

Sygn. akt: KIO 3914/23

WYROK
z dnia 22 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Laubres Rail sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Laubres sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wrocław reprezentowaną przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu

przy udziale

A.wykonawcy MMT Idea sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tczewie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3914/23 po stronie Zamawiającego,

B.wykonawcy Zakładu Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3914/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Laubres Rail sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Laubres sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Laubres Rail sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Laubres sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) 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 3914/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wrocław reprezentowana na podstawie pełnomocnictwa Prezydenta Wrocławia nr 14/I/Z/20 z dnia 20.08.2020 r. przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Konserwację torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu w podziale na 2 zadania wraz z prawem opcji”, numer referencyjny postępowania: KU.241/pn23_2023/AT.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 118-371450.

W dniu 24 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1 i wykonawcy Zakładu Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „ZSiZ” w zakresie zadania nr 2.

W dniu 15 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Laubres Rail sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Laubres sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, a także o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 grudnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu – w zakresie dwóch zadań, polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego;
- zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. treści oferty;

- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla zadania nr 2 (rejon B), oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., ul. Tyska 8-10, 52-014 Wrocław, zwanego dalej jako: „wykonawca ZSiZ” z naruszeniem postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp;

- unieważnienia postępowania dla zadania nr 1 (rejon A) bez jednoczesnego unieważnienia całego Postępowania;
- zaniechania unieważnienia obu części przedmiotu zamówienia;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1.art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez:

a)zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, tj. treści pkt 8 załącznika nr 3 do SWZ „Formularz oferty”, pomimo, że Odwołujący nie podał w tym miejscu oferty szczegółowego zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom. Naruszenie ustawy w tym wypadku polega na zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a doprecyzowanie tych informacji jest konieczne w celu ustalenia jaki konkretnie – szczegółowo prace Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, która to czynność poprzedza ocenę oferty pod kątem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

b)w konsekwencji powyższego Zamawiający nie znając dokładnej treści oferty z pkt 8 załącznika nr 3 do SWZ nie mógł ustalić, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący podał jedynie ogólną nazwę czynności, z której nie można ustalić szczegółowego zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom, tak jak oczekiwał tego wprost w dokumentacji postępowania Zamawiający, dlatego Zamawiający nie mógł ustalić, że zakres prac, które Odwołujący zamierza zlecić podwykonawcom znajduje się w katalogu czynności zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Z tych powodów Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu do tej czynności z dnia 15.12.2023 r. (nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego);

c)brak podania wyczerpującego i konkretnego uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Treść uzasadnienia jest nieprecyzyjna, lakoniczna i ogólna. Odwołujący nie jest w stanie uzyskać z niej informacji w zakresie niezbędnym do poznania powodów, dla których zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i dlatego zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty

- (brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego);

d)dalszą konsekwencją ww czynności Zamawiającego jest dokonanie kolejnego naruszenia przepisów ustawy Pzp – tj. art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, polegającego na bezzasadnym unieważnieniu postępowania. Gdyby Zamawiający nie dopuścił się niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, to nie wykreowałby sytuacji, którą podaje jako uzasadnienie faktyczne do unieważnienia Postępowania w zakresie zadania nr 1 – rejon A.

Zdaniem Odwołującego - powyższe naruszenia ustawy doprowadziły do nieprawidłowego ustalenia wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne z warunkami zamówienia i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (naruszenie art. 239 ustawy Pzp) oraz doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ewentualnie, gdyby Izba uznała, że zarzut nr 1 nie potwierdził się, to z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł zarzut:

2.naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe unieważnienie 1 części zamówienia podczas, gdy Zamawiający w taki sposób sformułował postanowienia SWZ, że żadna z części zamówienia nie jest samodzielnie oceniana i w tym kontekście nie jest osobnym zadaniem z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert w postępowaniu. W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do sytuacji, w której, aby zastosować prawidłowo kryterium oceny ofert przyjęte w postępowaniu, konieczne jest unieważnienie także czynności wyboru ofert dla zadania nr 2 po to, aby dokonać ponownej oceny ofert i wyłonić z niej ofertę najkorzystniejszą dla obu zadań. Ponieważ w ocenie Odwołującego zastosowanie ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, w przypadku, gdyby Izba uznała za zasadne odrzucenie oferty Odwołującego w obu zadaniach, doprowadzi do sytuacji, w której oferta wykonawcy ZSiZ mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, ale dla zadania 1, a nie dla zadania 2 jak jest w chwili składania odwołania. Ponadto Zamawiający w sposób nieprawidłowy uzasadnił czynność unieważnienia postępowania dla zadania nr 1 ponieważ

podana w uzasadnieniu podstawa faktyczna nie jest prawidłowa, z uwagi na fakt, że Wykonawca ZSiZ złożył ofertę poniżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, a Zamawiający jako przyczynę podał, że w tej części przedmiotu zamówienia nie złożono oferty poniżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Z tych przyczyn Zamawiający w sposób nieprawidłowy zaniechał unieważnienia jednocześnie obu zadań, części zamówienia i w sposób nieprawidłowy uzasadnił czynność unieważnienia postępowania dla zadania nr 1. Powyższe doprowadziło do sytuacji, która ma wpływ na wynik Postępowania i narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania dla zadania nr 1 rejon A;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści pkt 8 załącznika nr 3 do SWZ „Formularz oferty”;

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia pisma Odwołującego z dnia 11.12.2023 r. wraz z dowodami i kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przy ustaleniu treści oferty Odwołującego wg doprecyzowania wynikającego z pisma Odwołującego z dnia 11.12.2023 r.;

4.kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do zarzutu ewentualnego nr 2:

5.unieważnienia postępowania dla zadania nr 1 rejon A i dla zadania nr 2 rejon B; ponadto:

6.wnosił o wyznaczenie terminu rozprawy w czasie od 15 stycznia 2024 r. z uwagi na zaplanowany z dużym wyprzedzeniem urlop pełnomocnika Odwołującego przypadający na czas do 12.01.2024 r.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu dla zadania nr 1 rejon A, oraz w wyniku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu dla zadania 1, a w przypadku unieważnienia całego postępowania – Odwołujący będzie mógł ubiegać się ponownie o udzielenie zamówienia. Zatem szkoda Odwołującego odpowiada kwocie zysku jaką Odwołujący utracił na skutek nie uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że interes w uwzględnieniu zarzutu ewentualnego polega na tym, że w przypadku unieważnienia czynności wyboru ofert w obu częściach Odwołujący uzyska możliwość doprowadzenia do odrzucenia oferty wybranej, co z kolei umożliwi mu ponowne ubieganie się o przedmiotowe zamówienia w sytuacji, gdyby Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu zostały złożone po 4 oferty na każde zadanie przez tych samych wykonawców.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił następujące zestawienie ofert:

Wykonawcy, którzy złożyli oferty to:

	Wykonawca	Oferta dla zadania 1	Oferta dla zadania 2	Okres gwarancji
1	MMT	Oferta odrzucona	Oferta odrzucona	Oferta odrzucona
2	Konsorcjum LAUBRES	26.674.038,89 zł w tym: zamówienie podstawowe: 17.692.447,49zł prawo opcji: 8.981.591,40 zł	28.484.647,82 zł w tym: zamówienie podstawowe: 18.826.537,76 zł prawo opcji: 9.658.110,06 zł	24 mies. na prace konserwacyjne 36 mies. na wbudowane części

3	ZSiZ	26.252.626,34 zł w tym: zamówienie podstawowe: 17.428.626,34 zł prawo opcji: 8.823.957,95 zł	27.194.471,16 zł w tym: zamówienie podstawowe: 18.038.176,44 zł prawo opcji: 9.156.294,72 zł	24 mies. na prace konserwacyjne 36 mies. na wbudowane części
4	ZUE S.A.	35.975.436,00 zł w tym: zamówienie podstawowe: 23.856.965,24 zł prawo opcji: 12.118.470,76 zł	33.357.726,89 zł w tym: zamówienie podstawowe: 22.056.303,17 zł prawo opcji: 11.301.423,72 zł	24 mies. na prace konserwacyjne 36 mies. na wbudowane części

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 19 SWZ określił w taki sposób kryteria oceny ofert, że jeden wykonawca nie może uzyskać zamówienia na obie części przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że w dniu 24.11.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty:

Dla zadania 1	Konsorcjum Laubres
Dla zadania 2	Wykonawca ZSiZ

Następnie w dniu 15.12.2023 r. Zamawiający na stronie internetowej gdzie zamieszczane są informacje w związku z prowadzonym postępowaniem zamieścił informację o:

- 1) unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania numer 1;
- 2) unieważnieniu postępowania dla zadania numer 1;

Wskazał, że w dniu 15.12.2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta podlega odrzuceniu, ponieważ jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Według Odwołującego - tak dokonane czynności Zamawiającego w postępowaniu, jak te opisane w pkt 5 i 6 powyżej zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i jako takie muszą zostać unieważnione z następujących powodów:

Zarzut nr 1 – przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego, zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią pkt 8 załącznika nr 3 „formularz oferty” wykonawcy byli zobowiązaniu do złożenia oświadczenia według poniższego formularza:

“8.Oświadczamy, że (niepotrzebne skreślić):

- 1) zamówienie zrealizujemy we własnym zakresie,
- 2) zamierzamy powierzyć do realizacji przez podwykonawcę następujące części zamówienia:

L.p.	Rodzaj zamówienia powierzonego do wykonania przez Podwykonawcę*	Firma (nazwa, pod którą działa) Podwykonawcy **

* Wykonawca jest zobowiązany podać szczegółowy zakres prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy.”.

Argumentował przy tym, że z powyższego wynika oczekiwanie przez Zamawiającego podania „szczegółowego zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy”.

Według Odwołującego - do ustalenia znaczenia ww warunku zamówienia wystarczy zastosowanie tak zwanej wykładni językowej, która zapewnia jasny rezultat w postaci uzyskania jednoznacznej informacji, w zakresie tego, co Zamawiający oczekiwał, aby zostało wpisane w pkt 8 załącznika numer 3 „ formularz oferty”.

Odwołujący podał, że zgodnie z definicją słowa „szczegółowy” wg słownika języka polskiego należy rozumieć:

«dokładny, zawierający wiele szczegółów»

• szczegółowo • szczegółowość

og. «sąd dotyczący pojedynczych przedmiotów danego rodzaju lub poszczególnych cech danego przedmiotu»

og. «nazwa dotycząca pojedynczych przedmiotów danego rodzaju lub poszczególnych cech danego przedmiotu»

og. «pojęcie dotyczące pojedynczych przedmiotów danego rodzaju lub poszczególnych cech danego przedmiotu»

og. «zdanie dotyczące pojedynczych przedmiotów danego rodzaju lub poszczególnych cech danego przedmiotu».

W związku z powyższym wywołał, że w treści formularza ofertowego w pkt 8 Odwołujący wpisał:

L.p.	Rodzaj zamówienia powierzonego do wykonania przez Podwykonawcę*	Firma (nazwa, pod którą działa) Podwykonawcy **
1.	Wykonanie nawierzchni bitumicznych	
2.	Roboty brukarskie	

Zatem Odwołujący podkreślił i przyznał, że nie podał szczegółowego zakresu prac jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, tak jak tego wyrażnie i wprost oczekiwał Zamawiający, z tych powodów Odwołujący podał, że konieczne jest wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie doprecyzowania jakie konkretnie, jakie szczegółowo określone prace Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom. W innym wypadku nie jest możliwe ustalenie czy prace te stanowią kluczowe części zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania.

Odwołujący przywołał treść: art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że:

„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. art. 128 ust.4:

Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”.

Odwołujący przyznał, że zdał sobie sprawę z faktu, że nie podał szczegółowego zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcy w związku z odwołaniem jakie wniósł wykonawca MMT, dlatego w dniu 11.12.2023 r. przedstawił Zamawiającemu oświadczenie, w którym wyjaśnił i doprecyzował jakie czynności, które mieszczą się w ogólnych stwierdzeniach zawartych w pkt 8 jego oferty i konkretnie mają zostać powierzone podwykonawcom.

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że w sposób jednoznaczny wskazał, że czynności te nie stanowią kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę w tym Postępowaniu. Do pisma Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające prawdziwość twierdzeń zawartych w piśmie - tzw. protokoły konieczności.

Na skutek zapoznania się z treścią tych wyjaśnień Wykonawca MMT cofnął odwołanie w sprawie KIO 3646/23. Jako dowód przywołał pismo Odwołującego stanowiące załącznik do protokołu postępowania wraz z załącznikami (znajduje się w dokumentacji Zamawiającego).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo tego, że treść oferty zgodnie z dyspozycją art. 128 ustawy Pzp podlega wyjaśnieniu i doprecyzowaniu, zaniechał on wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień, które doprowadzić miały do ustalenia szczegółowego zakresu prac, które Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy.

Zdaniem Odwołującego - bazując bowiem na treści oferty nie sposób było ustalić jaki jest szczegółowy zakres prac, który Konsorcjum Laubres zamierza powierzyć podwykonawcy.

Natomiast, w opinii Odwołującego - przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający musi mieć pewność, że konkretnie treść oferty jest niezgodna z konkretnym postanowieniem SWZ. Tymczasem w treści uzasadnia do czynności odrzucenia oferty nie ma informacji, z której wynikałoby jakie prace wg Zamawiającego – poza

ogólną nazwą są niezgodne z warunkami zamówienia.

Podniósł, że Zamawiający stwierdził, że pozycje od nr 1 do 4 oraz od nr 24 do 96 „Zestawienia kosztów zadania” stanowią kluczowe części przedmiotu zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania – jednak nie wskazał, która z tych pozycji jest niezgodna z ofertą Odwołującego.

Odwołujący wywodził, że powyższe może wynikać z faktu, że Zamawiający dysponował szczegółową informacją w zakresie wskazania jakie szczegółowo określone prace Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom już od dnia 11.12.2023 r.

Wyjaśnił, że w tym dniu Odwołujący w oświadczeniu własnym popartym dowodami w postaci protokołów konieczności, z których wynika, że prace jakie Odwołujący wskazał w pkt 8 załącznika nr 3 do SWZ dotyczyć mają czynności, które zawarte są w pozycji nr 99 zestawienia kosztów zadania 1– rejon A, tj. pozycji o nazwie: „prace nieujęte w cenniku”, czyli takie, które nie są wyraźnie opisane w OPZ - a zatem nie mogą stanowić kluczowych części zastrzeżonych do osobistego wykonania umowy określonych w pozycji od nr 1 do 4 oraz od nr 24 do 96 „Zestawienia kosztów zadania”.

Odwołujący argumentował, że wykonanie nawierzchni bitumicznych, a także roboty brukarskie, które Odwołujący zamierza podzlecić podwykonawcom muszą być zlecone w tym wypadku w ramach pozycji 99 z „zestawienia kosztów zadania – rejon A”, ponieważ dla tych prac brak pozycji w kosztorysie, i właśnie to powoduje sytuację, gdzie pomiędzy Wykonawcą a Zamawiający sporządzany jest tzw. protokół konieczności, w którym ujęte muszą być prace jakich nie ma w OPZ i w zestawieniu kosztów zadania 1 – rejon A, (zatem te, które nie są zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę).

Podkreślił, że Odwołujący przedstawił samodzielnie w dniu 11.12.2023 r. szczegółowe wyjaśnienia i podał w nich, że:

1)W zakresie wykonywania nawierzchni bitumicznych, szczegółowy zakres prac to:

- na niektórych ulicach i skrzyżowania w mieście występuje warstwa ścieralna z asfaltu twardolanego, który nie występuje w kosztorysie. Taką sytuację mamy chociażby na ul. Bardzkiej czy na skrzyżowaniu przy Capitolu lub pl. Dominikańskim. Asfalt twardo lany jest specyficznym rodzajem masy i wykonuje to niewiele firm, we Wrocławiu. „Asfalt lany jest mieszanką kruszywa mineralnego znie mylić z mastic asphalt), złożonym z lepiszcza asfaltowego i wypełniacza mineralnego. Charakteryzuje się przez to zwiększoną wytrzymałością mechaniczną, podwyższoną odpornością na warunki atmosferyczne a także właściwościami wodoszczelnymi i antypoślizgowymi. W obecnie trwającej umowie na konserwację torów taka pozycja występuje (rejon A pozycja 49). Jako że nie ma takiej pozycji w obecnym przetargu należy rozliczyć ją z pozycji 99 „prace nie ujęte w cenniku”.

2)W zakresie wykonywania robót brukarskich, szczegółowy zakres prac to:

- Zamawiający w kosztorysie nie przewidział np. Układania nawierzchni z kostki granitowej 9/11 a taka występuje we Wrocławiu i takie prace muszą być z tej przyczyny rozliczone z pozycji 99 „prace nie ujęte w cenniku”. W załączeniu przesyłam protokół konieczności który wystawiło MPK na usunięcie awarii elektrycznej wraz z koniecznością ułożenia nawierzchni z kostki granitowej 9/11 (pozycja 10).

Zwrócił uwagę, że na dowód powyższego, do pisma załączone zostały protokoły konieczności, w których posiadaniu jest Zamawiający (jako jedna ze stron podpisujących protokół), a które potwierdzają prawdziwość i oczywistość wyjaśnień Konsorcjum Laubres.

Zauważył przy tym, że pomimo otrzymania szczegółowych wyjaśnień samodzielnie złożonych przez Odwołującego, które stanowią załącznik do protokołu postępowania, Zamawiający przedstawił w ramach uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty Odwołującego jedynie następujących kilka zdań:

„Wykonawca w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 3 do SWZ - Formularz ofertowy, wskazał w pkt 8, iż zamierza powierzyć do realizacji przez podwykonawcę następujące części zamówienia:

- wykonanie nawierzchni bitumicznych, - roboty brukarskie.

Wskazał, że zgodnie z zapisami pkt 12.6 ppkt 3) SWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części niniejszego zamówienia, tj. konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego, czyli pozycje od nr 1 do 4 oraz od nr 24 do 96 „Zestawienia kosztów zadania”. Wobec czego, na etapie realizacji zamówienia, nie jest możliwe powierzanie przez Wykonawcę podwykonawcom ww. czynności zastrzeżonych. Ponieważ zakres czynności wskazanych przez Wykonawcę w pkt 8 Formularza ofertowego, jako tych, które zamierza zlecić podwykonawcom, znajduje się w katalogu czynności zastrzeżonych do osobistego wykonania

przez Wykonawcę, treść oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Laubres Rail Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 1 1, 54-405 Wrocław - Lider, Laubres Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 1 1, 54-405 Wrocław - Partner, jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.”.

Według Odwołującego - sama treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jaką w tym postępowaniu podał Zamawiający powoduje, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego jaką dokonał Zamawiający jest nieprawidłowa, ponieważ w treści uzasadnienia Zamawiający:

1)nie wskazał, którą z pozycji „Zestawienia kosztów zadania” wg Zamawiającego Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący w tym miejscu podaje, że właśnie ten element jest fundamentalny dla ustalenia rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Zamawiający nie jest w stanie ustalić pozycji, ponieważ nie wyjaśnił – nie wezwał Odwołującego do wskazania szczegółowego zakresu prac;

2)nie przedstawił w treści uzasadnienia dlaczego uznał, że wskazane w pkt 8 załącznika nr 3 do SWZ „formularza oferty” nazwy czynności wg niego stanowią kluczowe części zamówienia – czyli te, które wskazane są w kosztorysie w pozycji od 1-4 i od 24-96 „Zestawienia kosztów zadania”, tym bardziej, że w treści oferty Odwołujący nie podał szczegółowego zakresu prac;

3)nie wskazał z jakiego powodu zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp;

4)nie odniósł się do informacji jakie już posiadał, a które wynikają z pisma złożonego Zamawiającemu w dniu 11.12.2023 r. wraz z dowodami.

Odwołujący przekonywał, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 229 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający nie jest w sposób transparentny wskazać takiej niezgodności – jedynie usiłuje wykreować, poprzez nadinterpretację postanowień oferty warunek zamówienia, który mógłby być sprzeczny z ofertą odwołującego. Dopóki bowiem Zamawiający nie zna szczegółowego zakresu prac, które Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom – czyli dopóki nie wezwie Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, to nie może stwierdzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - odrzucenie oferty Odwołującego w warunkach powyżej wskazanych powoduje, że nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że została złożona oferta, która nie może być odrzucona na obecnym etapie trwania postępowania z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu do tej czynności z dnia 15.12.2023 r.

Argumentował, że z tych samych powodów, Zamawiający niejako w wyniku powyżej wskazanych naruszeń doprowadził do sytuacji odrzucenia oferty i rzekomego powstania sytuacji, gdzie kolejna najkorzystniejsza oferta przekracza budżet – przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że odrzucenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp stanowi jednocześnie o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdzie w sposób ewidentny działania Zamawiającego krzywdzą Odwołującego, który jako wykonawca od wielu lat realizujący przedmiot umowy na rzecz Zamawiającego spełnia wszystkie warunki udziału, posiada ogromne doświadczenie i ponad wszelką wątpliwość doskonale zna przedmiot zamówienia, zatem nie ma możliwości by jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 nieprawidłowego unieważnienia postępowania tylko w zakresie zadania 1, części A Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w rozdziale 6 SWZ ustanowił zasady zgodnie, z którymi wykonawca może złożyć ofertę na oba zadania, przy czym Zamawiający zastrzegł, że jednemu wykonawcy udzieli zamówienia wyłącznie na jedną część.

Dodatkowo, zauważył, że w rozdziale 19. 5 SWZ Zamawiający określił kryterium oceny ofert, zgodnie z którym w przypadku, gdy na oba zadania zostaną złożone oferty przez tego samego wykonawcę, Zamawiający wybierze dla danego zadania ofertę wykonawcy, która uzyska korzystniejszy bilans punktowy. W tym celu Zamawiający porówna liczbę punktów uzyskaną z następujących sumowań: liczby punktów uzyskanych przez ofertę najkorzystniejszą dla zadania numer jeden i 2 oferty w zadaniu numer 2 i podobnie dla zadania drugiego. Zamawiający wybierze oferty, których suma punktowa będzie wyższa.

Ponieważ Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 oraz odrzucił ofertę

Odwołującego, konieczne jest – w opinii Odwołującego - unieważnienie wyboru oferty także dla zadania 2 – po to, aby móc zastosować ustalone w rozdziale 19 kryterium oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy uzasadnił czynność unieważnienia postępowania dla zadania nr 1, ponieważ podana w uzasadnieniu podstawa faktyczna nie jest prawidłowa, z uwagi na fakt, że Wykonawca ZSiZ złożył ofertę poniżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Z tych przyczyn Odwołujący uznał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zaniechał unieważnienia jednocześnie obu zadań i w sposób nieprawidłowy uzasadnił czynność unieważnienia postępowania dla zadania nr 1.

Wykonawca MMT Idea sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tczewie oraz wykonawca Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosili, każdy oddzielnie, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Odwołującego, informacji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, o odrzuceniu oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1 i 2 z dnia 24 listopada 2023 r., wyjaśnienia Odwołującego z dnia 11 grudnia 2023 r., informacji o odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 z dnia 15 grudnia 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 stycznia 2024 r., pisma przygotowawczego Przystępującego Zakładu Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 12 stycznia 2024 r., pisma procesowego Przystępującego MMT Idea sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tczewie z dnia 15 stycznia 2024 r., opozycję Odwołującego z dnia 18 stycznia 2023 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba rozstrzygnęła opozycję Odwołującego z dnia 18 stycznia 2023 r. postanawiając ją oddalić, uznając ją za bezzasadną.

Stosownie do art. 526 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie uprawdopodobnił, że MMT Idea sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tczewie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

W przekonaniu Izby – interes ten przejawia się w tym, że Zamawiający unieważniając przetarg w zakresie zadania nr 1, biorąc pod uwagę charakter zamówienia służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkańców miasta Wrocławia w zakresie tramwajowej komunikacji miejskiej będzie zobowiązany, po ewentualnym skutecznym unieważnieniu tego zadania, do zorganizowania kolejnego postępowania przetargowego.

W takiej sytuacji zaś Przystępujący MMT Idea sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tczewie będzie mógł upatrywać swojej szansy na uzyskanie zamówienia po obecnym unieważnieniu przetargu.

Reasumując, korzystne rozstrzygnięcie dla Zamawiającego w tym postępowaniu odwoławczym będzie również w interesie tego Przystępującego z powyższych względów.

W dalszej kolejności, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia pkt 8 formularza oferty dotyczącego deklaracji tego wykonawcy odnoszącej się do określenia zakresu robót, które zostaną powierzone podwykonawcy.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w pkt 12.6. ppkt 3) SWZ postanowił, że dopuszcza możliwość wykonania części przedmiotu zamówienia

przy udziale podwykonawcy lub podwykonawców, przy czym zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części niniejszego zamówienia, tj. konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego. Natomiast w zakresie obsługi elektrycznej zwrotnic, do której odnoszą się pozycje od 5 do 23 z „Zestawienia kosztów zadania” z załącznika nr 2 do umowy, wykonawca może zlecić do 100% zakresu zadania podwykonawcy.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że Zamawiający na gruncie SWZ w ramach załącznika nr 3 opracował formularz ofertowy, gdzie w pkt 8 wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia o realizacji zamówienia we własnym zakresie (pkt.1) lub o zamiarze powierzenia do realizacji przez podwykonawcę następujących części zamówienia (pkt 2).

W tym drugim przypadku wykonawcy mieli określić rodzaj zamówienia powierzonego do wykonania przez podwykonawcę i byli zobowiązani do podania szczegółowego zakresu prac, które zamierzają powierzyć podwykonawcy.

Ustalono, że Odwołujący takie oświadczenie o realizacji części zamówienia przez podwykonawcę złożył wskazując, że powierzy podwykonawcy wykonanie nawierzchni bitumicznej i robót brukarskich.

Opierając się o powyższe ustalenia i materiał dokumentacyjny Izba uznała pierwszy zarzut za chybiony z następujących powodów.

Zgodnie z art.128 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednocześnie, w myśl art.128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba reprezentuje pogląd, że Zamawiający nie mógł żądać od wykonawcy wyjaśnień treści oferty w powyższym trybie, a tym samym naruszyć powołanych na wstępie przepisów prawa z tego powodu, że nie mają one zastosowania do treści oferty.

Bezsporna pomiędzy stronami, a także pomiędzy Odwołującym i Przystępującymi jest okoliczność, że oświadczenie zawarte w pkt 8 formularza oferty stanowiło oświadczenie woli wykonawców w zakresie sposobu realizacji zamówienia, a zatem stanowiło treść oferty.

Jeżeli więc była to treść oferty, to Zamawiający mógł być ewentualnie związany przepisem art. 223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący jednak takiego zarzutu nie sformułował wyraźnie przytaczając dyspozycję przepisu art. 128 ust.1 i 4 ustawy Pzp, które to przepisy – w ocenie Izby - nie mogły stanowić podstawy prawnej dla Zamawiającego przy rozstrzygnięciu zagadnienia dopuszczalności wyjaśnienia lub poprawienia treści oferty.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że art.223 ust.1 zd.2 ustawy Pzp przewiduje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Na tle rozpoznawanej sprawy Izba przyjęła, że próba wskazania przez Odwołującego sposobu ustalenia treści pkt 8 formularza oferty stanowiło swoiste zaproszenie Zamawiającego do negocjacji treści złożonej już przez Odwołującego oferty, co w świetle cyt. wyżej art.223 ust.1 zd. 2 ustawy Pzp stanowiło niedopuszczalny zabieg kształtujący nowe oświadczenie woli, które zostało złożone wbrew warunkowi zobowiązania wykonawcy podania szczegółowego zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy.

W ocenie Izby - podanie w ofercie przez Odwołującego deklaracji wykonania nawierzchni bitumicznych i robót brukarskich miało charakter ogólny i prowadziło do zrelatywizowania tego oświadczenia woli w ten sposób, że w razie prowadzenia postępowania wyjaśniającego treść oferty wykonawca ten mógłby w sposób dowolny ukształtować nową treść oferty.

Zdaniem Izby – Odwołujący wskazując tak jak w wyjaśnieniach z dnia 11 grudnia 2023 r., że jego oświadczenie

woli dotyczy pozycji nr 99 zestawienia kosztów zadania zainicjował negocjacje podczas których dodatkowo oświadczył, że jego pierwotne oświadczenie woli nie dotyczyło pozycji nr 25, 27, 28 i przewidywało wykonanie przez podwykonawcę robót brukarskich i nie odnosiło się do pozycji nr 26 i 29 wykonania nawierzchni bitumicznych przez podwykonawcę.

Wymaga jednak podkreślenia, że w skutkach prawnych różnice pomiędzy tymi oświadczeniami miały diametralne znaczenie, bowiem hipotetyczne oświadczenie woli Odwołującego o powierzeniu podwykonawstwa w ramach pozycji od nr 25 do 29 zestawienia kosztów zadania prowadziłoby do odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na warunek opisany w pkt 12.6 ppkt 3) SWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części niniejszego zamówienia, tj. konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego, czyli pozycji od nr 1 do 4 oraz od nr 24 do 96 „Zestawienia kosztów zadania”, podczas gdy oświadczenie o powierzeniu podwykonawstwa realizacji pozycji 99 tego zestawienia nie powodowałoby takiego negatywnego dla Odwołującego skutku.

Według zapatrywania Izby - w omawianym przypadku oferta Odwołującego w zakresie oświadczenia woli z pkt 8 formularza oferty dotyczącego zakresu podwykonawstwa nie przewidywała szczegółowego zakresu prac, które ten zamierzał powierzyć podwykonawcy (sprzeczność treści oferty z pkt 8 z jedną gwiazdką załącznika nr 3 do SWZ), a także oferta ta dawała Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że Odwołujący zamierza zlecić podwykonawstwo w odniesieniu do pozycji odnoszących się do robót brukarskich oraz wykonania nawierzchni bitumicznych opisanych w zakresie prac wymienionych w pozycjach od nr 25 do nr 29, co do których istniał obowiązek osobistego wykonania tej części zamówienia (sprzeczność treści oferty z pkt.12.6 ppkt 3) SWZ), podczas gdy zostało wskazane w tym względzie podwykonawstwo.

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył przepis art.253 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który przewiduje, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, że informacja Zamawiającego o odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 z dnia 15 grudnia 2023 r. zawierała wszystkie elementy objęte dyspozycją cytowanego wyżej przepisu prawa, które umożliwiły Odwołującemu właściwe skorzystanie ze środka ochrony prawnej, a w efekcie pozwoliły Izbie na ocenę zaskarżonej odwołaniem czynności Zamawiającego.

Jednocześnie Izba postanowiła oddalić dowód z wyciągu załącznika do zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. stanowiącego katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych (str.2, 19, Tablica 9.1 Typ A1 uznając go za nieprzydatny, nieumotywowany i powołany jedynie dla zwłoki w rozpoznawanej sprawie, a okoliczności wymagające rozstrzygnięcia zostały wykazane za pomocą dokumentów zamówienia.

Stosownie do art.541 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Wymaga wskazania, że Odwołujący pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia niezwłocznie pism procesowych, a także do przedstawienia przy tych pismach procesowych dokumentów i innych dowodów wraz z ich spisem, istotnych do rozstrzygnięcia odwołania ze wskazaniem do tych dowodów odpowiedniej tezy dowodowej wraz z jej uzasadnieniem, na zasadzie art. 536 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) w terminie nie dłuższym niż 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

Odwołujący został również wezwany o niezwłoczną wymianę pism wraz z dowodami pomiędzy stronami i uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Odwołujący treści tego wezwania nie wykonał.

Zdaniem Izby - należy podkreślić, że zgodnie z art.534 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Konkretyzację tego przepisu stanowi art. 516 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie

przytoczonych okoliczności.

Dodatkowo, istotne jest, że w myśl przepisu art.536 ustawy Pzp Sąd orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania.

W rozpoznawanej sprawie Sąd orzekający w dniu 10 stycznia 2024 r. wydał takie zarządzenie zobowiązujące, czego następstwem było powyższe wezwanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Co prawda przepis art.535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, jednak nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że racjonalny ustawodawca jako „dowody na poparcie swoich twierdzeń”, które mogą być przedstawiane do zamknięcia rozprawy rozumiał takie dowody, które nie były znane Odwołującemu w dacie wniesienia odwołania lub, które z przyczyn niezależnych od Odwołującego mógł pozyskać dopiero na etapie otwartej rozprawy.

Według zapatrywania Izby – za taką wykładnią przemawiają przede wszystkim argumenty systemowe, które zostały wyżej omówione (art.516 ust.1 pkt 10, art.534 ust.1, art.536 ustawy Pzp), a także względy ekonomiki procesowej wsparte normą przepisu art. 544 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby.

Odwołujący składając powołany wyżej dowód w dniu rozprawy, to jest dopiero w dniu 18 stycznia 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione 27 grudnia 2023 r., nie wykazując okoliczności, dlaczego nie załączył do samego odwołania przedmiotowego dowodu, a także dlaczego nie wykonał zarządzenia Sądu orzekającego z dnia 10 stycznia 2024 r. – w przekonaniu Izby – powołał ten dowód jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby – dowód ten jednak nie mógł wpłynąć na zmianę powołanej na wstępie oceny prawnej przedmiotowej sprawy.

Odnosząc się do drugiego zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania unieważnienia zadania nr 1 Izba uznała, go za nieuzasadniony, bowiem kwota jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia podstawowego w tym zadaniu wynosiła 17 915 840, 52 zł w warunkach, gdy ostała się jedynie oferta wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie z kwotą 22 056 303, 17 zł za wykonanie zamówienia podstawowego w tym zadaniu, która znacznie przekraczała zadeklarowaną przez Zamawiającego wartość zamówienia dedykowaną do jego realizacji.

Zgodnie z art.255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

W odniesieniu do drugiego zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania unieważnienia zadania nr 1 Izba uznała go za spóźniony, bowiem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego Zakładu Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu została dokonana w dniu 24 listopada 2023 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 27 grudnia 2023 r.

Stosownie do przepisu art.515 ust.1 pkt 1 lit a ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Ostatecznie – w przekonaniu Izby – za irrelevantną należało uznać okoliczność przy ocenie zarzutu konieczności unieważnienia przetargu w zakresie zadania nr 2 istniejącego związku pomiędzy zadaniem nr 1 i nr 2 determinującego obowiązek jednolitego wartościowania w kryterium oceny ofert w oparciu o dane liczby punktów z tych dwóch zadań.

Zdaniem Izby – ocena w kryterium w zakresie zadania nr 2 została już skutecznie dokonana co potwierdziła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego Zakładu Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 24 listopada 2023 r. w tym zadaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....