dot. umocnienia ścian wykopów w zakresie przebudowy sieci gazowej w ramach inwestycji w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego, powstaje zagrożenie, iż wykonawca ww. prac w ogóle nie wykona. Wycena ww. pozycji kosztorysu przez Konsorcjum SPEC-BRUK prowadzi do przekonania, że Konsorcjum SPEC BRUK dokonało wyceny poz. 157 niezgodnie z zapisami SIWZ, nie uwzględniając konieczności zakupu materiałów (tj. zakupu grodzic i następnie ich sprzedaży na rzecz Zamawiającego), tym samym nie wyceniło wszystkich składników cenotwórczych oraz wytycznych wynikających z dokumentacji projektowej i OPZ albo dokonało w ww. pozycji wyceny roboty innej niż wskazana wprost w dokumentacji projektowej oraz w OPZ. Taki stan rzeczy, zdaniem Odwołującego, powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, a niezgodność ta jest zasadnicza i nieusuwalna, której Zamawiający nie może poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w SIWZ zawarł regułę, iż wykonawca, który będzie realizował przedmiot zamówienia nie jest upoważniony do samodzielnego dokonywania zmian w stosunku do rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej. Zdaniem Odwołującego za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum SPEC-BRUK nie ma także możliwości wykonania rozwiązania równoważnego, o którym mowa w pkt 5 OPZ, które spełniałoby wymagania. Wymagania Zamawiającego są zapisane w tym zakresie w dokumentacji projektowej na tyle precyzyjnie, iż nie ma możliwości, aby w tym zakresie istniało jakiekolwiek rozwiązania równoważne. Odwołujący powołał się na pkt XIII.3, 7, 9-11 SIWZ, podnosząc, że dla Konsorcjum NDI i każdego innego profesjonalnego wykonawcy powyższe zasady są jasne i zrozumiałe. Zamawiający musi dysponować ofertami, które są porównywalne, czyli takimi które wyceniają realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem rozwiązań technicznych podanych w Dokumentacji Projektowej. Przywołał także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11.

Przedstawiając uzasadnienie prawne dla zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum SPEC-BRUK z treścią SIWZ, Odwołujący powołał się na uchwałę KIO z dnia 18 września 2014 r., wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 437/15, wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08. Podkreślił, iż cena wskazana w ofercie Konsorcjum SPEC-BRUK nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału głównego (tj. grodzic), a także wymaganych materiałów pomocniczych i sprzętu oraz robocizny. Z tego względu cena podana przez Konsorcjum SPEC-BRUK, z uwagi na charakter kosztorysowy wynagrodzenia, stanowi podstawę do uznania niezgodności oferty z SIWZ, a zarazem podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z ceny 11,20 zł netto, którą Konsorcjum SPEC-BRUK wskazało w swojej ofercie, zdaniem Odwołującego można wywnioskować, że istnieje co najmniej wysokie ryzyko, że wykonawca nie będzie w stanie w ogóle zrealizować tej części robót, albowiem nie ma możliwości, aby przy tak niskiej cenie zapewnił niezbędny materiał, sprzęt i tym samym realizację ww. robót. Odwołujący podkreślił, iż treść SIWZ (OPZ oraz dokumentacja projektowa) nie pozostawiały wyboru jak ww. prace należy wykonać. Zauważył także, iż identyczna cena w wysokości 11,20 złotych netto występuje w Kosztorysie ofertowym Konsorcjum SPEC BRUK w dwóch innych pozycjach (60.d.4.1.3 oraz 151.d.14.1.3), co dodatkowo komplikuje kwestię, jaką robotę zaoferowało Konsorcjum SPEC-BRUK Zamawiającemu w zakresie poz. 157 w sytuacji, gdy zaoferowało tę samą cenę co w przywołanych powyżej pozycjach, choć są one wykonywane z wykorzystaniem zupełnie innych materiałów i rozwiązań technologicznych.

Odwołujący przedstawił także szczegółową argumentację wskazującą, że opisana niezgodność nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 897/16 oraz wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1169/15, KIO 1170/15. Wskazał, że niezgodność oferty Konsorcjum SPEC-BRUK z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny, a opisana niezgodność nie jest omyłką. Podniósł, iż elementem wykluczającym możliwość usunięcia niezgodności oferty Konsorcjum SPEC - BRUK z SIWZ nie jest waga błędu znajdującego się w ofercie Konsorcjum, ale fakt, iż Zamawiający bez ingerencji w treść oświadczenia woli Konsorcjum SPEC BRUK nie jest w stanie sam skorygować zaistniałej niezgodności bez porozumienia się z Konsorcjum SPEC -BRUK (bez prowadzenia z nim negocjacji). Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie zmienić ceny wskazanej w poz. 157 Kosztorysu Ofertowego, tak aby było możliwe wykonanie przez wykonawcę całości zamówienia określonego w SIWZ. W tym przypadku zdaniem Odwołującego nie mamy do czynienia z „oczywistą omyłką pisarską" a

trudno również mówić o „oczywistej omyłce rachunkowej". Odwołujący podkreślił ponadto, iż brakującej części kosztów wykonania prac opisanych w pozycji 157 Kosztorysu Konsorcjum SPEC-BRUK nie mogło wycenić w ramach innych pozycji Kosztorysu. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca dokonuje „przerzucenia" części kosztów pomiędzy pozycjami w ramach danego kosztorysu w oderwaniu od powiązania technologicznego takich pozycji. W tym zakresie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017, sygn. akt KIO 1379/17.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum SPEC-BRUK zaoferowało cenę poniżej kosztów własnych tak, aby wyeliminować pozostałych wykonawców, co powinno być uznane przez Zamawiającego za czyn nieuczciwej konkurencji, z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k."). Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie sygn. akt I ACa 1040/12, wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt I CSK 147/12 oraz wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015r. KIO 2734/14. Ponadto zauważył, iż czynem nieuczciwej konkurencji może być również założenie z góry przez Konsorcjum SPEC-BRUK, iż dokona zmiany materiału lub zmiany rozwiązania technicznego w zakresie wykonania ww. roboty, co w konsekwencji doprowadziło do niedozwolonego manipulowania poziomem cen jednostkowych. Odwołujący wskazał, iż taka manipulacja cenami nie jest już efektem dozwolonej strategii biznesowej, nie służy również trosce o jakość i efektywność wykonania zamówienia. Stanowi natomiast poważne zagrożenie dla jego wykonania i kosztów, jakie będzie musiał ponieść w tym celu Zamawiający. W ocenie Odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (tj. OPZ, Dokumentacja Projektowa i STWiOR) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Co więcej, powyższe powoduje, iż Zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne oraz nie może mieć pewności, czy Konsorcjum SPEC-BRUK zrealizuje przedmiotową część zamówienia i tym samym czy zrealizuje zamówienie należycie. Ponadto, zdaniem Odwołującego, założenie z góry przez Konsorcjum SPEC-BRUK, już na etapie składania ofert, że w trakcie realizacji zamówienia dokona zmiany materiału lub zmiany technologii (w trybie warunków umowy lub przepisów ustawy Pzp) i dokonanie wyceny oferty w oparciu o takie założenie spełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że przy ocenie ofert Zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał na wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 22 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż na podstawie JEDZ partnera Konsorcjum - PROGREG Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie spełnienia warunku odnośnie inwestycji wskazanej w poz. 2. Odwołujący zauważył, iż według oświadczenia w JEDZ zakresem ww. zamówienia była objęta przebudowa sieci trakcyjnej o długości powyżej 1500m, jednakże kwota za wykonanie ww. zadania jest prawie dwukrotnie niższa niż wskazana w poz. 1. Odwołujący wskazał ponadto, iż ze złożonego przez Konsorcjum SPEC-BRUK protokołu końcowego wykonania robót podwykonawczych z dnia 28 czerwca 2019 r. nie wynika zakres przebudowy sieci trakcyjnej oraz że w jego treści wskazano, że podwykonawcy nie zostały powierzone żadne materiały, co zdaniem Odwołującego oznacza, że roboty realizowane przez PROGREG obejmowały nie tylko samą robociznę (co mogłoby mieć ewentualny wpływ na niską wartość robót), ale również materiały do przebudowy sieci trakcyjnej. Odwołujący wskazał, że za cenę 297 000 zł nie ma możliwości wykonania przebudowy sieci trakcyjnej o długości min. 800m, tym bardziej budzi wątpliwość oświadczenie, że za taką cenę została przebudowana sieć trakcyjna długości powyżej 1500m. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum SPEC-BRUK wprowadziło w ten sposób Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że w ramach zadania „Przebudowa układu drogowego na Placu Chrapka w Toruniu" dokonało przebudowy sieci trakcyjnej o długości powyżej 1500 m.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a i 1b ppkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Konsorcjum SPEC-BRUK nie potwierdziło, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Odwołujący zauważył, że ze złożonej przez Konsorcjum SPEC-BRUK opinii bankowej z 7 listopada 2019 r. wynika, iż klient korzysta z produktów kredytowych banku i posiada zdolność kredytową do kwoty 20 000 000 zł łącznego zaangażowania o charakterze obrotowym, nie wiadomo jednak jaki jest faktyczny stopień wykorzystania środków przyznanych w ramach kredytu. Może to oznaczać, zdaniem Odwołującego, że na dzień wystawienia opinii zdolność kredytowa w postaci dostępnych środków9. w ramach udzielonego kredytu wynosi 20 000 000 zł, ale również może oznaczać, iż większość została spożytkowania i dostępne środki to przykładowo 100 000 zł. Odwołujący powołał się na

wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2748/17, gdzie wskazano, iż na poczet warunku udziału w postępowaniu nie można zaliczać kredytów wykorzystanych. Z uwagi na powyższe zachodzi konieczność wezwania Konsorcjum SPEC-BRUK do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp .

Zamawiający w dniu 13 lutego 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, iż argumentacja Odwołującego sprowadza się do kwestionowania możliwości wykonania przez Konsorcjum SPEC-BRUK robót objętych poz. 157d 14.2 za zaoferowaną cenę, a nie tego czy ww. Konsorcjum złożyło ofertę zgodnie z SIWZ. W ocenie Zamawiającego o niezgodności oferty Konsorcjum SPEC-BRUK z SIWZ nie może świadczyć to czy zaoferowana przez niego cena pozwala na wykonanie roboty składającej się na tą pozycję przedmiarową (kosztorysową). Ewentualny zarzut w tym zakresie nie może być podnoszony jako niezgodność zaoferowanej ceny jednostkowej z SIWZ, ale jako zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Takiego zarzutu Odwołujący nie podniósł jednak w odwołaniu. Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1379/17. Zamawiający wskazał ponadto, iż Konsorcjum SPEC-BRUK zaoferowało cenę jednostkową w sposób określony w Rozdziale XIII SIWZ, a spełnienie tych wymagań zostało potwierdzone w pkt 1 Formularza oferty. Zamawiający wskazał ponadto, iż nie określił w SIWZ wymagań co do ceny oferty i cen jednostkowych, niż te określone w jej Rozdziale XIII. W szczególności

Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do dokonania wyceny określonych pozycji jednostkowych (podania cen jednostkowych) na określonym minimalnym albo maksymalnym poziomie, jak również nie zawarł obowiązku odniesienia cen określonych pozycji jednostkowych, w tym pozycji 157, do wyceny innych pozycji jednostkowych czy ceny oferty. Oznacza to, że wykonawcy uprawnieni byli zgodnie z SIWZ do dowolnego dokonania wyceny pozycji jednostkowych, z tym zastrzeżeniem, że w podanej cenie pozycji jednostkowej uwzględnione musiały zostać wszystkie koszty jej wykonania.

Zamawiający dodał, że podstawy do uznania dokonanej przez Konsorcjum SPEC-BRUK wyceny pozycji za niezgodną z SIWZ nie może stanowić określenie jej w wysokości niższej, niż ta zaoferowana przez Odwołującego czy innych wykonawców. Zdaniem Zamawiającego bez znaczenia dla oceny zgodności ceny pozycji z SIWZ pozostaje również, że Konsorcjum SPEC-BRUK wyceniło w takiej samej wysokości pozycję 60d.4.13 i 151.d.14.1.3. Zaoferowanie przez Odwołującego ceny pozycji w wysokości 220,00 zł netto/m2 w oparciu o oferty współpracujących z nim kontrahentów (200,00 zł netto/m2) nie oznacza, że inni wykonawcy tj. Konsorcjum SPEC-BRUK i Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego SA nie mogli wynegocjować na rynku niższych cen i zaoferować ich w ofercie za wykonanie robót objętych pozycją. Zamawiający nie zgodził się także z argumentacją odwołania, jakoby o niezgodności z SIWZ świadczyć miało nieuwzględnienie przez Konsorcjum SPEC-BRUK w cenie pozycji zakupu materiałów (tj. zakupu grodzic i następnie ich sprzedaży na rzecz Zamawiającego). Odwołujący nie wskazał na tą okoliczność żadnych dowodów poza odwołaniem się do wycen pozycji dokonanych przez jego kontrahentów. Zamawiający wskazał ponadto, że żadne ze wskazanych w odwołaniu orzeczeń KIO nie potwierdza stanowiska Odwołującego i nie odnosi się do podnoszonego przez niego zarzutu.

W ocenie Zamawiający za bezzasadny należy uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ do stwierdzenia popełnienia czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz działalnie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działanie takie musi odbywać się jednak w sposób ciągły i w szerszym zakresie, a nie jedynie na konkretnym przypadku. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie udowodnił w jakikolwiek sposób, aby oferta Przystępującego w zakresie zaoferowania ceny pozycji stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie podniesionego przez Odwołującego zarzutu sprowadza się jedynie do przywołania

stanowiska orzecznictwa i twierdzeń, które nie zostały wykazane jakimikolwiek dowodami.

Zamawiający wskazał ponadto na bezzasadność zarzutów odwołania odnoszących się do spełnienia przez Konsorcjum SPEC-BRUK warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a także powiązanego z kwestią wykazania wymaganego doświadczenia zarzutu naruszenia art. 24

ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający wskazał także na bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 91 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismo procesowe w sprawie złożyło także Konsorcjum SPEC-BRUK („Przystępujący"), wnosząc o oddalenie odwołania w całości i załączając do pisma oferty kontrahentów mające potwierdzać realność dokonanej w poz. 157 wyceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 14 lutego 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Libiążu, SPAW-TOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i PROGREG Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie po stronie zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. Konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 14 lutego 2020 r. wycofał zarzuty odwołania oznaczone nr 4 petitum odwołania (art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SPEC-BRUK, ze względu na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt II. 2 a. SIWZ dotyczącego wykonania co najmniej 2 zamówień polegających na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 800m każde), nr 5 petitum odwołania (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum SPEC-BRUK, wobec zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż Konsorcjum SPEC-BRUK spełnia warunki udziału w postępowaniu lub wobec przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum SPEC-BRUK, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w składanych dokumentach i oświadczeniach, opisanych w uzasadnieniu odwołania, informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt II. 2 a. SIWZ dotyczącego wykonania co najmniej 2 zamówień polegających na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 800m każde) oraz nr 6 petitum odwołania (art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a i 1b ppkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SEPC-BRUK do złożenia wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej przez Zamawiającego wysokości, w sytuacji gdy Konsorcjum SPEC-BRUK, składając Zamawiającemu opinię bankową z dnia 7 listopada 2019 r. nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła umorzyć postępowanie w odniesieniu do wskazanych powyżej zarzutów. Jednocześnie Izba miała na względzie, iż informacja o częściowym umorzeniu postępowania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu, zważywszy na treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami, ofert wykonawców, w tym oferty Przystępującego i załączonych do niej kosztorysów ofertowych, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lutego 2020 roku.

Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z zeznań świadków. W odniesieniu do dowodu z zeznań p. M. W., Izba miała na względzie, iż okoliczności, co do których świadek miałby złożyć zeznania nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, a ponadto wynikały z przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie korespondencji mailowej. Ponadto Izba ustaliła, iż ww. osoba jest pracownikiem Odwołującego, a zatem jej zeznania sprowadzałyby się w istocie do uszczegółowienia stanowiska Odwołującego, co uzasadnia, że osoba ta powinna występować raczej w charakterze pełnomocnika Odwołującego a nie w roli świadka, czyli osoby trzeciej, nie uczestniczącej co do zasady w objętym postępowaniem odwoławczym sporze. Jak odzwierciedlono w protokole rozprawy, Pan W. został ostatecznie ustanowiony pełnomocnikiem w sprawie i przedstawił stanowisko w imieniu Odwołującego. Z kolei w odniesieniu do dowodu z zeznań p. T. A., Izba również stwierdziła, iż okoliczności, co do których świadek miałby złożyć zeznania nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, jako, że dotyczyły kwestii wiarygodności dokumentu, który nie stanowił podstawy dla dokonanej przez Izbę oceny, a ponadto wynikały z przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie korespondencji mailowej. Dla oceny zasadności zarzutu będącego przedmiotem sporu wystarczający był zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, co powodowało, że przeprowadzenie ww. dowodu zmierzałoby do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Izba nie uwzględniła ponadto wniosku Odwołującego, który wpłynął w dniu 17 lutego 2020 r., po zamknięciu rozprawy a przed ogłoszeniem wyroku, o otwarcie rozprawy na nowo i dopuszczenie dowodu z pisma p. A. z dnia 14 lutego 2020 r. Izba miała na względzie, iż zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Analogicznie, jak w odniesieniu do wyżej omówionych dowodów z zeznań świadków, okoliczności, których dotyczył wniosek Odwołującego po pierwsze zostały już podniesione w postępowaniu odwoławczym, a na ich potwierdzenie Odwołujący złożył na rozprawie dowód w postaci korespondencji mailowej, a po drugie nie stanowiły, w ocenie Izby, okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, jako że dotyczyły one podważenia wiarygodności dokumentu, który nie stanowił podstawy oceny dokonanej przez Izbę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Chorzowskiej do ul. Karola Goduli w Rudzie Śląskiej (dobudowa drugiego toru)" - zadanie 5.1, w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do SIWZ. W pkt III.3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż roboty budowlane będą realizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i współczesnej wiedzy technicznej przy zastosowaniu obowiązujących przepisów, norm i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „GROTEX". Powyższe potwierdzono także w pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano m.in., iż dokumentacja projektowa stanowi integralną część SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 4 ofertę stanowił wypełniony Formularz oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz m.in. kosztorysy ofertowe (ppkt 2). W Rozdziale XIII przedstawiono opis sposobu obliczenia ceny. Wskazano, iż formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe (pkt 1), a cena oferty ma zostać wyliczona przez wykonawcę metodą kalkulacji uproszczonej (wg formuły określonej w pkt 3) w oparciu o Kosztorysy ofertowe dołączone do oferty i sporządzone na podstawie Przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ dla każdego zakresu finansowanego przez poszczególnych uczestników postępowania (pkt 2). Zamawiający wskazał ponadto, iż ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w kosztorysach ofertowych będą niezmienne w toku realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 6). W pkt 7 wskazano, iż wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym wszelkich kosztów odbiorów, uzgodnień wynikających z przepisów prawa, Umowy, SIWZ, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w SIWZ jako zobowiązania wykonawcy. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca winien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót. Dalej wskazano, iż kosztorysy ofertowe należy sporządzić ściśle wg kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach robót (pkt 8). W pkt 9 wskazano, iż wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacjach projektowych (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert z zachowaniem zapisów Rozdziału VIII. Zgodnie z pkt 10 wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do pozycji Przedmiarów, z zastrzeżeniem pkt 11. W pkt 11 wskazano, iż w przypadku uszczegółowień i/lub zmian do pozycji Przedmiarów wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań wykonawców należy wszelkie wprowadzone modyfikacje uwzględnić w cenie jak również w opisach przedmiarowych. Ponadto Zamawiający w pkt 17 wskazał, iż w przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegających na niezgodności kosztorysów ofertowych ze specyfikacją, zamawiający będzie stosował m.in. zasadę, iż w przypadku: innego opisu pozycji niż w przedmiarze

i/lub zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót i/lub wprowadzenia pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem pkt. 11, Zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu jeśli zmiany będą nieistotne. Z kolei w przypadku braku pozycji kosztorysu zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej.

Zgodnie z pkt 8.2 STW iORB D-11.01.04 Przebudowa podziemnych linii gazowych odbiorowi robót zanikających i ulegających zakryciu podlegają wszystkie technologiczne czynności związane z przebudową linii gazowych, m.in. roboty ziemne z obudową ścian wykopów. Zgodnie z pkt 9.2 STWiORB cena 1m wykonanej i odebranej linii gazociągowej obejmuje: dostawę materiałów, wykonanie robót przygotowawczych, wykonanie wykopu wraz z umocnieniem ścian wykopu i jego odwodnieniem, przygotowanie podłoża, wykonanie sączków, ułożenie przewodów wraz z montażem armatury i innego wyposażenia, wykonanie zabezpieczeń przewodu przy przejściu pod drogami (rur ochronnych wraz z uszczelnieniem i uzbrojeniem), przeprowadzenie próby wytrzymałości i szczelności, zasypanie wykopu wraz z jego zagęszczeniem, doprowadzenie terenu do stanu pierwotnego, pomiary i badania, geodezyjna inwentaryzacja powykonawcza, likwidacja istniejących, wyłączonych gazociągów, przełączenie na istniejące gazociągi, koszty zabezpieczenia czynnej sieci gazowej na czas realizacji, oznakowanie zrealizowanych gazociągów, doprowadzenie terenu do stanu pierwotnego, wywóz zbędnych materiałów, pomiary i badania, dokumentację powykonawczą

W załączonym do SIWZ przedmiarze robót dla branży: część drogowa z odwodnieniem, przebudowa sieci gazowej, znalazły się m.in. pozycje:

- poz. 60 d.4.1.3 (KNNR 1 0313-01) „Pełne umocnienie ścian wykopów wraz z rozbiórką palami szalunkowymi stalowymi (wypraskami) w gruntach suchych; wykopy o szerokości do 1 m i głębokości do 3.0 m; grunt kat. I-IV";

- poz. 151.d.14.1.3 (KNNR 1 0313-01) „Ażurowe umocnienie palami szalunkowymi stalowymi (wypraskami), wraz z rozbiórką, ścian wykopów szerokości do 1 m, głębokości do 3m, w gruncie suchym kat. III-IV;

- poz. 157d.14.2 (KNNR 1 0314-01) „Umocnienie ścian wykopów o głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo. Grodzice do pozostawienie w gruncie."

Ponadto w dokumentacji projektowej dot. obiektu „Przebudowa sieci gazowej n/c i śr/c (nr rysunku G-07u) przedstawione zostały wytyczne dla wykonawcy, w tym m.in. „po wykonaniu wykopu pod torowisko do głębokości 0,2m nad górną krawędzią rury gazociągu należy wbić ściankę z grodzic do pozostawienia na całej długości."

W postępowaniu wpłynęło dziesięć ofert, w tym oferta Odwołującego z ceną 30 516 874,61 zł netto oraz oferta Przystępującego z ceną 29 692 834,84 zł. Przystępujący w Formularzu oferty (pkt 4) oświadczył, iż zapoznał się z SIWZ, nie wnosi do niej zastrzeżeń i uzyskał konieczne informacje do przygotowania oferty (takie oświadczenie zawierał wzór ustalony przez Zamawiającego). Przystępujący załączył do oferty kosztorysy ofertowe, w których wskazano m.in.:

- w poz. 60 d.4.1.3 cenę jednostkową 11,20 zł (razem 5 604,48);

- w poz. 151.d.14.1.3 cenę jednostkową 11,20 zł (razem 302,40);

- w poz. 157d.14.2 cenę jednostkową 11,20 zł (razem 7 758,35).

Zamawiający w dniu 24 stycznia 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę Konsorcjum SPEC-BRUK. Oferta Odwołującego była ofertą drugą w kolejności w rankingu ofert pod względem ustalonych kryteriów oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

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 art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba zważyła, że Odwołujący jako podstawy faktyczne zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ wskazywał zbyt niską cenę zaoferowaną przez Przystępującego w pozycji 157d.14.2 kosztorysu, za którą nie jest możliwe wykonanie robót opisanych w tej pozycji i która jest zdaniem Odwołującego ceną nierealną, odbiegającą od cen pozostałych oferentów, brak zbadania przez Zamawiającego czy za wskazaną cenę Przystępujący będzie w stanie wykonać roboty wskazane w dokumentacji projektowej, a także brak uwzględnienia przez Przystępującego podczas wyceny konieczności zakupu materiałów (grodzic), które mają zostać pozostawione w gruncie (stać się własnością Zamawiającego), tj. brak wyceny przez Przystępującego w poz. 157 wszystkich składników cenotwórczych. Zdaniem składu orzekającego żadna z powyższych podstaw faktycznych nie jest podstawą właściwą dla postawionego zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Jak podnosi się konsekwentnie w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być zatem możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1402/17). Z uwagi na kontradyktoryjność postępowania odwoławczego, Odwołujący stawiając zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ zobowiązany był wykazać na czym konkretnie polega rzeczona niezgodność. To Odwołujący zakwestionował podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny oferty jego konkurenta, a zatem zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Tymczasem analiza postawionego przez Odwołującego zarzutu i przedstawionego uzasadnienia wskazuje, iż Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ wyłącznie w oparciu o wskazaną w poz. 157d.14.2 kosztorysu cenę jednostkową, co uznać należy za nieprawidłowe. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, iż argumentacja Odwołującego sprowadza się do kwestionowania możliwości wykonania przez Konsorcjum SPEC-BRUK robót objętych poz. 157d 14.2 za zaoferowaną cenę, a nie tego czy Przystępujący złożył ofertę zgodnie z SIWZ. W ocenie Izby uzasadnienie zarzutu przedstawione w odwołaniu w ogóle nie dotyczy kwestii zgodności zaoferowanego przez Przystępującego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, lecz sposobu wyceny pozycji 157d.14.2 kosztorysu. Wskazują na to m.in. następujące fragmenty odwołania:

- „wysokość ceny zaproponowanej przez Konsorcjum SPEC-BRUK jest tak niska, iż należy uznać, że oferta Konsorcjum SPEC-BRUK jest niezgodna z SIWZ",

- „zaproponowana cena jest ceną nierealną, za którą niemożliwe jest wykonanie robót opisanych w poz. 157 przedmiaru robót, tj. dokonanie przygotowania terenu, dowiezienie materiału w postaci grodzic, zamontowania grodzic i pozostawienia ich w gruncie"

- „Zamawiający powinien zbadać, czy za cenę 11,20 zł netto Konsorcjum SPEC-BRUK będzie w stanie wykonać roboty wskazane w dokumentacji projektowej i określone w ww. pozycji przedmiaru."

Już sam sposób sformułowania zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią

SIWZ w petitum odwołania („cena zaoferowana przez Przystępującego dla pozycji 157 d.

14.2 nie pozwala na wykonanie tej roboty w sposób wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, co tym samym oznacza, iż Konsorcjum SPEC-BRUK nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania") wskazuje, że Odwołujący błędnie utożsamia kwestię ewentualnej rażąco niskiej ceny jednego z elementów składowych ceny całkowitej oferty Przystępującego z kwestią zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Również argumenty podniesione w uzasadnieniu odwołania, podobnie jak dowody złożone przez Odwołującego, dotyczą stricte kwestii realności i rynkowości ceny wskazanej przez Przystępującego w poz. 157d.14.2 i nie odnoszą się w żaden sposób do zgodności zaoferowanego przez Przystępującego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący kwestionuje cenę poz. 157d.14.2, a nie merytoryczną niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ co do zaoferowania robót odpowiadających robotom wskazanym w tej pozycji kosztorysu. Odwołujący opiera zarzut niezgodności oferty Przystępujący w SIWZ wyłącznie na przypuszczeniach, że pewne elementy prac nie zostały uwzględnione w wycenie, a zatem nie zostały także zaoferowane przez Przystępującego. To właśnie na wysokości ceny jednostkowej Odwołujący opiera stanowisko, jakoby Konsorcjum SPEC-BRUK dokonało wyceny nie uwzględniając konieczności zakupu materiałów (grodzic), co jednakże w ocenie Izby nie oznacza, że świadczenie zaoferowane przez Przystępującego nie obejmowało swoim zakresem pozostawienia grodzic w gruncie. Czym innym jest bowiem zaoferowanie przedmiotu zamówienia, który nie obejmuje pełnego wymaganego w SIWZ zakresu robót budowlanych, a czym innym kwestia dokonania prawidłowej wyceny wszystkich prac składających się na te roboty budowlane.

Dlatego też w ocenie Izby nie jest uzasadnione wywodzenie wyłącznie na podstawie wysokości ceny wskazanej w poz. 157d.14.2. kosztorysu Przystępującego tak daleko idącego wniosku, jakim jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia nie obejmującego pełnego zakresu wskazanego w SIWZ. Wątpliwości Odwołującego co do tego czy cena wskazana w poz. 157d.14.2 kosztorysu obejmuje wszystkie koszty wykonania robót objętych tą pozycją i wskazywane przez niego ryzyko, że wykonawca nie będzie w stanie zrealizować tej części robót, nie przesądzają o tym, że zaoferowano świadczenie, które nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego wymaganiom. Odwołujący nieprawidłowo przywołuje okoliczności odnoszące się do kwestii realności wyceny spornej pozycji kosztorysu na potwierdzenie zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, podczas gdy tego rodzaju argumentacja byłaby właściwa dla zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też - w tym przypadku - zarzutu zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba zwraca uwagę, iż ustawa Pzp przewiduje stosowne instrumenty pozwalające na zbadanie realności zaoferowanej ceny i to nie tylko w odniesieniu do całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, co wynika wprost z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego brzmienie uległo zmianie w tym zakresie na skutek nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. Obecnie regulacja ta wskazuje na konieczność wyjaśnienia przez zamawiającego nie tylko ceny całkowitej oferty, ale także ceny (kosztu) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty, które sprawiają wrażenie rażąco niskich, nawet w sytuacji gdy cena całkowita oferty nie wskazuje na jej rażące zaniżenie. Odwołujący, powołując się na argumentację przedstawioną w odwołaniu, mógł zatem postawić zarzut zaniechania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do jej części składowych (ceny podanej w poz. 157d.14.2 kosztorysu ofertowego czy też ceny łącznej dla całej branży gazowej, na którą Odwołujący powoływał się na rozprawie składając jako dowód zestawienie cen ofert). Odwołujący w sposób zamierzony takiego zarzutu nie postawił, wyjaśniając na rozprawie, iż w przedmiotowym przypadku nie zachodzą podstawy z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak słusznie zwracał jednak uwagę Przystępujący, podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu jest możliwe. Konsekwencje wynikające z tego, że Odwołujący takiej możliwości nie dostrzegł czy też nie zdecydował się na skorzystanie z niej, a zamiast tego sformułował zastępczo zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ, obciążają Odwołującego.

Za całkowicie bezzasadne należy zaś uznać stanowisko Odwołującego, jakoby podniesienie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ miałoby konsumować niewskazany w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny. Kwestię odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz z uwagi na rażąco niską cenę oferty uregulowano w dwóch odrębnych przepisach (odpowiednio art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo przesłanek. Oferta niezgodna z SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ, a rzeczona odmienność przejawia się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Mówiąc wprost oferta jest niezgodna z treścią SIWZ co do zasady wtedy, kiedy przedmiot, zakres czy sposób realizacji zaoferowanego świadczenia nie odpowiada postawionym w tym zakresie przez zamawiającego, merytorycznym wymaganiom. Aby skutecznie postawić zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy zatem wykazać, że zaoferowane świadczenie nie odpowiada

wymaganiom ukształtowanym przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w załączonych do SIWZ przedmiarach robót wskazał na konieczność pozostawienia grodzic w gruncie podczas realizacji robót wskazanych w poz. 157d.14.2, co stanowiło okoliczność bezsporną. Przystępujący do oferty załączył kosztorys ofertowy dla branży: część drogowa z odwodnieniem, przebudowa sieci gazowej, który w poz. 157d.14.2 obejmował „Umocnienie ścian wykopów o głębokości do 3.0 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo. Grodzice do pozostawienia w gruncie." Świadczenie zaoferowane przez Przystępującego - jak wynika wprost z kosztorysu - obejmowało swym zakresem pozostawienie grodzic w gruncie w ramach robót przewidzianych w poz. 157d.14.2., a zatem zawartość merytoryczna oferty Przystępującego odpowiadała ukształtowanym przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiom. Pozycja kosztorysowa w swoim opisie nie została przez Przystępującego zmodyfikowana, a z treści tego kosztorysu wynika, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Pomiędzy treścią oświadczenia woli Przystępującego a wymaganiami Zamawiającego nie zachodziła zatem sprzeczność. O niezgodności oferty z treścią SIWZ można byłoby mówić przykładowo, gdyby Przystępujący w ogóle nie uwzględnił w kosztorysie wymaganej przez Zamawiającego pozycji, a nie w sytuacji kiedy wskazana w kosztorysie pozycja obejmuje całość robót wymaganych w SIWZ, jednakże cena tej pozycji może budzić wątpliwości. W takim przypadku ewentualną podstawę odrzucenia oferty mógłby stanowić art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku podejrzenia, że cena lub jej element składowy w ofercie noszą znamiona rażąco niskiej zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując, w ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie stanowiła prawidłowego uzasadnienia dla wykazania niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, a służyć mogła co najwyżej wykazaniu istnienia wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego w poz. 157d.14.2 kosztorysu ofertowego. Niemniej, jak wskazano już powyżej, Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutów odnoszących się do wysokości tego elementu składowego ceny. Treść odwołania Konsorcjum NDI w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zamiarem Odwołującego było postawienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Okoliczność tę potwierdza zarówno argumentacja prawna przywołania w uzasadnieniu odwołania (odnoszącą się do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), jak i stanowisko przedstawione w tym zakresie na rozprawie, kiedy to Odwołujący wyjaśnił, iż „świadomie w odwołaniu podnosił zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, ponieważ nie zachodzi tutaj przesłanka z art. 90 ust. 1."

Podkreślić należy, że Izba jest uprawniona do oceny tylko tych podjętych czynności lub zaniechania czynności, które zostały podniesione w odwołaniu i tylko w odniesieniu do podstaw faktycznych wskazanych w odwołaniu. Wobec tego precyzyjne wskazanie przez wykonawcę czynności Zamawiającego, których prawidłowość podlega kwestionowaniu, a następnie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, ma decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuuje zarzuty podlegające rozpoznaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów i niedopuszczalność wykraczania poza ich treść. O treści zarzutu decyduje zaś przytoczona podstawa faktyczna, jak i właściwie skorelowana z nią kwalifikacja prawna. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na obu tych płaszczyznach. W przedmiotowym przypadku argumentacja odwołania mająca uzasadniać postawiony zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie odpowiadała istocie tego zarzutu, jaką jest merytoryczna sprzeczność pomiędzy o oświadczeniem woli oferenta a wymaganiami wynikającymi z postanowień specyfikacji, a nie zaniżenie elementu składowego ceny, na które wskazywał Odwołujący.

Z uwagi na powyższe za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała złożone w postępowaniu odwoławczym przez Odwołującego i Przystępującego dowody w postaci ofert partnerów handlowych, które odnosiły się do dokonanej przez Przystępującego wyceny poz. 157d.14.2 i realności tej wyceny, a nie zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Za nieistotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała także wnioskowane przez Odwołującego dowody z zeznań świadków, który dotyczyć miał wyłącznie kwestii wiarygodności jednej z ofert załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego. Z analogicznych względów nie był uzasadniony złożony przez Odwołującego wniosek o otwarcie na nowo rozprawy, który po pierwsze dotyczył okoliczności już podniesionej podczas rozprawy (niezłożenia przez p. A. oferty Przystępującemu), a po drugie zmierzał do zakwestionowania dokumentu, który nie dotyczył okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Potwierdza to treść pisma Odwołującego, w którym wprost wskazał on, że wnioskowany dowód z pisma p. A. z dnia 14 lutego 2020 r. miałby zostać przeprowadzony na okoliczność, że

zaprezentowana w ofercie cena łączna jest ceną nierealną - a zatem dotyczył on kwestii sposobu wyceny oferty przez Przystępującego, a nie jej niezgodności z treścią SIWZ.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, dalej jako „u.z.n.k."). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przywołując w uzasadnieniu art. 15 ust. 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 176/17).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu nie sprostał. Przede wszystkim należy wskazać na niejednoznaczność argumentacji Odwołującego - z jednej strony wskazuje on bowiem na zaoferowanie przez Przystępującego ceny poniżej kosztów własnych, z drugiej strony twierdzi, że powyższe wynikało z nieuwzględnienia w kalkulacji wszystkich kosztów materiałów niezbędnych do realizacji prac wskazanych w poz. 157d.14.2, tudzież z dokonania zmiany materiałów czy rozwiązań technicznych, prowadzącego do manipulacji poziomem cen jednostkowych. Powyższe twierdzenia nie są spójne, czym innym bowiem jest świadome zaniżenie cen względem rzeczywistych kosztów, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie Przystępującego straty, a czym innym jest brak uwzględnienia w cenie wszystkich elementów kosztotwórczych, czy też dokonanie wyceny innych niż wymagane rozwiązań, nie wskazujące na dumpingowy charakter ceny. W ocenie Izby Odwołujący oparł swój zarzut na nieuwiarygodnionych hipotezach co do różnych, możliwych do zaistnienia przypadków, nie konkretyzując w czym dokładnie jego zdaniem przejawia się naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez Przystępującego, co uniemożliwiało uwzględnienie przedmiotowego zarzutu

Ponadto należy zauważyć, iż art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wymaga, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców. Zaznaczyć trzeba, że uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji powinno być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe z uwagi na istniejącą w gospodarce rynkowej swobodę ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców. Ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości

warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji - konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07, wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2672/18). Co istotne, jak wynika wprost z brzmienia przepisu czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, umyślnie, w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, a tego rodzaju okoliczności Odwołujący nie wykazał. Z kolei podnoszone w odwołaniu twierdzenia o rzekomej manipulacji cenowej, która miała przejawiać się w założeniu przez Przystępującego podczas kalkulacji cen, że dokona zmian materiałów czy technologii, stanowiły jedynie niczym nie poparte, gołosłowne hipotezy, a jako takie nie mogły prowadzić do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby złożenie przez Przystępującego oferty w przedmiotowym postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze wszystko powyższe brak jest także podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania dla ww. zarzutów nie przedstawiono odrębnych podstaw faktycznych, wobec czego Izba uznała, iż nie stanowiły one samodzielnych zarzutów, a jedynie konsekwencję innych naruszeń podniesionych w odwołaniu. Wobec tego, z uwagi na brak potwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, również nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do formułowania zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprze zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i żądania w odwołaniu nakazania Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nawet bowiem w sytuacji, gdyby w efekcie wniesienia odwołania doszło do skutecznego podważenia wyboru oferty najkorzystniejszej, to nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty innego wykonawcy prowadziłoby do nieuprawnionego zastępowania zamawiającego w czynnościach związanych z powtórnym badaniem i oceną ofert, które każdorazowo jest on zobowiązany prowadzić w sposób zgodny z przepisami i ustalonymi w SIWZ wymaganiami.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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 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), zasadzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 030,20 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), kosztów dojazdu na rozprawę (w łącznej wysokości 396,20 zł) oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw (w łącznej wysokości 34 zł). Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę, Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt. 2. Zgodnie zaś z § 3 pkt 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. W ocenie Izby pod pojęciem „uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego" mieszczą się także koszty poniesione z tytułu uiszczonych opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Przewodniczący: .....