Sygn. akt: KIO 92/23

WYROK

z dnia 30 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez odwołującego – Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia i PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: SWIETELSKY Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i SWIETELSKY A.G. z siedzibą w Linzu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie części zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019

r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) i całości zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje zamawiającemu:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. Odrzucenie oferty wykonawcy PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,

1.3. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego oraz ustala, że odwołujący ponosi 70 % kosztów postępowania odwoławczego, natomiast zamawiający ponosi 30 % kosztów postępowania odwoławczego i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3.2. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 560 zł 00 gr (cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 92/23

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia i PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę wiaduktu w ul. Żeromskiego w Radomiu nad torami PKP wraz z infrastrukturą towarzyszącą".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/S 120-337020.

W dniu 9 stycznia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca TRAKCJA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym" lub „wykonawcą TRAKCJA", wniósł odwołanie wobec następujących czynności oraz zaniechań Zamawiającego, które polegały na:

1) błędnej ocenie, a w konsekwencji wyborze oferty wykonawcy PRIMOST Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie (zwanego dalej jako „wykonawca PRIMOST") jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, iż powinna ona zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, a także fakt, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

2) błędnej ocenie, a konsekwencji wyborze oferty wykonawcy PRIMOST mimo, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) oraz art. 119 w zw. art. 118 ust. 2-4 ustawy PZP poprzez błędną ocenę, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy PRIMOST, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem z zobowiązania podmiotu trzeciego (wykonawcy INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „podwykonawcą INTOP"), na doświadczenie którego powołał się ten wykonawca, nie wynika, że: 1) wykona on roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane, co do czego wątpliwości powziął również sam Zamawiający wzywając wykonawcę PRIMOST do wyjaśnień w tym zakresie, które jako oświadczenie wykonawcy nie mogły jednak potwierdzić powyższych okoliczności, a także, że 2) wykonawca PRIMOST realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podwykonawcy INTOP, co gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów (brak realności udostępnienia zasobów), przy czym – zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej a także opinią Urzędu Zamówień Publicznych – z uwagi na wyczerpanie procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, brak jest podstaw do ponownego wezwania wykonawcy PRIMOST w tym zakresie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 1),

b) art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy PRIMOST, a w konsekwencji jej wybór mimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż wykonawca ten wbrew wyraźnym postanowieniom Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"), w tym w szczególności z pkt 15.2. SWZ, znajdującym się w Rozdziale SWZ pod nazwą: „Sposób obliczenia ceny", w zakresie pozycji nr 3.1a kosztorysu ofertowego MZDiK, III. Branża drogowa – organizacja ruchu, podał wartość „0", która nie „pokrywa wszelkich kosztów i ryzyk wykonawcy związanych z realizacją czynności, której dotyczy", jak tego wymagał Zamawiający, ewentualnie ma wartość „0", gdyż – jak wydaje się to sugerować w swoich wyjaśnieniach wykonawca PRIMOST – pozycję 3.1a kosztorysu ujął w innej pozycji, co jest wprost sprzeczne z wyrażonym w SWZ zakazem, iż „wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności", dlatego też oferta wykonawcy PRIMOST powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia i zawierająca błędy w obliczeniu ceny (zarzut nr 2),

c) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP poprzez błędną ocenę, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy PRIMOST jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, iż powinna ona zostać odrzucona z uwagi na fakt, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3),

d) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez błędną ocenę, a konsekwencji wybór oferty wykonawcy PRIMOST mimo, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a pomimo tego Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w tym zakresie (zarzut nr 4),

e) art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 5).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie jego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PRIMOST jako najkorzystniejszej

w postępowaniu,

2) przeprowadzenie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

3) odrzucenie oferty wykonawcy PRIMOST jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub też złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący sformułował wniosek ewentualny dotyczący wezwania wykonawcy PRIMOST do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie istotnych części składowych oferty, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą

wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł też o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym także kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PRIMOST Odwołujący wskazał, że początkowo wykonawca ten w swojej ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 7 pkt 1.4 ppkt 4.1 SWZ powołał się na doświadczenie dwóch podmiotów, tj. MOSTMARPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zarzeczu oraz Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „TOR" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, co było niezgodne z treścią SWZ. Z uwagi na niewykazanie spełnienia w ten sposób warunku udziału w postępowaniu Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy PZP pismem z dnia 17 listopada 2022 r. celem umożliwienia wykonawcy PRIMOST skutecznego wykazania spełnienia warunków udziału wezwał go do zastąpienia dwóch ww. podmiotów, które udostępniają mu zasoby, jednym podmiotem spełniającym omawiany warunek udziału lub wykazania, że to wykonawca PRIMOST samodzielnie spełnia to wymaganie. Wykonawca PRIMOST w odpowiedzi na zobowiązanie Zamawiającego zastąpił obydwu dotychczasowych podwykonawców i tym razem w celu wykazania spełnienia warunku udziału określonego w pkt 7.1.4 ppkt 4.1 lit. a oraz b SWZ powołał się na doświadczenie podwykonawcy INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „podwykonawca INTOP"). Jednocześnie przedłożył zobowiązanie tego podwykonawcy z dnia 24 listopada 2022 r. do udostępnienia zasobów. Odwołujący zauważył, że w swoim zobowiązaniu podwykonawca INTOP odnosząc się do zakresu swojego udziału w realizacji zamówienia podał „perony" oraz „część robót branży mostowej". Roboty te są tymi, do realizacji których niezbędne są zdolności, jakimi miał wykazać się wykonawca, aby udowodnić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podwykonawca INTOP powinien zatem zrealizować wskazane roboty budowlane, skoro na jego doświadczenie powołał się wykonawca PRIMOST.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie podwykonawcy INTOP nie potwierdza, że podmiot ten rzeczywiście wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jego zdaniem to zobowiązanie wskazuje jedynie na to, że podwykonawca INTOP wykona roboty „w części", nie określając zarazem, jaka jest to część – może być ona niewielka i nie potwierdzać realnego zaangażowania podwykonawcy INTOP w realizację zamówienia. Odwołujący zauważył również, że wątpliwości w tym zakresie powziął także sam Zamawiający, czego dowodem było wezwanie, które wystosował do podwykonawcy PRIMOST w dniu 2 grudnia 2022 r., wskazując w nim, iż „zakres robót (…) w zobowiązaniu jest nieprecyzyjnie określony", dlatego Zamawiający prosi „o wyjaśnienie zakresu robót (szczegółowe doprecyzowanie rodzaju robót i ich wielkości), które zobowiązała się wykonać firma INTOP (…)". Odwołujący uważa, że treść zobowiązania nie pozwala przesądzić, czy podwykonawca INTOP faktycznie zrealizuje np. 4/5 robót w zakresie branży mostowej, czy też 1/20, 1/50 czy nawet 1/100 albo i mniej, co również stanowi „część" robót. Zobowiązanie podwykonawcy INTOP nie potwierdza ani, że podmiot ten realnie zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których niezbędne jest posiadane przez niego doświadczenie, ani że będzie on rzeczywiście zaangażowany w wykonanie zamówienia. Odwołujący podniósł, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być jasne, precyzyjne i czytelne, wyczerpująco wskazując zakres i sposób udostępnienia zasobów, natomiast Zamawiający powinien uzyskać możliwość weryfikacji, czy wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście uprawniony do korzystania z tych zasobów, w tym czy podmiot trzeci wykona odpowiedni zakres robót. Jednocześnie Odwołujący dodał, że za nieprawidłową należy uznać praktykę powoływania się na zobowiązanie sformułowane w sposób szeroki i nieprecyzyjny, z którego tak naprawdę nie wynika, co zostanie zrobione przez podmiot udostępniający zasoby. Odwołujący powołał się przy tym na tezy wynikające z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 494/19, z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 766/20, z dnia 22 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 341/21, z dnia 18 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2517/20 i z dnia 3 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2290/20. Odwołujący podniósł również, że poprzez wezwanie do zamiany podmiotu trzeciego lub też samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału wyczerpana została procedura możliwości uzupełnienie dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału, która ma charakter jednorazowy. Dlatego też skoro wykonawca PRIMOST już raz został wezwany do podjęcia stosownych działań uzupełniających, które miały na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to obecnie nie jest już możliwe wystosowanie ponownego wezwania w tym samym celu.

Odwołujący dodał, że choć w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2022 r. wykonawca PRIMOST przedłożył oświadczenie własne, w którym dokonał podziału robót zgodnie z wzorem kosztorysu ofertowego udostępnionego przez Zamawiającego dokonując wyszczególnienia prac budowlanych, które być może zamierza powierzyć podwykonawcy INTOP, to takie oświadczenie tego wykonawcy stanowi wyłącznie jego własny dokument, na którego końcowy kształt nie miał wpływu jego podwykonawca. Wobec tego nie ma podstaw do przyjmowania, że to podwykonawca INTOP zobowiązał się do wykonania stosownej części zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający i wykonawca PRIMOST zupełnie pominęli podwykonawcę INTOP, przez co faktycznie pozbawili go możliwości decydowania o zakresie zaciągniętego zobowiązania. Znamienne jest też to, że wykonawca PRIMOST wraz ze swoimi wyjaśnieniami nie przedłożył dokumentu od podwykonawcy INTOP, który potwierdzałby zobowiązanie do udzielenia zasobów oraz złożone wyjaśnienia. Według Odwołującego powyższe wskazuje na to, że wykonawca

PRIMOST całkowicie samodzielne określił zakres prac, które rzekomo ma wykonać podwykonawca INTOP. Dlatego też Odwołujący uważa, że oświadczenie wykonawcy PRIMOST nie można traktować jako wywołujące skutki prawne – jest ono nieskuteczne i całkowicie irrelewantne na gruncie postępowania, wobec czego nie sposób przyjąć, że wykonawca PRIMOST spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w Rozdziale 7 pkt 1.4 ppkt 4.1 SWZ, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania dotyczącego sprzeczności oferty wykonawcy PRIMOST z warunkami zamówienia i błędu w obliczeniu ceny Odwołujący na wstępie podał, że w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 127 wykonawców do treści SWZ Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. zdecydował o zmianie treści kosztorysu poprzez rozróżnienie rodzaju słupków znaków drogowych na słupki (pozycja 3.1) oraz słupki z wysięgnikiem (pozycja 3.1a). W przeciwieństwie do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu wykonawca PRIMOST pominął tą zmianę i pozycję 3.1a wycenił na wartość „0". Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę PRIMOST do udzielenia wyjaśnień w zakresie pozycji nr 3.1a kosztorysu ofertowego MZDiK, III. Branża drogowa – organizacja ruchu. W odpowiedzi z dnia 8 listopada 2022 r. wykonawca PRIMOST wskazał, że umieszczenie w wymienionej pozycji kosztorysu wartości „0" stanowiło niezamierzoną omyłkę. Wykonawca ten nie ujął tego kosztu w swojej ofercie, a cena w tej pozycji powinna być zasadniczo analogiczna do ceny za słupki bez wysięgnika. Według wykonawcy PRIMOST opisana sytuacja kwalifikowała

się do zastosowania procedury poprawienia omyłki przez Zamawiającego, którą uregulowano w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. W odniesieniu do ceny słupków z wysięgnikiem wykonawca ten zasugerował Zamawiającemu uzupełnienie jego kosztorysu o cenę słupków bez wysięgnika, co zdaniem Odwołującego jest nieuzasadnione, albowiem ceny słupków z wysięgnikiem istotnie różnią się od ceny słupków bez wysięgnika. Gdyby ich ceny były takie same, to niewątpliwie Zamawiający nie dokonywałby podziału na dwa rodzaje słupków. Odwołujący podniósł, że ceny słupków według cennika SEKOCENBUD za trzeci kwartał 2022 r. kształtują się następująco: słupki do znaków – 153 zł 70 gr za 1 sztukę, natomiast słupki z wysięgnikiem – 241 zł 34 gr za 1 sztukę. Choć Zamawiający nie zdecydował się na poprawienie takiego rodzaju „omyłki" ze strony wykonawcy PRIMOST, a w konsekwencji nie wezwał tego wykonawcy do wyrażenia opinii w tym zakresie, to jednak ostatecznie zdecydował się na wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Według Odwołującego jest to działanie nieprawidłowe, gdyż wykonawca PRIMOST wbrew zapisom SWZ nie ujął w poszczególnych pozycjach wszystkich kosztów za ich wykonanie lub ewentualnie przeniósł te koszty do innej pozycji, co również jest zabronione w świetle dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy PRIMOST do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, to – choć nie ziściły się określone w art. 224 ust. 2 ustawy PZP przesłanki wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PRIMOST – wykonawca TRAKCJA uważa, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do zaoferowanej ceny, albowiem jej istotne części składowe wydawały się rażąco niskie, a w konsekwencji winien wszcząć względem wykonawcy PRIMOST procedurę wyjaśniającą. Z art. 224 ust. 1 ustawy PZP wynika, że obowiązkiem Zamawiającego badającego poziom cenowy ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy PZP (tj. średnią arytmetyczną ofert, szacunkową wartością zamówienia), ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Zdaniem Odwołującego treść art. 224 ust. 2 ustawy PZP nie pozostawia wątpliwości, że zaistnienie obiektywnie rozumianego podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej. Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2258/17 i dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2483/15. Odwołujący podkreślił,

że przesłanką zastosowania procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jest wystąpienie wątpliwości w odniesieniu do części składowych, które mają charakter istotny. Przy dokonywaniu oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych kluczowe znaczenie należy przypisać wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie. Tym razem na potwierdzenie swojej tezy Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2734/14 i z dnia 3 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2974/20. Odwołujący wskazał również, że rażąco niskie ceny jednostkowe uzasadniają odrzucenie oferty danego wykonawcy nawet jeśli cena końcowa zasadniczo nie odbiega od średniej arytmetycznej ofert lub szacunkowej wartości zamówienia. „Istotność", o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jest cechą niezależną od tego, czy cena końcowa ma charakter rażąco niski, czy też nie. Uznanie konkretnego elementu za istotną część składową może być pochodną nie tylko wartości tej części w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale też i innych okoliczności, np. zakresu przedmiotowego lub specyfiki zamówienia czy też charakteru wynagrodzenia.

Odwołujący wywodzi dalej, że Zamawiający przyjął w prowadzonym postępowaniu kosztorysowy model wynagrodzenia wykonawcy. W treści projektu umowy Zamawiający wyraźnie wskazał, że wartość wynagrodzenia wykonawcy zostanie obliczona na podstawie cen jednostkowych podanych w kosztorysie. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia, które przewiduje dla zlecanej inwestycji Zamawiający, nie przesądza automatycznie o zasadności lub niezasadności zarzutów odwołania odnoszących się do rażąco niskiej ceny ujętej w elementach kosztotwórczych. Wynika to z wpływu, jaki może wywołać ewentualne zaniżenie cen jednostkowych na realizację zamówienia. Odwołujący zauważa, że choć w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca może argumentować, że zaniżenie wartości ujętej w danej pozycji nie będzie miało wpływu na realizację inwestycji (np. gdy koszty właściwe dla danej pozycji zostały ujęte w innej pozycji), to taka argumentacja nie znajdzie zastosowania do wynagrodzenia kosztorysowego, albowiem wycena z poszczególnych pozycji znajdzie bezpośrednie przełożenie na realizację inwestycji – wynagrodzenie należne wykonawcy będzie bowiem iloczynem wartości danej ceny jednostkowej i ilości robót odebranych. O ile ilość robót odebranych ma charakter zmienny i jest zależna od faktycznego przebiegu prac, to cena jednostkowa nie będzie modyfikowana, czemu Zamawiający dał wyraz wskazując w dokumentacji, że cena wskazana przez wykonawcę winna pokrywać wszelkie

koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Zamawiający miał zatem obowiązek poddania cen jednostkowych ujętych w ofertach wszystkich

wykonawców szczegółowej i pogłębionej analizie, ponieważ ewentualne zaniżenie istotnych cen jednostkowych może skutkować niemożnością zrealizowania całej inwestycji, a zwłaszcza wtedy gdy nierynkowy charakter mają całe grupy pozycji przedmiaru. Zdaniem Odwołującego właśnie taka sytuacja dotyczy oferty złożonej przez wykonawcę PRIMOST, albowiem wykonawca ten złożył ofertę zbudowaną w oparciu o zaniżone ceny jednostkowe, odnoszące się do kluczowych zakresów przedmiotu zamówienia i uniemożliwiające jego realizację zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Dzięki zaniżeniu poszczególnych cen jednostkowych wykonawca PRIMOST mógł ostatecznie uzyskać najniższą cenę i wstępnie wygrać cały przetarg. Według wykonawcy TRAKCJA takie działanie jest zachowaniem sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieuzasadniony wybrał ofertę wykonawcy PRIMOST, który skonstruował swoją ofertę w oparciu o rażąco zaniżone, nierynkowe i nierealne do uzyskania wartości poszczególnych pozycji składających się na kluczowe części zakresu przedmiotowego. Zdaniem Odwołującego bez znaczenia była okoliczność, iż całkowita cena oferty złożonej przez wykonawcę PRIMOST nie powodowała konieczności wszczęcia postępowania wyjaśniającego. W dalszej części uzasadnienia swojego odwołania wykonawca TRAKCJA porównał wybrane ceny jednostkowe w wybranych pozycjach przedmiarów zawarte w ofercie wykonawcy PRIMOST na tle ofert złożonych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, przy równoczesnym wyliczeniu średniej cen wszystkich wykonawców w poszczególnych pozycjach. Celem wykazania rażąco niskiej ceny poszczególnych elementów oferty wykonawcy PRIMOST Odwołujący dokonał zestawienia, usystematyzowania i porównania następujących pozycji kosztorysowych:

1) tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej – wykonawca PRIMOST zaoferował cenę 3 000 zł 00 gr za sztukę – cena ta jest 10-krotnie niższa od ceny kolejnego wykonawcy (Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, dalej jako „wykonawca Mosty Łódź") i stanowi ok. 5 % średniej wszystkich cen w tym zakresie (zob. tabela na str. 18-19 odwołania),

2) studni rewizyjnych dn 2500 i dn 3000 w branży kanalizacja deszczowa – wykonawca PRIMOST zaoferował cenę 5 500 zł 00 gr za sztukę – cena ta jest około dwukrotnie niższa od ceny kolejnego wykonawcy (Konsorcjum: SWIETELSKY Rail Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i SWIETELSKY A.G. z siedzibą w Linzu, dalej jako „Konsorcjum SWIETELSKY") i stanowi ok. 20 % średniej wszystkich cen w tym zakresie (zob. tabele str. 19-20 odwołania),

3) wybrane ceny w zakresie branży sanitarnej KS, woda, sieć ciepłownicza, odwodnienie torów i peronu (zob. tabele na str. 20-23 odwołania),

4) branża konstrukcyjna – wykonawca PRIMOST zaoferował cenę 14 342 917 zł 70 gr za wykonanie prac w branży konstrukcyjnej – cena ta jest o ok. 4 500 000 zł 00 gr niższa od ceny zaoferowanej przez kolejnego wykonawcę (wykonawca Mosty Łódź) i o około 11 000 000 zł 00 gr niższa od średniej wszystkich cen w tym zakresie (zob. tabela na str. 23-24 odwołania),

5) szkło VSG – wykonawca PRIMOST zaoferował cenę 1 570 910 zł 60 gr – cena ta jest o około 1/3 tańsza od ceny kolejnego wykonawcy (wykonawca Mosty Łódź) i stanowi ok. 25 % średniej wszystkich cen w tym zakresie (zob. tabela na str. 25-26 odwołania).

Według Odwołującego jego analiza w sposób jednoznaczny dowodzi, że wykonawca PRIMOST drastycznie zaniżył wycenę wielu robót i materiałów budowlanych. Pozycje te mają charakter istotny w kontekście całej inwestycji, zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i zważywszy na ich wartość. Wskazane pozycje składają się na poszczególne rodzaje prac, takich jak: a) roboty branży mostowej, b) roboty branży kolejowej, c) roboty branży drogowej, d) roboty branży drogowo – organizacyjnej ruchu, e) roboty branży sanitarnej, f) roboty branży elektrycznej. Nie można abstrahować od przedmiotu zamówienia, jakim jest przebudowa wiaduktu kolejowego razem z infrastrukturą towarzyszącą – wskazane powyżej zakresy prac, jakimi są roboty branży mostowej oraz roboty branży kolejowej, stanowią istotę tego rodzaju inwestycji, a to natomiast przekłada się na daleko idące ryzyka. Gdyby na etapie realizacji okazało się, że te kluczowe elementy zamówienia nie mogą zostać wykonane za zaoferowaną cenę, to skutkować to może niepowodzeniem całego kontraktu. Wadliwość oferty wykonawcy PRIMOST nie wynika jedynie z samego zaniżenia wartości poszczególnych pozycji, a za okoliczność o wyjątkowym znaczeniu należy uznać to, że zaniżenie wyceny przez wykonawcę skutkuje brakiem możliwości wykonania zakresów przypisanych do tych pozycji za zaoferowane ceny.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że w tej sprawie zaistniały podstawy do weryfikacji oferty wykonawcy PRIMOST pod kątem rażąco niskiej ceny. Choć ustawodawca przeniósł na wykonawców ciężar dowodzenia w zakresie wykazania, że ceny ofertowe nie są zaniżone i mają rynkowy charakter, to w żaden sposób okoliczność ta nie wpływa na obowiązek Zamawiających w zakresie przeprowadzenia weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Obowiązek ten materializuje się już wtedy, gdy różnice pomiędzy ceną całkowitą oferty lub istotnymi częściami

składowymi oferty są na tyle istotne, że mogą budzić wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji. Gdy różnice te mają charakter obiektywnie doniosły, to po stronie Zamawiającego aktualizuje się obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. O ile dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy PZP odwołuje się do okoliczności subiektywnej, którą są wątpliwości Zamawiającego, to nie oznacza to, iż nie jest możliwe zobiektywizowanie katalogu przypadków, w których Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia. Według Odwołującego jednym z takich przypadków jest sytuacja, w której znacząca liczba pozycji przedmiarów, odpowiadająca swoim zakresem ważnemu elementowi

zamówienia, sumująca się do istotnej wartości w obliczu ceny ofertowej, jest dużo niższa od wycen pozostałych wykonawców. Wtedy Zamawiający, kierując się właśnie troską o finanse publiczne i prawidłowość ich wydatkowania, powinien bezwzględnie skierować do wykonawcy żądanie złożenie wyjaśnień. W opinii Odwołującego w przedmiotowej sprawie już w oparciu o niepogłębioną analizę pozycji kosztotwórczych w ofercie wykonawcy PRIMOST można jednoznacznie stwierdzić, że powinna być wszczęta procedura wyjaśniająca. Tymczasem Zamawiający zaniechał jej przeprowadzenia i nie próbował nawet ustalić, czy tak istotne różnice w kluczowych elementach wyceny, jakie zaistniały pomiędzy ofertą wykonawcy PRIMOST a ofertami pozostałych wykonawców są uzasadnione i nie stwarzają one ryzyka dla możliwości zrealizowana inwestycji stanowiącej przedmiot postępowania, co nabiera znaczenia zwłaszcza w kontekście kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, na które zdecydował się Zamawiający. Wykonawca TRAKCJA podkreślił też, że „sztywny" charakter cen jednostkowych ujętych w przedmiarze powoduje, że wykonawcy nie mogli tłumaczyć się swobodą na etapie kalkulowania oferty, w szczególności przenoszeniem kosztów właściwych dla poszczególnych pozycji do innych pozycji.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę PRIMOST, gdyż zostało ono złożone w terminie, w przewidzianej przez przepisy prawa formie, natomiast wykonawca ten wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystąpił. Izba stwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Konsorcjum SWIETELSKY, które również wpłynęło do Izby w ustawowym terminie, w odpowiedniej formie, a Konsorcjum wykazało swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 stycznia 2023 r., stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę PRIMOST zawarte w jego piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, w tym:

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania prowadzonego przez Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich pn.: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław – Oleszyce – Cieszanów – Bełżec wraz z budową mostu na rzece San oraz budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w m. Jarosław" (podmiot udostępniający zasoby: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością BUDOWNICTWO Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie)

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania prowadzonego przez Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu pn. „Modernizacja i budowa infrastruktury drogowo-mostowej: budowa mostu na ul. Kamiennej, budowa i modernizacja chodników oraz oświetlenia w Nowym Sączu" – cz. II" (podmiot udostępniający zasoby: POLWAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku)

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania pn.: „Budowa zintegrowanej sieci tras rowerowych w Województwie Małopolskim: układ uzupełniający trasę rowerową VeloDunajec – budowa kładki rowerowej przez rz. Dunajec pomiędzy m. Krościenko nad Dunajcem i m. Szczawnica" (podmiot udostępniający zasoby: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Probudowa A. D. z siedzibą w Sosnowcu)

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania prowadzonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach pn.: „rozbiórka i budowa wiaduktu nad torami pkp w ciągu drogi wojewódzkiej nr 906 w km 0+729 w miejscowości Lubliniec o nr ew. 133" (podmiot udostępniający zasoby: BUD-BAU Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu)

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania pn.: „Budowa wiaduktu drogowego wraz z niezbędną infrastrukturą drogową nad linią kolejową nr 2 Warszawa-Terespol w Międzyrzecu Podlaskim" (podmiot udostępniający zasoby: TORMEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu)

zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania pn.: „Budowa obwodnicy i mostów w ciągach dróg

wojewódzkich” (podmiot udostępniający zasoby: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu)

- zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania pn.: „Budowa

wiaduktu drogowego nad linią kolejową Jelenia Góra – Szklarska Poręba w Piechowicach, w km 13,748” (podmiot udostępniający zasoby: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Probudowa A. D. z siedzibą w Sosnowcu)

- zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z postępowania prowadzonego

przez Zarząd Dróg Miejskich Miasta Stołecznego Warszawy pn.: „Remont wiaduktu im. Ks. J. Poniatowskiego w Warszawie” (podmiot udostępniający zasoby: POLWAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku)

- pliku ofert i kosztorysów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia i PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę wiaduktu w ul. Żeromskiego w Radomiu nad torami PKP wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Numer referencyjny tego zamówienia to NZ.2603.61.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/S 120-337020.

Na przedmiotową inwestycję składają się dwa zadania, które z przyczyn technicznych muszą być wykonane łącznie: przebudowa wiaduktu w ul. Żeromskiego w Radomiu nad torami PKP razem z infrastrukturą towarzyszącą oraz budowa peronu przy wiadukcie ul. Żeromskiego w Radomiu realizowanego w ramach zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej w Radomiu”.

W Rozdziale 3 pkt 3.1 ppkt 5.1 i 5.2 SWZ został wskazany podstawowy zakres robót, który będzie musiał zostać wykonany w ramach realizacji obydwu zadań. Natomiast szczegółowy zakres robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia określony został w: Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Kosztorysach ofertowych, Dokumentacji projektowej, które stanowią załącznik nr 3 do SWZ, a także w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiących załącznik nr 12 do SWZ.

W Rozdziale 7 SWZ zostały określone warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ (po zmianie SWZ z dnia 5 września 2022 r.) dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

a) zrealizował roboty polegające na budowie lub przebudowie co najmniej dwóch obiektów mostowych (wiadukt drogowy lub most, lub estakada) o rozpiętości teoretycznej pojedynczego przęsła minimum 20,0 m lub długości obiektu co najmniej 60 m i klasie obciążenia „A” wg PN-85/S-10030 lub równoważnej,

b) zrealizował roboty polegające na budowie lub przebudowie co najmniej dwóch peronów, w tym co najmniej jeden wyspowy (dwukrawędziowy) z zadaszeniem lub wiatami peronowymi i wymaganą infrastrukturą budowany lub przebudowywany przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Zgodnie natomiast z pkt 7.5 SWZ (po zmianie SWZ z dnia 5 września 2022 r.) wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem, że w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, warunek

określony w pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ musi spełniać co najmniej jeden z takich podmiotów lub wykonawca. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1 SWZ, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w pkt 6.1, 6.2, 6.3 i 6.7 SWZ względem wykonawcy. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja

finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W JEDZ wykonawca PRIMOST oświadczył, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV JEDZ. Do swojej oferty załączył zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podpisane przez dwa podmioty: MOSTMARPAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zarzeczu oraz Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „TOR" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach. W wezwaniu z dnia 17 listopada 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy PZP zażądał, aby wykonawca PRIMOST zastąpił podmioty udostępniające zasoby w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ, innym jednym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia ten warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego sposób spełniania warunku określonego w Rozdziale 7 pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ przez obydwa podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby wykonawcy PRIMOST nie był zgodny z zapisami SWZ, co

skutkowało tym, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający wezwał wykonawcę PRIMOST na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt 9.1 SWZ – oświadczenie JEDZ wykonawcy i w pkt 9.4 SWZ – oświadczenia i dokumentów podmiotu trzeciego, w przypadku gdy wykonawca PRIMOST w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej będzie posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego. W dniu 25 listopada 2022 r. wykonawca PRIMOST uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i zastąpił dwóch dotychczasowych podwykonawców jednym podmiotem – firmą INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Z uwagi na to załączył do pisma swój uaktualniony JEDZ w zakresie informacji dotyczącej podmiotów udostępniających zasoby, JEDZ podwykonawcy INTOP, zobowiązanie podwykonawcy INTOP do udostępnienia zasobów oraz oświadczenie tego podwykonawcy. Podwykonawca INTOP w zobowiązaniu z dnia 24 listopada 2022 r. oświadczył, że jako podmiot trzeci zobowiązuje się udostępnić wykonawcy PRIMOST swoją zdolność techniczną lub zawodową na potrzeby spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ. Podwykonawca INTOP oświadczył, że będzie brał bezpośredni udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu w charakterze podwykonawcy. W wykonywaniu zamówienia będzie uczestniczył w realizacji robót w zakresie peronów i części robót branży mostowej przez okres niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia. Następnie w dniu 2 grudnia 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP zwrócił się do wykonawcy PRIMOST z pismem w sprawie udzielenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania podwykonawcy INTOP do oddania temu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia. Według Zamawiającego zakres robót, który zobowiązała się wykonać firma INTOP był w zobowiązaniu nieprecyzyjnie określony, wobec czego Zamawiający zażądał szczegółowego doprecyzowania rodzaju robót i ich wielkości, które podwykonawca INTOP zobowiązał się wykonać w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2022 r. wykonawca PRIMOST wyjaśnił, że podwykonawca INTOP wykona roboty, które w sposób szczegółowy zostały opisane w dwóch tabelach zawartych w treści odpowiedzi (zob. tabele na str. 1-10 odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2022 r.). Dodatkowo wykonawca PRIMOST wyjaśnił, że wartość opisanego w tabelach zakresu robót zgodnie z kosztorysem ofertowym wykonawcy wynosi ponad 141 800 000 zł 00 gr brutto, co stanowi ok. 80 % wartości całej oferty. Tym samym zakres robót jaki wykona podmiot udostępniający zasoby stanowi istotną część wszystkich robót. Wykonawca PRIMOST zaznaczył, że o istotności zakresu robót podwykonawcy INTOP

świadczy też ich charakter, ponieważ pozostają one kluczowym elementem branży mostowej, jak również całkowicie wypełniają asortyment robót związanych z budową peronu. Wykonawca PRIMOST podkreślił także, że opisany w tabelach zakres prac podwykonawcy INTOP koreluje całkowicie z treścią przedłożonego w tej sprawie zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdyż asortyment robót tego podmiotu trzeciego stanowi część robót branży mostowej, jak również roboty związane z budową peronu.

Zgodnie z pkt 13.4 SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą m. in. Formularz Oferty sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ oraz Kosztorys Ofertowy sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej. Kosztorysy ofertowe wraz z całą dokumentacją projektową zostały uwzględnione w dokumentacji zamówienia jako załącznik nr 3 do SWZ. Według pkt 15.1 SWZ wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym. Zgodnie zaś z pkt 15.2 SWZ ceny jednostkowe za poszczególne pozycje powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty. Według pkt 15.5 SWZ określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

W swoim kosztorysie ofertowym w zakresie pozycji 3.1 (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze – słupki wykonawca PRIMOST zaoferował 40 sztuk po słupków po 181 zł 00 gr każdy. Razem cena za 40 sztuk słupków wyniosła 7 272 zł 00 gr netto. Natomiast w zakresie pozycji 3.1a (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze – słupki z wysięgnikiem wykonawca PRIMOST zaoferował 40 sztuk słupków z wysięgnikiem po 0 zł 00 zł każdy. Razem cena za 40 słupków z wysięgnikiem wyniosła 0 zł 00 gr netto.

W piśmie z dnia 3 listopada 2022 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy PRIMOST o udzielenie wyjaśnień pozycji kosztorysu ofertowego 3.1a dotyczącego konstrukcji wsporczych

– słupków z wysięgnikiem, którą wykonawca ten wycenił na 0 zł 00 gr. Zamawiający zażądał wyjaśnień w jaki sposób podana przez wykonawcę PRIMOST cena jednostkowa 0 zł 00 gr pokrywa wszelkie koszty i ryzyka związane z realizacją czynności, której dotyczy, gdzie według pkt 15.2 SWZ wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. W odpowiedzi z dnia 8 listopada 2022 r. wykonawca na wstępie wskazał, że w wyniku zadanego pytania nr 127 do treści SWZ Zamawiający zdecydował się na zmianę treści kosztorysu poprzez rozróżnienie rodzaju słupków na słupki (pozycja 3.1) oraz słupki z wysięgnikiem (pozycja 3.1a). Rozróżnienie to nastąpiło w związku z treścią projektu Docelowej Organizacji Ruchu, która przewiduje, iż w przypadku braku możliwości zachowania prawidłowej skrajni poziomej wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania konstrukcji wsporczej w postaci słupka z wysięgnikiem. W samym projekcie nie podano natomiast ilości słupków z wysięgnikiem, które powinny być zastosowane. Na dzień złożenia oferty nie było możliwe jednoznaczne określenie ilości słupków z wysięgnikiem, co może mieć wpływ na cenę jednostkową, dlatego wykonawca PRIMOST dokonując wyceny przyjął założenie jednolitej ceny obejmującej wszystkie wymagane rodzaje słupków. Mając na względzie fakt, że różnica wartości materiału poszczególnych słupków nie jest znacząca, robocizna jest taka sama, a pozycja ta zawiera również inne jednostki obmiarowe, to założenia te pozostają zasadne i prawidłowe. Wykonawca PRIMOST zaznaczył, że omyłkowo jednak w programie do kalkulacji cena z pozycji 3.1 nie została zaciągnięta do pozycji 3.1a po dokonaniu rozbicia tej pozycji w kosztorysie przez Zamawiającego, przez co widnieje w niej wartość „0", podczas gdy cena powinna być taka sama jak w pozycji 3.1. Według wykonawcy PRIMOST opisane przez niego okoliczności w sposób ewidentny świadczą o omyłce, że była to czynność niezamierzona, którą można skorygować na podstawie innych danych zawartych w ofercie tego wykonawcy. Dlatego wykonawca ten wniósł o zakwalifikowanie tej sytuacji jako omyłki i zastosowanie procedury opisanej w art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP. Podkreślił przy tym, że na 894 pozycje kosztorysowe omyłka znalazła się jedynie w jednej z pozycji. Zdaniem wykonawcy PRIMOST możliwa zatem jest poprawa niezamierzonej omyłki, która pojawiła się w jego kosztorysie ofertowym, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez przeniesienie ceny z pozycji 3.1. do pozycji 3.1a, co łącznie spowoduje wzrost wartości oferty o 7 272 zł 00 gr netto, a co stanowi tylko 0,005 % wartości netto oferty tego wykonawcy oraz zaledwie ok. 0,006 % wartości netto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowej inwestycji. W ocenie wykonawcy PRIMOST w takim przypadku nie można zatem mówić o istotnej zmianie treści oferty wykonawcy.

Ponadto wykonawca PRIMOST niektóre pozycje w swoim kosztorysie ofertowym wycenił na dość niskim poziomie w porównaniu do wyceny ofert innych wykonawców, np.:

- tablice systemu dynamicznej informacji pasażerskiej zostały zaoferowane za cenę

3 000 zł 00 gr za sztukę,

- studnie rewizyjne dn 2500 i dn 3000 w branży kanalizacja deszczowa zostały

zaoferowane za cenę 5 500 zł 00 gr za sztukę,

- wybrane pozycje branży sanitarnej KS, woda zostały zaoferowane za cenę od 300 zł

00 gr do 500 zł 00 gr za sztukę (zwężka dwukołnierzowa żeliwna, trójnik żeliwny kołnierzowy),

- wybrane pozycje branży sanitarnej, pecroboty montażowe zostały zaoferowane za

cenę od 1 200 zł 00 gr do 2 500 zł 00 gr za sztukę (np. rury preizolowane w izolacji plus Dn400/630, studnia rewizyjna dn 1200 bet. wraz z włazem D400),

- wykonanie prac w branży konstrukcyjnej zostało zaoferowane za cenę 14 342 917 zł

70 gr,

- szkło VSG zostało zaoferowane za cenę 1 570 910 zł 60 gr.

Ostatecznie Zamawiający w dniu 28 grudnia 2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którą została oferta wykonawcy PRIMOST. Oferta ta otrzymała 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Oferty w tym postępowaniu złożyło łącznie 10 wykonawców, natomiast oferta zwycięskiego wykonawcy opiewała na kwotę 176 240 665 zł 74 gr brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Odwołującego – wykonawcę TRAKCJA i uznała, że jest ono częściowo

uzasadnione. Izba uwzględniła w części zarzut nr 2 odwołania – tylko w zakresie wskazującym na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, a także w całości zarzut nr 5 odwołania dotyczący naruszenia art. 16

ustawy PZP. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia w materiale zgromadzonym w aktach sprawy odwoławczej.

W zakresie zarzutu nr 2 i nr 5 odwołania

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 17 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 16 ustawy PZP zawiera natomiast podstawowe zasady rządzące prawem zamówień publicznych. Zgodnie z jego regulacją Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Izby, iż oferta wykonawcy PRIMOST zawierała błąd w obliczeniu ceny i z tego powodu powinna zostać odrzucona. Na wstępie należy podnieść, że ustawa PZP nie zawiera definicji pojęcia błędu w obliczeniu ceny. W literaturze prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że skutkujące odrzuceniem oferty błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Jeżeli nieprawidłowość matematyczna w obliczeniu ceny lub kosztu ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający poprawia ją zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP. Jeżeli zaś w toku badania ofert ujawnione zostaną nieprawidłowości w ofercie powodujące jej niezgodność z treścią dokumentów zamówienia i wystąpią skutki tych nieprawidłowości w postaci błędnej wyceny oferty, zastosowanie może znaleźć art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP upoważniający zamawiającego do dokonania nieistotnych zmian w treści oferty [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, teza 11]. O wadliwym wyliczeniu ceny całej oferty z powodu błędnego wpisania w jednej z pozycji kosztorysu ofertowego kwoty „0” złotych zamiast właściwej świadczą wyjaśnienia samego wykonawcy

PRIMOST z dnia 6 listopada 2022 r., gdzie przyznał on, że w swoim programie do kalkulacji omyłkowo cenę z pozycji 3.1 nie zaciągnął do pozycji 3.1a po tym, gdy Zamawiający dokonał rozbicia pozycji dotyczącej słupków na dwie odrębne pozycje. Odwołujący próbował ratować byt swojej oferty wyjaśniając Zamawiającemu, że wycenienie na „0” złotych jednego z elementów kosztorysu stanowi niezamierzoną omyłkę, którą można sanować w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, niemniej słusznie nie spotkało się to z aprobatą Zamawiającego, który nie miał żadnych podstaw do tego, aby przyjąć, że należy niejako mechanicznie przepisać kwotę 181 zł 00 gr z pozycji 3.1 do pozycji 3.1a kosztorysu. Wpisanie liczby „0” w pozycji 3.1.a Kosztorysu Ofertowego stanowiło zatem ewidentny, choć niewątpliwie nieintencjonalny błąd wykonawcy, którego nie można było już jednak naprawić w zgodzie z regulacją ustawy PZP. Okoliczność, że w świetle dokumentacji zamówienia brak było przeszkód do wyceniania poszczególnych części składowych oferty na „0” złotych jest przy tym całkowicie nieistotna, albowiem już z samych wyjaśnień wykonawcy PRIMOST z dnia 6 listopada 2022 r. wyraźnie wynika, że wcale nie zamierzał w taki właśnie sposób wycenić słupków z wysięgnikiem. Dlatego też argumentacja Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego nie mogła zyskać uznania w oczach Izby. Powyższe uchybienie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP, albowiem jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, która powinna była zostać odrzucona, przez co doszło do naruszenia przepisów ustawy PZP. Zamawiający naruszył również zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ pomimo tego, że sam wyraźnie stwierdził brak ustawowych przesłanek do poprawienia oferty wykonawcy PRIMOST w zakresie wpisania w kosztorysie ofertowym właściwej ceny jednego z jej elementów, to jednak z niezrozumiałych względów nie dostrzegł ewidentnych przesłanek do odrzucenia oferty tego wykonawcy. W ocenie Izby takie zachowanie Zamawiającego świadczy również o nierównym traktowaniu wykonawców, albowiem przetarg wygrał wykonawca, którego oferta powinna była zostać odrzucona, co świadczy o jego faworyzowaniu w tym postępowaniu, natomiast wykonawcy, którzy w sposób zgodny z prawem skalkulowali swoje oferty i których oferty nie zawierały takich istotnych błędów, nie zostali wybrani.

Rozpoznając zarzut nr 2 odwołania Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia ani art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ani art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Według zaś art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Postawienie tych dwóch zarzutów przez Odwołującego jest niezrozumiałe w okolicznościach tej sprawy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z materiału zgromadzonego w aktach tej sprawy odwoławczej wcale nie wynika, aby oferta wykonawcy PRIMOST była niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca ten wcale nie ujął wyceny słupków z wysięgnikiem pod inną pozycją kosztorysu ofertowego. Nie wynika to ani z treści jego oferty, ani z późniejszych wyjaśnień, które złożył w dniu 6 listopada 2022 r. na wezwanie Zamawiającego. W takiej sytuacji nie może być zatem mowy o naruszeniu przez niego zakazu doliczania kosztów realizacji danej czynności do kosztów realizacji innych czynności, o którym mowa w pkt 15.2 SWZ. Samo wycenienie jednej z pozycji kosztorysu ofertowego na „0” złotych nie świadczy wcale o zaniechaniu lub pominięciu wyceny w tym zakresie. Jak już była o tym mowa powyżej stanowi to wyłącznie błąd wykonawcy w wycenie jednej z części składowych oferty, a w konsekwencji wadliwej wycenie całej oferty.

Także zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP okazał się być bezzasadny i to w stopniu oczywistym. O naruszeniu tego przepisu można by mówić dopiero wtedy, gdyby Zamawiający poprawił ofertę wykonawcy PRIMOST i za

zgodą tego wykonawcy wpisał w jego kosztorysie ofertowym do pozycji 3.1a inną cenę słupków z wysięgnikiem, aniżeli rzeczywiście ujęta w tej pozycji cena „0". Nic takiego jednak nie miało miejsca, ponieważ Zamawiający nie zakwalifikował tej sytuacji jako innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty i nie znalazł podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP i art. 16 ustawy PZP, natomiast zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP okazały się być bezzasadne.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 119 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

W świetle art. 118 ust. 2 ustawy PZP w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie natomiast z art. 118 ust. 3 ustawy PZP wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Art. 118 ust. 4 ustawy PZP stwierdza, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2-4 ustawy PZP Izba również uznała za nieuzasadniony. Treść uzasadnienia odwołania odnosząca się do tego zarzutu prowadzi do wniosku, że naruszenia wskazanych przepisów prawa Odwołujący upatruje przede wszystkim w mało konkretnej i mało

szczegółowej, jego zdaniem, treści zobowiązania podmiotu trzeciego, który udostępnił swoje zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy PRIMOST. Z argumentacji Odwołującego wynika wręcz wniosek, że oczekuje on, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby na potrzeby realizacji kontraktu publicznego powinno być tak drobiazgowe, że powinno po prostu stanowić wierne odzwierciedlenie kosztorysu ofertowego i wynikającego z niego zakresu robót. Takie stanowisko nie znajduje jednak uznania na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy PZP. Zobowiązanie podwykonawcy INTOP zawiera dokładny opis przekazywanych zasobów (tj. w tym przypadku doświadczenia), co pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, zawiera ono również opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby oraz określa, w jakim zakresie ten podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których jego doświadczenie jest wymagane. W swoim zobowiązaniu z dnia 24 listopada 2022 r. podwykonawca INTOP precyzyjnie podał, że zawarł z wykonawcą PRIMOST umowę podwykonawstwa i że będzie uczestniczył w sposób bezpośredni w realizacji robót w zakresie peronów i w części robót branży mostowej – przez czas niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby takie zobowiązanie zawiera minimalną treść wymaganą przez art. 118 ust. 4 ustawy PZP i jest wystarczająco szczegółowe i precyzyjne, aby uznać je za skuteczne na gruncie obowiązujących przepisów. Powyższe potwierdzają także pośrednio dowody przedłożone przez uczestnika postępowania odwoławczego (8 dokumentów pochodzących z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które zawierały zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia swoich zasobów), z których wynika jaka jest praktyka wykonawców i zamawiających w tym zakresie. Zarazem dodać należy, że wykonawca PRIMOST na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że udział podwykonawcy INTOP w realizacji kontraktu będzie znaczący, ponieważ będzie on uczestniczył w robotach budowlanych wartych ponad 141 800 000 zł 00 gr brutto, co stanowi ok. 80 % wartości jego całej oferty. Po złożonych wyjaśnieniach, w których zostało uszczegółowione, w których konkretnie pracach będzie brał udział podwykonawca INTOP i w jakim zakresie, wykonawca PRIMOST nie miał już obowiązku przedkładania dalszych oświadczeń i zobowiązań pochodzących od tego podwykonawcy, które w tożsamy sposób określałyby jego udział w realizacji inwestycji publicznej. Brak jest ku temu podstawy prawnej. W ocenie Izby nie ma również żadnych podstaw do tego, aby móc skutecznie zakwestionować realność udostępnionego zasobu przez podwykonawcę INTOP, skoro wykonawca ten nie dość, że wykazał, że posiada wymagane doświadczenie, to jeszcze sam w ramach konsorcjum również startował w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na uwadze zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2-4 ustawy PZP nie mogły zostać uwzględnione.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania

Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

Zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Izba uznała za w ogóle nieudowodniony. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji można wywieść z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dodatkowo w art. 3 ust. 2 tej ustawy zostały przykładowo wymienione niektóre rodzaje czynów nieuczciwej konkurencji, tj. między innymi: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej nie wskazał nawet, w czym konkretnie upatruje on czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie konkurenta. Czy czyn ten wywodzi z definicji ogólnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też jest w stanie zaklasyfikować zachowanie konkurenta do jednego z czynów opisanych szczegółowo w art. 5-17g tej ustawy. Uzasadnienie odwołania nie zawiera żadnej argumentacji na poparcie tego zarzutu odwołania, nie ma żadnych wskazówek w tym przedmiocie. Wobec powyższego Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony i go w konsekwencji oddaliła.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania

Art. 224 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie zaś z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP stwierdza natomiast, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 16 ustawy PZP normuje zaś podstawowe zasady rządzące prawem zamówień publicznych. Zgodnie z jego regulacją Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego naruszenia szeregu przepisów ustawy PZP odnoszących się do zagadnienia zaniechania przez Zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego z powodu podejrzenia „rażąco niskiej ceny" w ofercie wykonawcy PRIMOST. Na wstępie należy zaznaczyć, że ustawodawca nie zdefiniował w żadnym akcie prawnym pojęcia „rażąco niskiej ceny". To dopiero dzięki orzecznictwu i dorobkowi doktryny prawniczej udało się zdefiniować to pojęcie jako cenę nierealną, nierynkową, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, cenę która odbiega od jego rzeczywistej wartości, natomiast różnica taka nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi konkretnemu wykonawcy bez poniesienia strat finansowych, takie zamówienie zrealizować. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż w przedmiotowym przetargu brak było obligatoryjnych przesłanek do wzywania wykonawcy PRIMOST do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Ani nie został spełniony warunek, że zaoferowana cena całkowita jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ani że jest ona niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy PZP (vide art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP). Biorąc pod uwagę dużą rozpiętość cenową różnych pozycji w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców, co świadczy o ich indywidualnej sytuacji wpływającej na politykę cenową i konkurowanie między sobą ceną, brak też było obiektywnych przesłanek

do powstania u Zamawiającego wrażenia, że części składowe oferty mogą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub że ich bardzo niska wysokość może wzbudzać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie podnieść należy, że wynikający z regulacji art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy składającym ofertę z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, wcale nie zwalnia wykonawcy podnoszącego zarzuty odnoszące się do wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie jego konkurenta z prowadzenia postępowania dowodowego celem wykazania swoich racji. W niniejszej sprawie wykonawca TRAKCJA w odwołaniu ograniczył się jedynie do wybiórczego porównania części składowych w ofercie wykonawcy PRIMOST i w ofertach innych wykonawców biorących udział w przetargu, co nie jest wystarczające dla stwierdzenia podejrzenia rażąco niskiej ceny, które uzasadniałoby zainicjowanie stosownej procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego. Dowody w postaci ofert i kosztorysów Odwołujący zaprezentował dopiero na rozprawie przed Izbą, jednakże, jak trafnie zauważył Zamawiający, oferty w postępowaniu były składane we wrześniu 2022 r., natomiast powoływanie się na kosztorysy lub oferty z innej daty nie jest miarodajne. Mając powyższe na względzie zarzuty odwołania wskazujące na naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP nie zostały przez Izbę uwzględnione. W konsekwencji w

powyższym zakresie Izba nie stwierdziła również naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Wobec uwzględnienia części zarzutu nr 2 i całości zarzutu nr 5 odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający ponosi 30 % kosztów postępowania odwoławczego, natomiast Odwołujący 70 % kosztów postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie odwoławczej Zamawiający poniósł koszt wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr, natomiast Odwołujący poniósł koszty wpisu od odwołania w wysokości 20 000 zł 00 gr i koszt wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr. Dlatego też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 560 zł 00 gr tytułem zwrotu części kosztów tego postępowania poniesionych przez Odwołującego na wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..