

Sygn. akt: KIO 2291/22

WYROK
z dnia 20 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 września 2022 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, 2) Swietelsky A.G. w Linz, Republika Austrii, Oddział w Polsce, z adresem do korespondencji: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **ANTEX II Sp. z o.o., ul. Dolna 1/2, 22-680 Lubycza Królewska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, 2) Swietelsky A.G. w Linz, Republika Austrii, Oddział w Polsce, z adresem do korespondencji: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, 2) Swietelsky A.G. w Linz, Republika Austrii, Oddział w Polsce, z adresem do korespondencji: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa wschodniej obwodnicy Łańcuta w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 877 od węzła A4 „Łańcut” do drogi krajowej Nr 94 w Głuchowie”, nr referencyjny postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WI/4/2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.03.2022 r. pod nr 2022/S 058-150881 przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p”.

W dniu 23.08.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: ANTEX II Spółka z o.o., ul. Dolna 1/2, 22-680 Lubycza Królewska zwanej dalej: „ANTEX II Spółka z o.o.” albo „ANTEX II” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. w Krakowie, 2) Swietelsky A.G. w Linz, Republika Austrii, Oddział w Polsce, z adresem do korespondencji: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. w Krakowie, ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków zwane dalej: „Konsorcjum Swietelsky Rail” albo „Odwolującym”.

Dnia 02.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 23.08.2022 r. złożyło Konsorcjum Swietelsky Rail. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II mimo istnienia w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II, mimo iż występuje w jej treści niezgodność z warunkami zamówienia,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II mimo niespełnienia przez ANTEX II warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, to jest niewykazania posiadania doświadczenia wykonawcy

w realizacji wymaganej roboty branży mostowej oraz dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót mostowych, posiadającą wymagane doświadczenie i uprawnienia budowlane,

4) art. 16 pkt 1 PZP, to jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaakceptowanie złożenia przez ANTEX II, to jest wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w obliczeniu ceny i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty ANTEX II jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty ANTEX II,
- 3) przeprowadzenia czynności ponownego badania ofert i wyboru oferty Odwołujących się jako najkorzystniejszej.

Dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W ww. postępowaniu pn. Budowa wschodniej obwodnicy Łańcuta w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 877 od węzła A4 „Łańcut” do drogi krajowej Nr 94 w Głuchowie, prowadzonym przez Zamawiającego: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, złożone zostały nast. oferty: <i>Lp.</i>	<i>Firmy wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie</i>	<i>Cena ofertowa (w zł brutto)</i>
1	ANTEX II Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	68 949 015,46
2	Swietelsky Rail Polska Sp. z o. o. i Swietelsky AG, Austria	70 381 299,87
3	BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA	73 240 203,34
4	Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna	75 862 414,06
5	Mosty Łódź Spółka Akcyjna	78 105 000,00
6	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o.	84 722 400,00
7	Eurovia Polska S.A.	87 408 141,84
8	STRABAG Sp. z o.o.	89 357 078,38
9	PBI Infrastruktura S.A. i PBI WMB Sp. z o.o.	105 251 714,97

BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Z analizy materiałów udostępnionych przez Zamawiającego wynika, że Antex II w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), złożonej wraz z ofertą wycenił pozycję wykreśloną przez Zamawiającego, tj. zaznaczoną znakiem „x”, dotyczącą robót branży

drogowej cz. drogowa, poz. Inne roboty (wiersz nr 1.1.10).Pozycja ta winna pozostać niewyceniona, a więc w ofercie złożonej przez ANTEX II w wierszu 1.1.10 winien znajdować się znak „x”. W pozostałych wierszach, wypełnionych przez Zamawiającego takim samym znakiem „x” , których łącznie w TER jest siedemnaście, wykonawca Antex II nie wpisał jakikolwiek kwot w miejsce znaku „x”, zapisanego w formularzu przez Zamawiającego. Wykreśloną przez Zamawiającego pozycję robót branży drogowej cz. drogowa, poz. Inne roboty (wiersz nr 1.1.10) Antex II wycenił na 74 248,60 zł netto. Pozostali oferenci, w tym konsorcjum Swietelsky pozostawili tę pozycję niezmienioną, to jest zawierającą znak „x”. Jak wskazano powyżej, lektura pisma Zamawiającego z 23.08.2022 r. świadczy o tym, że Zamawiający pominął ten błąd wykonawcy i wybrał ofertę ANTEX II, uznając ją za najkorzystniejszą. Zapis w ofercie Antex II - TER poz. 1.1.10 należy traktować jako błąd o obliczeniu ceny. Istnienie błędu w obliczeniu ceny ofertowej stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP. Błąd w obliczeniu ceny nie podlega poprawianiu. Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 17 PZP zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia określa sposób obliczenia ceny.

W przedmiotowym postępowaniu zgodnie z pkt XVIII ust. 2 SWZ IDW w zw. z dokumentem pt. „Podstawowe informacje dotyczące postępowania” str. 26 zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, przy czym kryterium ceny ma wagę 60%, a kryterium „okres gwarancji” - 40%. Wszyscy oferenci zaoferowali maksymalnie wydłużoną gwarancję (pismo - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23.08.2022 r. - Dowód 2), zatem jedynym realnym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena.

Zgodnie z pkt XIV ust. 4 SWZ IDW cena za wykonanie przedmiotu zamówienia miała zostać zaprezentowana w formularzu oferty, wypełnionym przez oferenta wg wzoru ustalonego przez Zamawiającego pismem z 07.06.2022 r. w sposób następujący:

„1) oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:..... PLN

(słownie:.....), wraz z podatkiem VAT..... %. Jest to cena ryczałtowa”;

wskazany odnośnik 1 oznaczał: „W przypadku zwolnienia z VAT należy wykreślić słowa „wraz z podatkiem VAT..... %”. Wynagrodzenie było ustalone jako ryczałtowe. (W dokumentacji zamówienia Zamawiający ujął też przedmiary, ale - co Zamawiający podkreślił w OPZ str. 5 pkt A - nie były one podstawą do roszczeń Wykonawcy w przypadku niedoszacowania oferty. Podobnie w odpowiedzi na pytanie nr 60 (pismo Zamawiającego z 9.05.2022 r.) Zamawiający podkreślił, że przedmiary nie mają charakteru wiążącego.)

Zamawiający wymagał, by wraz z ofertą oferenci złożyli m.in. Tabelę Elementów Rozliczeniowych (TER) - tak w dokumencie pt. Podstawowe informacje dotyczące postępowania, str. 25. TER nie podlega uzupełnieniu i stanowi „[...] rozbić kwoty

ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb [...] oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ" - taki zapis znajduje się w opisie tabeli TER, w jej końcowej części. Wzór Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) sporządził Zamawiający. Ostatnia (druga) wersja TER z adnotacją „aktualna na 05.05.2022 r.” została przekazana uczestnikom postępowania przez Zamawiającego za pismem z dnia 09.05.2022 r. W TER Zamawiający wymagał podania ceny za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia oraz cen składowych w układzie branżowym, a także ceny za prace projektowe, nadzory i działania promocyjne. Wzór TER przekazany w dokumentacji zamówienia w poz. 1.1.10 w kolumnie cena zawierał rubrykę z wpisanym przez Zamawiającego znakiem „x”. Pozycji tej nie należało więc wyceniać. Wykonawca ANTEX II wycenił tę wykreśloną pozycję. Wyceniając pozycję „Inne roboty” branży drogowej cz. drogowa wykonawca Antex II ustalił cenę (częstkową) za zakres, którego realizacji nie przewiduje przedmiot zamówienia. Inaczej mówiąc: nie wiadomo, jakie konkretnie roboty czy czynności mają kosztować Zamawiającego 74 248,60 zł netto, czyli 91325,78 zł z VAT.

Podanie niewymaganych wartości (w rubryce, w której powinien pozostać tylko znak x) oznacza błąd w obliczeniu ceny, polegający na nieprawidłowym określeniu ceny jednostkowej, czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane zostało wynagrodzenie wykonawcy jako całość. Błąd ten powoduje, że oferta Antex II w warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom SWZ, ponieważ treścią oferty objęty został zakres większy od zakresu opisanego w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z SWZ - IDW pkt IV ppkt 1 opis przedmiotu zamówienia znajduje się w dokumencie pt. „Podstawowe informacje dotyczące postępowania”, który stanowi załącznik do SWZ (w wersji z 9.5.22). Na str. 9 tego dokumentu Zamawiający ustalił, że opis przedmiotu zamówienia znajduje się w: OPZ i Projekcie budowlanym, stanowiący załącznik do SWZ. Analiza tego dokumentu oznaczonego jako OPZ nie pozwala odszukać w nim jakiegokolwiek zakresu robót o nazwie „roboty branży drogowej cz. drogowa, Inne roboty” innych niż roboty melioracyjne. Drugi dokument, stanowiący opis przedmiotu zamówienia, to jest projekt budowlany w niniejszym postępowaniu dla robót budowlanych branży drogowej to projekt architektoniczno - budowlany. Także z jego treści nie da się wyprowadzić wniosku co do wymagania przez zamawiającego realizacji „robót branży drogowej cz. drogowa, Inne roboty” w rozumieniu innych robót, niż wskazane w TER w poz. 1.1.1 - 1.1.9. oraz w poz. 1.2. (projekt ten łączy część drogową i część geotechniczną w ramach branży drogowej), nie będących robotami z zakresu melioracji. Zastosowane do oceny zakresu przedmiotu świadczenia dostarczone przez Zamawiającego SPECYFIKACJE TECHNICZNE

WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH BRANŻA DROGOWA I KONSTRUKCYJNA D-M 00.00.00 Wymagania ogólne wskazują jednoznacznie, że w zakresie „innych robót” branży drogowej cz. drogowa Zamawiający przewidział wyłącznie roboty z zakresu melioracji: tak w SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH D-10.10.00. INNE ROBOTY D-10.10.01.00 Inne elementy D-10.10.01.11 ROBOTY MELIORACYJNE.

Przyjął, że wykonawca Antex II rozpoznał i wycenił zakres robót nie wymagany do zrealizowania w ramach zamówienia, to jest wycenił inny (szerszy) zakres niż przewidziany przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Doprowadziło to do braku możliwości porównania ofert przez Zamawiającego, bo oferta Antex II dotyczy innego (szerszego) zakresu, niż oferty pozostałych uczestników postępowania. Błąd ten nie może być uznany za pomyłkę. Pomyłka bowiem to zdarzenie przypadkowe, niezamierzone, przeoczenie, pomyłka w zapisach cyfr, „literówka”, itd. Nie da się jednak powiedzieć, że wykreślenie znaku „X” i zastąpienie go siedmiocyfrową liczbą to omyłka wykonawcy: wykonanie takiej operacji wymagało świadomej decyzji wykonawcy i podjęcia szeregu czynności merytorycznych, a następnie - edycyjnych na dokumencie TER: dokument ten został przekazany oferentom w formie edytowalnego arkusza kalkulacyjnego, bez ustalonych z góry formuł sumowania pozycji. Zatem wprowadzenie do TER kwoty 74 248,60 zł w wierszu wypełnionym przez Zamawiającego znakiem „x” (wiersz nr 1.1.10) wymagało co najmniej: wykreślenia wpisanego przez Zamawiającego znaku „x”, obliczenia ceny z tą częścią zamówienia (bez względu na to, jaki zakres został tam wyceniony przez Antex II i na jakiej podstawie) i następnie wpisaniu w puste pole kwoty 74 248,60 zł oraz podsumowania pozycji 1.1 i 1.2. oraz wykonania dalszych sumowań wynagrodzenia przedstawionego w TER.

Tak opisany szereg czynności nie może być wynikiem omyłki wykonawcy: z orzecznictwa i literatury przedmiotu wnioskować należy, że omyłka w ujęciu art. 223 ust. 2 PZP i poprzednio obowiązujących przepisów to wynik niecelowego działania wykonawcy, w opozycji do działania celowego, nakierowanego na konkretny efekt, w wyniku analiz, doświadczenia i wiedzy sprawy - vide np. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie do sygn. akt XII GA 429/09: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki" [...]”. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2021 r. KIO 865/21 znaleźć można dodatkowo następujące stanowisko: „niezgodność [podlegająca poprawie] musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści”.

Tezę o braku możliwości poprawienia błędu, popełnionego przez ANTEX II potwierdza także wyrok KIO z dnia 24.01.2022 r. do sygn. akt KIO 34/22, w którym Izba orzekła, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej [...] błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania.

Zmiany TER, złożonej wraz z ofertą przez Antex II, polegającej na wycenie pozycji wykreślonej przez Zamawiającego ,tj. zaznaczonej znakiem „x” (wiersz nr 1.1.10) nie można też uznać za oczywistą pomyłkę pisarską: nie jest ona niedokładnością, nasuwającą się każdemu, przeoczeniem, choć jest wyraźnie zauważalna. Jednak nie ma możliwości jej poprawy w jeden sposób, bez potrzeby dokonywania przez Zamawiającego dodatkowych ustaleń, czy pozyskiwania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może w przypadku tej „omyłki” poprawić jej przez wprowadzenie zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego; nie wiadomo bowiem, jakie było brzmienie zamierzone. Nadto każda ew. poprawka doprowadziłaby do zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia, a tym samym do zmiany jego oświadczenia woli wyrażonego w treści oferty.

Brak też tej omyłce wykonawcy Antex II przymiotu oczywistości. W przypadku braku przymiotu „oczywistości” popełnionych w ofercie błędów w wyliczeniu ceny i idącym za tym brakiem możliwości ustalenia jednego sposobu ich poprawienia, oferta obciążona jest błędem w wyliczeniu ceny, który nie może podlegać poprawieniu. Z błędem w obliczeniu ceny mamy więc do czynienia również w przypadku, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego, stosowanego przez wykonawcę do wyliczenia ceny, i jednoznaczne ustalenie prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tego rachunku oraz dokonanie korekty poprzez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej (tak KIO w wyr. z 14.1.2020 r., KIO 2625/19, Legalis).

Wskutek popełnionego przez ANTEX II błędu w obliczeniu ceny niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w pozycji „inne roboty”: nie jest jasne, za jakie roboty wykonawca ma otrzymać wynagrodzenie w części wskazanej w pkt 1.1.10. TER oraz nie sposób ustalić, czy wartość ujętą w poz. 1.1.10 należy doliczyć do poz.

1.1.10.1, czy też pominąć, dokonując stosowych przeliczeń w całej tabeli TER i w dalszej kolejności zmienić formularz oferty. Wyklucza to ewentualne dokonanie poprawki przez zamawiającego nawet przy przyjęciu przez niego (w sposób nieuprawniony), że wykonawca dopuścił się innej oczywistej omyłki - tego błędu zamawiający nie może samodzielnie poprawić, bo brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego. (...). Nie jest to więc omyłka podlegająca poprawieniu, ale błąd w obliczeniu ceny ofertowej. Popełnionego przez ANTEX II błędu w obliczeniu ceny nie da się także skorygować w żaden ze sposobów wskazanych przez Zamawiającego w SWZ - IDW pkt XVII ppkt 13, nawet gdyby przyjąć, z czym Odwołujący się nie zgadzają, że błąd ten był jednak poprawką wykonawcy podlegającą korekcie przez Zamawiającego.

Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP wymaga zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu istniejący błąd nie został zidentyfikowany, a w dalszej kolejności Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty ANTEX II. Odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, niezależnie od skali tego błędu i wpływu na ranking ofert czy matematycznego wymiaru, jest obowiązkiem Zamawiającego. Nie mają w tym kontekście również znaczenia dla zamawiającego korzyści finansowe, wynikające z tego, że wybrana została oferta o najniższej cenie, skoro cena ta jest wyliczona błędnie. (vide tezy uzasadnienia wyroku KIO z 26.11.2020 r., sygn. akt: KIO 2933/20.)

NIEZGODN OŚĆ TREŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP pod pojęciem „warunki zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczy wymagania ujętego w treści SWZ - IDW pkt XIV ppkt 2 i ppkt 5 (w wersji z 9.5.22), gdzie Zamawiający postanowił, że: „2. *Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ.*

5. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w załącznikach do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.”

Zamawiający wymagał zatem, by dostarczone przez niego formularze zostały wypełnione zgodnie z dostarczonymi wzorami. Zgodność ta miała dotyczyć „treści” oraz „opisu kolumn i wierszy”. Tę samą zasadę Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 17 w ramach wyjaśnień SWZ, stwierdzając, że „Pozycje TER należy wypełnić zgodnie z załączonym formularzem”, zaś ewentualne szczegółowe robocizny cenowe (które polegają na

do dodawania kolejnych pozycji, sumujących się do kwot wskazanych w TER ofertowej - dopisek Odwołujących), może nastąpić w fazie realizacji umowy (pytanie dotyczyło tego, czy do TER można dodać dodatkowe pozycje). Treść wniosku o wyjaśnienie SWZ, odpowiedź i zapis w SWZ - OPZ pkt B str. 7, którego dotyczyło zadane pytanie (Odwołujący wyjaśniają, że po zmianie dokumentu OPZ przez Zamawiającego w dniu 20.05.2022 r. punkt, którego dotyczyło pytanie znajduje się na str. 8 OPZ).

Niezgodność oferty ANTEX II polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zawartymi w dokumentacji zamówienia, dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego. (wyrok KIO: z 18.02.2020 r., sygn. akt: KIO 222/20). Jak wynika z powyższej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie SWZ wszelkie koszty, które wykonawca Antex II i wszyscy pozostali uczestnicy postępowania rozpoznali jako przyszłe koszty realizacji zadania inwestycyjnego, objętego postępowaniem winny być zamieszczone w TER dokładnie w takim ujęciu, jak sporządził ją Zamawiający. Zatem nawet w przypadku, gdyby na podstawie dokumentów zamówienia Antex II uznał, że do wykonania w branży drogowej cz. drogowa będą także inne roboty, niż wskazane w pkt 1.1.1-1.1.9 TER oraz inne niż roboty melioracyjne, to nie był uprawniony do wpisania ich wyceny w poz. 1.1.10. Wypełnienie pozycji, która powinna pozostać niewypełniona stanowi *fe facto* o dodaniu przez ANTEX II dodatkowego wiersza w TER, czego Zamawiający wyraźnie zabronił (vide powyżej, odpowiedź na pytanie nr 17).

Wypełnienie pozycji wyzerowanej oznacza niezgodność treści formularza z treścią dostarczonego wzoru, a więc niezgodnie z wymaganiami dokumentów postępowania dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego: w polu wyzerowanym, oznaczonym krzyżykiem Zamawiający wymagał pozostawienia znaku „x”, a nie usunięcia znaku „x” i wpisania w jego miejsce jakiegokolwiek kwoty. W związku z tym oferta Antex II powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wyjaśniała KIO w wyroku do sygn. akt: KIO 865/21 z 14.05.2021 r., wydanym w postępowaniu, do którego stosowanie miała ustawa PZP z r. 2004, ale który nadal zachowuje aktualność ze względu na powtórzenie regulacji dotyczącej poprawiania omyłek w ofertach, *„wyrażona w art. 7 ust. 1 PZP (z 2004 r.) zasada równego traktowania wykonawców oznacza m.in., iż ocenie przez Zamawiającego podlega treść oświadczenia wykonawcy złożona w ofercie, a w analizowanym stanie faktycznym, również w kosztorysie ofertowym. Treść takiego oświadczenia woli podlega literalnej wykładni, co stanowi gwarancję równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym oraz z Przystępującym, iż oceniając treść oferty danego*

wykonawcy zamawiający zobowiązany jest uwzględnić ewentualne błędy czy omyłki jakie mogą być zawarte w treści oferty i dążyć do sanowania takich uchybień, to jednak granica działań zamawiającego została określona przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. PZP z 2004 r.: wszelkie zmiany treści oferty wykonawcy nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. [...]"

Należy też zwrócić uwagę, że o ile pod rządami poprzedniej ustawy PZP przesłanką odrzucenia oferty był fakt niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, to obecnie przepis wskazuje na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, które są ustawowo zdefiniowane: jak już wskazano przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w ww. art. 7 pkt 29 PZP należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane

lub określane są w dokumentach zamówienia (art. 7 pkt 3 PZP). Zatem z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), w warunkach zamówienia określane są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest skorelowany z art. 218 ust. 2 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia; niespełnienie tych warunków skutkuje odrzuceniem oferty. Wykonawca ANTEX II swoją ofertę sporządził w sposób, który narusza te formalne wymagania.

Nadto wycena wykreślonej przez Zamawiającego pozycji w TER winna być rozumiana także jako niezgodność treści oferty ANTEX II z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego co do przedmiotu świadczenia objętego ofertą wykonawcy: jak wskazała KIO w wyroku z 21.12.2021 r., w sprawie do sygnatury akt KIO 3536/21, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego. I dalej - oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami

zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - tak w wyroku KIO 3555/21 z 20.12.2021 r. W objętym odwołaniem przypadku, w ofercie ANTEX II zostały wycenione w poz. 1.1.10 TER czynności, których realizacji Zamawiający nie przewiduje. Jak już wskazano nie wiadomo więc, jakie konkretnie roboty czy czynności mają kosztować zamawiającego 74 248,60 zł + VAT. Należy zatem przyjąć, że wykonawca ANTEX II zamierza uzyskać świadczenie za niewykonywane czynności. Akceptacja takiej czynności przez Zamawiającego poprzez wybór tak sporządzonej oferty jako najkorzystniejszej narusza wymagania racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, narażając jednostkę samorządu terytorialnego, w ramach której działa Zamawiający na wydatkowanie tych środków bez otrzymania w zamian ekwiwalentnego świadczenia niepieniężnego.

Zamawiający jest samorządową jednostką budżetową, finansowaną z budżetu województwa podkarpackiego, nie posiadającą osobowości prawnej, działającą m.in. na podstawie ustawy „z dnia 25 listopada 1998 roku o finansach publicznych (Dz. U. nr 155 poz. 1014)” - dane z Biuletynu Zamówień Publicznych Zamawiającego. Aktualnie obowiązująca ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (tj. w Dz. U. Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.), która wydaje się być właściwą podstawą działalności Zamawiającego zgodnie z jej art. 9 pkt 3 w zw. 4 ust. 1 pkt 2 stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a). Art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych, nakazujący uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów nie oznacza, że zamawiający może wybrać ofertę tańszą, ale taką która powinna, w myśl przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, podlegać odrzuceniu. Nie można bowiem zapominać, że w art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych zawarto zapis, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Tym samym tylko wybór wykonawcy, dokonany w sposób legalny, zgodny z przepisami o zamówieniach publicznych może być uznany za zgodny z przepisami cytowanej ustawy o finansach publicznych - tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

26 listopada 2020 r. KIO 2933/20, który nie utracił aktualności mimo wprowadzenia w r. 2019 nowej ustawy PZP w miejsce przywołanej w wyroku ustawy Prawo zamówień publicznych z r. 2004 r. Za naruszenie zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać wybór przez zamawiającego oferty, gdy nie została ona należycie zbadana i oceniona przez zamawiającego, a jest obarczona wadą w obliczeniu ceny oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia, a efekt tego wadliwego badania i oceny ofert odzwierciedlony jest dopiero w samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - vide uchwała Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Biul.SN 2018/2/10-11).

NIESPEŁNIENIE PRZEZ ANTEX II WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zamawiający w pkt VIII pkt 1 ppkt 4 SWZ - IDW oraz w dokumencie pt. „Podstawowe Informacje Dotyczące Postępowania” str. 16 i nast. określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Zamawiający stawia warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału *technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia*

a) Doświadczenie wykonawcy

Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że:

W zakresie robót budowlanych:

W ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie) wykonał:

— *min. 1 zadanie polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie drogi publicznej klasy min. Z o długości min. 2,0 km (w jednym odcinku),*

— *min. 1 zadanie Dolegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej).*

Zamawiający nie wymaga, aby ww. zakres był wykonany w ramach jednego zadania/ zlecenia/ zamówienia/inwestycji.

Lub

Wykonał w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie)

— *min.1 zadanie polegające na zaprojektowaniu i budowie lub rozbudowie lub przebudowie drogi klasy min. Z o długości min. 2,0 km (w jednym odcinku),*

oraz

— *min. 1 zadanie polegające na zaprojektowaniu i budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej).*

Zamawiający nie wymaga, aby ww. zakres był wykonany w ramach jednego zadania/ zlecenia/ zamówienia/inwestycji.

b) Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi osobami:

Dyrektor Kontraktu -1 os.

Uprawnienia: nie są wymagane.

Doświadczenie min. 5 lat w pełnieniu funkcji Dyrektora lub Dyrektora Kontraktu, Kierownika Budowy. Kierownik budowy - Kierownik robót drogowych -1 os. lub 2 odrębne osoby

Doświadczenie: min. 36 m-cy doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych. Okres ten musi zawierać się w okresie posiadania uprawnień.

— doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych podczas realizacji min. 1 zadania dotyczącego budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogi publicznej klasy min. Z o długości min. 2,0 km (w jednym odcinku).

Wykonawca w załączniku (wykaz osób 2021) powinien podać dokładne okresy pełnienia funkcji, które potwierdzą wymagane doświadczenie.

Kierownik Robót Mostowych - 1 os.

Doświadczenie:

— min. 36 m-cy doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych. Okres ten musi zawierać się w okresie posiadania uprawnień.

— doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych podczas realizacji min. 1 zadania dotyczącego budowy lub rozbudowy lub przebudowy obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej).

Wykonawca w załączniku (wykaz osób 2021) powinien podać dokładne okresy pełnienia funkcji, które potwierdzą wymagane doświadczenie.

Geodeta -1 os.

Uprawnienia: geodezyjne w zakresie obsługi inwestycji (Nr uprawnień 4) i geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacyjnych (Nr uprawnień 1) albo odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane. Doświadczenie: nie jest wymagane."

Celem wyjaśnienia zasad posługiwania się zasobami podmiotów trzecich w postępowaniu, Zamawiający w pkt XL SWZ - IDW ustalił:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu [...], w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych [...] podmiotów

udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. Wymagania dotyczące polegania na zdolnościach lub sytuacjach innych podmiotów, o których mowa w ust. 1:

1) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający tą okoliczność;

2) Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe [...], pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu,[...].

3) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (podkreślenie Odwołujących),

4) [...]

5) Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. [...]

3. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w ust. 2, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, a także w celu wykazania braku wobec tych podmiotów podstaw do wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca:

1) składa wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy;

2) składa Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dotyczący tych podmiotu zobowiązanego, w zakresie wskazanym w Części II Sekcji C JEDZ (Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów);

3) w terminie określonym w Rozdziale IX ust. 3 SWZ, przedkłada w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia i dokumenty tam wskazane z wyłączeniem oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp" (W cytowanym tekście pominięcia zaznaczone „[...]” oraz podkreślenie w pkt 2 ppkt 3 zostały wykonane przez Odwołujących.)

Wykonawca ANTEX II nie dysponując własnym doświadczeniem i własną kadrami, stanowiącymi o spełnieniu postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, przedstawił zobowiązania dwóch podmiotów do oddania ich zasobów do dyspozycji ANTEX II na potrzeby zamówienia. Podmiotem przekazującym swoją zdolność techniczną lub zawodową w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Kierownik Robót Mostowych oraz w zakresie doświadczenia wykonawcy w wykonaniu min. 1 zadania polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85/S-10030 lub równoważnej) jest PRI Wysowa sp. z o.o. sp. komandytowa w Stanisławowie Pierwszym, co wynika z oferty ANTEX II, pkt 16 lit. e oraz zobowiązania złożonego przez ten podmiot trzeci, dołączonego do oferty.

W pkt 1 tego zobowiązania PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. oświadczyła, że udostępni na rzecz ANTEX II na potrzeby zamówienia zasoby w postaci:

„1) Wiedza i Doświadczenie - w zakresie robót budowlanych:

Wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie): min. 1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej) - zrealizowanie min.1 zadania w zakresie budowy obiektów mostowych klasy min. B

2) Osoby zdolne do wykonania zamówienia- Kierownika Robót Mostowych-1 os.

Udostępniamy osobę spełniającą wymagania Zamawiającego w zakresie posiadanych uprawnień oraz posiadanego doświadczenia tj.:

- min. 36 m-cy doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych.

- doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych podczas realizacji min. 1 zadania dotyczącego budowy lub rozbudowy lub przebudowy obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej)."

W dalszej części tego samego zobowiązania (pkt 2 i 3) PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. oświadczyła:

„2. Sposób i okres udostępniania wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

- Wykonanie części robót budowlanych (robót branży mostowej), bezpośredni nadzór i wsparcie podczas realizacji zamówienia publicznego, doradztwo i konsultacje.

- Udostępniamy wskazane wyżej zdolności na cały okres realizacji zamówienia, celem jego należytego wykonania.

3. Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający te zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi

Podmiot udostępniający zasoby wykona roboty branży mostowej, będzie sprawował bezpośredni nadzór nad wszystkimi robotami budowlanymi, zapewni doradztwo i konsultacje przez cały okres realizacji zamówienia celem jego należytego wykonania.

Ponadto oświadczam/y, że wymienione zdolności zostaną udostępnione Wykonawcy na podstawie umowy cywilnoprawnej."

Zobowiązanie PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. jest podpisane jednoosobowo przez T. D.. Zgodnie z informacją z KRS spółki PRI Wysowa sp. z o.o. sp. komandytowa, która została przedstawiona Zamawiającemu wraz z ofertą ANTEX II, do reprezentacji PRI Wysowa sp. z o.o. sp. komandytowa jest uprawniony komplementariusz.

Komplementariuszem jest Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Wysowa Sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym.

Zasady reprezentacji komplementariusza są następujące:

- w przypadku zarządu jednoosobowego, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest prezes zarządu,
- w przypadku zarządu wieloosobowego, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest każdy członek zarządu samodzielnie do kwoty 5.000.000,00 zł (pięciu milionów złotych), a powyżej tej kwoty wymagane jest łączne działanie przynajmniej dwóch członków zarządu.

Zarząd komplementariusza jest dwuosobowy: Prezes Zarządu: T. A. D. oraz Wiceprezes Zarządu: G. S. D.. Zamawiający wymagał (SWZ - IDW pkt XL ppkt 3, cytowana powyżej, a także w formularzu oferty, str. 3, odnośnik nr 3), by podmiot udostępniający zasoby realizował jako podwykonawca roboty, dla których zasoby te są wymagane.

PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. zadeklarowała w swoim oświadczeniu, że wykona roboty branży mostowej jako podwykonawca, zgodnie z cytowaną powyżej treścią zobowiązania i wymaganiami Zamawiającego. Wartość tych robót wg wyceny ANTEX II (TER poz. 2) to 12 565 079,65 zł z VAT (ANTEX II określił stawkę VAT w ofercie, pkt 1). Wobec powyższego PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. jako deklarujący się (pod)wykonawca udostępniający zasoby winna złożyć zobowiązanie adekwatnie do zadeklarowanej ceny robót podwykonawczych: w tym konkretnym przypadku ponieważ cena ta wynosić będzie 12

565 079,65 zł, to zgodnie z informacją z KRS zobowiązanie winno być podpisane przez dwie osoby wchodzące w skład zarządu podmiotu udostępniającego, a nie tylko przez prezesa zarządu jednoosobowo. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest oświadczeniem woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Jest to oświadczenie jednostronne. Jednostronne zobowiązanie (oświadczenie) złożone niezgodnie z zasadami reprezentacji w spółce kapitałowej (komplementariusz jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością) jest nieważne, zgodnie z art. 39 par. 4 kodeksu cywilnego. Adresat zobowiązania - Zamawiający nie wykonał w toku postępowania żadnych czynności zmierzających do sanacji wady zobowiązania, przewidzianych w art. 39 par. 4 kc. Zamawiający nie podjął też żadnych czynności, które są przewidziane w SWZ - IDW pkt XL ust. 1 pkt 5, to jest nie żądał, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo iż zdolności techniczne lub zawodowe PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. jako podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu ze względu na nieważność złożonego zobowiązania.

Nadto, jak wynika z otrzymanych dokumentów postępowania, Zamawiający badał zobowiązanie PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. i ustalił, że występują problemy z potwierdzeniem podpisu elektronicznego p. T. A. D. na zobowiązaniu złożonym przez ANTEX II wraz z ofertą, datowanym na 17.06.2022 r., wobec czego Zamawiający zażądał ponownego złożenia zobowiązania przez PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom., i ANTEX II przedłożył nowe zobowiązanie (datowane na 25.07.2022 r.). Zatem Zamawiający nie dostrzegł ww. wady prawnej - nieważności złożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci podpisania go niezgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu udostępniającego: PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. składała zobowiązanie do udostępniania zasobów dwukrotnie, w tym ponownie na żądanie Zamawiającego, który nie wskazał na wadę w postaci nieważności zobowiązania, i oba zobowiązania zostały podpisane jednoosobowo, co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego.

Tak sporządzonej oferty Zamawiający nie odrzucił, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, i uznał ją za najkorzystniejszą mimo że ANTEX II nie wykazał zdolności zawodowej lub technicznej w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wymaganego co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej) ani nie wykazał dysponowania Kierownikiem Robót Mostowych, posiadającym min. 36 m-cy doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych oraz dysponującego

doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych podczas realizacji min. 1 zadania dotyczącego budowy lub rozbudowy lub przebudowy obiektu mostowego o klasie nośności min. B (wg PN-85 /S-10030 lub równoważnej), gdyż przedłożył nieważne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Wg opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”: „(...) uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Bez znaczenia jest przy tym charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotami trzecimi. (...) zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwi zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia (...).”(Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego - Urząd Zamówień Publicznych (uzp.gov.pl), dostęp 30.08.2022 r.,)

Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów jest dokumentem zawierającym oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasoby, które oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędne do realizacji zamówienia zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pod warunkiem udzielenia zamówienia wykonawcy. (PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, ISBN: 978-83-88686-78-8, str. 454)

Art. 118 ust. 4 Pzp określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis należy jednak czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 Pzp. Nie chodzi tu bowiem o jakiegokolwiek zobowiązanie, ale o zobowiązanie osiągające przewidziany w Pzp cel, czyli potwierdzające, że wykonawca

będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Można ogólnie powiedzieć, że zobowiązanie powinno zawierać, oprócz oznaczenia stron, następujące treści:

1) opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby (np. oddanie narzędzi do użytkowania, wykonanie części zamówienia itp.) 135, co w art. 118 ust. 4 pkt 2 Pzp zostało określone jako „sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia”,

2) przedstawienie opisu przekazywanych zasobów (np. urządzeń, osób), pozwalającego co najmniej na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, co pokrywa się ze wskazanym w art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp „zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby”. W przypadku gdy zasoby są udostępniane w celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, aby przekazanie zasobów osiągnęło właściwy skutek, z zobowiązania powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp). (PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, ISBN: 978-83-88686-78-8, str. 455),

Złożenie nieważnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, a więc takiego, którego egzekwowanie w fazie realizacji zamówienia nie będzie możliwe pozbawia Zamawiającego pewności, że realizacja robót nastąpi z udziałem doświadczonego (pod)wykonawcy i z faktycznym udziałem kadry, którą ten (pod)wykonawca dysponuje.

Zamawiający jest obowiązany do zbadania wszystkich dokumentów załączonych do oferty, które dopiero łącznie składają się na merytoryczną treść oferty. (Vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1249/21.).W przedmiotowej sprawie Zamawiający winien był zbadać dokument przedstawiony przez podmiot trzeci udostępniający zasoby, stanowi on bowiem część oferty ANTEX II. Obowiązków tych Zamawiający zaniechał.

NARUSZENIE ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW.

Nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SIWZ jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (tak KIO w wyroku z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 503/21). Akceptowanie przez Zamawiającego w czynności i zaniechań

wykonawcy niezgodnych z wymaganiami ustanowionymi przez Zamawiającego w SWZ stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 PZP - prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 02.09.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ANTEX II Spółka z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ANTEX II Spółka z o.o.

W dniu 08.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził co następuje: BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II mimo istnienia w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający wskazuje jak poniżej: W realiach niniejszego postępowania, istotnym elementem, który kształtuje przyszły stosunek zobowiązaniowy między Zamawiającym, a Wykonawcą jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Pod kątem ryczałtowego wynagrodzenia została skonstruowana Tabela Elementów Rozliczeniowych (Rozdział II SWZ załącznik nr 1 do oferty) stanowiąca rozbiecie kwoty ryczałtowej i będąca dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ, co zaznaczono w treści samej Tabeli Elementów Rozliczeniowych cyt.: Niniejszy wykaz stanowi rozbiecie kwoty ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ.

Zamawiający wskazuje, że w postępowaniach przetargowych zwykle stosowane są dwa systemy wynagradzania za wykonanie robót tj. kosztorysowy lub ryczałtowy. O wyborze

jednego z rodzajów wynagradzania decyduje Zamawiający na etapie przygotowania SWZ i określa go w ramach dokumentów przetargowych.

Kosztorysowe określenie wysokości wynagrodzenia polega na szczegółowym wyliczeniu wszystkich pozycji kosztorysowych za wykonanie. Istotą kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia jest wyliczenie ceny końcowej w oparciu o ilość faktycznie zrealizowanych prac oraz ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów nakładów i prac na bazie pozycji kosztorysowych odpowiadających przedmiarowi robót. Natura wynagrodzenia kosztorysowego opiera się na tym, że tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji jest niezbędna do porównania ofert, a przede wszystkim do rozliczenia zadania.

Innym systemem określenia wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, w ramach którego wykonawca musi skalkulować cenę za jaką wykona Zamówienie, w oparciu o szczegółowy opis, tj. projekt budowlany, który przedstawia rodzaj i zakres robót budowlanych, które Wykonawca będzie musiał wykonać w ramach zamówienia. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający nie przedstawia ilości, rodzajów robót jakie Wykonawca ma wykonać w ramach zamówienia, gdyż szczegółowy zakres robót określa projekt budowlany.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż poprzez wpisanie wartości w pozycji 1.1.10.1 „inne roboty” w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w sytuacji oznaczenia przez Zamawiającego tej pozycji znakiem X oznacza, iż niniejsza pozycja nie powinna zostać wyceniona.

W realiach niniejszego postępowania, zamawiający w SWZ jasno określił, że cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową, co wskazano w szczególności w:

a) Formularzu Ofertowym (Rozdział II SWZ) - pkt 11 cvt.:

1) oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:

PLN

(słownie:.....),

wraz z podatkiem VAT%. Jest to cena ryczałtowa.

2) Opisie Przedmiotu Zamówienia (Rozdział III SWZ Załącznik nr 1) pkt 2. A) cyt.:

A) Na wykonawcy spoczywać będzie obowiązek, m.in.:

(...)

- Opracowania przedmiaru robót, który będzie podstawą rozliczenia kwoty ryczałtowej kontraktu. Załączone w SWZ przedmiary nie mają charakteru wiążącego i nie są podstawą do skalkulowania oferty Wykonawcy. Oferta Wykonawcy zostanie przez niego skalkulowana indywidualnie, we własnym zakresie, na podstawie załączonych materiałów i w oparciu o inne czynności niezbędne do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Załączone przedmiary nie będą podstawą do roszczeń Wykonawcy w przypadku niedoszacowania oferty.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma istotne znaczenia dla wykonania zamówienia, a wycenę dodatkowej pozycji w zbiorze ryczałtów pn. „inne roboty” należy traktować jako błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający zgodnie z art. 134 ust 1 pkt 17 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (PZP), określił w SWZ, tj. w pkt XVIII ppkt 2 dział „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, iż podstawą przyznania punktów w kryterium „cena” jest ryczałtowa cena ofertowa brutto, podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Wskazanemu przez odwołującego dokumentowi tj. Tabeli Elementów Rozliczeniowych „TER” Zamawiający nadał charakter wyłącznie poglądowy, który będzie służył jedynie do monitorowania realizacji robót budowlanych. Wypełnienie przez ANTEX sp. z o.o. pozycji 1.1.10.1 nie można kwalifikować w kategorii błędu w obliczeniu ceny, gdyż przedmiotem zamówienia jest wykonanie zamówienia zgodnie z Opisem Zamówienia, w szczególności z załączoną do SWZ dokumentacją projektową.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie miał wątpliwości, co stanowi przedmiot robót budowlanych, gdyż został on opisany za pomocą projektu budowlanego. W tym znaczeniu, załączony do oferty przez Wykonawcę dokument „TER” ma znaczenie jedynie poglądowe dla monitorowania rozliczenia finansowego na etapie realizacji robót. W kategoriach błędu w obliczeniu ceny można byłoby rozważać sytuację, gdyby Zamawiający w SWZ przewidział rozliczenie zadania w systemie kosztorysowym. Na potwierdzenie takiego stanowiska należy przytoczyć orzeczenie KIO z dnia 01.10.2012r., KIO 1516/12, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Jednakże reguła ta nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową.” Błąd w obliczeniu ceny nie mógł wystąpić w niniejszym przypadku, poprzez wycenienie przez Wykonawcę pozycji „inne roboty” w branży roboty drogowej, gdyż Wykonawca nie mógł zaoferować innych robót, aniżeli te które wynikają z dokumentacji projektowej, stanowiącej Opis Przedmiotu Zamówienia. Wskazane w dokumencie TER pozycje są opisane szeroko i dopiero na etapie realizacji zadania będą uszczegóławiane. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie zgadza się z zarzutem odwołującego i podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko o wyborze oferty Wykonawcy: ANTEX sp. z o.o.

NIEZGODNOŚĆ TREŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Zamawiający w SWZ wyraźnie określił, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych opisanych szczegółowo - zgodnie z art. 103 ust 1 PZP - za pomocą dokumentacji projektowej, która została załączona do SWZ. Wykonawca w celu prawidłowego skalkulowania oferty był zobowiązany do szczegółowego przeanalizowania zamówienia, pod kątem rodzaju robót ujętych w załączonym do SWZ projekcie budowlanym i określenie w załączonym do oferty formularzu ofertowym w pkt 1 ceny „ryczałtowej”, za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. W Podstawowych Informacjach Dotyczących Postępowania (PIDP) stanowiących część SWZ w pkt XVIII ppk 2 dział „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zawarł zapis, iż podstawą przyznania punktów w kryterium „cena” będzie cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Zamawiający w (PIDP) w pkt XIV „Opis sposobu przygotowania ofert” wymagał złożenia do oferty między innymi Tabelę Elementów Rozliczeniowych (TER). Niniejszy dokument zgodnie z zawartym w nim opisie „stanowi rozbić kwoty ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ”. Zamawiający precyzyjnie określił w SWZ wymogi proceduralne jakich oczekiwał od Wykonawców składających oferty, w szczególności określając jakie dokumenty należy złożyć do oferty oraz określił jakie mają znaczenie w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego w stosunku do oferty Wykonawcy ANTEX II sp. z o.o. nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5, jako oferty złożonej niezgodnie z Warunkami Zamówienia. Zgodnie z przywołaną przez odwołującego definicją warunków zamówienia, określoną w art. 7 pkt 29, oferta Wykonawcy w ocenie Zamawiającego spełnia wszystkie wymogi określone w/w przepisie, w szczególności Wykonawca ANTEX II sp. z o.o. złożył do oferty wszystkie wymagane dokumenty. Zarzut dopisania dodatkowej pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych w Branży Drogowej „część drogowa” i wypełnienie dodatkowej pozycji „inne roboty” nie można kwalifikować jako niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż szczegółowy przedmiot zamówienia stanowi projekt budowlany, w oparciu, o który Wykonawca jest zobowiązany wyliczyć cenę ofertową. Wykonawca nie mógł się zobowiązać do wykonania zamówienia innego niż określonego w SWZ. Przyjęcie przez Wykonawcę wyceny w pozycji „inne roboty” w branży drogowej nie może być traktowane jako niezgodności z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca nie mógł zaoferować innego zakresu wykonania zamówienia, niż zawarty w projekcie budowlanym. Zamawiający jasno w SWZ określił, iż składany do oferty dokument

TER ma jedynie charakter poglądowy, a Wykonawca dopełnił wszystkich wymogów formalnych i proceduralnych określonych w SWZ.

Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21). W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis. W wyroku KIO z 09.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Zauważył, że chociaż Wykonawca wycenił wiersz 1.1.10 Inne roboty, to jest to drobna niezgodność jedynie co do formy oferty, oczekiwanej przez Zamawiającego, ale nie dotyczy jej sfery merytorycznej. Taki sposób sformułowania oferty nie omija żadnego zakresu świadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego i jest zgodna z jego oczekiwaniami. Mając powyższe na uwadze Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie wyboru oferty Antex II sp. z o.o. i nie uznaje podniesionego przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt.

ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY MIMO NIESPEŁNIANIA PRZEZ ANTEX II WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ
Zgodnie z art. 118 PZP:

1.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w pkt. VIII pkt. 1 ppkt 4 SWZ-IDW oraz w dokumencie „Podstawowe informacje dotyczące postępowania” określił warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w pkt XL SWZ-IDW określił:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) w odniesieniu do zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych (...) podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Zgodnie z pkt.2 ppkt. 1), Wykonawca który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy.

Wykonawca ANTEX II, celem spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, przedstawił zobowiązania dwóch podmiotów do oddania ich zasobów do dyspozycji ANTEX II na potrzeby zamówienia. Podmiotem wykazującym swą zdolność w zakresie dysponowania osobą na stanowisku Kierownik Robót Mostowych oraz w zakresie doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu obiektów mostowych o klasie nośności min B, jest PRI Wysowa sp. z o.o. sp. komandytowa w Stanisławowie Pierwszym. Spółka PRI Wysowa, w zobowiązaniu dołączonym do oferty oświadczyła, że udostępni na rzecz ANTEX II swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, w zakresie robót budowlanych oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia. Miała wykonać roboty branży mostowej oraz sprawować nadzór nad wszystkimi robotami budowlanymi, zapewniając doradztwo i konsultacje przez cały okres realizacji zamówienia. Zdolności powyższe miały

być udostępnione na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zobowiązanie powyższe zostało podpisane jednoosobowo przez T. D., który wedle informacji z KRS jest jednym z członków dwuosobowego zarządu komplementariusza, mając uprawnienie do składania oświadczeń woli w imieniu spółki do kwoty 5.000.000 zł.

Podkreślił, że składane przez Wykonawcę w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego (lub inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci) stanowi potwierdzenie, że dany potencjał został wykonawcy faktycznie udostępniony dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie to stanowi zatem niezbędny punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców oraz środki dowodowe w postaci dokumentów, jeśli wykonawcy powołują się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania tych warunków (wyrok KIO z 21.02.2020 r., sygn. akt: KIO 272/20). Zobowiązanie powyższe nie ma jednak charakteru oświadczenia woli, prowadzącego do zawarcia umowy podwykonawczej. Pozbawione podstaw jest zatem stanowisko Odwołującego, że takie jednostronne zobowiązanie, złożone przez członka zarządu T. D. jest nieważne. Złożone przez niego zobowiązanie stanowi jedynie niezbędną podstawę do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która dokonuje zamawiający. Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie to jest ważne i potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Ograniczenie dla członków zarządu PRI Wysowa sp. z o.o. w KRS, w składaniu jednoosobowych oświadczeń woli w imieniu spółki do kwoty 5.000.000 zł, będzie miało znaczenie dopiero w kontekście zawierania umowy podwykonawczej, gdzie podwykonawca może być reprezentowany przez dwóch komplementariuszy, jeśli zobowiązanie przekroczy wartość 5.000.000 zł. Kwota określona w umowie podwykonawczej, może być zresztą niższa niż wartość robót wg. wyceny ANTEX II (TER poz.2) określonej na kwotę 12 565 079,65 zł. Wbrew przeciwnym w tym względzie twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do podjęcia czynności przewidzianych w SWZ-IDW pkt XL ust. 1 pkt. 5, tj. żądania skierowanego do wykonawcy o zamianę podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Nadmieniał, że zamawiający dokonując ocenę spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie dysponował umową podwykonawczą, nie mając tym samym wiedzy o wartości wynagrodzenia, przewidzianej dla podwykonawcy za wykonane przez niego roboty. Zamawiający nie miał prawa żądać takiej umowy i oceniać, czy osoba reprezentująca wykonawcę może składać zobowiązanie potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu do określonej kwoty.

NARUSZENIE ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW

Zasada równego traktowania wymaga od zamawiającego traktowania wszystkich wykonawców, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, w identyczny sposób, co przejawia się w obowiązku wyznaczania takich samych terminów na wykonanie poszczególnych czynności, informowanie ich o podjętych przez zamawiającego czynnościach w tym samym czasie. Zamawiający powinien jednakowo traktować wszystkich wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców i powinien stosować jedną miarę do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, co nie oznacza obowiązku jednakowej oceny wykonawców, jednakże zasady obowiązujące w ramach badania i oceny wykonawców muszą być takie same.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest sformułowany jedynie ogólnikowo, w nawiązaniu do poprzednich zarzutów. W realiach niniejszego postępowania, brak jest podstaw do stawiania tezy, że przedmiot zamówienia został nieprawidłowo wyceniony, zaś Zamawiający akceptował czynności i zaniechania wykonawcy, niezgodne z wymaganiami SWZ, prowadząc tym samym postępowanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z tezą zawartą w wyroku KIO z 02.03.2022 r., sygn.. akt: KIO 366/22, podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. W świetle powyższego, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Antex II Sp. z o.o. Mając powyższe na uwadze Zamawiający - jak na wstępie - wnosi o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów.

W dniu 13.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Przystępujący złożyło pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził co następuje:

Niezdolność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia i błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący dopatrywał się podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego w wypełnieniu rubryki Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Przystępujący istotnie wpisał wartość 74 248,60 złotych w rubryce 1.1.10 TER pn „Inne roboty”, która w formularzu TER została oznaczona symbolem X. Na tej podstawie Odwołujący osiągnął konkluzję, że „wykonawca ANTEX II zamierza uzyskać świadczenie za niewykonywane czynności.” Następnie przedłożył ten wniosek na przepisy ustawy o finansach publicznych wskazując, że dokonywanie przez Zamawiającego wydatków bez uzyskania świadczenia ekwiwalentnego stanowi jej naruszenie. Z zarzutem tym nie sposób się zgodzić.

Przepis art. 226 ust. 1 PZP przewiduje, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5) oraz jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 10).” W orzecznictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty należy odnosić do warunków zamówienia, a nie np. błędów w obliczeniu ceny czy też błędów formalnych. Natomiast za błąd w obliczeniu ceny lub kosztu należy uznać błąd wynikający z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a niewadliwe wykonane działań rachunkowych (matematycznych).

Przyjmując te założenia jako punkt wyjściowy do dalszych rozważań należałoby zastanowić się, czy rzeczywiście Przystępujący nieprawidłowo ustalił stan faktyczny w stosunku do warunków zamówienia i czy można jednoznacznie stwierdzić, że błędnie obliczył cenę ofertową.

W pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę na to jakiego rodzaju wynagrodzenie wykonawcy przewiduje dokumentacja przetargowa. Zgodnie z warunkiem 1.1.4.2. WK „Cena Kontraktowa oznacza cenę określoną w klauzuli 14.1. „Cena Kontraktowa” i obejmuje wszelkie korekty dokonane w sposób przewidziany Kontraktem.”

Klauzula 14.1. WK „Cena Kontraktowa” przewiduje, że:

„Jeżeli w Warunkach Szczególnych nie ustalono inaczej, to:

- (a) Cena Kontraktowa będzie stanowiła ryczałtową Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem;
- (b) Wykonawca opłaci wszystkie podatki, cła i opłaty, w następstwie jego obowiązków Kontraktowych, a Cena Kontraktowa nie będzie z tego powodu korygowana o żaden z tych kosztów, z wyjątkiem tego co ustala Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Wykonanie];
- (c) wszelkie ilości, jakie mogą być ustalone w którymkolwiek Wykazie, są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych, które Wykonawca ma wykonać; oraz

(d) wszelkie dane ilościowe lub cenowe, które mogą być ustalone w którymkolwiek Wykazie, należy wykorzystywać do celów przewidzianych w tym Wykazie i mogą nie być odpowiednie do innych celów.

Jeżeli jednak jakaś część Robót ma być opłacona według dostarczonej ilości lub wykonanej pracy, to postanowienia o obmiarze i wycenie powinny odpowiadać ustaleniom zawartym w Szczególnych Warunkach. Cena Kontraktowa będzie ustalona odpowiednio do tego, z uwzględnieniem korekt dokonanych zgodnie z Kontraktem. Podstawą do obliczenia należności za wykonane Roboty będą ceny, zawarte w Tabeli elementów rozliczeniowych oraz ilości, ustalone na podstawie obmiarów. Ceny elementów, oznaczone w tym Wykazie jako ryczałtowe mogą być w rozliczeniach przejściowych dzielone na uzgodnione z Inżynierem części. W Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu wskazano minimalne kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności (PŚP) z podziałem na etap projektowania i realizacji robót budowlanych.”

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa zgodnie z subklauzulą 1.1.4.1. WK „Oznacza kwotę, wymienioną w Akcie Umowy należną do zapłaty za wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad.”

Zestawienie powyższych przepisów Kontraktu daje jasny obraz ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy. Istotna w tym kontekście jest treść subklauzuli 4.11 WK „Wystarczalność Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”, zgodnie z którą:

„Będzie się uważało, że Wykonawca:

(a) upewnił się co do poprawności i wystarczalności Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, oraz

(b) oparł Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową na danych, interpretacjach, koniecznych informacjach, inspekcjach, badaniach i upewnieniu się, co do wszystkich odnośnych spraw o których mowa w Subklauzuli 4.10 [Dane o Placu Budowy].

Jeżeli w Kontrakcie nie podano inaczej, to Zaakceptowana Kwota Kontraktowa pokrywa wszystkie zobowiązania Wykonawcy według Kontraktu (włączając te, na które przewidziano Kwoty Warunkowe, jeśli takie są), i wszystko co konieczne dla właściwego zaprojektowania, realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad.”

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy potwierdza treść samego formularza ofertowego. Nie ma w nim odniesienia do TER, natomiast punkt 1 brzmi: „oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: PLN

(słownie:.....),

wraz z podatkiem VAT%. Jest to cena ryczałtowa.”

Zgodnie z art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”

Skutki takiego uregulowania przesądzają o tym, że jeżeli wykonawca w ofercie stwierdza, że wykona przedmiot zamówienia za kwotę ryczałtu i z poszanowaniem postanowień SWZ to oznacza, że ma obowiązek wykonać cały przedmiot zamówienia.

Kwestia korelacji pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym a Tabelą elementów rozliczeniowych była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku KIO z dnia 12 października 2020 r. o sygn. KIO 2155/20. W stanie faktycznym tej sprawy oferta musiała zawierać załącznik w postaci wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych. TER wchodził w zakres oferty wykonawcy, a cenę ryczałtową dzieliło się na elementy rozliczeniowe w TER. Umowa przewidywała, że „Podstawą płatności jest kwota ryczałtowa, skalkulowana przez Wykonawcę w Wycenionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych.”

KIO rozstrzygnęło sprawę na korzyść wykonawcy, który nie wypełnił jednej z rubryk TER. Godzi się zauważyć, że w tej sprawie Zamawiający uznał (podobnie jak w rozpoznawanej sprawie), że ze względu na przewidziany w SIWZ ryczałtowy charakter wynagrodzenia, załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma jedynie charakter informacyjny, pomocniczy, służyć będzie do późniejszego rozliczenia umowy.

Izba uzasadniła, że „W ocenie Izby TER nie jest dokumentem potwierdzającym zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Decyduje o tym charakter dokumentu TER w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego, którego skutki regulowane są treścią postanowień art. 632 KC w związku z art. 14 ust. 1 ustawy. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonany przedmiot niezależnie jakie poniesie koszty spodziewane czy też nieprzewidziane, oczywiście w ramach wyjątku KC, gdzie decyzję może podjąć tylko sąd (art. 632 § 2 KC). Dokument TER nie ma charakteru oświadczenia woli jakim jest złożenie oferty co do istotnych elementów tego oświadczenia, na które składają się zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w określonym terminie i na warunkach SIWZ za określoną ryczałtowo kwotę. Z kolei treścią SIWZ są postanowienia co do przedmiotu zamówienia, terminu wykonania gwarancji wynagrodzenia wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę, która zamawiający nie odrzucił oraz inne istotne postanowienia zamówienia. Szereg postanowień SIWZ to postanowienia nie mające charakteru treści SIWZ a jedynie służą określeniu strony formalnej składanej oferty. Tak więc skutek przewidziany w SIWZ co do

możliwości odrzucenia oferty w sytuacji nie wypełnienia TER, w ocenie Izby, nie jest postanowieniem, które należy zakwalifikować do treści SIWZ. Co do zasady ustalenia co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego po kolejnych odbiorach częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu.”

W powołanym wyroku Izba wskazała również, że ”ustalenie co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego po kolejnych odbiorach częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem, a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu.” Kwestia wpływu wypełnienia punktu 1.1.10 TER na wykonanie umowy zostanie omówiona poniżej.

Podążając za kryteriami rozstrzygnięcia z w/w wyroku warto zwrócić uwagę, że w złożonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie w niniejszej sprawie słusznie zauważono, że w treści formularza zawierającego wzór TER zastrzeżono, że „Niniejszy wykaz stanowi rozbięcie kwoty ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ.” Jeżeli dokument ten określono jako dokument poglądowy, to nie można zasadnie twierdzić, że jest to dokument statuujący warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP.

Dalej, w Rozdziale I SWZ - Instrukcja dla Wykonawców wskazano, min. że „Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ (np. koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, zysk, ubezpieczenia, opłaty, koszty związane z zatrudnieniem osób na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, podatki - włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT) itp”. (vide: pkt XVII ppkt 5). Ponadto, wskazano, że „zakłada się, że Wykonawca w cenie oferty uwzględnił wszystkie informacje udostępnione przez Zamawiającego”. (vide: pkt XVII ppkt 8)

Rozdział III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zawiera następujące zapisy:

„Powyższe zamówienie należy wykonać w oparciu o decyzję ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności znak: N-Vni7820.L25.2018 z dnia 22.12.2021 r., dla inwestycji pn.: „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 877 Naklik - Leżajsk - Łańcut - Szklary w m. Łańcut i Wola Dalsza wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych” w ramach zadania pn.: „Budowa DW 877 - łącznik pomiędzy autostradą A4 i DK 94”, Akt Umowy, SWZ, obowiązujące przepisy prawa oraz warunki wskazane w innych decyzjach administracyjnych, uzgodnieniach. Jeżeli

zaistnieje konieczność uzyskania dodatkowych pozwoleń, opinii, uzgodnień czy też wykonanie aktualizacji/prolongaty już posiadanych, leży to w gestii Wykonawcy. Dla przedmiotowego zadania Wykonawca zobowiązany jest wykonać projekt wykonawczy (z uwzględnieniem załączonych STWiORB) wraz z przedmiarami robót, a także Projekt/Projekty tymczasowej organizacji ruchu oraz aktualizację Projektu stałej organizacji ruchu.”

Pkt II OPZ wskazuje, że Zamówienie obejmuje:

„Opracowanie i uzgodnienie projektu wykonawczego oraz wykonanie robót zgodnie z obowiązującymi normami, aktualnymi zasadami wiedzy inżynierskiej i/lub sztuki budowlanej oraz projektem budowlanym, wykonawczym i decyzją ZRID dla przedmiotowej inwestycji.

Inwestycja obejmuje budowę nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 877 o długości 3,386 km a także roboty budowlane związane z przebudową/rozbudową/budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli oraz urządzeń budowlanych.

Zakres robót i prac projektowych został określony w Rozdziale IV SWZ wraz z załącznikami i Specyfikacji Warunków Zamówienia i obejmuje m.in.: [..]”

Dalej Pkt II OPZ wskazuje, że „Na wykonawcy spoczywać będzie obowiązek, m.in.: lit. A) „Opracowania przedmiaru robót, który będzie podstawą rozliczenia kwoty ryczałtowej kontraktu. Załączone w SWZ przedmiary nie mają charakteru wiążącego i nie są podstawą do skalkulowania oferty Wykonawcy. Oferta Wykonawcy zostanie przez niego skalkulowana indywidualnie, we własnym zakresie, na podstawie załączonych materiałów i w oparciu o inne czynności niezbędne do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Załączone przedmiary nie będą podstawą do roszczeń Wykonawcy w przypadku niedoszacowania oferty.” (potwierdzenie znajduje się w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 19 kwietnia 2022 r.) lit. B) „Wszelkie koszty wynikające z dołączonych materiałów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, a nie wyszczególnione odrębną pozycją w Rozdziale V SWZ Tabeli Elementów rozliczeniowych (TER), Wykonawca skalkuluje i uwzględni w TER”

Ogłoszenie o Zamówieniu wskazuje w pkt II.2.4, że „Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz Projekt Budowlany stanowiący Załącznik do SWZ.”

Podsumowując stwierdził, że Tabela Elementów Rozliczeniowych nie została wskazana przez Zamawiającego jako wiążący dokument określający warunki zamówienia. Wycena oferty wykonawców miała zostać przeprowadzona nie na podstawie TER czy przedmiarów, ale na podstawie projektu budowlanego zatwierdzonego decyzją ZRID, decyzji środowiskowej, opinii, uzgodnień, warunków technicznych oraz innych dokumentów i instrukcji technicznych.

W jego ocenie niewiązący charakter TERu potwierdza przytoczona w odwołaniu odpowiedź na pytanie nr 17, gdzie wskazano, że na etapie wykonywania Umowy będzie on uszczegółowiony po zatwierdzeniu projektów wykonawczych i dopiero ten TER posłuży jako podstawa do bieżącego rozliczenia robót. Ważna jest również odpowiedź na pytanie nr 42 z dnia 09 maja 2022 r. gdzie wskazano, że przedmiary nie są podstawą do skalkulowania ceny oferty. Wykonawcy mieli oprzeć swoje kalkulacje na dołączonych materiałach i czynnościach niezbędnych do oszacowania przedmiotu zamówienia. Podobnie wskazuje odpowiedź na pytanie nr 59. W efekcie nie można mówić o zaistnieniu przypadku niezgodności oferty z warunkami zamówienia ani błędnego ustalenia stanu faktycznego do wyceny oferty.

Ponadto, wprowadzenie przez Przystępującego wartości do rubryki 1.1.10 TER nie będzie miało wpływu na rozliczenie wykonania zamówienia w jakimkolwiek aspekcie. TER został wspomniany w przytoczonej wyżej subklauzuli 14.1. WK „Cena Kontraktowa” jako podstawa do rozliczenia płatności częściowych. Warto przy tym zwrócić uwagę, że nie będzie to pierwotna wersja TERu stanowiąca Rozdział V SWZ, tylko wersja uszczegółowiona po zatwierdzeniu projektów wykonawczych (patrz odpowiedź na pyt. 17). Poniżej Przystępujący dokona wstępnej analizy zapisów umownych dotyczących rozliczeń częściowych z wykonawcą.

Procedura częściowych płatności.

Niezależnie od ryczałtowego charakteru Ceny Kontraktowej, będzie ona płatna częściami na podstawie wystawianych co miesiąc Przejściowych Świadczeń Płatności. Zgodnie z subklauzulą 1.1.4.7 WK „Przejściowe Świadczenie Płatności oznacza świadectwo płatności wydane na mocy rozdziału 14 [Cena Kontraktowa i Zapłata], inne niż Końcowe Świadczenie Płatności.”

Wystawienie PŚP reguluje subklauzula 14.3 WK „Wnioski o Przejściowe Świadczenia Płatności”, która stanowi, że: „Po zakończeniu każdego miesiąca Wykonawca winien przedłożyć Inżynierowi Rozliczenia w sześciu egzemplarzach, w formie zatwierdzonej przez Inżyniera, przedstawiające szczegółowo kwoty, do których Wykonawca uważa się za uprawnionego, wraz z dokumentami towarzyszącymi, które winny zawierać raport o postępie Robót w danym miesiącu, sporządzony zgodnie z klauzulą 4.21 [Raporty o postępie]. Rozliczenie winno obejmować następujące pozycje, stosownie do przypadku, które winny być wyrażone w walutach, w jakich jest płatna Cena Kontraktowa, uszeregowane w następującej kolejności:

(a) szacunkowa wartość kontraktowa wykonywanych Robót i Dokumentów Wykonawcy sporządzonych do końca danego miesiąca, włącznie ze Zmianami, lecz z wyłączeniem składników, opisanych w pkt. (b) do (g) poniżej;

(b) wszelkie kwoty, które należy dodać lub odjąć z powodu zmian prawnych lub zmian kosztów na mocy klauzuli 13.7 [Korekty uwzględniające zmiany prawne] oraz klauzuli 13.8 [Korekty uwzględniające zmiany Kosztu];

(e) wszelkie kwoty, które należy dodać lub odjąć za Urządzenia i Materiały na mocy klauzuli 14.5 [Urządzenia i Materiały do Robót];

(f) wszelkie inne dodatki lub potrącenia, które mogły stać się należne na mocy Kontraktu lub z innego tytułu, włącznie z tymi które wynikną ze stosowania rozdziału 20 [Roszczenia, spory i arbitraż];

Każde rozliczenie przejściowe winno zawierać oświadczenie Wykonawcy, że wszystkie należne faktury Podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym rozliczeniem przejściowym, zostały zapłacone, lub podać powody niezapłacenia całości lub części takich faktur.”

Jak widać treść tego przepisu nie zawiera wyraźnego odniesienia do TER. Wniosek o PŚP ma określać „szacunkową wartość kontraktowa wykonywanych Robót i Dokumentów Wykonawcy.” Wydaje się jednak, że zgodnie z przytoczoną wyżej subklauzulą 14.1. WK szacunkowa wartość Robót do miesięcznego rozliczenia powinna być ustalana na podstawie TER zmodyfikowanego po zatwierdzeniu projektów wykonawczych. Błąd w TER polegający na wypełnieniu zaznaczonej X rubryki będzie miał więc tylko taki skutek, że element Ceny Kontraktowej wskazany w tej rubryce nie będzie mógł zostać rozliczony w Przejściowym Świadectwie Płatności. Należy jednak pamiętać, że Kontrakt przewiduje rozliczenie końcowe.

Zgodnie z subklauzulą 1.1.4.4 WK „Końcowe Świadectwo Płatności oznacza świadectwo płatności wydane na mocy klauzuli 14.13” (w SWK zmieniono nazwę na Ostateczne Świadectwo Płatności). Subklauzula 14.13 WK przewiduje, że „w terminie 28 dni od dnia otrzymania Rozliczenia Ostatecznego oraz pisemnego zwolnienia od zobowiązań zgodnie z klauzulą 14.11. oraz klauzulą 14.12 Inżynier wystawi Ostateczne Świadectwo Płatności dla Zamawiającego, stwierdzające:

A) Kwotę, która jest ostatecznie należna,

B) Po odjęciu wszelkich kwot, uprzednio zapłaconych przez Zamawiającego oraz wszelkich kwot, do których Zamawiający jest uprawniony, saldo należne Wykonawcy od Zamawiającego lub Zamawiającemu od Wykonawcy, zależnie od przypadku.

W Ostatecznym Świadczeniu Płatności Inżynier uwzględni potrącenia z tytułu bezpośredniej zapłaty Podwykonawcom lub Pod-podwykonawcom dokonane bezpośrednio przez Zamawiającego na mocy Subklauzuli 4.4.”

Jak widać wypełnienie rubryki 1.1.10 TER nie będzie miało wpływu na prawidłowe rozliczenie Kontraktu ani w aspekcie płatności częściowych, ani w aspekcie rozliczenia ostatecznego. TER nie będzie miał również przełożenia na poboczne kwestie rozliczeniowe umowy takie jak zmiany, kary umowne czy waloryzacja. W konsekwencji nawet gdyby przyjąć, że dokument ten opisuje warunki zamówienia to wypełnienie rubryki 1.1.10 nie rodzi konsekwencji powodujących niezgodność oferty z warunkami zamówienia ani nie daje podstawy do przyjęcia, że cena oferty została skalkulowana w oparciu o nieprawidłowo ustalony stan faktyczny.

Jedynie na marginesie powyższych rozważań Przystępujący potwierdza, że w:

- 1) pkt. 1.1.10 TER „Inne roboty” wskazano wartość dla robót opisanych w pkt 10.1.1.2 Przedmiaru robót drogowych - Odmulenie i profilowanie istniejących rowów
- 2) pkt. 1.1.10.1 TER „Roboty melioracyjne” wskazano wartość dla robót opisanych w pkt 10.1.1.1 Przedmiaru robót drogowych - Zasypanie istniejących rowów melioracyjnych.

Opisane rozbięcie robót melioracyjnych na dwie pozycje wynikało z ukształtowania Przedmiaru robót drogowych, który określał roboty melioracyjne jako „inne roboty”, co w zestawieniu z TER nie było do końca jasne. Niemniej jednak, opisana pomyłka nie niesie żadnych konsekwencji dla zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia czy prawidłowości w obliczeniu ceny ofertowej.

Niespełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut III odwołania opiera się na założeniu, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ponieważ zobowiązanie Podmiotu Udostępniającego Zasoby firmy PRI Wysowa sp z o.o. sp.k. (dalej „PUZ”) jest nieważne. Nieważność ma wynikać z naruszenia zasad reprezentacji PUZ przy wystawieniu zobowiązania do udostępnienia zasobów Przystępującemu.

Opisany zarzut jest oparty na nieprawidłowej podstawie faktycznej. Przystępujący i PUZ zamierzają zawrzeć umowę podwykonawczą, której przedmiotem ma być wykonanie robót branży mostowej z materiałów budowlanych powierzonych Podwykonawcy przez Wykonawcę. W efekcie cała wartość branży mostowej z tabeli TER nie stanowi o wartości robót zleconych PUZ. Wartość zobowiązania PUZ nie przekroczy kwoty przesądzającej o konieczności kontrasygnaty drugiego członka zarządu komplementariusza. W załączeniu składam oświadczenia Przystępującego i PUZ potwierdzające powyższe okoliczności. Oświadczenia składam w postaci elektronicznej i w postaci skanu dokumentu, na wypadek

gdyby były trudności z odczytaniem podpisów elektronicznych, co miało miejsce w toku postępowania przetargowego.

Niezależnie od powyższego wnioski Odwołującego co do bezwzględnej nieważności takiego zobowiązania są zbyt daleko idące. W ocenie Przystępującego zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie stanowi jeszcze zaciągnięcia zobowiązania o konkretnej wartości. A jeżeli przyjąć, że jest to zaciągnięcie zobowiązania, to nie można go traktować jako zobowiązania jednostronnego. Jednostronną czynnością prawną nie jest oświadczenie woli stanowiące składnik innej czynności prawnej, np. oferta lub jej przyjęcie (zob. wyr. SN z 23.1.2014 r., II CSK 190/13).

Zgodnie z art. 39 § 1 Kodeksu cywilnego sankcją za przekroczenie zakresu umocowania organu osoby prawnej skutkuje sankcją bezskuteczności zawieszonej. Jeżeli zawierający umowę jako organ osoby prawnej nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę prawną, w której imieniu umowa została zawarta. Natomiast zgodnie z art. 39 § 1 zd. 2 KC „jeżeli ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w imieniu osoby prawnej, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.” W konsekwencji, gdyby rzeczywiście na skutek złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów PUZ zaciągnął zobowiązanie o wartości powyżej 5 mln zł to wówczas byłoby ono ważne i powinno zostać potwierdzone przez drugiego członka zarządu komplementariusza PUZ. Natomiast w opisanej wyżej sytuacji, gdy zobowiązanie PUZ nie przekroczy wartości 5 mln zł nie jest to konieczne.

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut ten stanowi czystą konsekwencję zarzutów omówionych powyżej. W świetle niezasadności powyższych zarzutów Odwołania także ten zarzut jawi się jako nieuzasadniony.

W dniu 14.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Swietelsky Rail złożyło stanowisko Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, w którym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Poza sporem jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie świadczenia opisane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Osią sporu w sprawie niniejszej jest natomiast to, czy w postępowaniu wymagany przez Zamawiającego formularz cenowy w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), stanowiący załącznik nr 1 do oferty stanowi treść oferty podlegającą badaniu przez Zamawiającego jako część oferty i czy wypełnienie poz. 1.1.10 jest błędem w obliczeniu

ceny. Kluczową kwestią dla oceny postępowania Zamawiającego jest ustalenie, jaką funkcję pełni dokument TER: czy jest on elementem podlegającym weryfikacji i ocenie przy ocenie złożonych przez Wykonawców ofert, czy też jego wypełnienie na etapie postępowania ma charakter poglądowy, a TER służyć ma tylko do późniejszych rozliczeń Zamawiającego z wybranym wykonawcą (Przystępującym) z uwagi na charakter ryczałtowy Wynagrodzenia. Zdaniem Odwoływających, TER jest częścią oferty Przystępującego i winien być badany przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, w pełnym zakresie, a istniejący nadal wpis w poz. 1.1.10 TER jest elementem powodującym, że oferta Wykonawcy Antex II Sp. z o.o. jest ofertą niezgodną z treścią i wymaganiami Zamawiającego określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Dodatkowy element dodany przez Wykonawcę Antex II Sp. z o.o. w TER powoduje, że jego oferta stanowi zakres przedmiotowo i finansowo szerszy niż zakres wymagany przez Zamawiającego w SWZ, która to niezgodność skutkować winna odrzuceniem oferty. Dokument TER wg SWZ sporządzonej przez Zamawiającego stanowi istotną część oferty. Świadczą o tym następujące zapisy w SWZ oraz zapisy w samej tabeli TER, w jej końcowej części.

1) Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) zawiera spis treści. Z tego spisu treści wynika, że Rozdział II SWZ stanowi formularz oferty oraz TER jako załącznik nr 1 do oferty. TER jest więc załącznikiem do oferty, a więc stanowi jej część.

TER została złożona przez Przystępującego wraz z ofertą.

Brak jest jakiegokolwiek zapisu w SWZ, że ocena oferty w toku postępowania ograniczać się będzie tylko do formularza cenowego, i nie będzie obejmować załącznika do oferty w postaci TER. Nie ma też zapisu, że błędy w TER nie są błędami w obliczeniu ceny oferty.

2) W samej TER, w jej końcowej części Zamawiający zapisał, że „Niniejszy wykaz stanowi rozbięcie ceny ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ (dla wyjaśnienia: Rozdział I SWZ to instrukcja dla wykonawców, zawierająca szczegółowy opis m.in. sposobu przygotowania oferty (p. XIV) i sposobu obliczenia ceny (p. XVII), w tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i dokonywania poprawek przez Zamawiającego).

Zatem sam Zamawiający przesądził, że TER podlega ocenie w ramach czynności badania i oceny ofert.

Jest to dokument istotny zarówno na etapie badania i oceny ofert (etap postępowania) jak i na etapie realizacji - na potrzeby rozliczeń i monitoringu finansowego.

3) Instrukcja dla wykonawców:

XIV. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.
2. Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ
3. Ofertę sporządza się w języku polskim na Formularzu Ofertowym

Pkt XIV.4 IDW Opis sposobu przygotowania oferty

Wykonawca wraz z ofertą jest zobowiązany złożyć:

- a) Tabela Elementów Rozliczeniowych
 - b) dowód wniesienia wadium
 - c) zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w SWZ
 - d) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy)
4. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć dokumenty wskazane w załączniku do SWZ pn. PODSTAWOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA;
 5. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w załącznikach do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy..

Zamawiający przesądził w ppkt 5, że wszystkie formularze mają być wypełnione zgodnie z wzorami ustalonymi przez Zamawiającego co do treści i opisu kolumn i wierszy. Wymóg sporządzenia TER zgodnie z udostępnionym wzorem potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 17.

W Punkcie XVII IDW w zakresie sposobu obliczenia ceny Zamawiający przesądził, że TER nie służy tylko do monitorowania rozliczeń kontraktu, ale służy też do porównania złożonych ofert, wskazując, że:

„3. Cenę za realizację przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wskazanych w ww. dokumencie (w tym konkretnym przypadku: w TER).

4. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. ”

Podkreślił, że Zamawiający jest związany ukształtowanymi przez siebie zapisami SWZ w tym zakresie (Sposobu obliczenia ceny) a TER nie ma tu charakteru „poglądowego” - jest elementem wskazującym na zakres rzeczowo- finansowy oferty Wykonawcy.

Wycena oferty, wbrew twierdzeniom Przystępującego Antex II sp. z o.o., winna nastąpić jako suma pozycji ujętych w TER, co wprost wynika z przywołanego powyżej pkt XVII ppkt 3 IDW.

W dalszych punktach IDW (XVIII, ppkt 13 i nast.) Zamawiający wskazuje obszernie sposób poprawiania omyłek w obliczeniu ceny, co także wskazuje na istotny charakter TER

jako części oferty podlegającej badaniu i ocenie zamawiającego jego zgodności z treścią SWZ.

W pkt XVII IDW ppkt 17 Zamawiający pisze, że: „w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe (...): jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe. ”

Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest zbadać prawidłowość ujęcia cen „poszczególnych”, skoro to ich suma wyznacza wartość wynagrodzenia ryczałtowego. Nadto na pytanie nr 17 (zadane w trakcie postępowania) dotyczące możliwości dopisania dodatkowych pozycji w TER Zamawiający oświadczył, że TER należy wypełnić zgodnie z wzorem. Zatem czynność w postaci wypełnienia dodatkowej pozycji w TER przez Antex II Sp. z o.o. stanowiła naruszenie tego wymagania - w tabeli TER pojawiła się pozycja cenowa, nie mająca pokrycia rzeczowego w opisie przedmiotu zamówienia. Skutkiem czego zarówno TER jak i oferta Wykonawcy jest niezgodna z treścią SWZ. Zamawiający ustalił wzór TER i nakazał oferentom wypełnić go, a następnie przedłożyć go wraz z ofertą.

W sprawie rozstrzyganej w niniejszym postępowaniu Zamawiający ukształtował tak Specyfikację Warunków Zamówienia, że wypełniony formularz cenowy w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych (zał. 1 do Rozdział II SWZ) miał odpowiadać wzorowi, był elementem oferty oraz wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie miał charakteru wyłącznie poglądowego, a poprawność jego wypełnienia (zgodnie z wymogami SWZ) powinna podlegać ocenie przez Zamawiającego. W postępowaniu objętym odwołaniem, przeznaczeniem i funkcją formularza cenowego TER jest również „ocena ofert”. Inaczej mówiąc, Zamawiającego interesowało, jakie wynagrodzenie wykonawca będzie otrzymywać za poszczególne świadczenia, składające się na jego zobowiązanie. Gdyby dokument ten nie miał znaczenia dla treści ofert wykonawców i dla ich oceny, Zamawiający nie żądałby go wraz z ofertą (mógł zażądać go np. przed podpisaniem Umowy, co służyłoby rozliczeniom kontraktu), albo co najmniej usunąłby zapisy wskazane w pkt 3 ppkt 1 - 7 z SWZ. Co więcej Zamawiający wprost wskazał, że Wykonawcy mają uzupełnić formularze co treści i opisu kolumn i wierszy (pkt XIV ppkt 5 IDW) i zgodnie z wzorem (odp. na pytanie nr 17) oraz że wyliczona [tak] cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Co więcej, Zamawiający dokonywał poprawek w TER oferty złożonej przez Przystępującego Antex II Sp. z o.o. korygując cenę (sumę) o 1 grosz. Tym samym oczywistym jest, że badanie treści oferty miało obejmować i faktycznie objęło także TER. Nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, że w formularzu TER ma

on poprawiać omyłki rachunkowe, ale nie ma obowiązku badać jej pod kątem zgodności z innymi wymaganiami SWZ i przepisów prawa.

Przywołane przez Przystępującego orzeczenie KIO - wyrok do sygn. akt: KIO 2155/20 z 12.10.2020 r. odnosi się do odmiennego stanu faktycznego, niż istniejący w sprawie niniejszej: w sprawie rozstrzyganej pod sygn. akt: KIO 2155/20 specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała, by TER była sporządzona na potrzeby oceny oferty w zakresie określonym w instrukcji dla wykonawców, podczas gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego zapis taki został wprowadzony do warunków zamówienia (w TER, w końcowej części i w innych zapisach - vide pkt 3). Nadto w postępowaniu w sprawie KIO 2155/20 zamawiający podjął czynność wyjaśnienia treści oferty w zakresie znaczenia pozostawionej „pustej” rubryki z wyceną, tu zaś Zamawiający żadnych wyjaśnień nie przeprowadził i ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny uznał za najkorzystniejszą.

Pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza badania zgodności oferty z SIWZ (wg ustawy z r. 2004r., obecnie SWZ) na podstawie kosztorysów ofertowych [tu formularza ofertowego - Tabeli Elementów Rozliczeniowych] został wyrażony wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1101/10, - wyrok z 10.02.2011 r., sygn. akt: KIO 179/11, - wyrok z 16.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2392/12, - wyrok z 12.12.2012 r., sygn.. akt KIO 2410/12, - wyrok z 30.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2611/12, - wyroki do sygn. akt: KIO 67/13, KIO 70/13, KIO 72/13, - wyrok z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2389/17, - wyrok z 27.01.2014 r., sygn. akt: KIO 50/14. Podsumowując treść ww. orzeczeń: KIO nie podzieliła w nich poglądu, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu badanie kosztorysów ofertowych.

W wyroku z 27.02.2014 r., sygn. akt: KIO 50/14 skład orzekający zwrócił również uwagę, że: [...] Cena ryczałtowa jest pojęciem niemającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych pojęcie to używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art. 632 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Skład orzekający nie zgodził się też z twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu wynika, z mocy ustawy, z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Treść SIWZ stanowiła, iż kosztorys ofertowy umożliwia wykonawcom objęcie świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też wyeliminowaniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które powstałyby w toku badania ofert oraz umożliwia poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp z 2004. Podobnie w wyroku z 10.02.2011 r., sygn. akt: KIO 179/11 skład orzekający uznał, że: [...] w przypadku ceny ryczałtowej kosztorys ofertowy może mieć znaczenie jako część oferty opisująca zakres i sposób świadczenia wykonawcy, a nie tylko materiał pomocniczy do wyliczenia ceny oferty (w zależności od postanowień SIWZ w tym zakresie), to jednak niezgodność oferty z SIWZ musi być w takim przypadku wyraźna. [...] ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami SIWZ, również w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Jednakże potwierdzenie to winno odbywać się w zakresie i w sposób wyraźnie wymagany w SIWZ.

Za całkowicie chybione w tym zakresie należy uznać Stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie, że: Błąd w obliczeniu ceny nie mógł wystąpić w niniejszym przypadku, poprzez wycenienie przez Wykonawcę pozycji „inne roboty” w branży roboty drogowej, gdyż Wykonawca nie mógł zaoferować innych robót, aniżeli te które wynikają z dokumentacji projektowej, stanowiącej Opis Przedmiotu Zamówienia. Wskazane w dokumencie TER pozycje są opisane szeroko i dopiero na etapie realizacji zadania będą uszczegóławiane. Wykonawca zmienił i wypełnił TER niezgodnie z wymogami SWZ przez dopisanie wyceny nieistniejącej pozycji. Wycenione w poz. 1.1.10 TER przez Przystępującego roboty nie będą realizowane, a mimo to zostały ujęte w cenie i zakresie oferty firmy Antex II Sp. z o.o. Doszło więc do sprzeczności zakresu oferty Antex II sp. z o.o. z zakresem przedmiotowym zamówienia, określonym przez Zamawiającego, a więc błędu w obliczeniu ceny wynikłego z wadliwego rozpoznania przedmiotu zamówienia przez oferenta. Wypada zgodzić się z Zamawiającym, że błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP to błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. I takiego właśnie błędu dopuścił się Antex II sp. z o.o. rozpoznając w opisie przedmiotu zamówienia zakres, którego tam brak i wyceniając ten zakres na ponad 100 tys. złotych brutto. Zamawiający naruszył swoje ustawowe obowiązki poprzez brak odrzucenia oferty, z której wynika, że oferent wykroczył poza zakres przedmiotowy zamówienia i wycenił prace, których realizacji Zamawiający nie wymaga w ramach postępowania. Niedopuszczalne w ramach zamówień publicznych i finansów publicznych jest forsowanie tezy, że tabela cenowa podlegająca ocenie może pozostawać w jakiegokolwiek sprzeczności z zakresem przedmiotowym zamówienia i to także w przypadku, gdy Zamawiający przewidział dla

wykonawcy wynagrodzenie w formie ryczałtu. Odwołujący podkreślił, że w powyższym kontekście przywołane przez Przystępującego ww. orzeczenie KIO sygn. akt KIO 2155/20 jest nieadekwatne w sprawie niniejszej także dlatego, że dotyczy pominięcia w TER jednej pozycji i jej wyceny w innej pozycji, zaś w sprawie niniejszej chodzi o wycenę pozycji nieistniejącej w sensie rzeczowym, to jest wycenę świadczenia, które nie będzie wykonane w ramach kontraktu, bo nie przewiduje go opis przedmiotu zamówienia. Nie zgodził się również, ze stanowiskiem Zamawiającego, że niezgodność treści oferty Spółki Antex II Sp. z o.o. z warunkami zamówienia poprzez wycenienie pozycji 1.10 w TER, która to pozycja nie będzie realizowana stanowi jedynie drobną niezgodność jedynie co do formy oferty oczekiwanej przez zamawiającego, a nie dotyczy jej strefy merytorycznej. Jest bowiem istotne czy Wykonawcy złożyli ofertę której wszystkie elementy zostały wycenione zgodnie z wymogami SWZ, która pozwala na ocenę i porównanie ofert. Zamawiający czyniąc TER elementem oferty podlegającym ocenie którego elementy w postaci wyliczonej ceny stanowią cenę i ofertę wykonawcy - twierdzi jednocześnie, że poszczególne elementy składowe formularza nie mają znaczenia i są pogładowe . Jest to sprzeczność z zasadami postępowania określonymi w SWZ i naruszenie zasad równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający powołał się również w swojej odpowiedzi, że wątpliwości należy traktować na korzyść Wykonawcy: z 10.08.2021 r, KIO 1992/21). W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis. Zasada ta nie może mieć zastosowania poprzez zaniechanie podstawowych obowiązków Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert i jednocześnie będzie odnosić się wyłącznie do jednego Wykonawcy. Takie podejście stanowi właśnie o nierównym traktowaniu wykonawców i łamaniu przez Zamawiającego reguł uczciwej konkurencji. Zamawiający jest związany warunkami zamówienia, które sam określił. Jak wskazała KIO w wyroku do sygn. akt KIO 987/19 z 13.06.2019 r. choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty zgodnie

z wymaganiami które sam ukształtował, i nie jest w obliczu obowiązujących przepisów uprawniony do odstępowania od tych zasad. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują. Zaprezentowane w postępowaniu przez Zamawiającego nadzwyczaj liberalne podejście do oceny oferty wykonawcy Antex II sp. z o.o. skutkuje naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie dysponował na etapie wyboru oferty Przystępującego Antex II sp. z o.o. jako najkorzystniejszej informacjami o planowanym przez Antex II sp. z o.o. zakresie, cenie i sposobie realizacji robót podwykonawczych przez podmiot, udostępniający zasoby - PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. Okoliczność tę dopiero w toku postępowania odwoławczego potwierdził Przystępujący, przekazując oświadczenie własne oraz oświadczenie PRI Wysowa sp. z o.o. co do wartości planowanych robót (poniżej 5 mln zł) oraz planowanym zakresie prac, które mają nastąpić z wyłączeniem materiałów (dostarczy je zamawiający - Antex II sp. z o.o.). Nie dysponując ww. informacjami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie miał możliwości oceny, czy złożone przez PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. w sposób realny, wiążący i pewny pozwala przyjąć, że oferent dysponuje niezbędnym doświadczeniem udostępnianym przez podmiot trzeci i że podmiot ten faktycznie jako podwykonawca wykona roboty, dla których udostępniane doświadczenie jest niezbędne. Ani Antex II sp. z o.o. ani Zamawiający na podstawie tak przyjętego oświadczenia woli PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. nie mieli możliwości podjęcia kroków w celu legalnego wymuszenia na PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. realizacji złożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów i wykonania robót jako podwykonawca. Obecnie przedłożone oświadczenia i wyjaśnienia są już dalece spóźnione i bezskuteczne.

Jednostronne oświadczenie woli podmiotu udostępniającego - PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom., którego zasady reprezentacji były znane publicznie, w tym w szczególności Zamawiającemu, któremu dostarczona została informacja z KRS, to jest podmiotu reprezentowanego niezgodnie z jawnymi zasadami, winny spowodować czynności co najmniej wyjaśnienia stanu uzgodnień pomiędzy Antex II sp. z o.o. z PRI Wysowa sp. z o.o. sp. kom. na temat planowanej ceny za roboty podwykonawcze, co mogłoby wywołać przedłożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego np. oświadczeń analogicznych, jak przedstawione w postępowaniu w sprawie niniejsze. Ponieważ

Zamawiający zaniedbał tych czynności w postępowaniu nie doszło o wykazania dysponowania niezbędnymi zasobami, co przesądza o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Antex II sp. z o.o. i winno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ (Rozdziału I – Instrukcja dla Wykonawców /IDW/ wraz z załącznikiem nr 1 - Podstawowe informacje dotyczące postępowania, Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia /SOPZ/, Tabeli Elementów Rozliczeniowych /TER/ (z 05.05.2022 r.) załącznik do oferty, SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH /STWIORB/, Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz z załącznikami /Rozdziału III/), czy też odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji SWZ (cztery, m.in. z 20.05.2022 r.), ofert Przystępującego wraz ze złożonym TER-em, jak i oświadczeniem sankcyjnym złożonym przez Przystępującego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) informacja o złożonych ofertach sporządzona przez Zamawiającego - pismo z 20.06.2022 r.;
- 2) informacja o wyborze oferty Antex II jako najkorzystniejszej - pismo Zamawiającego z 23.08.2022 r.;
- 3) protokół postępowania, skan;
- 4) skan tabeli TER złożonej przez ANTEX II;
- 5) wzór tabeli TER przygotowanej przez Zamawiającego;
- 6) zestawienie sposobu wypełnienia poz. 1.1.10 i poz. 1.1.10.1 przez wszystkich oferentów;

7) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom. z 25.07.2022 r. oraz z 17.06.2022 r.;

8) informacja z KRS dla komplementariusza podmiotu udostępniającego zasoby/podwykonawcy - PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie :

1) Oświadczenie Antex II Sp. z o.o.;

2) Oświadczenie PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska Odwołującego w postępowaniu odwoławczym oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II mimo istnienia w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II, mimo iż występuje w jej treści niezgodność z warunkami zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX II mimo niespełnienia przez ANTEX II warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, to jest niewykazania posiadania doświadczenia wykonawcy w realizacji wymaganej roboty branży mostowej oraz dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót mostowych, posiadającą wymagane doświadczenie i uprawnienia budowlane,

4) art. 16 pkt 1 PZP, to jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaakceptowanie złożenia przez ANTEX II, to jest wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w obliczeniu ceny i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz stanowiska Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, a w szczególności przywołane w nich

postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej w całym uzasadnieniu: „SWZ” (Rozdziału I – Instrukcja dla Wykonawców /IDW/ wraz z załącznikiem nr 1 - Podstawowe informacje dotyczące postępowania, Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia /SOPZ/, Tabeli Elementów Rozliczeniowych /TER/ (z 05.05.2022 r.) załącznik do oferty, SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH /STWIORB/, Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz z załącznikami /Rozdziału III/), czy też odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji SWZ (cztery, m.in. z 20.05.2022 r.)

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego oraz drugiego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

Należy wskazać odnośnie charakteru TER-u, że z jednej strony SWZ wymaga złożenia tego dokumentu wraz z ofertą pkt XIV ppkt 4 IDW, z drugiej stwierdzając, że ma charakter poglądowy zgodnie z klauzulą znajdującą się na końcu tej tabeli. W ocenie Izby postanowienia SWZ dotyczące TER są więc niejasne i niespójne, tym bardziej, że druga część klauzuli z TER-u: „(...) i oceny ofert w zakresie wymienionym w Rozdziale I SWZ” ma wbrew pozorom ogólny charakter, gdyż odsyła do całego Rozdziału I SWZ, którym jest Instrukcja dla Wykonawców, czyli odsyła do całego dokumentu. W niniejszym dokumencie, zaś znajduje się nie tylko cytowany przez Odwołującego pkt XVII ppkt 3 IDW, ale także pkt XVII ppkt 5 IDW zgodnie z którym wycena musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy, jak i uwzględniać wszystkie informacje udostępnione przez Zamawiającego (pkt XVII ppkt 8 IDW). Z kolei z SOPZ (Rozdział III SWZ) wynika, że zamówienie należy wykonać na podstawie m.in. ZRIDU, ale także z uwzględnieniem STWIORB, zaś zakres robót i prac projektowych został określony w Rozdziale IV SWZ (Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz z załącznikami) wraz z załącznikami. (pkt II SOPZ). Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SWZ należy przychylić się do stanowiska Przystępującego, że wiążącymi do wyceny były: Projekt Budowlany, zatwierdzona decyzja ZRID-u, decyzja środowiskowa, opinie, uzgodnienia, warunki techniczne oraz inne dokumenty i instrukcje techniczne.

Potwierdza to także odpowiedź na pytanie nr 7, gdzie stwierdza się, że Wykonawca w złożonej ofercie winien wycenić rozwiązania wynikające z Projektu Budowlanego i dokumentacji przetargowej, czy też odpowiedź na pytanie nr 9, 42, czy 78. Z kolei niewątpliwie wycena oferty nie miała być przeprowadzona na podstawie przedmiarów (okoliczność bezsporna, odpowiedź na pytanie nr 1, 59, 60), ale także TER-u wobec jego poglądowego charakteru. Jednocześnie, Izba uważa, że odpowiedź na pytanie nr 17 jest nieprawidłowo interpretowana przez Odwołującego, gdyż nie ma tam wyraźnego zakazu dodawania pozycji do TER-u. Jest to założenie Odwołującego, jego domniemanie. Ogólny i niespójny charakter postanowień dotyczących TER-u nie daje podstawy do tak daleko idących wniosków, jak wskazywał Odwołujący i uznania go jako dokument statuujący warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 19 PZP. Względem pkt XVII pkt 3 IDW odnosi się on do wskazanych wyżej dokumentów w pkt 1, których jest cała lista, nawet do innego stosownego dokumentu („Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem - Formularza cenowego (FC) - Kosztorysu ofertowego (KO)-Tabeli Opracowań Projektowych (TOP) -Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) lub innego stosownego dokumentu stanowiącego załącznik do SWZ. Wykonawca określi wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w tych dokumentach.”), co dodatkowo wskazuje na niespójny i ogólny charakter postanowień dotyczących TER-u. Izba w konsekwencji istniejących wątpliwości co do charakteru TER-u rozpatruje je na korzyść Wykonawcy, uznając, że TER ma charakter poglądowy, co potwierdza odpowiedź na pytanie nr 17 (ostateczny TER na etapie realizacji). Dodatkowo wskazując, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. W tym zakresie Izba przychyliła się do cytowanego obszernie przez Przystępującego w jego piśmie procesowym orzeczenia o sygn. akt: KIO 2155/20. Jednocześnie, Izba przychyliła się również do stanowiska Przystępującego wyrażonego w tym piśmie wskazującego, że TER z Subklauzuli 14.1 WK będzie innego rodzaju (ostateczny) bardziej uszczegółowiony zgodnie z odpowiedzią na pytanie 17. Z kolei płatność będzie częściami na podstawie wystawionych co miesiąc Przejściowych Świadczeń Płatności (Subklauzula 1.1.4.7. WK), gdzie nie ma odniesienia do TER-u, na koniec zaś będzie Końcowe Świadczenie Płatności (Subklauzula 1.1.44 WK), w konsekwencji wyceniona rubryka 1.1.10 TER-u nie będzie miała wpływu na rozliczenie.

Kwestia zmiany TER-u, tj. modyfikacji i poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Przystępującego nie zmienia stanowiska Izby, co do poglądowego charakteru TER-u. Na korzyść takiego charakteru TER-u świadczy także jak podnosił Przystępujący na rozprawie, że kary umowne nie są oparte o tę tabelę, także waloryzacja (Subklauzula 13.8. WK), czy też

procedura zmiany (Subklauzula 13 WK), czy też odstąpienie od umowy (Subklauzula 19.6. WK).

Jednocześnie, Izba wskazuje, że wyceniona rubryka nie jest wycenieniem, czy też wykroczeniem poza zakres przedmiotu zamówienia. Stanowi co najwyżej niezgodność co do formy, nie dotyczy jej sfery merytorycznej. Izba w tym zakresie bowiem nie negując nie wiążącego charakteru przedmiarów, powołuje się na STWIORB, D-10.10.1, str. 603, gdzie przewidywano konieczność oczyszczenia/odmulenia rowu, czyli dokładnie to co zostało wycenione w poz. 1.1.10, jak wskazał Przystępujący w swoim piśmie procesowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tzn. że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nie było realne. Należy zauważyć, że zarzut odnosi się warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Przytoczone w odwołaniu warunki nie statuują określonej wartości, która dawałaby podstawy do uznania, że podpisanie przez podmiot trzeci PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom. było niewystarczające i konieczne były dwa podpisy. Dodatkowo należy także podkreślić, że zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia, a nie zaniechania wyjaśnień, więc twierdzenia z rozprawy Odwołującego, że Zamawiający nie żądał wyjaśnień, wykracza poza zarzut. Nadto, Izba zweryfikowała stanowisko Przystępującego z rozprawy, rzeczywiście Przystępujący w swoim oświadczeniu sankcyjnym nie wskazywał PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom., co oznacza, że PRI Wysowa Sp. z o.o. Sp. kom. nie będzie wykonywał zamówienia o wartości większej niż 10 % wartości zamówienia, jest wskazany tylko inny podmiot PRD-M Sp. z o.o., Hrubieszów (załącznik nr 1 do oferty). Ponadto, Izba wskazuje na dowody załączone do pisma procesowego Przystępującego, które potwierdzają, że wartość przyszłego zobowiązania podwykonawczego nie przekroczy wartości, przy której wymagane są dwa podpisy. Ponadto, Izba zgadza się, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie stanowi jeszcze zaciągnięcia zobowiązania o konkretnej wartości. Taka wartość będzie wynikać dopiero z umowy podwykonawczej. Opieranie się na wartości z TER-u poz. 2 jest uproszczeniem, na co zasadnie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co dodatkowo potwierdziły dowody dołączone do pisma procesowego Przystępującego, że kwota określona w umowie podwykonawczej nie będzie przekraczać wartości przy której wymagane są dwa podpisy. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw do podważania realności zobowiązania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała, że w konsekwencji oddalenia wcześniejszych zarzutów, oddaleniu podlega także zarzut wynikowy naruszenia art. 16 ust. 1 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: