Sygn. akt: KIO 3120/23

POSTANOWIENIE

z dnia 3 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Danuta Dziubińska

Członkowie: Emilia Garbala

Joanna Gawdzik - Zawalska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 3 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Laubres Rail sp. z o.o., Laubres sp. z o.o.** z siedzibą lidera we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław**

przy udziale wykonawców:

A. **ZUE S.A.** z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. **MMT IDEA Sp. z o.o., Sp.k** z siedzibą w Tczewie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

C. **Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów numer 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13 odwołania;
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów numer 6 i 8 odwołania;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

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

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 3120/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Wrocław reprezentowana przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o.(dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „ustawa pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Konserwację torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu w podziale na 2 zadania wraz z prawem opcji", numer referencyjny: 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.

Zamawiający w dniu 10 października 2023 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców:

1)Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. (dalej: „ZSiZ) w zakresie zadania nr 1: Konserwacja torów tramwajowych zlokalizowanych na terenie Wrocławia, wraz z prawem opcji -
Rejon A

2)MMT IDEA Sp. z o.o. Sp. k., (dalej: „MMT) w zakresie zadania nr 2: Konserwacja torów tramwajowych zlokalizowanych na terenie Wrocławia, wraz z prawem opcji Rejon B

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Laubres Rail Sp. z o.o., Laubres Sp. z o.o. (dalej wspólnie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec ww. czynności w zakresie zadań nr 1 i 2, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy MMT w obu zadaniach, który pomimo wskazanego w pkt 12.6 ppkt 3 SWZ obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę (konserwacji zwrotnic i torów tramwajowych oraz pracy pogotowia torowego), w ramach skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego złożył ofertę, w której wskazał, że czynności stanowiące część przedmiotu zamówienia zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę a wskazane w:

a)pozycji nr 25-96 wskazane w dokumencie nazwanym zestawienie kosztów dla rejonu A umowa podstawowa, które odpowiadają kluczowej części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonania;

b)pozycji nr 24-96 wskazane w dokumencie nazwanym zestawienie kosztów dla rejonu B umowa podstawowa, które odpowiadają kluczowej części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonania;

w ramach umowy podwykonawstwa wykona podmiot udostępniający wykonawcy MMT potencjał niezbędny do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. podwykonawca Stanled I sp. z o.o. Sytuacja ta powoduje, że oferta MMT jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ i jako taka powinna zostać odrzucona. Zatem Zamawiający, który zaniechał odrzucenia tej oferty dokonał wyboru oferty MMT w sposób niezgodny z ustawą pzp i jednocześnie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2. art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 1 lit b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy MMT w obu zadaniach, który w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 11 ppkt 4 lit a przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Stanled I sp. z o.o., w ramach którego usiłował wykazać, że dysponuje doświadczeniem w postaci wykonania: 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej jedną budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego. Na potwierdzenie powyższego podwykonawca MMT przedstawił wykaz robót zrealizowanych przez podwykonawcę STANLED I, gdzie wskazał, że na spełnienie warunku dot. co najmniej jednej budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego nabył doświadczenie w ramach realizacji zadania: „przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do Al. Wojska Polskiego, etap III – przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński" do Al. Wojska Polskiego", co nie jest zgodne z prawdą. Stanled I Sp. z o.o. wykonała w ramach ww umowy tylko i wyłącznie montaż torów, czyli czynność, która jest jednym z wielu elementów składających się na budowę lub przebudowę natomiast nie stanowi przebudowy albo budowy. Innymi słowy w ramach tej umowy Stanled I Sp. z o.o. nie nabył doświadczenia, odpowiadającego warunkowi wskazanemu w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ – zatem oferta tego wykonawcy jako taka, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy pzp, czego Zamawiający zaniechał, czym jednocześnie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Doprowadził też do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając art. 239 ustawy pzp;

ewentualnie do zarzutu 2.:

3.art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw z aer. 112 ustawy pzp w związku z art. 239 ustawy pzp w zw. z ary. 16 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów przedłożonych przez wykonawcę MMT, a pochodzących od podwykonawcy Stanled I Sp. z o.o. dla obu zadań, w celu sprawdzenia, czy MMT spełnienia warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 11 ppkt 4 lit a. W ramach przedstawionego zobowiązania podmiotu trzeciego firmy Stanled I sp. z o.o., w ramach którego wykonawca MMT usiłował wykazać, że dysponuje udostępnionym doświadczeniem w postaci wykonania 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej jedną budowę lub przebudową torowiska tramwajowego. Na potwierdzenie powyższego wykonawca MMT przedstawił wykaz robót zrealizowanych przez Stanled I Sp. z o.o., gdzie wskazał, że na spełnienie warunku dot. co najmniej jednej budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego nabył doświadczenie w ramach realizacji zadania: „przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do Al. Wojska Polskiego, etap III – przebudowa ul.

Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński" do Al. Wojska Polskiego", co nie jest zgodne z prawdą. Stanled I Sp. z o.o. wykonała w ramach ww umowy tylko i wyłącznie montaż torów, czyli czynność, która jest jednym z wielu elementów składających się na budowę lub przebudowę – a co wynika wprost z treści referencji załączonych do wykazu. Innymi słowy w ramach ww. umowy Stanled I Sp. z o.o. nie nabył doświadczenia, odpowiadającego warunkowi wskazanemu w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ – zatem oferta tego wykonawcy nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ z treści przedstawionej Zamawiającemu dokumentacji – wykazu robót budowlanych oraz referencji nie wynika spełnienie warunków wskazanych w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ. Wobec powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przedwcześnie – bez zweryfikowania w sposób rzetelny spełnienia warunków udziału przez wykonawcę MMT, czym jednocześnie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Doprowadził tym do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając art. 239 ustawy pzp;

4. art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 1 lit b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy MMT w obu zadaniach, który w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 11 ppkt 4 lit a przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Stanled I sp. z o.o., w ramach którego usiłował wykazać, że dysponuje doświadczeniem w postaci wykonania: 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej jedną budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego. Na potwierdzenie powyższego podwykonawca MMT przedstawił wykaz robót zrealizowanych przez podwykonawcę STANLED I, gdzie wskazał, że na spełnienie warunku dot. 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym nabył doświadczenie w ramach realizacji zadania: „poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu" oraz „Modernizacja dostępu drogowego do portu w Szczecinie przebudowa układu komunikacyjnego w rejonie Międzyodrza, przebudowa ulic Energetyków, Władysława IV, Spichrzowej, Zbożowej, Celnej, Świętego Floriana, części ulicy Bytomskiej oraz Bulwaru Śląskiego i Gdańskiego w Szczecinie" co nie jest zgodne z prawdą. Stanled I Sp. z o.o. wykonała w ramach ww umów tylko i wyłącznie montaż szyn oraz tymczasowe rozjazdy, czyli czynność, która jest jednym z wielu elementów składających się na budowę natomiast nie stanowi spełnienia warunku wskazanego przez Zamawiającego w SWZ. Innymi słowy w ramach tych dwóch umów Stanled I Sp. z o.o. nie nabył doświadczenia, odpowiadającego warunkowi wskazanemu w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ – zatem oferta tego wykonawcy jako taka, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy pzp, czego Zamawiający zaniechał, czym jednocześnie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Doprowadził tym do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając art. 239 ustawy pzp;

ewentualnie do zarzutu 4.:

5.art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw z aer. 112 ustawy pzp w związku z art. 239 ustawy pzp w zw. z ary. 16 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów przedłożonych przez wykonawcę MMT, a pochodzących od podwykonawcy Stanled I Sp. z o.o. dla obu zadań, w celu sprawdzenia, czy MMT spełnienia warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 11 ppkt 4 lit a. W ramach przedstawionego zobowiązania podmiotu trzeciego firmy Stanled I sp. z o.o., w ramach którego wykonawca MMT usiłował wykazać, że dysponuje udostępnionym doświadczeniem w postaci wykonania 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym oraz co najmniej jedną budowę lub przebudową torowiska tramwajowego. Na potwierdzenie powyższego podwykonawca MMT przedstawił wykaz robót zrealizowanych przez podwykonawcę STANLED I, gdzie wskazał, że na spełnienie warunku dot. 3 robót budowlanych polegających na zabudowie rozjazdu tramwajowego z mechanizmem nastawczym manualnym lub elektrycznym nabył doświadczenie w ramach realizacji zadania: „poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu" oraz „Modernizacja dostępu drogowego do portu w Szczecinie przebudowa układu komunikacyjnego w rejonie Międzyodurza, przebudowa ulic Energetyków, Władysława IV, Spichrzowej, Zbożowej, Celnej, Świętego Floriana, części ulicy Bytomskiej oraz Bulwaru Śląskiego i Gdańskiego w Szczecinie"co nie jest zgodne z prawdą. Stanled I Sp. z o.o. wykonała w ramach ww. umów wyłącznie montaż szyn oraz tymczasowe rozjazdy, czyli czynność, która jest jednym z wielu elementów składających się na budowę natomiast nie stanowi spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Innymi słowy w ramach tych dwóch umów Stanled I Sp. z o.o. nie nabył doświadczenia, odpowiadającego warunkowi wskazanemu w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ. Wobec powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przedwcześnie – bez zweryfikowania w sposób rzetelny spełnienia warunków udziału przez wykonawcę MMT, czym jednocześnie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Doprowadził tym do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając art. 239 ustawy pzp;

6. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: Uznk) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie pełnej treści wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy ZSiZ wraz z załącznikami (jeżeli takowe zostały załączone) dla zadania nr 1 i dla zadania nr 2, pomimo, że wykonawca ZSiZnie wykazał zasadności zastrzeżenia całości ani części dokumentacji składającej się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co tym samym doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i z pominięciem zasady przejrzystości i pisemności postępowania (brak uzasadnienia do czynności utajnienia). W konsekwencji Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwił innym uczestnikom Postępowania weryfikacji prawidłowości oceny wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy ZSiZ i tym samym Zamawiający uniemożliwił weryfikację dokonania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

ewentualnie – z daleko posuniętej ostrożności:

7. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu dla zadania nr 1 i dla zadania nr 2, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy ZSiZ musi zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę ZSiZ wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie wykonawcy ZSiZ ceny lub kosztu, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień dot. ceny zawartej w ofercie wykonawcy ZSiZ w odniesieniu do istotnych części składowych tej oferty, tj. pozycji wskazanych kosztorysie wykonawcy ZSiZ, co do których Zamawiający wezwał wykonawcę ZSiZ do złożenia wyjaśnień. Dlatego Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy pzp, co polega na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ZSiZ pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w każdym z zadań Postępowania;

8.art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: Uznk) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie pełnej treści wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy MMT wraz z załącznikami, pomimo, że wykonawca MMT nie wykazał zasadności zastrzeżenia całości ani części dokumentacji składającej się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co tym samym doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i z pominięciem zasady przejrzystości i pisemności postępowania (brak uzasadnienia do czynności utajnienia). W konsekwencji Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwił innym uczestnikom Postępowania weryfikacji prawidłowości oceny wyjaśnień dot. ceny oferty wykonawcy MMT i tym samym Zamawiający uniemożliwił weryfikację dokonania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

ewentualnie do zarzutu 8 – z daleko posuniętej ostrożności:

9.art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu dla zadania nr 1 i dla zadania nr 2, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy MMT musi zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę MMT wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie wykonawcy MMT ceny lub kosztu, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień dot. ceny zawartej w ofercie wykonawcy MMT w odniesieniu do istotnych części składowych tej oferty, tj. pozycji wskazanych kosztorysie wykonawcy MMT, co do których Zamawiający wezwał wykonawcę MMT do złożenia wyjaśnień. Dlatego Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy pzp, co polega na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MMT pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w każdym z zadań Postępowania;

10.art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy MMT musi zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę MMT wraz z dowodami, nie mogą w żadnych okolicznościach uzasadnić podanej w ofercie wykonawcy MMT ceny lub kosztu wskazanej w pozycji nr 95 dla zadania nr 1 wg stawki 280 zł/miesiąc, co stanowi o

jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień dot. ceny zawartej w ofercie wykonawcy MMT w odniesieniu do istotnych części składowych tej oferty, tj. kosztów wskazanych kosztorysie wykonawcy MMT w poz. nr 95, co do których m.in. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Dlatego Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy pzp, co polega na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MMT pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

11. art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy MMT musi zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę MMT wraz z dowodami, nie mogą w żadnych okolicznościach uzasadnić podanej w ofercie wykonawcy MMT ceny lub kosztu wskazanej w pozycji nr 94 dla zadania nr 2 wg stawki 280 zł/miesiąc, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień dot. ceny zawartej w ofercie wykonawcy MMT w odniesieniu do istotnych części składowych tej oferty, tj. kosztów wskazanych w kosztorysie wykonawcy MMT w poz. nr 94, co do których m.in. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Dlatego Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy pzp, co polega na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MMT pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

12. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 112 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MMT do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści złożonej oferty celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 11.1 ppkt 4) lit c SWZ, którym Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia, tj. wykazu urządzeń technicznych zgodnie z treścią załącznika nr 6 do umowy a nr 8 do SWZ,w sytuacji, gdy Wykonawca MMT złożył wykaz urządzeń technicznych na wzorze dokumentu sprzed zmiany wprowadzonej w dniu 31.07.2023 r., tj., bez przedstawienia danych jakie wymaga w tym Postępowaniu Zamawiający czyli podania nr rejestracyjnego pojazdu lub nr seryjnego urządzenia. Wobec tak przedstawionego wykazu urządzeń przez wykonawcę MMT Zamawiający nie otrzymał informacji jakich wymagał, zatem nie mógł stwierdzić, że oferta złożona przez MMT spełnia warunki udziału w postępowaniu. Sytuacja ta doprowadziła do przedwczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MMT, wobec uprzedniego braku pozyskania przez Zamawiającego wiedzy w wymaganym, zgodnie z treścią pkt 11.1 ppkt 4) lit c SWZ, zakresie. Tym samym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Wykonawcy MMT pomimo braku uzyskania pewności, co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę MMT, czym jednocześnie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

13. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp w zw. z art. 118 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MMT do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści złożonej oferty celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w pkt 11.1 ppk 4) lit a SWZ oraz w związku z brakiem przedstawienia Zamawiającemu informacji jakie roboty budowlane, które odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu będzie realizował STANLED I Sp. z o.o. ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard (dalej: „Stanled") w ramach udostępnionego potencjału. Zgodnie treścią oświadczenia Stanled udostępniającego swój potencjał wykonawcy MMT złożonym na formularzu, stanowiącym załącznik do SWZ –Stanled nie podał odpowiedzi na pytanie nr 3, 4 i 5, tj. m.in. nie odpowiedział na pytanie:„Zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:", ponieważ wskazał ogólnie, że „wykonanie robót budowlanych, do których realizacji wymagane są wiedza i doświadczenie udostępniane przeze mnie w pkt 1 niniejszego zobowiązania.", nie wskazał także konkretnie okresu udziału przy wykonywaniu zamówienia ponieważ wskazał ogólnie, że okres ten to będzie taki, który jest niezbędny do prawidłowego wykonywania wyżej wymienionego zamówienia, a także nie zaznaczył odpowiedzi na pytanie numer 5 zawarte na formularzu stanowiącym zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Stanled w punkcie trzecim zobowiązania zamiast wskazać konkretne roboty budowlane podał jedynie ogólne, że wykona te czynności, do których wymagana jest wiedza i doświadczenie wskazane w pkt 1 zobowiązania. Sytuacja ta doprowadziła do przedwczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec uprzedniego braku pozyskania przez Zamawiającego wiedzy w wymaganym, zgodnie z treścią zobowiązania zakresie. Tym samym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Wykonawcy MMT pomimo braku uzyskania pewności co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę MMT, czym jednocześnie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1;

2.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2;

3.w zakresie zarzutu nr 1 - odrzucenia oferty MMT jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

4.w zakresie zarzutu nr 2 - Odrzucenie oferty MMT jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu polegającego na podsiadaniu doświadczenia w zakresie wykonania przebudowy lub rozbudowy torowiska tramwajowego jako warunku określonego w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ;

5.w zakresie zarzutu nr 3 - Wezwanie MMT do złożenia dokumentów na potwierdzenie posiadania doświadczenia w wykonaniu przebudowy lub rozbudowy torowiska tramwajowego jako warunku określonego w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ;

6.w zakresie zarzutu nr 4 – Odrzucenie oferty MMT jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu polegającego na podsiadaniu doświadczenia w zakresie wykonania przebudowy lub rozbudowy torowiska tramwajowego jako warunku określonego w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ;

7.w zakresie zarzutu nr 5 – Wezwanie MMT do złożenia dokumentów na potwierdzenie posiadania doświadczenia w wykonaniu przebudowy lub rozbudowy torowiska tramwajowego jako warunku określonego w pkt 11.1 ppkt 4 lit a SWZ;

8.w zakresie zarzutu nr 6 –odtajnienie pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ZSiZ;

9.w zakresie zarzutu nr 7 – odrzucenie oferty wykonawcy ZSiZ jako oferty zawierającej rażąco niską cenę

10.w zakresie zarzutu nr 8 - odtajnienie pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę MMT;

11.w zakresie zarzutu nr 9 - odrzucenie oferty MMT z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

12.w zakresie zarzutu nr 10-11- odrzucenie oferty MMT z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

13.w zakresie zarzutu nr 12- wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści oferty przez wykonawcę MMT w zakresie wyraźnego wskazania nr rejestracyjnych pojazdów lub nr seryjnych urządzeń wskazanych na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do Umowy, których wykonawca nie przedstawił,

14.w zakresie zarzutu nr 13 - wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia treści oferty w zakresie wyraźnego wskazania w jakim zakresie wykonawca MMT, korzystać będzie z potencjału podmiotu trzeciego podczas realizacji przedmiotu zamówienia, oraz uzyskania precyzyjnych odpowiedzi na pytanie nr 3, nr 4 i nr 5 z treści formularza jaki stanowi zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Wypełniając wymogi ustawowe do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie: wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie - po stronie odwołującego oraz MMT IDEA Sp. z o.o., Sp.k. z siedzibą w Tczewie i Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co, następuje:

Jak wynika ze złożonej przez Zamawiającego pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz przekazanego przez Zamawiającego protokołu postępowania według stanu na 31 października 2023 r., Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez MMT IDEA Sp. z o.o., Sp. kw zakresie zadania nr 2, o czym zawiadomił wykonawców w dniu 25 października 2023 r.

Oznacza to, iż w odniesieniu do zarzutów odwołania, które zostały postawione wobec czynności wyboru w zadaniu nr 2 oferty złożonej przez MMT IDEA sp. z o.o. odpadł substrat zaskarżenia i wystąpiła podstawa do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*. Dotyczy to zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13 odwołania. Jednak z uwagi na to, iż na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, mając na uwadze, iż to Odwołujący jest dysponentem odwołania, w tym zakresie odwołanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, *iż Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

W związku z powyższym odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13 podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, zaś odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt

2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów nr 6 i 8 dotyczących zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. (zarzut nr 6) oraz MMT IDEA sp. z o.o. sp.k. (zarzut nr 8) odwołanie należy uznać za złożone z uchybieniem ustawowego terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie i z protokołu postępowania Odwołujący już w dniu 25 września 2023 r., w odpowiedzi na wniosek z 22 września 2023 r. o udostępnienie wszelkich dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego dotyczących postępowania, otrzymał od Zamawiającego informację, iż treść wyjaśnień złożonych przez Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. oraz MMT IDEA Sp. z o.o., Sp. kzostała objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Nadto Odwołujący, wnioskując w dniu 4 października 2023 r., o udostępnienie załącznika nr 38 do protokołu postępowania, tj. wyjaśnień z dnia 19 września 2023 r., dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę MMT Idea Sp. z o.o. Sp. k. objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, miał świadomość, że dokument ten nie zostanie przez Zamawiającego odtajniony, co potwierdził w treści swojego wniosku, prosząc jedynie do Zamawiającego o udostępnienie powyższego dokumentu w formie jaka jest możliwa, tj. „poprzez zasłonięcie jedynie danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa". Jak zostało wyjaśnione na posiedzeniu, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na swoje wystąpienie otrzymał puste karty w liczbie odpowiadającej liczbie stron wyjaśnień ceny. Jak wynika z protokołu postępowania odpowiedź na ww. wniosek została udzielona przez Zamawiającego w dniu 4 października 2023 r.

Odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej na zaniechanie udostępnienia mu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny ww. wykonawców. Odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 20 października 2023 r., a zatem po upływie 10 dniowego terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej celem kwestionowania zaniechania Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. oraz MMT IDEA Sp. z o.o., Sp. k.

Z tych względów zarzuty nr 6 i 8 odwołania podklejają odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako spóźnione. Przepis ten stanowi bowiem, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Działając na podstawie art. 557 ustawy Pzp, zgodnie z którym w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego oraz art. 575 ustawy Pzp w myśl którego strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, zważywszy na to, iż odwołanie zostało w części odrzucone, Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania, na które składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……