

WYROK

Warszawa, dnia 11 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę B.G. Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 5 i 6.

2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zabezpieczenie przeciwpożarowe terenów składowania odpadów pogórnictwa w SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I — Pokój 11” Rucł „Pokój I” na działce 2704/234 oraz na terenach sąsiednich”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 31 października 2023 r.

I. W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawca B.G. Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowo- Transportowe „DEKO” Ł.B. oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „PROGEO” Sp. z o.o. i Zakład Remontowo-Budowlany „INŻ-BUD A. Stańczyk (dalej: „Konsorcjum”);

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum w sytuacji, w której (i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8 ust. 1 ppkt 4) specyfikacji warunków zamówienia opublikowanej w

ramach Postępowania („SWZ”), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub (ii) co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Konsorcjum przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu poprzez złożenie oświadczeń, zgodnie z którymi w ramach realizacji usług na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice wykona zostały odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin, w sytuacji gdy w rzeczywistości w/w usługi na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice ich nie obejmowały, co w konsekwencji powinno powodować wykluczenie Konsorcjum z Postępowania;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy złożyło ono ofertę sporządzoną z naruszeniem warunków zamówienia, tj. poprzez opracowanie kosztorysu ofertowego uwzględniającego w pozycji 18 przedmiaru robót opublikowanego w ramach Postępowania (Załącznik nr 1 1 do SWZ, „Przedmiar Robót”) pozycję KNR-W 2-01 0203-13 z.sz. 2.3.12.9905-04 w sytuacji, gdy według Przedmiaru Robót w ramach tej pozycji należało przyjąć KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12.9905-04 4, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 2) powyżej:

3.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której Konsorcjum w celu uzyskania zamówienia w ramach Postępowania dokonało manipulacji cenowej poprzez oparcie przygotowanej oferty o parametry odmienne aniżeli wskazane w pozycji 18 Przedmiaru Robót (t.j. KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12.9905-04 4), co przełożyło się na nieuprawnione obniżenie zaoferowanej ceny i spowodowało brak możliwości zapewnienia porównywalności ofert złożonych w Postępowaniu, co w konsekwencji stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy Konsorcjum nie zastosowało w przedłożonym kosztorysie współczynnika robocizny 1,5 dla pozycji 15 Przedmiaru Robót oznaczonych jako „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj łyżki 1.20 m3 w gr. kat. IV z transportem urobku samochodami samowyladowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WSTUDZENIA PRACA W STREFIE PODWYŻSZONYCH LOK TEMPERATUR, ZAŁOŻONO WSP. 1,5 DO ROBOCIZNY ZA UTRUDNIENIA Z POWODU PRZERW W P CHŁODZENIA, ZADYMIENIA ITP., 2,2 ha - obj. 250 tys. m3”, pomimo takich wymagań Zamawiającego w ty zakresie oraz bezpodstawną zmianę przez Konsorcjum opisu przedmiotowej pozycji, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;

5.art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, mimo że Konsorcjum w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez: (i) złożenie oświadczenia w zakresie punktu 1 i 2 wykazu usług opublikowanego w ramach Postępowania (załącznik nr 4b do SWZ, „Wykaz Usług”), zgodnie z którym jeden z członków Konsorcjum (t.j. Progeo sp. z o.o.) zrealizował usługi polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicznych o poszczególnych wartościach wskazanych w kolumnie pn. Całkowita wartość brutto (zł), w sytuacji, gdy przedłożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają żadnej ze wskazanych w wykazie kwot, a według wiedzy Odwołującego nie są one zgodne ze stanem faktycznym lub (ii) złożenie oświadczenia w zakresie punktu 1 Wykazu Usług, zgodnie z którym jeden z członków Konsorcjum (t.j. Progeo sp. z o.o.) zrealizował usługi w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicznych, podczas gdy przedłożone przez Konsorcjum dokumenty nie potwierdzają wykonania takiej usługi, a według wiedzy Odwołującego takie oświadczenie nie jest zgodne ze stanem faktycznym, co w konsekwencji powinno powodować wykluczenie Konsorcjum z Postępowania;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 5) powyżej:

6.art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia treści Wykazu Usług, pomimo faktu, że z treści przedłożonej przez Konsorcjum dokumentacji nie wynika: (i) jaki jest rzeczywisty koszt wykonania usług z punktów 1 i 2 Wykazu Usług w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na

terenach pogórnicych na rzecz wyszczególnionych tamże podmiotów, jak również (ii) czy Konsorcjum rzeczywiście zrealizowało zamówienie wskazane w punkcie 1 Wykazu Usług w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicych, co w konsekwencji powoduje brak weryfikacji przez Zamawiającego, czy Konsorcjum faktycznie spełniło warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 8 pkt 1 ppkt 3) SWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum;
- wykluczenia Konsorcjum z Postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum,
- w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 5) — w zakresie zarzutu ewentualnego — unieważnienia czynności wyboru oferty i wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych nr 5 i 6, a w konsekwencji o odstąpieniu od żądania unieważnienia czynności wyboru oferty i wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych.

II. Pismem wniesionym w dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum w sytuacji, w której (i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8 ust. 1 ppkt 4) specyfikacji warunków zamówienia opublikowanej w ramach Postępowania („SWZ”), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub (ii) co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Konsorcjum przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu poprzez złożenie oświadczeń, zgodnie z którymi w ramach realizacji usług na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice wykonane zostały odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin, w sytuacji gdy w rzeczywistości w/w usługi na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice ich nie obejmowały, co w konsekwencji powinno powodować wykluczenie Konsorcjum z Postępowania.

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący wskazał, że zarówno w treści pierwotnie złożonego Wykazu Usług, złożonych wyjaśnień, jak i w treści zaktualizowanego Wykazu Usług, Konsorcjum przedstawiło oświadczenie, zgodnie z którym w ramach usług świadczonych na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice wykonane zostały odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin. Przedmiotowe oświadczenie stoi w sprzeczności ze złożonymi protokołami odbioru końcowego dla w/w usług. Żaden z przedstawionych przez Konsorcjum dokumentów nie potwierdza, że w ramach w/w usług świadczonych na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice wykonane zostały odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin (wskazując wyłącznie na wykonanie w ramach w/w usług badań stanu termicznego, badań stopnia zagęszczenia gruntu oraz badań termowizyjnych). Odwołujący wystąpił z wnioskiem o wskazanie zakresu wykonanych przez członka Konsorcjum usług bezpośrednio do: PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice. Zdanie Odwołującego w udzielonych odpowiedziach potwierdzono, że przedmiotowe usługi wykonane na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice objęły wyłącznie zagęszczenie gruntu, stanu termicznego oraz badań termowizyjne, zaś wykonane na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice — wyłącznie zagęszczenie gruntu oraz stanu termicznego. W efekcie potwierdzone zostało, że przedmiotowe usługi nie objęły badania odwiertów wraz z oceną zwiercin. Oświadczając w Wykazie Usług, że usługi na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice objęły wykonanie badania odwiertów wraz z oceną zwiercin, Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia na potrzeby warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 8 pkt 1 ppkt 4) SWZ. Podanie takich (wprowadzających w błąd) informacji mogło mieć przy tym (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Kierując się złożonymi w tym zakresie oświadczeniami (w tym złożonymi następnie wyjaśnieniami) Zamawiający uznał, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający powinien był uznać, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8. 1. 2) 4 SWZ przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu:

Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem usług w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegającej na wykonaniu badań (w min. zakresie: badań termowizyjnych powierzchni, badań wgłębnych stanu termicznego, wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz składu gazów –tlenku węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu - w wykonanych odwiertach) stanu termicznego zapożyczonych terenów pogórnictwa o łącznej wartości minimum 30 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Konsorcjum jako podmiotowy środek dowodowy przedstawiło wykaz usług, w którym wskazane zostały dwa zadania:

- na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice - wykonanie badań termowizyjnych powierzchni, badań wgłębnych stanu termicznego, wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz składu gazów tlenków węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu w wykonanych odwiertach - stanu termicznego zapożyczonych terenów pogórnictwa;
- na rzecz PGG S.A. KWK ROW Ruch JANKOWICE - wykonanie badań termowizyjnych powierzchni, badań wgłębnych stanu termicznego, wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz składu gazów tlenków węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu w wykonanych odwiertach - stanu termicznego zapożyczonych terenów pogórnictwa.

Pismem z dnia 1 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających wykonanie usług wykazanych w załączniku nr 4c do Formularza Ofertowego. Zamawiający wskazał, co następuje:

„W nawiązaniu do rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2023 roku dotyczącej postępowania nr ZP-PII-0012-23, w którym Zamawiający postawił identyczny warunek udziału w postępowaniu dotyczący wykonywania badań, firma Barosz-Gwimet Sp. z o.o. złożyła dokumenty otrzymane od PGG S.A. które mogą świadczyć, iż w ramach wykazanych w załączniku nr 4c usług nie były wykonywane odwierty wraz z oceną zwiercin. W związku z podważonymi dokumentami na rozprawie w KIO Zamawiający wzywa do wyjaśnienia czy w ramach wyszczególnionych w załączniku nr 4c usług wykonywano odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin. W przypadku jednak, gdyby wykazane usługi nie spełniały warunku, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa do uzupełnienia oferty o wykazanie innej usługi spełniającej warunek udziału w postępowaniu.”

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum wyjaśniło: „w ramach wyszczególnionych w załączniku nr 4c usług wykonywane były następujące badania: badania termowizyjne powierzchni, badania wgłębne stanu termicznego, badania temperatur oraz składu gazów – tlenku węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu. Usługi w zakresie: wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, oraz badania temperatur oraz składu gazów – tlenku węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu w wykonanych odwiertach wykonywane były przed oraz po pracach terenowych a także w trakcie prowadzenia prac geologicznych na terenie osadników gipsu FIRLUSOWIEC. W załączeniu przekazujemy dokumentację fotograficzną oraz raporty z przeprowadzonych prac dokumentujące wykonanie otworów badawczych oraz pomiar gazów i temperatury w otworach.”

Jednocześnie Konsorcjum złożyło wykaz usług uzupełniony o dodatkową usługę.

Odwołujący wystosował do PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice następujące pytania:

1. do PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice (pismo z dnia 22 listopada 2023 r.) – „Barosz-Gwimet Sp. z o.o. przy ul. Zana 67, 44-321 Markłowice zwraca się z zapytaniem o potwierdzenie czy firma P.P.U.H PROGEO na podstawie niżej wskazanych umów:

- Zlecenie zewnętrzne nr 47/ZIG/2022/417 z dnia 01.09.2022 r (protokół z dnia 28.12.2022 r) badania dla Ruchu Chwałowice.
- Umowa nr 472300139 z dnia 13.02.2023 r (protokół z dnia 25.04.2023 r) badania dla Ruchu Chwałowice.
- Umowa nr 472300139 z dnia 13.02.2023 r (protokół z dnia 31.07.2023 r) badania dla Ruchu Chwałowice.

wykonywała badania odwiertów wraz z oceną zwiercin?”

2. do PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice (pismo z dnia 22 listopada 2023 r.) – „Barosz-Gwimet Sp. z o.o. przy ul. Zana 67, 44-321 Markłowice zwraca się z zapytaniem o potwierdzenie czy firma P.P.U.H PROGEO na podstawie niżej

wskazanych umów:

–Umowa nr 472000798 z dnia 01.09.2020 r. z dnia 01.09.2020 r. (protokół odbioru częściowego z dnia 30.06.2022 r.) za okres kwiecień — czerwiec 2022 r. badania dla Ruchu Jankowice.

–Umowa nr 472000798 z dnia 1.09.2020 r. (protokół odbioru końcowego z dnia 30.08.2022 r.) badania dla Ruchu Jankowice.

wykonywała badania odwiertów wraz z oceną zwiercin ?

W odpowiedzi na ww. zapytania PGG Oddział KWK ROW w Pismem z dnia 29 października 2023 r. udzielił następującej odpowiedzi:

„Firma P.P.U.H PROGEO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgodnie z umową:

nr 472000798 z dnia 01.09.2020r. wykonywała badania obiektów budowlanych Ruchu Jankowice oraz obiektów rekultywacyjnych Ruchu Chwałowice w zakresie:

- zagęszczenia gruntu;
- stanu termicznego;
- badań termowizyjnych.

nr 472300139 z dnia 13.02.2023r. wykonuje badania obiektów rekultywacyjnych Ruchu Chwałowice w zakresie:

- zagęszczenia gruntu;
- stanu termicznego;

Z powyższych badań były/są wykonywane sprawozdania kwartalne.”

Należy podkreślić, że uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku jednoznacznego wykazania wystąpienia przesłanek składających się na ww. podstawy wykluczenia. Zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Natomiast zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim Odwołujący powinien udowodnić, że Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje w zakresie spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 8. 1. 2) 4 SWZ W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim w tym zakresie ciężarowi dowodu. Żaden z przedstawionych dokumentów nie potwierdza, że w ramach usług świadczonych na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice nie zostały wykonane odwierty badawcze wraz z oceną zwiercin. Odwołujący stwierdził, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum w obydwu złożonych Wykazach usług oraz wyjaśnieniach stoi w sprzeczności ze złożonymi protokołami odbioru końcowego. Należy jednak zauważyć, że dokumenty załączane przez wykonawców do wykazu usług składane są na potwierdzenie ich należytego wykonania lub wykonywania. Nie muszą potwierdzać wszystkich elementów przedmiotu usługi wymaganych przez zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że w odpowiedzi udzielonej przez PGG Oddział KWK ROW potwierdzono, że usługi wykonane na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice objęły wyłącznie zagęszczenie gruntu, stanu termicznego oraz badań termowizyjne, zaś wykonane na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice – wyłącznie zagęszczenie gruntu oraz stanu termicznego. W treści ww. odpowiedzi słowo „wyłącznie” wcale się nie pojawia – jest ono wyrazem domniemania dokonanego przez Odwołującego. Nie można zatem zgodzić się z oceną dokonaną przez Odwołującego, że ww. odpowiedź potwierdza, że usługi zrealizowane na rzecz PGG SA KWK ROW Ruch Jankowice oraz PGG SA KWK ROW Ruch Chwałowice nie objęły badań odwiertów wraz z oceną zwiercin. Mając na uwadze treść tej odpowiedzi równie prawdopodobne wydaje się stwierdzenie, że wskazano na główny przedmiot tych usług. Z pewnością w odpowiedzi PGG Oddział KWK ROW nie potwierdzono jednoznacznie, że przedmiotowe usługi nie objęły wykonania odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin. Wykazanie wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy uznać za niewystarczające. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający przedstawili w toku

postępowania odwoławczego swoje stanowiska odnośnie tego, czy usługi wskazane przez Konsorcjum w wykazie usług obejmowały wszystkie elementy wskazane w pkt 8. 1. 2) 4 SWZ, tj. Odwołujący w ramach wypowiedzi ustnej pełnomocnika oraz Zamawiający w opinii swojego pracownika. Stanowiska te stanowią jedynie poglądy stron, a nie jednoznaczne dowody w sprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał przekonująco, że Konsorcjum wprowadziło w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania przez usługi wskazane pod poz. 1 i 2 wykazu usług wymogu Zamawiającego w zakresie wykonania odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin. Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego okoliczności tej nie można w sposób jednoznaczny ustalić, a w konsekwencji nie jest możliwe stwierdzenie zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisów jest sankcją bardzo dotkliwą dla wykonawcy. Zgodnie z przepisem art. 111 pkt 5 oraz 6 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje: w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia; w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania może mieć zatem miejsce jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia zaistnienia przesłanek składających się na podstawę wykluczenia. Inaczej, niż w przypadku odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku wystarczające jest wykazanie, że to wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona, nie wykazał w sposób dostateczny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy złożyło ono ofertę sporządzoną z naruszeniem warunków zamówienia, tj. poprzez opracowanie kosztorysu ofertowego uwzględniającego w pozycji 18 przedmiaru robót opublikowanego w ramach Postępowania (Załącznik nr 1 do SWZ, „Przedmiar Robót”) pozycję KNR-W 2-01 0203-13 z.sz. 2.3.12.9905-04 w sytuacji, gdy według Przedmiaru Robót w ramach tej pozycji należało przyjąć KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12.9905-04 4, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 3 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5) UZNK poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której Konsorcjum w celu uzyskania zamówienia w ramach Postępowania dokonało manipulacji cenowej poprzez oparcie przygotowanej oferty o parametry odmienne aniżeli wskazane w pozycji 18 Przedmiaru Robót (t.j. KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12.9905-04 4), co przełożyło się na nieuprawnione obniżenie zaoferowanej ceny i spowodowało brak możliwości zapewnienia porównywalności ofert złożonych w Postępowaniu, co w konsekwencji stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 4 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy Konsorcjum nie zastosowało w przedłożonym kosztorysie współczynnika robocizny 1,5 dla pozycji 15 Przedmiaru Robót oznaczonych jako „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj łyżki 1.20 m3 w gr. kat. IV z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WSTUDZENIA PRACA W STREFIE PODWYŻSZONYCH LOK TEMPERATUR, ZAŁOŻONO WSP. 1.5 DO ROBOCIZNY ZA UTRUDNIENIA Z POWODU PRZERW W P CHŁODZENIA, ZADYMIENIA ITP., 2,2 ha - obj. 250 tys. m3” pomimo takich wymagań Zamawiającego w tym zakresie oraz bezpodstawną zmianę przez Konsorcjum opisu przedmiotowej pozycji, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Uzasadniając zarzuty nr 2 oraz 3 Odwołujący powołał się na pkt 20 SWZ i stwierdził, że oferenci zostali jednoznacznie zobowiązani do przestrzegania opisów zawartych w Przedmiarze Robót oraz przestrzegania wskazanych w nich podstaw do naliczania ceny. Pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący stwierdził, że mimo jasnego wezwania ze strony Zamawiającego, w przedstawionym przez Konsorcjum kosztorysie ofertowym w dalszym ciągu pozostała niezgodna z warunkami zamówienia podstawa obliczeń dla pozycji nr 18 w Przedmiarze Robót, która została opisana jako: „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 2.00 m3 w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km – ponad 5000 m3 w jednym miejscu. ZAŁADUNEK I PRZEWÓ WYCHŁODZONEGO I WYMIESZANEGO GRUNTU DO WBUDOWANIA - poz. 13 + poz.14”.

Odwołujący wskazał, że według Przedmiaru Robót podstawą tej pozycji ma być KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12.9905-

04 4.

Współczynnik norm dla tej pozycji wynosi wtedy w konsekwencji:

- 1.robocizna - roboty inżynieryjne (śląskie) $0,087 \cdot 0,9 = 0,0783$ r-g/m³;
- 2.koparka gąsienicowa 2.00 m³ $0,0202 \cdot 0,9 = 0,01818$ m-g/m³;
- 3.samochód samowładowczy 15-20 t $0,0462 \cdot 0,9 = 0,04158$ m-g/m³.

Natomiast Konsorcjum, wbrew treści warunków zamówienia, w przedłożonym kosztorysie ofertowym zmienił podstawę tej pozycji i oparł ją o KNR-W 2-01 0203-13 z.sz. 2.3.12.9905-04. Różnica w tej kwestii jest istotna, ponieważ stanowi obniżenie współczynników norm dla robocizny i sprzętu, a co za tym idzie daje inną wartość (zaniżoną) wyliczenia tej pozycji, co obniża także całą wartość oferty. Współczynniki norm w przypadku podstawy opartej o KNRW 2-01 0203-13 z.sz. 2.3.12.9905-04 wynoszą bowiem:

- 1.robocizna - roboty inżynieryjne (śląskie) 0,069 r-g/m³;
- 2.koparka gąsienicowa 2.00 m³ 0,0166 m-g/m³;
- 3.samochód samowładowczy 15-20 t 0,0421 m-g/m³.

Odwołujący zauważył, że przy pozycji 18 Przedmiaru Robót Zamawiający nie dał podstaw do analizy indywidualnej wyceny przez wykonawców, dlatego Konsorcjum nie miało prawa swobodnie zmieniać jakichkolwiek parametrów oferty w tym zakresie. W sytuacji, gdy Zamawiający przewidywał taką możliwość, w treści Przedmiaru Robót obok danej pozycji wprost widniała adnotacja „analiza indywidualna”. Co więcej – stwierdził Odwołujący – w piśmie z wyjaśnieniami Konsorcjum wprost przyznało się do tego, że rzeczywiście nie dostosowało swojej oferty do wymagań treści SWZ, i dodatkowo w dalszym ciągu powielало to naruszenie. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458) („Rozporządzenie”), na które powołuje się Konsorcjum usprawiedliwiając modyfikacje zastosowanych wyliczeń, służy określeniu sposobu kosztorysowania, ale przez inwestora, a nie przy kosztorysowaniu ofertowym wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum celowo doprowadziło do wprowadzenia w błąd zarówno Zamawiającego, jak i pozostałych oferentów. Została tym samym naruszona zasada przeprowadzenia postępowania zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji. Podstawa obliczeń przyjęta przez Konsorcjum spowodowała bowiem, że kwota dla tej pozycji razem z narzutami wyszła na poziomie 1 916 250,00 zł, natomiast przy wyliczeniach dokonanych na podstawie, którą Zamawiający narzucił w Przedmiarze Robót i do której dostosowali się wszyscy pozostali oferenci wynosiłaby ona 2 249 625,00 zł. Tym samym Konsorcjum w zupełnie nieuzasadniony sposób naruszyło zasady uczciwej konkurencji i zaniżyło swoją ofertę o kwotę 333 375,00 zł, co w ocenie Odwołującego wpisuje się w czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie przepisów UZNK, a w konsekwencji oferta złożona przez Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący stwierdził, że kolejne działanie Konsorcjum w sposób niezgodny z treścią warunków zamówienia polega na niezastosowaniu przez Konsorcjum współczynnika robocizny 1,5 dla wyliczeń ceny dla pozycji 15 Przedmiaru Robót opisanych przez Zamawiającego jako „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj łyżki 1.20 m³ w gr. kat. IV z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 m³ w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WYSTUDZENIA PRACA STREFIE PODWYŻSZONYCH LOKALNIE TEMPERATUR, ZAŁOŻONO WSP. 1,5 DO ROBOCIZNY ZA UTRUDNIENIA I PRZERW W PRACY CHŁODZENIA, ZADYMIENIA ITP., 2,2 ha - obj. 250 tys. m³”. Odwołujący zauważył, że w tym wypadku Zamawiający wprost w opisie Przedmiaru Robót wskazywał, że oferenci mają uwzględnić przy wyliczeniach ceny współczynnik 1,5 do robocizny. Dodatkowo Zamawiający potwierdza taki obowiązek oferentów w swoich wyjaśnieniach z dnia 26 września 2023 r. do SWZ, opublikowanych w toku Postępowania. Zamawiający wyraźnie wskazuje w nich, że nie zgadza się na zmianę opisu dotyczącego pozycji 15 Przedmiaru, jak również nie wyraża zgody na korektę współczynnika 1,5. Zamawiający nie pozostawia więc przestrzeni na indywidualną interpretację wykonawców w tym zakresie. Wykonawcy są wobec tego zobowiązani w kosztorysie uwzględnić ten współczynnik bez względu na okoliczności, na które się powołują. Zdaniem Odwołującego sytuacja odmienna stanowi błąd przy sporządzaniu kalkulacji i dopuściło się go Konsorcjum. Twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, że nie zastosowano współczynnika 1,5 związanego z utrudnieniami i przerwami w pracy sprzętu, ponieważ takowych przerw Konsorcjum nie zakłada „(...) poprzez zastosowanie właściwej organizacji prac, która pozwoli na minimalizację postoju, a bieżące schładzanie materiału pozwoli na uniknięcie przerw w pracach” nie może w żadnym przypadku usprawiedliwiać nieuwzględnienia w złożonej ofercie kategorycznego wymogu przedstawionego przez Zamawiającego. Co więcej – jak stwierdził Odwołujący

- Konsorcjum dopuściło się także zmiany w treści opisu pozycji 15 wprowadzając w to miejsce nowy opis w brzmieniu: „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 1.20 m³ w gr.kat.IV z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 m³ w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WYSTUDZENIA PRACA W STREFIE PODWYŻSZONYCH LOKALNIE TEMPERATUR obj. 250 tys. m³.”

Izba ustaliła, że w pkt 20 SWZ Zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienie:

3. Cena ofertowa powinna:

- 1) być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia – w tym przedmiarze robót – PFU – Programie Funkcjonalno- Użytkowym jeśli dotyczy oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru,
- 2) obejmować koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ i dokumentacją projektową – jeśli dotyczy, jak również koszty w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

W przedmiarze robót Zamawiający zawarł m.in. następujące pozycje:

15 d.3

KNR 2-01 0207-03 z.sz. 2.3.12 9905 analogia 3)

Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj łyżki 1.20 m³ w gr.kat.IV z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 m³ w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WYSTUDZENIA PRACA W STREFIE PODWYŻSZONYCH LOKALNIE TEMPE ZAŁOŻONO WSP. 1,5 DO ROBOCIZNY ZA UTRUDNIENIA Z POWODU PRZERW W PRACY, CHŁOD. ZADYMIENIA ITP., 2,2 ha - obj. 250 tys. m³

18 d. 3

KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12. 9905- 04 4)

Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 2.00 m³ w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km - ponad 5000 m³ w jednym miejscu. ZAŁADUNEK I PRZEWÓZ WYCHŁODZONEGO I WYMIESZANEGO GRUNTU DO WBUDOWANIA - poz. 13 + poz.1

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o przedstawienie kosztorysu zawierającego pozycje zgodne z przedmiarem robót do ceny oferty po przeprowadzonej aukcji.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum udzieliło pismem z dnia 27 grudnia 2023 r. W piśmie tym Konsorcjum stwierdziło m.in. co następuje:

„Należy w tym miejscu zaznaczyć że Wykonawcy w pełni świadomie nie zastosowali w poz. 15 kosztorysu współczynnika 1,5 związanego z utrudnieniami i przerwami w pracy sprzętu ponieważ takowych przerw nie zakładają, poprzez zastosowanie właściwej organizacja prac, która pozwoli na minimalizację postoju, a bieżące schładzanie materiału pozwoli na uniknięcie przerw w pracach. Dlatego też nie zastosowali ww. współczynnika zwiększającego nakłady pracy. Ta zmiana nie wpływa w żaden sposób na właściwy przebieg i charakter prowadzonych prac, powoduje jedynie zmianę wyliczeń roboczogodzin, bazujących na narzutach KNR.”

W ramach wyjaśnień Odwołujący złożył kosztorys uproszczony zawierający m.in. następuje pozycje:

15 d.3

KNR 2-01 0207-03 z.sz. 2.3.12 9905 analogia

Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj łyżki 1.20 m³ w gr.kat.IV z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km Wykop o objętości powyżej 5000 m³ w jednym miejscu. PRZEWÓZ GRUNTU DO WYSTUDZENIA PRACA W STREFIE PODWYŻSZONYCH LOKALNIE TEMPERATUR obj. 250 tys. m³

18 d. 3

KNR-W 2-01 0203-13 z.sz. 2.3.12. 9905-04 Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 2.00 m³ w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km - ponad 5000 m³ w jednym miejscu. ZAŁADUNEK I PRZEWÓZ WYCHŁODZONEGO I WYMIESZANEGO GRUNTU WBUDOWANIA - poz. 13 + poz.14 tys. m³

W ramach zarzutu nr 2 Odwołujący zarzucił Konsorcjum dokonanie w kosztorysie złożonym wraz z wyjaśnieniami zmiany podstawy pozycji KNR wskazanej w pozycji 18 przedmiaru robót. Odwołujący wskazał, że różnica jest istotna, ponieważ stanowi obniżenie współczynników norm dla robocizny i sprzętu, a co za tym idzie daje inną wartość (zaniżoną) wyliczenia tej pozycji, co obniża także wartość całej oferty. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że nie każda niezgodność z SWZ prowadzi do niezgodności z warunkami zamówienia. Podnosząc zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy podać z którym postanowieniem SWZ oferta wykonawcy jest niezgodna. Odwołujący wskazał w tym zakresie na postanowienie pkt 20 SWZ. Jest to postanowienie dotyczące sposobu obliczenia ceny. Jak wynika z treści odwołania Odwołujący nie zarzucił, że Konsorcjum nie zamierza zrealizować robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a jedynie że skutkiem powyższego jest zaniżenie ww. pozycji, a w konsekwencji również całej oferty. Zarówno zatem treść postanowienia SWZ, z którym niezgodność ofercie Konsorcjum zarzuca Odwołujący, jak i treść odwołania w tym zakresie, odnosi się do kwestii ustalenia ceny. Ewentualne nieprawidłowości oferty Konsorcjum w tym zakresie powinny być rozpoznawane na gruncie przesłanek odrzucenia oferty odnoszących się do obliczenia ceny oferty, a nie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący nie zarzucił Konsorcjum, że zamówienie zostanie zrealizowane niezgodnie z warunkami zamówienia. Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją H. Nowaka M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.”

Niezależnie od powyższego, należy wskazać na ogólny charakter postanowienia zawartego w pkt 20 SWZ, na które powołuje się Odwołujący. Zgodnie z tym postanowieniem cena ofertowa powinna być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia – w tym przedmiaru robót – PFU – Programu Funkcjonalno-Użytkowego jeśli dotyczy oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru. Z postanowienia tego wynika jedynie obowiązek uwzględnienia wszystkich pozycji przedmiaru robót, czego zaniechania Odwołujący Konsorcjum nie zarzuca. Mając na uwadze powyższe, jeżeli chodzi o kwestie przyjęcia odmiennych współczynników norm dla robocizny i sprzętu, skład orzekający Izby podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku Izby z dnia 19 grudnia 2023 r. w sprawie KIO 3564/23:

„KNR stanowią usystematyzowany zbiór zawierający opisy robót, technologię ich wykonania oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych czynników produkcji. Jako element opisu przedmiotu zamówienia w pozycjach przedmiarowych poszczególnych robót KNR pozwalają Zamawiającemu określić przewidywany do wykonania zakres prac, co nie oznacza, iż wykonawcy są związani przyjętymi w sposób abstrakcyjny współczynnikami do wyliczenia nakładów, z jakimi faktycznie wiązać się będzie wykonanie poszczególnych robót. (...) Przedmiar robót stanowi obowiązkowy element opisu przedmiotu zamówienia przygotowywany w zgodzie z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego. Jest to zatem dokument, który nie zastępuje indywidualnej wyceny wykonawcy i nie ma w zakresie samej wyceny wiążącego dla wykonawców charakteru. Również opracowania KNR przywoływane w przedmiarze robót, czy to przez przeniesienie w opisie pozycji wprost treści z KNR, czy też przez samo wskazanie nr tablic, nie mają statusu powszechnie obowiązującego, jak również nie ma obowiązku ich sztywnego stosowania do wyliczenia wartości robót. (...) Nie muszą one uwzględniać postępu technologicznego i sprzętowego, jaki ma miejsce. Ustalają one przeciętnie spotykane, standardowe warunki wykonania robót, które mogą odbiegać od specyficznych uwarunkowań dla realizacji danego zamówienia. (...)

Każda pozycja przedmiarowa została wyceniona, jak również zostały uwzględnione wielkości obmiarów danej pracy, co nie było przez Odwołującego kwestionowane. To nie zakres robót ale podstawy kalkulacji miałyby uzasadniać wniosek o konieczności odrzucenia oferty, jak również dokonania poprawienia omyłki. Nie ma jednak podstaw do kwestionowania indywidualnej analizy, w sytuacji, gdy w odwołaniu nie zostało wykazane, aby sposób kalkulacji w elementach wskazanych prowadził do pominięcia elementów prac stanowiących przedmiot zamówienia. W ocenie składu orzekającego nie stało również na przeszkodzie uznaniu, iż wycena w ofercie wybranej obejmowała całość robót, przywołanie w opisie pozycji przedmiarowej nr 14 założonego współczynnika 1,5 do robocizny za utrudnienia z powodu przerw w pracy, chłodzenia, zadymienia. Opis ten należało traktować w charakterze wskazówki dla wykonawcy istnienia trudnych warunków pracy, co mogło uzasadniać wyższe nakłady, jednak nie stanowiło obowiązkowego wskaźnika dla kalkulacji indywidualnej wykonawcy.”

Kierując się powyższą argumentacją analogiczne stanowisko Izba przyjęła w odniesieniu do zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 4.

Mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty za niepodlegający uwzględnieniu Izba uznała również zarzut oznaczony nr 3

W tym zakresie należy dodać, iż stwierdzenie zaniżenia ceny lub błędu w jej obliczeniu nie prowadzi automatycznie do wniosku, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, na który powołał się Odwołujący, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał wystąpienia przesłanek składających się na ww. czyn nieuczciwej konkurencji. Uwzględnienie optymalizacji w ramach kalkulacji ceny oferty co do zasady uznaje się za uprawnienie przysługujące wykonawcy, o ile optymalizacja taka jest uzasadniona i dopuszczalna. Odwołujący nie wykazał, aby zastosowana przez Konsorcjum optymalizacja była nieuzasadniona. Odwołujący powołał się w tym zakresie jedynie na niezgodność z warunkami zamówienia, ale jak wskazano we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia, taka sytuacja w rozpoznanej sprawie nie miała miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1a *contrario* ustawy Pzp.

Zarzut nr 5 – zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, mimo że Konsorcjum w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez: (i) złożenie oświadczenia w zakresie punktu 1 i 2 wykazu usług opublikowanego w ramach Postępowania (załącznik nr 4b do SWZ, „Wykaz Usług”), zgodnie z którym jeden z członków Konsorcjum (t.j. Progeo sp. z o.o.) zrealizował usługi polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicych o poszczególnych wartościach wskazanych w kolumnie pn. Całkowita wartość brutto (zł), w sytuacji, gdy przedłożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają żadnej ze wskazanych w wykazie kwot, a według wiedzy Odwołującego nie są one zgodne ze stanem faktycznym lub (ii) złożenie oświadczenia w zakresie punktu 1 Wykazu Usług, zgodnie z którym jeden z członków Konsorcjum (t.j. Progeo sp. z o.o.) zrealizował usługi w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicych, podczas gdy przedłożone przez Konsorcjum dokumenty nie potwierdzają wykonania takiej usługi, a według wiedzy Odwołującego takie oświadczenie nie jest zgodne ze stanem faktycznym, co w konsekwencji powinno powodować wykluczenie Konsorcjum z Postępowania.

Zarzut nr 6 – zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia treści Wykazu Usług, pomimo faktu, że z treści przedłożonej przez Konsorcjum dokumentacji nie wynika: (i) jaki jest rzeczywisty koszt wykonania usług z punktów 1 i 2 Wykazu Usług w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicych na rzecz wyszczególnionych tamże podmiotów, jak również (ii) czy Konsorcjum rzeczywiście zrealizowało zamówienie wskazane w punkcie 1 Wykazu Usług w zakresie dokumentacji projektowej zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów/ gaszenia zjawisk termicznych na terenach pogórnicych, co w konsekwencji powoduje brak weryfikacji przez Zamawiającego, czy Konsorcjum faktycznie spełniło warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 8 pkt I ppkt 3) SWZ.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych nr 5 i 6, a w konsekwencji o odstąpieniu od żądania oznaczonego nr 4.

W związku z powyższym, w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 5 i 6 postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....