Sygn. akt: KIO 498/20

WYROK

z dnia 29 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez wykonawcę TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Tramwaje Śląskie S.A. i:

   2.1. 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;

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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: .....

Zamawiający - Tramwaje Śląskie S.A. - prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja torowiska tramwajowego w Chorzowie w ul. Powstańców od Rynku do ul. B. Chrobrego wraz z siecią - zadanie nr 7.7 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap I" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko oraz „Przebudowa ul. Powstańców w Chorzowie na odcinku od ul. Chrobrego do Rynek". Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 217-531706.

W dniu 9 marca 2020 r. wykonawca TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający podał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ oraz zawierająca rażąco niską cenę. Podstawą podjęcia decyzji przez Zamawiającego była okoliczność, że część kosztów za wykonanie wykonania zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi (poz. 44 d.3.1.3 przedmiaru branży torowej) została ujęta w innej pozycji, tj. 41. D.3.1.3 przedmiaru dotyczącej układania torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów (układanie szyn w płytach torowych - szyny tramwajowe 60R2 i szyna dylatacyjna 60R2).

Odwołujący podał, że w Rozdziale XIII ust. 3 SIWZ Zamawiający określił wzór obliczenia ceny oferty, w którym wskazano: „Ci - ceny jednostkowe dla jednostek przedmiarowych (ceny jednostkowe winny zawierać wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7)". Zgodnie z ust. 7, do którego odsyła ww. postanowienie SIWZ: „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, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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.

W kosztach pośrednich należy uwzględnić wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, a nie wyszczególnione w żadnej pozycji Przedmiarów robót w tym:

- koszty urządzenia i eksploatacji zaplecza budowy (w tym doprowadzenie i zużycie mediów, budowa dróg dojazdowych, itp.) oraz koszty likwidacji zaplecza budowy,
- koszty oznakowania terenu budowy oraz zabezpieczenia robót,
- koszty zapewnienia i utrzymania dojazdów i dojść do posesji w trakcie trwania robót,
- koszty stosowania niezbędnych środków technicznych i organizacyjnych w celu utrzymania w czystości dróg dojazdowych i wyjazdowych z terenu inwestycji oraz ograniczających emisję pyłu w trakcie transportu materiałów budowlanych i prowadzenia prac,
- koszt zapewnienia odpowiedniej bezpiecznej organizacji robót oraz komunikacji,
- koszt opracowania projektów uzupełniających oraz ich uzgodnień, projektów zapewnienia jakości oraz takich które nie dotyczą dokumentacji projektowej na podstawie której realizowany będzie przedmiot zamówienia (jeśli wystąpi),
- koszt aktualizacji projektu / opracowania zamiennego projektu tymczasowej organizacji ruchu wraz z uzgodnieniami, zatwierdzeniem oraz jej wprowadzenia,
- koszt utrzymania wyznaczonych ewentualnych objazdów,
- koszt przywrócenia terenów przyległych do stanu pierwotnego po zakończeniu robót

(inwestycji).

- koszty technologii robót, wynikające z przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych w ramach opracowań Wykonawcy,

- koszty ekspertyz dotyczących wykonanych robót,

- koszt pełnienia funkcji generalnego Wykonawcy (jeżeli przewiduje się Podwykonawców),

- koszt wszelkich badań, prób, pomiarów, sprawdzeń itp. niezbędnych do odbiorów przejściowych i odbioru końcowego robót oraz koszt szlifowania szyn w okresie gwarancyjnym tj. po okresie 16-24 miesięcy od dnia zakończenia danej inwestycji.

- koszt zajęcia pasa drogowego na czas prowadzenia robót (jeśli wystąpi),

- koszt inspekcji kamerą video zrealizowanych ciągów kanalizacyjnych,

- wszystkie podatki, opłaty itp.,

- koszty ubezpieczenia budowy,

- koszt kompleksowej obsługi geodezyjnej (w tym służb geodezyjnych przy wykonywaniu robót ziemnych w pobliżu istniejących punktów osnowy geodezyjnej poziomej), obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji inwestycji, opracowania powykonawczej dokumentacji geodezyjno-kartograficznej, wraz z naniesieniem na zasoby geodezyjne Miasta,

- koszty dostosowania się do wymagań STWiORB obejmującej wszystkie warunki i obowiązki Wykonawcy, a nie wyszczególnione w Przedmiarach robót,

- zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko Wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w czasie realizacji robót i w okresie gwarancyjnym,

- koszt sporządzenia inwentaryzacji fotograficznej terenu,

- koszt opłat za udostępnienie i czasowe zajęcie gruntów na czas realizacji robót."

Stosownie do Rozdziału XI ust. 4 pkt 2 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Kosztorys ofertowy był dokumentem sporządzanym na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ.

Odwołujący dołączył do oferty kosztorys ofertowy dotyczący branży torowej, zgodnie z którym w poz. 44 d.3.1.3 za „wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi" w ilości 0,557 km przedmiotowej jednostki obmiarowej (cena jednostkowa 722,06 zł) zaoferował cenę 402,19 zł. Zamawiający w dniu 28 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ww. pozycji kosztorysowej. W wezwaniu Zamawiający podniósł, że w sporządzonym na potrzeby oszacowania wartości zamówienia kosztorysie inwestorskim cena jednostkowa ww. pozycji kosztorysowej wynosi 960.484,69 zł. W odpowiedzi z dnia 3 lutego 2020 r. na wezwanie Zamawiającego TOR-KAR-SSON wyjaśnił, że:

- W pozycji 44 d.3.1.3 kosztorysu „wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi" zostały ujęte koszty materiałów pomocniczych, a robocizna, materiały i sprzęt zostały skalkulowane w poz. 41 d.3.1.3 kosztorysu „układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów (układanie szyn w płytach torowych - szyny tramwajowe 60R2 i szyna dylatacyjna 60R2).

- Poz. 44 d.3.1.3 oraz poz. 41 d.3.1.3 kosztorysu mają ścisły i nierozerwalny związek techniczny i technologiczny, gdyż nie jest możliwe ułożenie szyn w płytach torowych bez ich trwałego przymocowania do przedmiotowych płyt, co stosownie do wymagań Zamawiającego zawartych w dokumentacji przetargowej ma mieć postać zalewu masami poliuretanowymi.

- Łączna cena ww. pozycji kosztorysowych wynosi 997.448.58 zł, co jest wartością porównywalną do ceny za ww. pozycje kosztorysowe w ofercie Konsorcjum Balzola Polska sp. z o.o. oraz Construcciones Promociones Balzola S.A. (1.061.677,08 zł);

- Cena oferty TOR-KAR-SSON została w tym zakresie oszacowana prawidłowo, na podstawie przykładowych ofert od potencjalnych podwykonawców - podmioty te kalkulowały cenę za wykonanie prac w sposób analogiczny jak Odwołujący.

Odwołujący podniósł, że w powyższych okolicznościach odrzucenie jego oferty było bezzasadne. Przede wszystkim, w Rozdziale XIII ust. 3 SIWZ określając sposób kalkulacji Zamawiający odesłał do ust. 7, w którym wskazano, że „Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem Przedmiotu Zamówienia". Odwołujący był uprawniony do łącznego potraktowania ww. dwóch pozycji kosztorysu, których wykonanie jest nierozerwalnie ze sobą związane. Z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i sztuki budowlanej nie jest bowiem możliwe wykonanie wyłącznie robót z poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu bez realizacji prac opisanych w poz. 41 d.3.1.3 kosztorysu, na co zwrócono uwagę w wyjaśnieniach Odwołującego z 3 lutego 2020 r. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że kompleksowa wycena ww. pozycji była dopuszczalna w świetle przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane, w związku z czym mamy do czynienia z umową rezultatu, tj. zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzenie określone w ofercie. Cena oferty natomiast określa je z poprzez określenie podstaw do ustalenia jego wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Wobec tego niezasadne jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu do całości przedmiotu zamówienia, zwłaszcza że ww. pozycje kosztorysu są powiązane ze sobą w ten sposób, że prace w nich opisane będą realizowane łącznie. Inaczej należałoby ocenić przypadek, w którym wykonawca przerzucałby koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia pomiędzy pozycjami kosztorysu niemającymi żadnego związku/powiązania lub dążyłby do kalkulacji ceny ofertowej w taki sposób, aby jak największą ilość kosztów skalkulować na początku realizacji robót, aby otrzymać możliwie najwyższe wynagrodzenie na początkowym etapie wykonania inwestycji, co z kolei rodziłoby nie ekwiwalentność świadczeń. Określenie w Rozdziale XIII ust. 3 SIWZ sposobu kalkulacji ceny jednostkowej miało na celu nie dopuścić do wystąpienia ww. przypadków. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w przypadku oferty Odwołującego, gdyż prace, których dotyczy sporna poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu nie będą realizowane w oderwaniu od robót z poz. 41 d.3.1.3 kosztorysu. Skoro prace określone w tych pozycjach są ze sobą ściśle związane, to nie sposób uznać, że cena oferty został skalkulowana w sposób niezgodny z treścią SIWZ - koszty związane z pracami opisanymi w tych pozycjach kosztorysowych są związane de facto łącznie z każdą z nich. Dokonanie takiej wyceny w kontekście przedmiotu zamówienia nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia oceny oferty, Zamawiający za wykonanie prac opisanych w tych pozycjach (które ze względu na ich charakter będą wykonywane łącznie) otrzyma taki sam przedmiot zamówienia, za cenę porównywalną do ceny oferty Konsorcjum Balzola Polska Sp. z o.o. oraz Construcciones Promociones Balzola S.A., która nie budzi wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odniósł się do argumentacji powołanej w wyjaśnieniach z 3 lutego 2020 r., w tym również nie zanegował, że roboty określone w poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu oraz 41 d.3.1.3 kosztorysu mogą być wykonywane oddzielnie tzn. może wystąpić sytuacja, w której Zamawiający zdecyduje się na wykonanie robót opisanych tylko w rzekomo zaniżonej przez Odwołującego poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było zatem bezzasadne. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podkreślił, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do treści oferty, czyli jej zawartości „merytorycznej", a nie aspektów technicznych czy formalnych jej przygotowania. Pojęcie „merytorycznej" zgodności oferty z treścią SIWZ odnosi się do tego, czy oferowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego oraz czy oferta jako samo oświadczenie woli jest zgodna z takimi wymaganiami, tj. czy zawiera wszystkie wymagane oświadczenia i informacje, zapewnienia, informacje o sposobie spełnienia świadczenia itd., a także dokumenty „przedmiotowe", których oczekiwał zamawiający dla kompletności oświadczenia wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego brak było również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczności faktyczne opisane powyżej potwierdzają, że ofertę i informacje w niej zawarte należy traktować łącznie. Wartość robót za wykonanie poz. 41 d.3.1.3 oraz poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu wskazuje, że mamy do czynienia z ceną rynkową, a nie zaniżoną. Kwestie te zostały opisane w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach ceny z 3 lutego 2020 r. Odwołujący bazował na wycenie prac otrzymanej od potencjalnych podwykonawców robót. Nie sposób uznać, że wycena dokonana na podstawie ofert rynkowych, potwierdzona dowodami dołączonymi do wyjaśnień w postaci otrzymanych ofert może uzasadniać zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Cena oferty Odwołującego oraz rzeczowo przedstawiony i uzasadniony w wyjaśnieniach opis sposobu jej kalkulacji nie spełnia którejkolwiek z ww. przesłanek do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Złożone wyjaśnienia ceny są rzetelne, spójne i potwierdzają, że wykonawca nie poniesie straty z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W tym kontekście, niezasadne i nieadekwatne są rozważania Zamawiającego o cenie kilograma masy zalewowej na bazie żywicy poliuretanowej, która nie została zawarta w poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu. Odwołujący wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował wykonane prac, natomiast

Zamawiający nie kwestionuje, że łączna cena za wykonanie poz. 44 d.3.1.3 i poz. 41 d.3.1.3 kosztorysu jest nierealna tylko niezgodna z SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że wszystkie złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty znajdują się na zbliżonym poziomie. Cena oferty Odwołującego wynosi 11.486.272,82 zł, cena oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych TOR-KRAK Sp. z o.o. to 12.387.122,42 zł, natomiast cena oferty Konsorcjum Balzola Polska Sp. z o.o. oraz Construcciones Promociones Balzola S.A. wynosi 13.542.776,64 zł. Ceny wszystkich złożonych ofert są wyższe niż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 10.076.346,12 zł. Nie sposób uznać, że w tych okolicznościach cena oferty Odwołującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej, tj. odbiegającej od poziomu rynkowego, zaniżonej, uniemożliwiającej prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającego unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. w związku z niewykazaniem przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu. Odwołujący na posiedzeniu Izby oświadczył, że nie otrzymał kopii przystąpienia. Izba ustaliła, że do zgłoszenia przystąpienia nie został załączony dowód przekazania jego kopii stronom postępowania. Dopełnienie tego obowiązku nie zostało również wykazane podczas posiedzenia Izby (zgłaszający przystąpienie nie stawił się na to posiedzenie). W związku z niewykazaniem wywiązania się z obowiązku określonego w art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia należało uznać za nieskuteczne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia w zakresie finansowanym przez Spółkę Tramwaje Śląskie S.A. jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Modernizacja torowiska tramwajowego w Chorzowie w ul. Powstańców od Rynku do ul. B. Chrobrego wraz z siecią" - zadanie 7.7 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap I" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1a do SIWZ.

Zgodnie z rozdz. XI ust. 4 SIWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz wyszczególnione oświadczenia i dokumenty, wśród których wymienione zostały kosztorysy ofertowe.

W rozdz. XIII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

1. Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe.

2. Cena oferty zostanie 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.

3. Cena oferty winna być wyliczona wg formuły: Ck = L x Cj, gdzie: Ck - cena kosztorysowa, L - ilość jednostek przedmiarowych, Cj - ceny jednostkowe dla jednostek przedmiarowych

(ceny jednostkowe winny zawierać wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7).

(■■■)

7. 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, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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. W kosztach pośrednich należy uwzględnić wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, a nie wyszczególnione w żadnej pozycji Przedmiarów robót (...).

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1) oferta Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK": 12.387.063,24 zł (po poprawieniu przez Zamawiającego omyłek rachunkowych).

2) oferta Odwołującego: 11 486 272,82 zł,

3) oferta Konsorcjum: Balzola Polska Sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A. 13 542 776,64 zł.

Podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 10.076.346,12 zł brutto.

W kosztorysie inwestorskim dla branży torowej wartość poz. 44d.3.1.3 (Wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi) została ustalona na kwotę 960.484,69 zł.

W kosztorysie dla branży torowej zakresu spółki Tramwaje Śląskie S.A. Odwołujący przedstawił m.in. następującą wycenę:

- poz. 41d.3.1.3 (Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów): ilość 0,557 km, cena jednostkowa 1 790 029,43 11 486 272, zł, wartość 997 046,39 zł;

- poz. 44d.3.1.3 (Wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi): ilość 0,557 km, cena jednostkowa 722,06 zł, wartość 402,19 zł.

Pismem z 28 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny pozycji 44 d.3.1.3 w przedmiarze dla branży torowej zakresu spółki Tramwaje Śląskie S.A. - Wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że wykonawca zaoferował cenę 402,19 zł za wykonanie 0,557 km powyższej jednostki obmiarowej (cena jednostkowa 722,06 zł). Zgodnie z kosztorysem inwestorskim wartość tej pozycji została oszacowana na kwotę 960.484,69 zł. Zamawiający stwierdził, że zaoferowana cena jednostkowa istotnie odbiega od cen rynkowych oraz od cen jednostkowych innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego za cenę wskazaną w ofercie Wykonawcy, tj. 402,19 zł za wykonanie 0,557 km zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi nie jest możliwym wykonanie powyższych robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami pkt 3 Rozdziału XIII Opis sposobu obliczenia ceny Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ") cena jednostkowa danej jednostki przedmiarowej powinna obejmować wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7Rozdziału XIII SIWZ, a mianowicie innych kosztów nie wyszczególnionych w żadnej pozycji Przedmiarów robót. Szczegółowy zakres czynności związanych z wykonaniem zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi został wskazany w Specyfikacjach

Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych („STWIORB") - Roboty Branży Torowej pkt. 5.8 Podlew szynowy, jak również w Projekcie Budowlanym- Branża Torowa (Opis Techniczny - pkt. 3.9 Właściwości wyrobów budowlanych - Materiały chemiczne stosowane do ciągłego mocowania szyn na bazie poliuretanu wraz z materiałami gruntującymi) i Projekcie Wykonawczym - Branża Torowa (Opis Techniczny - pkt. 3.9 Właściwości wyrobów budowlanych - Materiały chemiczne stosowane do ciągłego mocowania szyn na bazie poliuretanu wraz z materiałami gruntującymi), które stanowią zgodnie z postanowieniami art. 31 ust. 1 ustawy p.z.p. opis przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że: wątpliwości Zamawiającego są nieuzasadnione, albowiem zasadnicza część kosztów (tym samym również ceny), związanych z wykonaniem przedmiotowych zalew zostały uwzględnione przez Wykonawcę w poz. 41 d.3.1.3 przedmiaru - Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów (układanie szyn w płytach torowych - szyny tramwajowe 60R2 i szyna dylatacyjna 60R2), która to pozycja obejmuje robociznę, materiały i sprzęt niezbędne dla wykonania robót objętych poz. 44 d.3.1.3, zaś w pozycji 44 d.3.1.3 zostały ujęte tylko koszty (jak również cena) materiałów pomocniczych takich jak np. przekładki drewniane. Obydwie pozycje przedmiaru mają ścisły i nierozerwalny związek techniczny i technologiczny. Odwołując się nawet nie tyle do wiedzy technicznej, co wręcz doświadczenia życiowego, ułożenie szyn w płytach torowych (dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia) nie jest możliwe bez ich trwałego przymocowania do przedmiotowych płyt, co zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ ma mieć postać zalewu masami poliuretanowymi. W istocie zatem, wątpliwości Zamawiającego dotyczą nie kalkulacji ceny, a wykładni językowej opisu poszczególnych pozycji przedmiaru (...) Jak wynika oferty Wykonawcy, pozycja przedmiaru 41 d.3.1.3 została wyceniona na 997.046,39 zł (cena jednostkowa 1.790.029,43 zł), zaś pozycji 44 d.3.1.3 została wyceniona na 402,19 zł (cena jednostkowa 722,06 zł), co daje łączną wartość 997.448,58 zł. Z kolei oferta Balzola Polska Sp. z o.o. zawiera wycenę pozycji 41 d.3.1.3 na kwotę 499.795,60 zł (cena jednostkowa 897.299,10 zł), zaś w odniesieniu do pozycji 44 d.3.1.3 561.881,48 zł (cena jednostkowa 1.008.763,88 zł) co łącznie daje wartość 1.061.677,08 zł. Porównanie wartości wskazanych pozycji oferty Wykonawcy i Balzola Polska Sp. z o.o. jednoznacznie wskazuje, iż zostały one skalkulowane na zbliżonym poziomie - wartość wskazanego zakresu robót została wyceniona przez Wykonawcę na poziomie niemalże 94% analogicznej części oferty Balzola Polska S.A. Trudno zatem uznać ofertę Wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 p.z.p. Jak słusznie zauważa Zamawiający w piśmie z dnia 28 stycznia 2020 r., zgodnie z postanowieniami pkt 3 Rozdziału XIII Opis sposobu obliczenia SIWZ, cena jednostkowa danej jednostki przedmiarowej powinna obejmować wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7 Rozdziału XIII SIWZ, a mianowicie innych kosztów nie wyszczególnionych w żadnej pozycji Przedmiarów robót. A contrario, skoro zatem Wykonawca uwzględnił zasadniczą część niezbędnych kosztów związanych z wykonaniem zalewów w pozycji 41 d.3.1.3, uprawniony był do takiego określenia wartości pozycji 44 d.3.1.3 przedmiaru. (,..)Niezależnie od powyższego, kierując się najdalej posuniętą ostrożnością Wykonawca zauważa, iż pozycja przedmiaru, która wzbudziła wątpliwości Zamawiającego (niezależnie od wykazanej powyżej jej rynkowej kalkulacji) nie spełnia opisanego w art. 90 ust. 1 p.z.p. warunku istotności. (...) W ocenie Wykonawcy, wskazana pozycja przedmiaru (biorąc pod uwagę choćby ustawowe domniemanie wynikające z art. 90 ust. 1a p.z.p, odnoszącej rażąco niski charakter ceny całkowitej oferty do różnicy 30% w stosunku do zakładanej wartości zamówienia) nie może być uznana za istotną część składową ceny ani kosztu, skoro jej wartość wynosi mniej niż 10 % ceny całkowitej wszystkich złożonych ofert. Powołując się na posiadane doświadczenie zawodowe Wykonawca zauważa również, iż wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi nigdy w Polsce nie było przedmiotem zamówienia publicznego, co również przemawia za brakiem istotności tego elementu przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągniecia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzenie określone w ofercie, przy czym cena oferty określa je z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Rezultat, który ma być osiągnięty, w reżimie zamówień publicznych musi być dokładanie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp (z uwzględnieniem przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy Pzp). Wobec tego oczywiście niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania całości przedmiotu zamówienia.

Część wyjaśnień, przedstawiającą sposób kalkulacji ceny jednostkowej, Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 26 lutego 2020 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał:

Wykonawca w pozycji 44 d.3.1.3 w przedmiarze dla branży torowej zakresu spółki Tramwaje Śląskie S.A. - Wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi

Wykonawca wskazał cenę 402,19 zł za wykonanie 0,557 km powyższej jednostki obmiarowej (cena jednostkowa 722,06 zł). Zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiającego, sporządzonym na potrzeby oszacowania wartości zamówienia cena jednostkowa dla powyższej pozycji kosztorysu 44 d.3.1.3 w przedmiarze dla branży torowej zakresu spółki Tramwaje Śląskie S.A. - Wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi została oszacowana na kwotę 960.484,69 zł, co stanowi wartość ponad tysiąctrzystakrotnie wyższą, niż cena jednostkowa oferty Wykonawcy. Wykonawca wezwany do wyjaśnień, pismem z dnia 3 lutego 2020 roku wskazał, iż zasadnicza część kosztów (tym samym również ceny), związanych z wykonaniem przedmiotowych zalew została uwzględniona przez Wykonawcę w poz. 41 d.3.1.3 przedmiaru - Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów (układanie szyn w płytach torowych - szyny tramwajowe 60R2 i szyna dylatacyjna 60R2), która to pozycja obejmuje robociznę, materiały i sprzęt niezbędne dla wykonania robót objętych poz. 44 d.3.1.3, zaś w pozycji 44 d.3.1.3 zostały ujęte tylko koszty (jak również cena) materiałów pomocniczych takich jak np. przekładki drewniane.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z postanowieniami pkt 3 Rozdziału XIII Opis sposobu obliczenia ceny Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ") cena jednostkowa danej jednostki przedmiarowej powinna obejmować wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7 Rozdziału XIII SIWZ, a mianowicie innych kosztów nie wyszczególnionych w żadnej pozycji Przedmiarów robót. Mając na uwadze powyższe postanowienie SIWZ, Wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał wyceny pozycji 41 d.3.1.3 przedmiaru - Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów, która to pozycja przedmiaru nie obejmuje wykonania zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi, które zostało ujęte w pozycji 44 d.3.1.3. Pozycja 41 d.3.1.3 przedmiaru obejmuje wyłącznie koszt ułożenia szyn w korytach szynowych wraz z jego ustawieniem (tj. wysokościowym zgodnie z niweletą toru oraz ustawienie rozstawu szyn). Postanowienia SIWZ, mając na względzie kosztorysowy charakter wynagrodzenia, w sposób ścisły określają sposób wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru - wyłącznie kosztów związanych z wykonaniem danej jednostki przedmiarowej oraz kosztów pośrednich. Tym samym Zamawiający wskazuje, iż przy założeniu, iż Wykonawca ujął koszt wykonania zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi w innej niż przewidziana w przedmiarze pozycja stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy z treścią SIWZ zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. w związku z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, którego zaoferowana cena lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena jednostkowa zawarta w ofercie Wykonawcy dla powyższej pozycji kosztorysu 44 d.3.1.3 istotnie odbiega od cen rynkowych oraz od cen jednostkowych innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego za cenę wskazaną w ofercie Wykonawcy, tj. 402,19 zł za wykonanie 0,557 km zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi nie jest możliwym wykonanie powyższych robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Według wiedzy Zamawiającego kilogram masy zalewowej na bazie żywicy poliuretanowej stanowi koszt ok. 4,90 EUR za kg masy. Na wykonanie zakresu objętego przedmiotem zamówienia potrzebne jest około 15 262 kg masy zalewowej. Przyjmując powyższą cenę, na dzień składania ofert, sam koszt materiału niezbędnego do realizacji robót wskazanych w pozycji 44 d.3.1.3 przedmiaru wynosi około 320.000 zł netto (bez ujęcia innych kosztów związanych z wykonaniem tej pozycji przedmiaru oraz kosztów pośrednich wskazanych w pkt. 7 Rozdziału XIII SIWZ).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 2: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

- pkt 4: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp było niezasadne.

W zakresie tej podstawy odrzucenia oferty zauważenia przede wszystkim wymaga, że Zamawiający nie zakwestionował zaoferowanej przez Odwołującego ceny oferty ogółem, a w uzasadnieniu odrzucenia powołał się wyłącznie na rażące zaniżenie wyceny poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii istotności tego elementu wyceny, nie podjął nawet próby wykazania tej istotności. Tymczasem zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podstawę wezwania wykonawcy do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzucenia oferty, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzą prawidłowości ceny, może stanowić tylko rażąco niska wycena istotnego elementu składowego ceny, a nie jakiegokolwiek jej elementu. Już tylko z tego powodu odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za niezasadne.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że Zamawiający zdaje się twierdzić - wbrew złożonym przez Odwołującego wyjaśnieniom - że cena za wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi jest ujęta w poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu. Gdyby tak było, to rzeczywiście należałoby ten element ceny uznać za rażąco zaniżony. Przeczą temu jednak złożone wyjaśnienia, z których jasno wynika, że wykonanie tych robót zostało wycenione tylko częściowo w poz. 44 d.3.1.3, a w znaczącej części w poz. 41 d.3.1.3. Odwołujący wskazał, że część kosztów (tym samym również ceny), związanych z wykonaniem przedmiotowych zalew zostały uwzględnione przez Wykonawcę w poz. 41 d.3.1.3 przedmiaru - Układanie torów szer. 1435 mm z szyn tramwajowych bez podkładów (układanie szyn w płytach torowych - szyny tramwajowe 60R2 i szyna dylatacyjna 60R2), która to pozycja obejmuje robociznę, materiały i sprzęt niezbędne dla wykonania robót objętych poz. 44 d.3.1.3, zaś w pozycji 44 d.3.1.3 zostały ujęte tylko koszty (jak również cena) materiałów pomocniczych takich jak np. przekładki drewniane. Suma pozycji 44 d.3.1.3 i 41 d.3.1.3 kosztorysu nie odbiega od wartości rynkowych wskazanych przez Zamawiającego. Zamawiający w żadnej mierze nie zakwestionował możliwości wykonania ułożenia torów oraz zalewu szyn masą poliuretanową za cenę wynikającą łącznie z tych dwóch pozycji kosztorysu. Nie jest więc tak, że element ceny oferty dotyczący zalewu szyn masą poliuretanową został rażąco zaniżony. Przeciwnie, został on wyceniony na poziomie rynkowym, tyle że ujęty w niewielkiej części w poz. 44 d.3.1.3, a w znaczącej części w poz. 41 d.3.1.3. Przedmiotem oceny w takich okolicznościach faktycznych powinna być więc zgodność oferty z SIWZ, nie zaś kwestia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ Izba doszła do przekonania, że nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że podstawa ta zachodzi tylko wówczas, gdy złożona oferta nie odpowiada merytorycznym oczekiwaniom Zamawiającego, tj. gdy zaoferowany przedmiot świadczenia jest niezgodny z wymaganiami co do jego cech jakościowych lub sposobu wykonania. Nie ma natomiast podstaw do odrzucania oferty, która jest merytorycznie poprawna, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

W ocenie Izby ofertę Odwołującego, nawet jeśli zawiera ona inne niż oczekiwane przez

Zamawiającego przypisanie robót do dwóch pozycji kosztorysowych, należy uznać za merytorycznie poprawną. Nie ma wątpliwości (i jest to okoliczność przyznana przez Zamawiającego), że posadowienie torów i wykonanie zalewu szyn masą poliuretanową, stanowią technologiczną całość. Potwierdza to również złożona przez Odwołującego opinia prywatna, sporządzona przez dra inż. S. G. z Wydziału Inżynierii Lądowej i Środowiska Katedra Transportu Szynowego i Mostów Politechniki Gdańskiej, w której stwierdza się m.in., że charakter robót opisanych w tych pozycjach kosztorysu jest na tyle powiązany, że uzasadnia ich połączoną, kompleksową wycenę. W przypadku robót budowlanych wskazanych w kosztorysie branży torowej uszczegółowienie wyceny a poszczególne etapy (mikroetapy) technologiczne ma charakter wyłącznie orientacyjny. (.) jeżeli inwestor - Zamawiający zdecyduje się na wykonanie prac opisanych w poz. 44 d.3.1.3 kosztorysu branży torowej, tj. wykonanie zalewu szyn w korytach torowych masami poliuretanowymi to prace te technicznie nie mogą się odbyć bez realizacji pozycji 41 d.3.1.3, tj. układania torów z szyn tramwajowych (i na odwrót). Trudno uznać, że Zamawiający zdecydowałby się wykonać zalanie szyn w korytach torowych bez układania torów.

Izba uznała za przekonujące stanowisko Odwołującego poparte przywołaną wyżej opinią prywatną, że posadowienie torów wiąże się z koniecznością wykonania zalewu szyn masą poliuretanową. Z kolei zalewu takiego nie dokonuje się bez ułożenia torów. W związku z powyższym takie a nie inne przedstawienie wyceny tych elementów (ujęcie w jednej z pozycji kosztorysu kosztów, co do których Zamawiający oczekiwał ich ujęcia w innej pozycji) nie stanowi takiego przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu, które można by uznać za manipulację ceną, rzutującą na przyszłe rozliczenia robót. W związku z tym przyjętego przez Odwołującego sposobu przypisania robót do pozycji 44 d.3.1.3 i 41 d.3.1.3 nie można uznać za niezgody z rozdz. XIII pkt 3 SIWZ, zgodnie z którym ceny jednostkowe winny zawierać wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, nie rzutuje to bowiem na sposób wykonania i rozliczenia wykonanych robót. Sposób wyceny ww. pozycji kosztorysu nie wpłynie na przelicznik stosowany do cen jednostkowych i nie zmieni przysługującego wykonawcy wynagrodzenia.

Ponadto, skoro w normalnym procesie technologicznym jednej czynności nie wykonuje się bez drugiej i odwrotnie, to trudno uznać za uzasadnione twierdzenia Zamawiającego o ryzyku niekorzystnych dla niego rozliczeń. Zamawiający twierdził, że w przypadku wykonania tylko ułożenia torów albo tylko zalewu szyn masą, musiałby zapłacić wykonawcy również za roboty niewykonane, nie wskazał jednak, w jakich okolicznościach w praktyce mogłoby dojść do sytuacji, w której te nierozłączne pod względem technologicznym roboty zostaną rozdzielone i wykonany zostanie tylko jeden ze składających się na nie elementów. Jak trafnie wskazał Odwołujący, nie sposób zakładać, że Zamawiający zdecyduje się na wykonanie tylko jednego z tych elementów, byłoby to bowiem technologicznie nieuzasadnione i nieracjonalne. W związku z tym powyższe twierdzenia Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do uznania, że oferta Odwołującego jest obarczona wadą, która ją dyskwalifikuje. Co więcej, kwestie te, w tym również związane z rozliczeniem robót w przypadku ewentualnego odstąpienia od umowy, w ogóle nie zostały przez Zamawiającego poruszone w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający nie wskazał na nie jako na okoliczności faktyczne uzasadniające uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ, w związku z czym powyższą argumentację Zamawiającego należy uznać za sformułowaną jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie. W związku z tym, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b

2018
r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: .....