Sygn. akt: KIO 947/20

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawców U. R. i T. R. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: Firma Budowlana „R." s.c. U. R., T. R., Szyce, ul. Wesoła 36, 32-085 Modlnica

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Urząd Gminy Wielka Wieś, Plac Wspólnoty 1, 32-085 Szyce,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego: wykonawców U. R. i T. R. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: Firma Budowlana „R." s.c. U. R., T. R., Szyce, ul. Wesoła 36, 32-085 Modlnica na rzecz Zamawiającego: Urząd Gminy Wielka Wieś, Plac Wspólnoty 1, 32-085 Szyce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 947/20

Gmina Wielka Wieś (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp" lub „ustawa", w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Budowa uzbrojenia istniejącej studni głębinowej i sieci wodociągowej łączącej studnie z istniejącym zbiornikiem retencyjnym na działce 47/28 w miejscowości Giebułtów", numer referencyjny: ZP.271.6.2020), zwanym dalej „Postępowaniem". Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 marca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 524294-N-2020. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił Specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") na stronie internetowej.

W dniu 28 kwietnia 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez PB SYSTEM P. B. w Krakowie (dalej: „PB System"). W dniu 4 maja 2020 r. wykonawcy: U. R. i T. R. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: Firma Budowlana „R." s.c. U. R., T. R. (dalej: „Odwołujący") wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez zaniechanie następujących czynności w Postępowaniu:

„1. Zamawiający nie zastosował ustawowych procedur badania wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Powyższe zaniechanie stanowi niedopełnienie przez Zamawiającego czynności wynikających z art. 90.1 a ustawy. Przepis ten nakazuje zamawiającym pełne zbadanie okoliczności związanych z rażąco niską ceną, a wskazane w nim okoliczności nie stanowią pełnej listy przedmiotów badania.

2. Zamawiający nie zweryfikował prawdziwości oświadczenia oferenta, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie w jakim najtańszy oferent oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców.

Zamawiający powinien zweryfikować prawdziwość oświadczenia najkorzystniejszego oferenta m.in. poprzez ustalenie poziomu zatrudnienia w jego przedsiębiorstwie.

Zgodnie z art. 24 pkt 17) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 144 ustawy sankcjonując odstępstwo od SIWZ w zakresie w jakim najkorzystniejszy oferent w punkcie 5 swoich wyjaśnień [załącznik nr 6] wprowadza istotne zmiany w zakresie zmiany technologii względem SIWZ poprzez rezygnację z części robót w postaci wykonania podsypki i obsypki piaskowej, co skutkuje możliwością wykorzystania ziemi z wykopów i prowadzi do braku konieczności poniesienia wydatków na zakup i transport piasku oraz wydatków związanych z wywozem i utylizacją nadmiaru ziemi."

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że: „Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę wyceny inwestorskiej, która wynosiła 1.050.000,00 zł. Na podstawie informacji Zamawiającego o kwotach złożonych ofert [załącznik nr 2] Odwołujący wykonał analizę pod kątem badania ustawowych warunków możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny [załącznik nr 3]. Średnia cen ofertowych w tej fazie postępowania wyniosła 668.977,43 zł. Cena najniższej oferty, uznanej następnie przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, stanowiła 60,3% średniej arytmetycznej ofert oraz 38,4% wyceny inwestora. Kwoty zaoferowane w tej ofercie były zdaniem Odwołującego tak zaniżone, że uniemożliwiały wykonanie zlecenia, co wprost zagrażało nieukończeniem inwestycji o ile roboty realizowano by zgodnie z przepisami oraz oświadczeniami oferenta złożonymi w jego ofercie. W związku z powyższym Odwołujący, ubiegając się o potencjalną decyzję o wyborze najtańszej oferty jako najkorzystniejsze zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie pełnej treści przedmiotowej oferty. Zamawiający odpisał w swoim piśmie z dnia 24.04.2020r. [załącznik nr 4], że czyni starania o zdjęcie nadanej przez oferenta klauzuli poufności i po uzyskaniu na to zgody przekaże Odwołującemu pełną treść dokumentów związanych z ofertą (do czego należała również obrona przed zarzutem zastosowania rażąco niskiej ceny). Na podstawie już posiadanych dokumentów Odwołujący wskazał w swoim piśmie z dnia 27.04.2020r. [załącznik nr 5] na istotne wątpliwości nasuwające się w związku z potencjalnym wyborem praktycznie

wyłącznie na podstawie kryterium najniższej ceny. Na podstawie doskonałej znajomości rynku oraz wiedzy o historii firmy najtańszego oferenta Odwołujący zwrócił m.in. uwagę, że przedmiotowy oferent z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością poświadczył nieprawdę w zakresie w jakim wskazał, że nie będzie posługiwał się podwykonawcami, co wymaga sprawdzenia przez zamawiającego i w istotny sposób wpływa na cenę. W przypadku ustalenia, że najtańszy oferent nie zatrudnia dostatecznej liczby pracowników jego oferta kwalifikuje się do odrzucenia. Odwołujący sprzeciwił się również w sprawie nieprzekazania informacji zastrzeżonych przez najtańszego oferenta jako „poufne". W dniu 28.04.2020r. Zamawiający uznał ofertę firmy PB System jako najkorzystniejszą [załącznik nr 6]. W tym samym dniu Zamawiający przekazał jednocześnie Odwołującemu prośbę o przedłużeniu ważności jego oferty o kolejne 30 dni [załącznik nr 7] - co zdaniem Odwołującego się budzi wątpliwości w zakresie wyboru oferty najtańszej. Ostatecznie Zamawiający przekazał Odwołującemu treść złożonych w dniu 15.04.2020r. wyjaśnień uczestnika przetargu, którego oferta została później uznana za najkorzystniejszą [załącznik nr 8]. Analiza tego dokumentu wykazała:

1) Obrona przed zarzutem rażąco niskiej ceny dotyczyła jedynie porównania z wyceną inwestora. Korzyści jakie w sześciu punktach swojego wyjaśnienia wskazała firma PB System w łącznej kwocie ok. 600 tys. zł odnoszą się jedynie do wyceny inwestora (1.050.000,00 zł), natomiast ustawa wymaga uzasadnień również w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert (w przedmiotowym przypadku 668.977,43 zł.). Zdaniem Odwołującego wycena inwestorska została bardzo zawyżona. Daje to Zamawiającemu korzyść w postaci możliwości swobodnego i uznaniowego wyboru spośród ofert badanych pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Dlatego też niezbędne jest badanie poszczególnych ofert w stosunku do średniej arytmetycznej, co przy dużej ilości uczestników przetargu, jak również istotnych rozbieżnościach cenowych pozwala na lepszą ocenę wiarygodności danej oferty.

2) Niektóre punkty wyjaśnień firmy PB System wykluczają się wzajemnie. Korzyści płynące z braku zatrudnienia kierownika budowy (pkt 1), braku delegacji pracowniczych (pkt 2), koszty finansowe pozyskania sprzętu (pkt 3) należą do kategorii kosztów ogólnych (pośrednich), które wyjaśniający ujął w odrębnym punkcie (Pkt 6).

3) Specyfikacja wymagała od wszystkich oferentów wyceny robót opisanych w projekcie i dla wygody oferentów dodatkowo ujętych w przedmiarze robót. Natomiast w punkcie 5 udzielono wyjaśnień i wskazano korzyści w odniesieniu do projektu po ewentualnych przyszłych zmianach (inny zakres robót ziemnych), jakie firma PB System zamierzała uzgodnić w przyszłości. Chodzi tutaj kwestię wprowadzenia oszczędności poprzez rezygnację z części prac względem technologii przewidzianej w SIWZ. Zmiana ta w ocenie Odwołującego się ma charakter zmiany istotnej. Najkorzystniejszy oferent rezygnuje z części robót w postaci wykonania podsypki i obsypki piaskowej, co skutkuje możliwością wykorzystania ziemi z wykopów i prowadzi do braku konieczności poniesienia wydatków na zakup piasku oraz wydatków związanych z wywozem ziemi.

W konsekwencji Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 144 ustawy dopuszczając odstępstwo od SIWZ w zakresie w jakim najkorzystniejszy oferent w punkcie 5 swoich wyjaśnień [załącznik nr 6] wprowadza istotne zmiany do umowy.

Dopuszczalność modyfikacji umów w kontekście oceny, czy proponowana modyfikacja nie stanowi w istocie nowego zamówienia, była przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Za reprezentatywny w tym zakresie należy uznać wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH jako zawierający wskazówki interpretacyjne odnośnie do zmian umowy. Trybunał ustalił, w jakich sytuacjach zmiany umowy mogą zostać uznane za udzielenie nowego zamówienia publicznego. Tylko istotne zmiany umowy, które faktycznie (konkretnie) mogą zakłócić konkurencję na danym rynku i uprzywilejowywać aktualnych kontrahentów instytucji zamawiającej, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia nowego zamówienia. W szczególności zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli:

1) wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona;

2) w sposób znaczący poszerza zamówienie w zakresie, który pierwotnie nie był przewidziany;

3) modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

„Przy ocenie istotności zmian uwzględniać należy (wskazywane też w orzecznictwie TSUE) takie kryteria jak wpływ na krąg potencjalnych oferentów oraz zachwianie równowagi ekonomicznej umowy między zamawiającym a wykonawcą. Wprowadzone zmiany w umowie należy zatem uznać za istotne, ponieważ w ramach zakresu rzeczowego projektu Beneficjentka zaniechała wykonania części prac, wprowadziła nowe roboty bądź określiła do wykonania prace zamienne, które w rzeczywistości nie miały koniecznego charakteru, biorąc pod uwagę brak wystąpienia czynników obiektywnie niezależnych. Zakres i charakter tych zmian w powiązaniu z jednoczesną zmianą wynagrodzenia stawia bowiem w niewspółmiernie korzystnej sytuacji wykonawcę, który w stosunkach z zamawiającym miał możliwość renegocjowania przedmiotu świadczenia w zależności od bieżącego stanu i postępu realizacji inwestycji. Okoliczności realizacji przedmiotowej umowy, w stosunku do wymogów realizacji zamówienia opisanych w przetargu, wskazują na wymierną dysproporcję między dogodną sytuacją wykonawcy, a pozostałymi potencjalnymi uczestnikami przetargu działającymi na tym samym rynku" - tak: Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z 8.02.2019 r., I SA/Kr 860/18.

Opisywana powyżej zmiana dokonana przez najkorzystniejszego oferenta oraz akceptowana

przez zamawiającego spełnia powyższe przesłanki uznania za zmianę istotną. Zmiana uznana za istotną zawsze powinna być przedmiotem nowego zamówienia.

W dniu 30.04.2020r. zamawiający wystosował do odwołującego pismo [załącznik nr 9] w którym m.in. argumentował, że kwestionowane przez odwołującego oświadczenie firmy PB System w sprawie braku podwykonawców dotyczy przyszłych zamiarów tej firmy, a nie stanu obecnego. Odwołujący zgadza się, że prawdziwość posiadania zamiaru (i ewentualnego wprowadzania w błąd Zamawiającego) jest w początkowym etapie postępowania przetargowego trudna do zweryfikowania. Ponieważ jednak procedury nie przewidują żadnych późniejszych restrykcji w przypadku niespełnienia zamiaru (co jest zależne jedynie od firmy wybranej jako wykonawca), a zarzut może okazać się poważny pod kątem ceny (brak pracowników zgodnie z Kodeksem Pracy może w znacznym stopniu obniżyć wycenę kosztów) zamawiający zawsze może przyśpieszyć procedury i w celu weryfikacji zwrócić się do oferenta o dotykowe dokumenty opisane w cz. VIII pkt. 1.8.1. SIWZ.

Zdaniem odwołującego się zamawiający powinien zweryfikować prawdziwość oświadczeń oferenta, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą w zakresie braku posługiwania się podwykonawcami. W perspektywie art. 24 pkt 17 ustawy odwołujący się wskazuje, że: „Przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. zachodzi, w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, przy czym w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2019 r., KIO 2517/19."

Do odwołania zostały załączone: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikiem nr 10, Informacja Zamawiającego z otwarcia ofert, Analiza cen ofertowych, Pismo Zamawiającego z dnia 24.04.2020r. z załącznikami, Pismo Odwołującego z dnia 27.04.2020r., informacja Zamawiającego z dnia 28.04.2020r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, Wyjaśnienia wykonawcy PB System, Wystąpienie Zamawiającego z dnia 28.04.2020r. o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu ważności oferty Odwołującego, Pismo Zamawiającego z dnia 30.04.2020r.

Pismem z dnia 2 lipca 2020 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie w całości, z uwagi na to, iż zarzuty odwołania są bezpodstawne, zaznaczając jednocześnie, że Odwołujący nie jest legitymowany do wniesienia odwołania, bowiem nie ma i nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia, albowiem jego oferta znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert, a zatem Odwołujący nie miał realnej szansy na uzyskanie danego zamówienia. Odwołujący ani nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów. Nadto Postępowanie jest wartości szacunkowej poniżej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem Odwołujący mógł wnieść odwołanie wyłącznie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czego jednak nie uczynił, zarzucając Zamawiającemu dokonanie czynności opisanych w pkt 1 ppkt 1-3 odwołania, które jednakże nie stanowią czynności określonych w art. 180 ust, 2 ustawy Pzp. Zawarte w odwołaniu żądanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest tożsame z zarzuceniem tej czynności niezgodności z przepisami ustawy. Zaznaczając, że czyni to z daleko posuniętej ostrożności. Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania, wskazując na istnienie podstaw do jego oddalenia.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiający stwierdził, że nie jest prawdą, iż nie zastosował ustawowych procedur badania rażąco niskiej ceny. Powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 7 kwietnia 2020r., wystąpił bowiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do trzech Wykonawców, tj.: System P. B. (kwota oferty: 403.440,00 zł brutto), BESKID INVEST A. Ł. (kwota oferty: 476.227, 69 zł brutto); Firma Budowlana R. S.C. U. R. T. R., Szyce (kwota oferty: 541.200,00 zł brutto. Zamawiający zaznaczył, że w jego opinii oferty ww. trzech wykonawców budziły wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i dlatego zwrócił się to tych Wykonawców o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Wymienione oferty mieszczą się również w matematycznych ramach określonych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, co wykazuje Odwołujący, a ustawowy zakres żądania wyjaśnień jest taki sam dla podstawy żądania wyjaśnień określonej w art. 90 ust. 1, jak i w art. 90 ust 1a ustawy Pzp. Wykonawcy we wskazanym terminie złożyli wyjaśnienia. Zamawiający przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał analizy złożonych wyjaśnień, a zwłaszcza wyjaśnień złożonych przez PB System wraz z przedstawionymi dowodami. Przywołując tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące rażąco niskiej ceny oraz oceny wyjaśnień zawarte w wyrokach: z dnia 02.12.2019r., sygn. akt: KIO 2315/19 z 14.05.2019r., KIO 747/19, z dnia 04.02.2020r., sygn. akt: KIO 110/20, z dnia 12.12.2019r., sygn. akt: KIO 2447/19, z dnia 03.12.2019r., sygn. akt: KIO 2338/19, Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień oraz stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 roku (sygn. akt: XIX Ga 175/10), iż: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku Wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z Wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu", uznał wyjaśnienia wykonawcy PB System za wyczerpujące i wybrał ofertę złożoną przez tego wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego nielogicznym wydaje się zarzucanie przez Odwołującego zawyżenia wyceny inwestorskiej przez Zamawiającego, w sytuacji gdy wartość szacunkowa została określona na podstawie aktualnego kosztorysu inwestorskiego. Skoro wykonawca PB System wykazał w wyjaśnieniach korzyści w stosunku do kwoty 1.050.000,00 zł, to tym bardziej są one realne w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert, która jest niższa. W ocenie Zamawiającego nadinterpretacją Odwołującego jest również doszukiwanie się wątpliwości w zakresie wyboru oferty najtańszej w wystąpieniu Zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni. Zamawiający postąpił zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i na 3 dni przed upływem terminu składania ofert wystąpił do wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w tym także do Odwołującego, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na marginesie Zamawiający dodał, że Odwołujący błędnie utożsamia kwotę, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z wartością szacunkową zamówienia wynoszącą 826.218,15 zł netto.

Ustosunkowując się do drugiego zarzutu odwołania, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wskazał w treści odwołania naruszenia konkretnego przepisu ustawy Pzp lub zapisu SIWZ, a jedynie przytoczył treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i zarzucił Zamawiającemu, że nie zweryfikował prawdziwości oświadczenia oferenta w zakresie, w jakim najtańszy oferent oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców m. in. poprzez ustalenie poziomu zatrudnienia, nie wskazując jednakże żadnej podstawy prawnej, a jedynie sugerując weryfikację prawdziwości oświadczenia przez zwrócenie się do oferenta o dodatkowe dokumenty opisane w cz. VIII pkt 1.8.1. SIWZ tj. „Wykaz osób", potwierdzający spełnienie minimalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Natomiast Zamawiający wymagał w SIWZ dysponowania jednym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w zakresie sieci sanitarnych, a Wykaz osób przedłożony przez Wykonawcę PB System potwierdza spełnienie tego warunku.

Następnie odnosząc się do kwestii związanej z oświadczeniem Wykonawcy PB System złożonym w ofercie, iż zamówienie wykona bez udziału Podwykonawców Zamawiający przywołał wyroki Izby z dnia 14.10.2019r., sygn. akt: KIO 1932/19, z dnia 26.09.2019r., sygn. akt: KIO 1754/19, z dnia 22 lutego 2017r., sygn. KIO 234/17 i m.in. stwierdził, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest możliwe wówczas, gdy Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzi w błąd Zamawiającego poprzez przedstawienie informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem - zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej - podanie w ofercie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do przedkładania dodatkowych dokumentów, o których mowa w Rozdz. VIII pkt.1.8.1. SIWZ, a tym bardziej nie miał podstaw do jego wykluczenia z Postępowania. Brak zamiaru korzystania z podwykonawstwa w chwili składania oferty nie może przesądzać niemożności powstania takiego zamiaru w przyszłości. Zamiar nie jest niezmiennym składnikiem oświadczenia woli.

W uzasadnieniu stanowiska co do trzeciego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 144 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił m.in. uwagę, na regulację art. 72 dyrektywy 2014/24/UE i kwestie związane z dopuszczalnością zmiany umowy, w tym, że : „przepisy art. 144 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zakazują dokonywania zmian w treści umowy zawartej w trybie tej ustawy, lecz jedynie limitują zakres dopuszczalnych zmian" (tak: SN - Izba Cywilna w postanowieniu z dnia 28.11.2018r., sygn. akt: IV CSK 209/18).

Zamawiający wskazał, iż: po pierwsze - art. 144 ustawy Pzp mówi o zakazie zmian postanowień zawartej umowy, a Zamawiający w Postępowaniu nie podpisał umowy z wykonawcą PB System, ani z żadnym innym wykonawcą; po drugie - zmiana umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalna, gdy ma charakter nieistotny w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy lub gdy Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający bardzo szeroko rozbudował w ogłoszeniu i w SIWZ (art. 5 i art. 13 projektu umowy) zakres zmian umowy, która m.in. przewiduje zakres zmian technologii wykonania przedmiotu umowy, zastosowania rozwiązań zastępczych, zamiennych i równoważnych w zakresie niezbędnym do zgodnego z obowiązującymi standardami, wymaganiami technicznymi oraz normami prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykonawca PB System w punkcie 5 swoich wyjaśnień wskazuje na ewentualne oszczędności wynikające z montażu rur PE-RC w wykopach bez stosowania podsypki piaskowej. Możliwość montażu rur PE-RC bez podsypki piaskowej została poparta załączona przez Wykonawcę dokumentem: Krajowa Ocena Techniczna ITB-KOT -2019/1069, wydanie 1, z którego wynika że rury PE-RC mogą być układane w gruncie rodzimym bez stosowania podsypki i obsypki metodami tradycyjnymi i waskowykopowymi (tj. frezowanie płużenie) lub bezwykopowymi, tj. przewiert sterowany przecisk itp. oraz innymi alternatywnymi technikami układania. Nadinterpretacją Odwołującego jest stwierdzenie, że Wykonawca PB System rezygnuje z części prac względem technologii przewidzianej w SIWZ. Żaden zapis SIWZ nie określa konieczności stosowania wyłącznie metody wykopowej montażu z zastosowaniem obsypki i podsypki piaskowej do montażu rur PE-RC. Zamawiający mając na uwadze treść ogłoszenia i SIWZ, a w szczególności Rozdz. I SIWZ pkt B podpkt 1 uznał złożone wyjaśnienia.

Zamawiający załączył do pisma dokumenty: Krajowa Ocena Techniczna ITB-KOT - 2019/1069, wydanie 1 oraz Rozdz. I SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego załączone do odwołania oraz złożoną przez Zamawiającego Krajową Ocenę Techniczną ITB-KOT-2019/1069 wydanie 1 Instytutu Techniki Budowlanej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawieustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6)wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z ust. 3 ww. przepisu odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.(por. m.in. uchwała SN z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17.)

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu zaniechanie zastosowania ustawowych procedur badania wystąpienia w ofercie wykonawcy PB System oraz podniósł istnienie podstawy do zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgłosił zatem swoje zastrzeżenia co do prawidłowości działań Zamawiającego poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, co wiąże się z dokonanym wyborem tej oferty. W związku z tym wniesienie odwołania należy uznać za dopuszczalne i podlegające merytorycznemu rozpatrzeniu.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, gdyż uczestniczył w pierwszej fazie postępowania oraz złożył ofertę na zakres wymagany w SIWZ. Jak wynika z ogłoszenia o wyborze oferty z dnia 28 kwietnia 2020 r. oferta Odwołującego z liczbą 84,72 pkt uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. W postępowaniu została zastosowana procedura odwrócona, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, zgodnie z którym 1. Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. 2. Jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert. W związku z tym Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Druga w kolejności oferta nie była bowiem badana pod względem wypełnienia się podmiotowych wymogów SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się zatem uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na ewentualne udzielenie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest budowa uzbrojenia istniejącej studni głębinowej i sieci wodociągowej łączącej studnię z istniejącym zbiornikiem retencyjnym na działce 47/28 w miejscowości Giebułtów.

Zgodnie z Rozdziałem I część. B pkt 1 Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami i instrukcjami producentów stosowanych urządzeń i materiałów, pod nadzorem przedstawiciela Zamawiającego - Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Wykonawca ma obowiązek mieć w dyspozycji osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Wskazane poniżej rozdziały SIWZ zawierają postanowienia:

VI. Warunki dotyczące powierzenia części robót podwykonawcom.

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. W przypadku powierzenia wykonania części robót Podwykonawcy, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom podania przez Wykonawcę firm podwykonawców.

XV. Określenie przedmiotu zamówienia jak w załączonych przedmiarach robót i projektach budowlanych i wykonawczych nie zwalnia wykonawcy od dokładnego zapoznania się z dokumentacją techniczną, celem opracowania własnego przedmiaru robót, bowiem przedmiar ten ma stanowić podstawę do sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Wykonawca zdając sobie sprawę z prac jakie należy wykonać, ich znaczenia oraz ich rodzaj zobowiązany jest przez wiedzą zawodową w swojej specjalności uzupełnić szczegóły. które mogły być pominięte w dokumentacji, załączonym przedmiarze oraz projektach i uwzględnić je w kosztach.

XVII. Przedmiary robót należy traktować jako materiał pomocniczy do określenia przedmiotu zamówienia, Przedmiary te nie mogą stanowić podstawy do wyceny.

XIX. Załączenie kosztorysu ofertowego do oferty nie jest wymagane. Po wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca z którym zostanie podpisana umowa sporządzi kosztorys ofertowy i dołączy zamawiającemu.

XX. Dane z kosztorysu będą np. podstawą do obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu wykonania Części przedmiotu zamówienia w sytuacji ewentualnego odstąpienia od umowy, jak również wynagrodzenia za ewentualne zabezpieczenie przerwanych robót, czy też wyliczenia wartości robót zaniechanych.

XXI. Podstawą do określenia kwoty ofertowej są w równej mierze opis techniczny dokumentacji, rysunki dokumentacji specyfikacja techniczna, SIWZ, wiedza zawodowa wykonawcy oraz obowiązujące normy i przepisy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka. Zgodnie zustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uwzględnić odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. 1 - Zarzut niedopełnienia czynności wynikających z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp poprzez niezastosowanie ustawowych procedur badania rażąco niskiej ceny.

Wbrew stwierdzeniom zawartym w treści zarzutu Zamawiający powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 7 kwietnia 2020r., wystąpił o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do trzech Wykonawców: PB System P. B., BESKID INVEST A. Ł. oraz do Odwołującego. Zostało wykazane, że wyjaśnienia zostały złożone przez PB System oraz zostały następnie ocenione przez Zamawiającego, jako wyczerpujące i niewskazujące na istnienie w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Okoliczność, iż jako podstawę do wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi: 1. 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: (...), a nie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, nie oznacza, że wymagana ustawą procedura nie została przeprowadzona. Wynika to z brzmienia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi: W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie zart. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zauważenia wymaga, że na uzasadnienie tak postawionego zarzutu Odwołujący wskazał, że treść złożonych przez wykonawcę PB System wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazuje, że odnoszą się one jedynie do wyceny inwestora, która została jego zdaniem bardzo zawyżona, a powinny również w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert i wówczas pozwalałyby na lepszą ocenę wiarygodności oferty. Potwierdza to, że procedura wyjaśnień rażąco niskie ceny w stosunku do oferty PB System, wbrew stwierdzeniom zawartym w zarzucie odwołania, została przeprowadzona. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny służą wykazaniu przez wykonawcę, że cena jego oferty jest realistyczna i jest możliwe wykonanie za nią przedmiotu zamówienia. Jest tak niezależnie od tego, która z okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wystąpi, tj. niezależnie od tego czy pułap 30% zostanie przekroczony w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia czy w stosunku do średniej arytmetycznej ofert. Na marginesie należy również dodać, że Odwołujący błędnie utożsamia kwotę, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, wynoszącą 1.050 000,00 zł brutto, z wartością szacunkową zamówienia, wynoszącą 826.218,15 zł netto, która została określona na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Jak słusznie zauważył Zamawiający,

skoro wykonawca PB System wykazał oszczędności w zakresie wskazanych kosztów i te odnosił do wyceny inwestorskiej to tym bardziej je wykazał, w stosunku do średniej arytmetycznej ofert, która była niższa.

Każdy z wykonawców w sposób indywidualny dokonuje kalkulacji swojej oferty z uwzględnieniem właściwych mu przymiotów i sposobu prowadzenia działalności gospodarczej, w tym kosztów prowadzenia tej działalności. Z wyjaśnień wynika, że pkt 6 odnosi się załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego gdzie przewiduje się 60% narzutu do kosztów pośrednich dla tego typu robót, natomiast wykonawca PB System przyjął ze względu na korzystne uwarunkowania lokalizacyjno-techniczne 20% narzut od kosztów pośrednich. W związku z tym nie można podzielić argumentacji Odwołującego, że pkt 1 wyjaśnień dotyczący formy prawnej prowadzonej działalności gospodarczej, pkt 2 dotyczący miejsca prowadzenia działalności gospodarczej oraz pkt 3 dotyczący finansowania sprzętu budowlanego niezbędnego do wykonania zadania, wykluczają się z pkt 6.

W ocenie Izby, procedura wyjaśniająca cenę oferty PB System w związku podejrzeniem istnienia rażąco niskiej ceny została przez Zamawiającego przeprowadzona. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia, które Zamawiający ocenił, nie stwierdzając istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał, że działania Zamawiającego w tym zakresie naruszają przepisy ustawy Pzp

Ad. 2 - Zarzut dotyczący zaniechania zweryfikowania prawdziwości oświadczenia wykonawcy PB System w zakresie, w jakim oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien zweryfikować czy oświadczenie wykonawcy PB System, że nie będzie korzystał z podwykonawców jest prawdziwe i z tym wiąże przytoczony przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a także sugestię przeprowadzenia takiej weryfikacji poprzez zwrócenie się do wykonawcy PB System o dodatkowe dokumenty opisane w cz. VIII 6/12 pkt 1.8.1. SIWZ.

Rozdział. VIII SIWZ zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W pkt. 1.8.1. tego rozdziału wymieniony jest Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (..), pozostający w korelacji z warunkiem w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonym w Rozdziale VII pkt 1.1. lit. b), gdzie Zamawiający wymagał dysponowania minimum 1 kierownikiem budowy, posiadającym uprawnienia w zakresie sieci sanitarnych. Wykaz osób przedłożony przez wykonawcę PB System zawiera wskazanie właściciela jako osoby posiadającej wymagane kwalifikacje zawodowe/ zakres uprawnień, co nie jest kwestionowane przez Odwołującego. Tak więc cel, jakiemu służył ten dokument, zgodnie z SIWZ, został osiągnięty. Jak zauważył Zamawiający Wykonawca PB System wykazał spełnienie samodzielnie także pozostałych warunków udziału w postępowaniu, w związku z tym nie korzysta z potencjału innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na co wskazują oświadczenia Wykonawcy złożone wraz z ofertą w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia i złożone przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające te okoliczności.

Stosownie do art. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania tego przepisu, jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, konieczne jest wykazanie wypełnienie się wszystkich wymienionych w nim przesłanek, co w analizowanej sprawie nie nastąpiło.

Podanie w ofercie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. W związku z czym brak podania w formularzu ofertowym informacji o podwykonawcach nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego w SIWZ zakres zobowiązania jakie przyjmuje na siebie wykonawca,. W związku z tym brak ich wskazania nie ma wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W związku z tym należy uznać, że nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby Zamawiający miał podstawy do wzywania wykonawcy PB System do złożenia dodatkowych dokumentów, o których mowa w Rozdz. VIII pkt.1.8.1. SIWZ, a także aby miał podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ad.3. - zarzut naruszenia art. 144 PZP poprzez sankcjonowanie odstępstwa od SIWZ w„ zakresie, w jakim najkorzystniejszy oferent w punkcie 5 swoich wyjaśnień wprowadza istotne zmiany w zakresie zmiany technologii względem SIWZ poprzez rezygnację z części robót w postaci wykonania podsypki i obsypki piaskowej, co skutkuje możliwością wykorzystania ziemi z wykopów i prowadzi do braku konieczności poniesienia wydatków na zakup i transport piasku oraz wydatków związanych z wywozem i utylizacją nadmiaru ziemi

Na wstępie zauważenia wymaga, że Odwołujący w odwołaniu nie stawia zarzutu niezgodności oferty z SIWZ i nie stawia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jedynie wskazuje na sankcjonowanie odstępstwa od SIWZ i w związku z tym stawia zarzut naruszenia art. 144 ustawy Pzp, który stanowi: Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...).

Zauważenia wymaga, że stosownie do art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przepis art. 144 ustawy Pzp określa zasadę niezmienności umów o zamówienie publiczne i określa odstępstwa od tej zasady. Umowy o zamówienie publiczne zawierane są po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia wyłonionemu w jego wyniku wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zatem oferty, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania a jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Odwołujący nie neguje, że z uwagi na treść oferty umowa może zostać zawarta, a jedynie podnosi ewentualną istotność ewentualnej zmiany zawartej umowy, co ma miejsce już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak postawiony zarzut nie może być uznany za skutecznie postawiony. Izba nie może bowiem rozstrzygać o zasadności ewentualnych zmian umowy.

Z tych względów również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie jednak od powyższej oceny, w okolicznościach sprawy, wskazania wymaga, iż na rozprawie Zamawiający stwierdził, że zmiana sposobu układania rur nie jest zmianą technologii, lecz jest to metoda układania rur, która nie jest niezgodna z SIWZ, bowiem nie zmienia wymogów co do zastosowanych rur. Dokumentacja projektowa przekazana wykonawcom nie stanowi, że to ma być wykop czy przewiert, bowiem z SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia ma być wykonany w równym stopniu zgodnie w wymienionymi tam dokumentami takimi, jak projekt techniczny, specyfikacja techniczna, SIWZ, wiedza zawodowa wykonawcy oraz obwiązujące normy i przepisy i zależało mu, aby przedmiot zamówienia był wykonany zgodnie ze sztuką budowlaną, co w odniesieniu do wykonawcy PB System potwierdza, złożona przez tego wykonawcę Opinia techniczna Instytutu Techniki Budowlanej.

Oznacza to, że występują wątpliwości co do interpretacji SIWZ, tj. w analizowanym postępowaniu Zamawiający twierdzi, wskazując na postanowienia SIWZ, że nie przewidział w niej konieczności stosowania wyłącznie metody wykopowej z wykonaniem obsypki i podsypki piaskowej do montażu rur PE-RC, i w związku z tym nie miał zastrzeżeń do wyjaśnień wykonawcy PB System, które wskazują na takie rozumienie SIWZ, a ze stanowiska

Odwołującego wynika, że taką metodę zastosował, bowiem inaczej rozumiał SIWZ, to należy uznać, że nie mogą one negatywnie skutkować dla wykonawcy PB System. Tym bardziej, że Odwołujący nie stawia zarzutu sprzeczności oferty tego wykonawcy z SIWZ, lecz wskazuje na odstępstwo od SIWZ, nie wykazując, że jest ono w świetle postanowień SIWZ niedopuszczalne.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 608/20 i KIO 638/20 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b

, zasądzając od
Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: .....

19

20