

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Infradrog sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Miasto i Gminę Kórnik,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy W.T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. z siedzibą w Węglewie,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Infradrog sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Miasto i Gminę Kórnik, prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kórnik – kanalizacja sanitarna dla m. Skrzynki – Etap I”, numer referencyjny: Z/32/2023, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 481709-2023 z dnia 8 sierpnia 2023 roku. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 25 marca 2024 roku Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Infradrog sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty KANWOD W.T. z siedzibą w Węglewie oraz zaniechania jej odrzucenia jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- I. art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.) oraz art. 230 ust. 1 ustawy z dnia 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 226 z późn. zm.) — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.T., mimo że złożono ją w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na:

1) przedstawieniu w wyjaśnieniach treści oferty' z dnia 15.01.2024 r. - umyślnie zaniżonej oferty Adriana Tarczyńskiego prowadzącego działalność pod firmą Geoinvest A.T. - syna W.T. - w celu uprawdopodobnienia możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanej kwocie - co stanowi działanie sprzeczne z prawem, tj. art. 230 ust. 1 ustawy z dnia 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych - polegające na tym, że podmioty powiązane — W.T. oraz A.T. Geoinvest - ustaliły ceny transferowe na warunkach zaniżonych w stosunku do tego, co ustaliłyby ze sobą podmioty niepowiązane, a ponadto - stanowi również naruszenie dobrych obyczajów - oraz działania te naruszają interesy innych przedsiębiorców (Odwołującego oraz innych wykonawców) oraz Zamawiającego;

2) przedstawieniu w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 7.03.2024 r. — nieprawdziwej oraz antydatowanej oferty Wajm Sp. z o.o. mającej potwierdzić realności przyjętej przez wykonawcę W.T. ceny w pozycji nr 451 przedmiaru, jak również przedstawienie w tych samych wyjaśnieniach treści oferty - pozornej oferty Kan-Mix Sp. z o.o., która miała potwierdzić „kompleksowe” wykonanie pozycji 451 przedmiaru za zaniżoną kwotę, podczas gdy podmiot ten nie zajmuje się usługami i robotami wynikającymi z pozycji 451 przedmiaru w zakresie unieczynniania rurociągów poprzez wypełnienie specjalistycznymi mieszankami (np. pianobetonem czy gruntonem) — co stanowi naruszenie dobrych obyczajów, a jednocześnie działanie to narusza interesy innych przedsiębiorców (Odwołującego i innych wykonawców) oraz Zamawiającego.

Odwołujący podniósł także zarzuty ewentualne: w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr I odwołania:

II.art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie wykonawcy W.T. omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty — w związku z udzielonymi przez tego wykonawcę wyjaśnieniami treści oferty z dnia 15.01.2024 r. oraz załączoną do tych wyjaśnień ofertą na mieszanki betonowe od Cemex Polska Sp. z o.o. z dnia 14.11.2023 r. — w wyniku których Zamawiający uzyskał wiedzę, że zachodzą podstawy do poprawienia w ofercie wykonawcy W.T. następujących omyłek:

1)w zakresie wyceny pozycji nr 451 należało poprawić wartość 219 000,00 zł netto na wartość 266 730 zł netto (o kwotę 47 730,00 zł netto) oraz

2)w zakresie ceny oferty należało poprawić wartość 34 233 058,74 zł netto na wartość 34 280 788,74 zł netto (o kwotę 47 730,00 zł netto),

podczas gdy zaniechanie poprawienia w ofercie wykonawcy W.T. powyższych omyłek - spowodowało, że ofertę tego wykonawcy bezpodstawnie uznano za najkorzystniejszą

Odwołujący skonstruował także trzeci oraz czwarty zarzut, w przypadku uznania, że powyższe omyłki nie podlegają poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp o następującej treści :

III.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W.T., mimo iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w pkt 451 przedmiaru robót, gdzie wymagano likwidacji istniejącej sieci kanalizacji tłocznej wraz z komorami przez wypełnienie pianobetonem na długości ok. 6 000 metrów, zaś wykonawca W.T. zgodnie z wyjaśnieniami treści oferty z dnia 15.01.2024 r. zaoferował wypełnienie gruntonem (materiałem innym niż pianobeton), zaś z wyjaśnień z dnia 7.03.2024 r. jednoznacznie nie wynika jaki materiał zostanie wykorzystany,

IV.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 zdanie 2 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.T., mimo że w toku postępowania złożył wyjaśnienia treści oferty z dnia 15.01.2024 r. oraz następnie 7.03.2024 r., które różniły się w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania prac objętych pozycją nr 451, czym wykonawca W.T. próbował negocjować treść oferty, pomimo zakazu określonego w art. 223 ust. 1 Pzp, względnie zaoferował Zamawiającemu wariantowy sposób wykonania zamówienia, podczas gdy Zamawiający w rozdz. 2 pkt 2.5 SWZ nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy W.T. jako najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy W.T. - a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr I odwołania - poprawienia w ofercie wykonawcy W.T. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty lub odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego, utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podał stan faktyczny sprawy oraz stan prawny.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr I w petitum odwołania wyjaśnił, że wykonawca W.T. do wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2024 r. oraz 7 marca 2024 r. dołączył odpowiednio ofertę Adriana Tarczyńskiego prowadzącego działalność pod firmą Geoinvest A.T. (syna Wiesława Tarczyńskiego) z nierynkową, zaniżoną ceną oraz nieprawdziwą i antydatowaną ofertę Wajm sp. z o.o. Podkreślił, że firma GEOINVEST A.T. oraz wykonawca W.T. - to podmioty powiązane w rozumieniu art. 23m ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej jako „ustawa o PIT”). Wskazał, że A.T. jest synem W.T.; A.T. i W.T. są wspólnikami w spółce KANWOD WIESŁAW TARCZYŃSKI sp. z o.o. oraz że GEOINVEST A.T. oraz wykonawca W.T. posiadają to samo stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej jak i adres do doręczeń, tj. ul. Bukowa 13, 62-590 Węglew. Zgodnie z art. 230 ust. 1 ustawy o PIT podmioty powiązane są obowiązane ustalać ceny transferowe na warunkach, które ustaliłyby między sobą podmioty niepowiązane. Natomiast w Postępowaniu oferta podmiotu GEOINVEST A.T. na prace z zakresu trwałego usunięcia z ziemi odcinków istniejącej sieci posiada zaniżoną cenę, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie prawa oraz czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez podmiot GEOINVEST A.T. cena na poziomie 80 000,00 zł netto ma charakter ceny dumpingowej, odbiega od realiów rynkowych, a w szczególności odbiega ona od wartości, która wynika z kosztorysu opracowanego na podstawie norm do kosztorysowania oraz przy uwzględnieniu najniższych stawek robocizny, cen pracy sprzętu oraz narzutów (koszty pośrednie i zysk) publikowanych w wydawnictwie „SEKOCENBUD” dla województwa wielkopolskiego wg dostępnych opublikowanych wskaźników kwartalnych, tj. dla IV kwartału 2023 r. (co odpowiada miejscu realizacji inwestycji oraz terminowi złożenia oferty), a zatem najniższej ceny dla tego zakresu robót. Zdaniem Odwołującego w takim przypadku wartość robót demontażowych dla przedmiotowego zakresu robót powinna wynosić nie mniej niż 148 352,69 zł netto a więc niemal 2-krotnie więcej niż wartość oferty podmiotu GEOINVEST A.T., na dowód czego Odwołujący przedłożył przykładowy kosztorys sporządzony w oparciu o założenia poczynione przez wykonawcę W.T., przy uwzględnieniu najniższych stawek, cen i narzutów (załącznik nr 1 do odwołania).

Co do kolejnej z zakwestionowanych przez Odwołującego ofert, dołączonej do wyjaśnień z dnia 7 marca 2024 r. pochodzącej od podwykonawcy Wajm sp. z o.o., Odwołujący wyraził wątpliwości, co do jej daty - 10.11.2023 r. Odwołujący wątpi, dlaczego, skoro wykonawca W.T. dysponował tym dokumentem już w tej dacie oraz dotyczy on pianobetonu (a nie mieszanki gruntu), nie złożył jej już przy wyjaśnieniach treści oferty z dnia 15.01.2024 r., a zamiast tego przedstawiono ofertę CEMEX Polska sp. z o.o. dotyczącą mieszanki gruntu.

Niezależnie od powyższego zdaniem Odwołującego zachodzą wątpliwości co do rzetelności podanej w ofercie podmiotu WAJM Sp. z o.o. Przyjęto tam cenę jednostkową na poziomie 314 zł/m³, podczas gdy Odwołujący również dysponuje ofertą tego okresu, z której wynika, iż w przypadku tego zamówienia domyślnie stosowaną stawką przez podmiot WAJM sp. z o.o. jest 599 zł/m³. Na potwierdzenie Odwołujący przedłożył jako dowód ofertę od podmiotu WAJM sp. z o.o. z dnia 1.09.2023 r. (załącznik nr 2 do odwołania). Odwołujący przedłożył jako dowód ofertę od podmiotu WAJM sp. z o.o. z lat ubiegłych, gdzie stosowano stawki 400 zł/m³ (oferta z dnia 4.05.2020 r.), 470 zł/m³ (oferta z dnia 4.08.2021 r.), 580 zł/m³ (oferta z dnia 7.04.2022 r.) (załącznik nr 3 do odwołania).

Z kolei w przypadku podmiotu KAN-MIX sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że podmiot ten nie wykonuje w ramach swojej działalności prac w zakresie unieczynniania rurociągów poprzez wypełnienie specjalistycznymi mieszankami, np. pianobetonem, gruntem. Wedle informacji dostępnych na stronie internetowej tego podmiotu (<http://kanmix.pl/>) specjalizuje się on w wykopach, natomiast nie zawarto tam informacji o wykonawstwie prac w zakresie wypełniania rurociągów.

W zakresie zarzutu oznaczonego numerem II odwołania, dotyczącego zaniechania poprawienia omyłki, Odwołujący wskazał, że skoro wykonawca W.T. przyjął do wyceny produkt w postaci gruntu, a powinien przyjąć inną stawkę z oferty Cemex Polska sp. z o.o. z dnia 14.11.2023 r. dołączoną do wyjaśnień, a dotyczącą pianobetonu. Odwołujący zajął stanowisko, że wykonawca W.T. nie mógł uwzględnić do wyceny pianobetonu (najtańszy z ceną 179 310,00 zł netto zgodnie z ofertą CEMEX Polska sp. z o.o.) jako, że stawką za wykonanie prac objętych pozycją nr 451 przedmiaru w jego ofercie wynosi 219 000,00 zł netto, zaś z wyjaśnień z dnia 15.01.2024 r. wynika, iż w cenie tej ujęto jednocześnie prace z zakresu usunięcia starego rurociągu na poziomie 80 000 zł netto przez podmiot GEOINVEST A.T.. Gdyby wykonawca uwzględnił cenę pianobetonu oraz ww. koszty usunięcia starego rurociągu wartość jego oferty w zakresie pozycji nr 451 przedmiaru winna wynosić co najmniej 259 310 zł netto a nie 219 000 zł netto. Powyższe zdaniem Odwołującego stanowi, że zachodzą podstawy do poprawienia w ofercie wykonawcy W.T. w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący przedstawił orzecznictwo oraz stanowiska doktryny.

Co do zarzutu oznaczonego numerem III, Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy W.T. jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zdaniem Odwołującego z udzielonych przez wykonawcę W.T. wyjaśnień treści oferty z dnia 15.01.2024 r. wynika, iż założył on wykonanie zamówienia w zakresie pozycji nr 451 przy wykorzystaniu mieszanki Gruntu DR-1,5 Mpa (materiału innego niż pianobeton), co jest niezgodne z warunkami zamówienia. Dalej Odwołujący przytoczył, że w

ramach wyjaśnień z dnia 7.03.2024 r. wykonawca W.T. zawarł szereg twierdzeń, z których nie wynika jednoznacznie jaki materiał będzie wykorzystany przy realizacji prac objętych pozycją nr 451 przedmiaru. Odwołujący powołał się na sprzeczność w wyjaśnieniach wykonawcy. Wskazał, że grunton jest mieszanką inną niż pianobeton, mają one różne charakterystyki i parametry. W szczególności przedmiotowa mieszanka jest na bazie cementu, a nie betonu, mają różne gęstości. Mieszanka Grunton DR-1,5 Mpa nie jest w stanie wypełnić rurociągów (co dotyczy w szczególności dłuższych odcinków, jakie zostały wskazane w dokumentacji projektowej).

Co do zarzutu oznaczonego numerem IV, Odwołujący wskazał, że w okolicznościach sprawy uznać należy, że w toku postępowania wykonawca W.T. próbował w istocie negocjować treść oferty (materiał zostanie ustalony na etapie realizacji zamówienia), pomimo zakazu określonego w art. 223 ust. 1 Pzp, względnie zaoferował wariantowy sposób wykonania zamówienia (mieszanką grunton lub pianobetonem), podczas gdy Zamawiający w roz. 2 pkt 2.5 SWZ nie dopuścił składania ofert wariantowych.

W ustawowym terminie, wykonawca W.T. (dalej także: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 5 kwietnia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W zakresie zarzutu nr I, Zamawiający wskazał, że ma podstaw, żeby przyjąć, iż cena zaoferowana przez podwykonawcę Geoinwest jest nierealna. Ponadto, Zamawiający podkreślił, że pozycja kosztorysu, do której referuje Odwołujący jest typową pozycją ryczałtową. Pozycja, której dotyczy ta oferta to pozycja nr 451 Kosztorysu ofertowego, a została ona opisana w następujący sposób: „Likwidacja istniejącej sieci kanalizacji tłocznej wraz z komorami rewizyjnymi” – komplet 1” i w taki też sposób miał ją wycenić każdy wykonawca. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż jest to typowa pozycja ryczałtowa, w której nie interesuje Zamawiającego szczegółowa jej wycena. Wykonawcy mieli podać jedną zryczałtowaną cenę obejmującą czynności opisane w dokumentacji projektowej dla tej pozycji. W żadnym punkcie opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie narzucał sposobu wyceny tej pozycji, a już zwłaszcza w oparciu o założenia Odwołującego, ani też nie oczekiwał w tym zakresie jakichś dodatkowych wyliczeń ze strony wykonawców. Potwierdzeniem tego, iż Zamawiający w żadnym aspekcie nie oczekiwał szczegółowych wyliczeń w tej i innych tego typu pozycjach jest zapis Preambuły do Przedmiaru Robót, w której w pkt 3, w akapicie drugim napisano: *„Każda pozycja SPR powinna zostać wyceniona. Pozycje Robót opisanych w SPR, przy których wpisano „zero” lub nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez Zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji SPR”*. Wynika z niego jednoznacznie, iż przypadku gdyby nawet wykonawca nie wycenił tej zryczałtowanej pozycji, to Zamawiający uznałby, że została ona wyceniona w innych pozycjach kosztorysu. Powyższy zapis, jest standardowym zapisem w przypadku, gdy Zamawiający stosuje kosztorys mieszany, tzn. występują w nim pozycje typowo obmiarowe oraz pozycje zryczałtowane. W ten sposób zabezpiecza się przed ewentualnymi błędami potencjalnych wykonawców. Dodatkowo, wskazać należy, że Odwołujący pomija także fakt, iż oferta podwykonawcy odnosi się tylko do części wyceny wykonawcy w tej pozycji, gdyż opiewa na kwotę 80 000,00 zł, a cała pozycja 451 została wyceniona przez wykonawcę Kanwod na kwotę 219 000,00 zł. Zamawiający podkreślił, że nieprawdziwe jest stwierdzenie, iż jest to błąd eliminujący tą ofertę, gdyż Zamawiający nigdzie nie oczekiwał takich wyjaśnień od wykonawców. Sam charakter tej pozycji (ryczałt), zapisy Preambuły do Przedmiaru Robót nie obowiązywały ani nie uprawniały Zamawiającego do żądania takich wyjaśnień.

Co do drugiego aspektu zarzutu, dotyczącego różnic w ofertach podwykonawcy WAJM sp. z o.o., Zamawiający wskazał, że trudno mu się odnieść do zarzutu, iż ten sam podwykonawca daje różne oferty cenowe poszczególnym wykonawcom. Polityka cenowa (w tym oferowane ceny) podwykonawcy to jego wewnętrzna kwestia. Przyczyną przedkładania zróżnicowanych cenowo ofert różnym kontrahentom może być wiele, a Zamawiający nie ma wiedzy z czego wynika ta rozbieżność. Zamawiający zwrócił uwagę, że logika przyjęta przez Odwołującego pozwoliłaby również wysnuć irracjonalny wniosek, iż na wolnym rynku nie istnieje możliwość złożenia zróżnicowanych cenowo ofert. Zdaniem Zamawiającego istotą wolnego rynku jest możliwość konkurowania, w tym w szczególności w aspekcie cenowym.

Odnosnie oferty podwykonawcy Kan-Mix sp. z o.o., Zamawiający zwrócił uwagę, że wiedzę swoją o braku doświadczenia Odwołujący opiera tylko i wyłącznie na informacjach ze strony internetowej tego podwykonawcy, stwierdzając jednoznacznie, iż specjalizuje się on tylko w wykopach, co stanowi niepełną i subiektywną optykę. Zamawiający zwraca uwagę, że – podążając za logiką Odwołującego i posiłkując się informacjami umieszczonymi na stronie internetowej podwykonawcy należy zauważyć, iż realizował on m.in. inwestycję pod nazwą: „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej wraz z przepompownią na inwestycji pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej wraz z odciekami na działkach w miejscowościach Ogrodzisko, Czechy, gm. Zduńska Wola”. Zauważyć także należy, iż – zgodnie z ww. stroną internetową – inwestycja ta była realizowana właśnie w konsorcjum z wykonawcą Kanwod. Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego, trudno jest stawiać jednoznaczne

stwierdzenia o braku doświadczenia tylko na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej.

Co do zarzutu nr II, Zamawiający podkreślił ponownie, że pozycja 451 jest pozycją ryczałtową. Konsekwencją takiego ujęcia prac wchodzących w zakres pozycji nr 451 oprócz tego, że wymaga ona od wykonawcy przedstawienia właśnie takiej wyceny (jednej ceny dla całego zakresu prac), jest także ograniczenie dla zamawiającego. Mianowicie – w odniesieniu do takich pozycji nie jest on uprawniony do żądania od wykonawcy przedkładania szczegółowych kosztorysów – określających ceny poszczególnych prac wchodzących w zakres pozycji ryczałtowej, a wykonawcy nie są zobowiązani do udzielania tak szczegółowych wyjaśnień. W związku z powyższym Zamawiający – w przypadku zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia treści oferty w odniesieniu do pozycji ryczałtowej uprawniony jest do oceny odpowiedzi wykonawcy wyłącznie pod kątem zdolności wykonawcy do realizacji prac w tej pozycji określonych za wskazaną w ofercie cenę (całościową – dla całej pozycji). Zamawiający zwrócił uwagę na badanie innych ofert złożonych w Postępowaniu. Wskazał, że W odpowiedzi z dnia 15.01.2024 r. wykonawca Kanwod potwierdził gotowość do realizacji umowy za oferowaną cenę oraz potwierdził, iż do wyceny pozycji 451 przyjął technologię wykonania, zgodną z dokumentacją projektową. Zamawiający zasięgnął fachowej opinii projektanta (który sprawował będzie nadzór autorski nad pracami wykonywanymi w ramach umowy) co do mieszanki GRUNTON DR-1,5 Mpa oraz jej zastosowania w budownictwie do zamulania przewodów, a także mając na uwadze zapewnienia wykonawcy Kanwod, że przewody zostaną wypełnione pianobetonem, uznał wyjaśnienia za wystarczające.

Zamawiający podkreślił także, że pianobeton jest pojęciem ogólnym – rodzajowym wskazaniem materiału. Brak jest norm technicznych, które przesądzają o tym, że określone parametry fizykochemiczne stanowią o tym, że daną mieszankę można uznać za pianobeton, a innej nie. Jest to pojęcie branżowe i podmioty zajmujące się dystrybucją tego typu materiałów wiedzą jaką mieszankę zaoferować w przypadku zapytania o pianobeton. Jeżeli skład danej mieszanki wskazuje na to, że jest to pianobeton to należy ją uznać za pianobeton niezależnie od tego, jaka jest jej nazwa. A w kontekście zapewnień wykonawcy Kanwod, że użyje do realizacji Umowy pianobetonu Zamawiający przyjął, że Wykonawca jest świadomy jakie proporcje mieszanki będzie musiał zastosować, żeby wykonać przedmiot Umowy zgodnie z dokumentacją postępowania.

Zamawiający wskazał, że wobec wyjaśnień merytorycznych w odpowiedzi na zarzut II, również zarzut III należy uznać za nieuzasadniony. Co do zarzutu IV, Zamawiający oświadczył, iż nie potraktował wyjaśnień wykonawcy Kanwod jako próby podjęcia negocjacji, z uwagi na fakt, że postępowanie takiej możliwości nie przewidywało. Zamawiający podkreślił, że istocie wykonawca Kanwod potwierdził (i deklarował to od samego początku – już w ramach wyjaśnień z dnia 15.01.2024 r.) wykonanie prac zgodnie z dokumentacją przetargową.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj.:

- 1) faktury i zlecenia, na fakt braku rynkowości stawki zaoferowanej przez przystępującego w zakresie pianobetonu;
- 2) pisma projektanta, na fakt braku możliwości zaoferowania innego produktu niż pianobeton.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci opinii prywatnej biegłego na fakt, że zaoferowany produkt Grunton odpowiada postanowieniom SWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest wykonanie kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Skrzynki, w podziale na określone w opisie przedmiotu zamówienia zakresy. W pkt. 15.1 SWZ zastrzeżono, że cenę oferty należy obliczyć poprzez wyceny Przedmiarów Robót dla zakresu Aquanet S.A. oraz Kosztorysu Ofertowego Ślepego i Tabeli Elementów Scalonych dla zakresu Gminy, stanowiących załączniki do OPZ. Szczegółowy sposób obliczenia ceny oferty został zawarty w Preambulach do Przedmiarów. W ww. preambulach, wskazano:

Wyceniony Scalony Przedmiar Robót (SPR) służy do rozliczenia Robót, jednocześnie nie przesądza o zakresie Robót do wykonania w ramach Umowy. Przyjmuje się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem i zakresem Robót, jakie mają zostać wykonane w ramach Umowy oraz sposobem ich wykonania. Przy dokonywaniu wyceny poszczególnych pozycji w SPR należy opierać się na zapisach Dokumentacji Projektowej (DP) oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB). Pozycje w SPR są zagregowane i opisują Roboty objęte Umową w sposób skrócony. Opis pozycji w SPR nie powiela pełnego opisu robót i metod wykonania podanych w DP oraz STWiORB. Uważa się jednak, że poszczególne pozycje SPR obejmują wszystkie czynności konieczne do całkowitego i poprawnego wykonania przedmiotowych Robót zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami czy jest to detalicznie wymienione w SWZ czy też nie. Stawka lub cena jednostkowa zaproponowana przez Wykonawcę za daną pozycję w wycenionym SPR obejmuje wszelkie niezbędne do wykonania danych Robót prace, sprzęt, opracowania, wymagane uzgodnienia i pozwolenia. Stawka lub cena jednostkowa zaproponowana przez Wykonawcę za daną pozycję w wycenionym SPR jest ostateczna i wyklucza możliwość żądania dodatkowej zapłaty za wykonane Roboty

objęte tą pozycją przedmiarową.

W pozycji 451 przedmiaru robót wykonawcy mieli obowiązek wycenić ryczałtowo pozycję „Likwidacja istniejącej sieci kanalizacji tłocznej wraz z komorami rewizyjnymi”. W dokumentacji zamówienia (m.in. „POZ/BOR/OWI — Projekt Organizacji Wykonania Inwestycji” pkt 8, „KOR/BOR/PBW - Projekt budowlano - wykonawczy”, pkt 7.7.), wskazano, że w ramach likwidacji niektóre z odcinków należy wypełnić pianobetonem. W dniu 25 września 2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 22 Zamawiający potwierdził, że odcinki podlegające unieczynnieniu pianobetonem znajdują się w zakresie prac.

W odpowiedzi na ogłoszenie, oferty złożyli m.in. Odwołujący oraz Przystępujący. Przystępujący wycenił pozycję 451 na kwotę 219 tys zł.

W dniu 9 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień o następującej treści: „Czy Wykonawca potwierdza, iż do wyceny pozycji nr 451 przyjął technologię wykonania, zgodną z dokumentacją projektową opisującą dwie metody likwidacji sieci poprzez zamulenie istniejącej sieci wraz z uwzględnieniem robót koniecznych do wykonania tego zakresu oraz trwałym usunięciem z ziemi odcinków likwidowanej sieci? W szczególności, czy uwzględnił w wycenie oprócz MRS, odwodnienie, zagęszczenia, utylizację oraz materiał potrzebny do zamulenia (pianobeton), biorąc pod uwagę, iż zgodnie z projektem przewidziana długość sieci do likwidacji to ok. 7 300 m oraz komory?”.

W dniu 15 stycznia 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że do wyceny pozycji 451 przyjął technologię wykonania, zgodną z dokumentacją projektową opisującą dwie metody likwidacji sieci poprzez zamulenie istniejącej sieci wraz z uwzględnieniem robót koniecznych do wykonania tego zakresu oraz trwałym usunięciem z ziemi odcinków likwidowanej sieci.

Dalej Przystępujący wskazał, że „do wyceny robót opisanych pod pozycją 451 w zakresie metody zamulania istniejącej sieci przyjęto ofertę specjalistycznej firmy CEMEX Polska Sp. z o.o. z propozycją użycia mieszanki Grunton DR-1,5 Mpa za kwotę 131.580,00 zł.”. Dalej wykonawca wskazał, że rurociąg na wskazanych odcinkach zostanie wypełniony pianobetonem. Do wyjaśnień wykonawca przedłożył oferty podwykonawców – Geoinvest A.T. oraz Cemex Polska sp. z o.o.

W piśmie z dnia 7 marca 2024 r. Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, w tym oświadczył, że wypełni rurociąg pianobetonem. Wyraził także stanowisko dotyczące porównywalności produktów obu mieszanek. Do pisma dołączył kartę charakterystyki mieszanek oferowanych przez Cemex oraz ofertę WAJM sp. z o.o. na pianobeton.

W dniu 15 marca 2024 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, gdyż podniesione zarzuty nie potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutu oznaczonego numerem I, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Argumentacja Odwołującego została zbudowana na podstawie jedynie domysłów i nie poparta wiarygodnymi dowodami. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący postawił przedmiotowy zarzut z nawiązaniem do zasad ustalania cen transferowych, opisanych w art. 230 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 226 z późn. zm.).

W tym aspekcie Odwołujący nie wykazał, jakoby cena zaoferowana przez podwykonawcę Geoinvest Przystępującego była ceną nierynkową czy też zróżnicowaną dla różnych Klientów lub też że oferta WAJM jest nieprawdziwa i antydatowana, zaś w tym zakresie spoczywał na nim ciężar dowodu. Nieuzasadnione były w tym zakresie próby Odwołującego przerzucenia na Izbę prowadzenia dowodów z urzędu, podczas gdy sam mógł zwrócić się do podwykonawców celem uzyskania oferty czy wyjaśnienia oferty. Podnosząc tego rodzaju zarzuty nie można opierać się wyłącznie na domysłach i poszlakach, czy też własnym przekonaniu, jak to czynił Odwołujący.

Przystępujący wyjaśnił, że ofertę Cemex przedłożył dopiero w drugich wyjaśnieniach, ponieważ oferują oni bardzo konkurencyjną cenę i nie chciał jej ujawniać – co biorąc pod uwagę pozostały materiał dowodowy potwierdziło się. Rację ma ponadto Zamawiający wskazując, że samo odniesienie się do publikowanych w wydawnictwie „SEKOCENBUD” dla

województwa wielkopolskiego wg dostępnych opublikowanych wskaźników kwartalnych, tj. dla IV kwartału 2023 r., nie pozwala stwierdzić, że jest to cena nierealna, a jej realność właśnie potwierdza fakt, że takie podmioty oferują realizację na takich warunkach.

Co do twierdzeń Odwołującego o braku rzetelności podanej w ofercie podmiotu WAJM sp. z o.o., Izba wskazuje, że ich podstawą była okoliczność, że Odwołujący otrzymuje stawki niemalże dwukrotnie wyższe. Z samej tego rodzaju okoliczności nie można wywodzić, że jest to oferta nierzetelna czy też nieprawdziwa. Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że być może otrzymuje oferty na preferencyjnych warunków z uwagi na zaliczkowanie czy też dłuższe terminy realizacji. Izba dała wiarę tym twierdzeniom, biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, może wystąpić na rynku sytuacja, w których podwykonawca oferuje różne stawki różnym podmiotom, na co może mieć wpływ wiele czynników. Tak jak wskazał Zamawiający, jest to wpisane w zasady wolnego rynku.

Z kolei w przypadku kwestionowania przez Odwołującego doświadczenia podwykonawcy KAN-MIX sp. z o.o. Izba wskazuje, że po pierwsze, to na wykonawcy spoczywa obowiązek prawidłowej realizacji zamówienia i to on ma posiadać odpowiednie zaplecze i doświadczenie, zaś po drugie Zamawiający wyjaśnił, że ten podwykonawca według informacji dostępnych na stronie internetowej realizował podobne zamówienia, czemu Odwołujący nie zaprzeczył w toku rozprawy. W konsekwencji zarzut oznaczony nr I nie potwierdził się.

Co do zarzutu odwołania o numerze II, dotyczącego zaniechania poprawienia omyłki w treści oferty Przystępującego, Izba także uznała go za niezasadny. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawie w ofercie, oprócz oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, także inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny – właśnie w trybie przewidzianym na poprawienie omyłek.

W sprawie niniejszej zasadnicze znaczenie miała jednak okoliczność, że oferta Przystępującego nie zawiera omyłki. Przystępujący złożył oświadczenie woli w postaci oferty, oferując z jej ramach wykonanie pozycji 451 za kwotę 219 tys. zł. Jest to wynagrodzenie, które przyjął i które na etapie realizacji zamówienia – jeśli zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego – będzie wiążącą podstawą rozliczenia tej pozycji kosztorysu. Nie można tak jak domaga się tego Odwołujący dokonywać poprawy pozycji jedynie z tego względu, że została wyceniona na podstawie najniższej z zaoferowanych cen podwykonawców – ostatecznie sposób wyceny leży w gestii każdego wykonawcy i ma on prawo do uprawiania własnej polityki cenowej. Odwołujący także domagał się, aby ceny były odnoszone do stawek publikowanych w wydawnictwie „SEKOCENBUD” – co jest nieuprawnione, ponieważ stawki te będą miały zastosowanie jedynie w procedurze zmiany umowy opisanej w § 23 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ). Sam fakt, że Odwołujący praktykuje odnoszenie się do ww. stawek nie obliguje innych wykonawców do ich wykorzystywania. W konsekwencji – skoro oferta Przystępującego nie zawiera omyłki, brak było podstaw do jej poprawienia.

Co do zarzutu nr III, dotyczącego zgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się. Zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Skonstruowanie zarzutu dotyczącego naruszenia przytoczonego przepisu wymaga zatem skonfrontowania treści oferty z treścią warunków zamówienia. W niniejszej sprawie, z dokumentów zamówienia (przytoczonych powyżej) bezspornie wynika, że unieczynnienie niektórych z rurociągów powinno nastąpić poprzez wypełnienie pianobetonem. Przystępujący w wyjaśnieniach z 15 stycznia 2024 r. wyraźnie oświadczył, że oferuje wypełnienie spornego rurociągu pianobetonem – tj. technologię zgodną z projektem i dokumentami zamówienia. Wskazał jedynie, że na potrzeby wyceny przedmiotowej pozycji przyjął stawkę wypełnienia gruntonem, jednocześnie dołączając oferty podwykonawców na różne mieszanki, w tym grunton i pianobeton.

Ponadto, oferta podwykonawcy WAJM z 10 listopada 2023 r. referuje do zapytania o wycenę pianobetonu, stąd też Izba uznała za wykazane, że przed terminem składania ofert Przystępujący wycenił ten koszt i objął zamiarem zaoferowanie właśnie pianobetonu. Także spytany na rozprawie Przystępujący potwierdził, że oferuje wypełnienie pianobetonem. Z powyższych względów Izba uznała, że skoro Przystępujący oferuje tego rodzaju wypełnienie, to jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Kwestia stawek przyjętych do wyceny mogła być ewentualnie rozpoznawana z punktu widzenia sposobu kalkulacji, nie zaś zgodności z warunkami zamówienia – a taki jedynie zarzut postawił Odwołujący, zaś Izba jest związana zakresem postawionych zarzutów. Indyferentna na gruncie sprawy pozostała kwestia rozstrzygnięcia, czy grunton jest mieszanką o parametrach zbliżonych czy równoważnych do pianobetonu.

W zakresie ostatniego z zarzutów postawionych przez Odwołującego, tj. zarzutu oznaczonego numerem IV, Izba także uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, a przede wszystkim literalne brzmienie wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 stycznia 2024 r. potwierdziło, że Przystępujący oferował wypełnienie nieczynnego rurociągu pianobetonem. Z powyższych względów zdaniem Izby nie doszło do zmiany oferty, czy też jej negocjacji, a zatem zarzut podlegał oddaleniu.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów, które mogłyby stanowić podstawę ich zasądzenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....