

Sygn. akt: KIO 2068/16

WYROK
z dnia 16 listopada 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 10 i 14 listopada 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (pełnomocnik) oraz M. Spółka Akcyjna z siedzibą w Chodczycy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Aquanet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik), SANIMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PTHU Hydro-Marko M.P. z siedzibą w Jarocinie, HYDRO-MARKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2068/16 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (pełnomocnik) oraz M. Spółka Akcyjna z siedzibą w Chodczu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (pełnomocnik) oraz M. Spółka Akcyjna z siedzibą w Chodczu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Aquanet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą „*Kolektor sanitarny Junikowski na odcinku od ul. Samotnej do ul. Głogowskiej*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016 S/71-124776.

31 października 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (pełnomocnik) oraz M. Spółka Akcyjna z siedzibą w Chodczycy (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum M.”), wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust.1 i ust. 3 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik), SANIMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PTHU Hydro-Marko M.P. z siedzibą w Jarocinie, HYDRO-MARKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie (dalej: „Konsorcjum WUPRINŻ”), która powinna zostać odrzucona,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z brakiem wykluczenia Konsorcjum WUPRINŻ z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie

posiadanego doświadczenia,

- 3) art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w związku art. 90 ust. 2 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy są niewystarczające dla stwierdzenia prawidłowej kalkulacji ceny dającej podstawę do uznania, że oferta Konsorcjum WUPRINŻ nie jest ofertą z rażąco niską cenę,
- 4) w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, przez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum WUPRINŻ, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje (tj. poniżej kosztów wytworzenia) oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy oraz art, 30 ust. 5 ustawy w związku z brakiem odrzucenia ofert pomimo zaferowania realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ w zakresie zaproponowanych rozwiązań materiałowych, w tym w szczególności przez niewykazanie, że zaproponowane rozwiązania są równoważnymi dopuszczonymi przez Zamawiającego,
- 6) art. 89 ust, 1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 ustawy a także art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z informacjami w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 9.1.2.,
- 7) innych przywołanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum WUPRINŻ z postępowania oraz odrzucenia Jego oferty,
- 4) nakazanie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 5) nakazanie dokonania wyboru Oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, że w interesie każdego Wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego

jest przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy. Interes Odwołującego polega na tym, że złożył on ofertę spełniającą wszystkie wymogi SIWZ, która w związku z postawionymi zarzutami w stosunku do oferty Konsorcjum WUPRINŻ powinno zostać uznana za najkorzystniejszą. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WUPRINŻ, godzi w interes Odwołującego powodując uszczerbek oraz realne poniesienie szkody na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający pismem z dnia 21 października 2016 roku (nr pisma DW/RP/492/60639/2016) poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą „Kolektor Junikowski na odcinku od ul. Samotnej do ul. Głogowskiej”, Odwołujący w zakresie tej czynności Zamawiającego wskazał:

I.

Wybrany wykonawca podlega wykluczeniu, bowiem nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

W części 9 IDW pkt. 9.1.2.W odniesieniu do wiedzy i doświadczenia w tiret 4 zamawiający postawił następujący warunek: „co najmniej 1 obiekt przepompowni ścieków sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych, w konstrukcji żelbetowej o wydajności minimum 400 l/s”. Wykonawca Konsorcjum WUPRINŻ w odniesieniu do tej realizacji wskazał na wykonanie przez jednego z konsorcjantów P.T.H.U. Hydro-Marko M.P. realizacji pn. „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia (...)”. Zdaniem Odwołującego realizacja ta nie potwierdza spełnienia warunków, jak bowiem wynika z treści załączonej referencji w ramach przedmiotowej realizacji pompownię ścieków wyposażano w dwa agregaty pompowań które łącznie posiadały wydajność 700 l/s. Tak więc brak jest potwierdzenia , że wydajność chociażby jednego z nich była nie mniejsza niż 400 l/s. Odwołujący podkreślił, że w tego typu inwestycjach jeden z agregatów stanowi co do zasady agregat zastępczy, który jest agregatem tzw. rezerwowym dla stale pracującego. W związku z czym nie może być zsumowania wydajność agregatu niepracującego. Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu na poziomie realizacji w której zastosowano pompę o wydajności min. 400 l/s adekwatny do przedmiotu zamówienia, bowiem w tym postępowaniu niezbędne do zainstalowania są agregaty wydajności 580 l/s. Tak więc

zdaniem odwołującego wskazana w poz. 6 realizacja nie potwierdza spełnienia postawionego warunku.

Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał również oceny oferty Konsorcjum WUPRINŻ w zakresie realizacji wskazanej w pozycji 1 wykazu. Konsorcjum WUPRINŻ w treści opisu realizacji, którą się legitymuje wskazał, że przedmiotem realizacji były roboty budowlane polegające na wykonaniu metodą bezwykopową mikrotunelingu kolektorów sanitarnych. Wskazać w tym miejscu należy, że w zakresie realizacji „Budowa Centrum handlowego Łacina w Poznaniu” nie wykonywano kanalizacji sanitarnej. Tak więc informacje zawarte w treści oferty są nieprawdziwe.

Wykonawca Konsorcjum WUPRINŻ w okresie po złożeniu oferty, wskutek udzielenia przez wyjaśnień Zamawiającemu, dokonał istotnej zmiany treści oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu pkt. 9,1.2. tiret 3 dot. posiadanego doświadczenia na wykonanie jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m Konsorcjum WUPRINŻ nie posiadając doświadczenia w tym zakresie posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego. Zamawiający słusznie zakwestionował prawo do posłużenia się doświadczeniem, bowiem z załączonego na str. 33 zobowiązania spółki AQUA S.A. wynikało jedynie, że podmiot ten zapewni Konsorcjum WUPRINŻ wsparcie w zakresie doradztwa, czy konsultacji. Stanowisko orzecznictwa i doktryny jednoznacznie już przesądziło, że w przypadku robót budowlanych udział podmiotu trzeciego, który udostępnia swoje zasoby musi być realny i musi polegać na faktycznym wykonywaniu części przedmiotu zamówienia, W szczególności nacisk kładzie się na to, że wykonawca udostępniający szczegółowy zakres robót specjalistycznych winien właśnie te roboty realizować z uwagi na brak doświadczenia wykonawcy który korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m. Bez wątplenia żaden z członków Konsorcjum WUPRINŻ nie posiadał wymaganego doświadczenia. Zamawiający zakwestionował zobowiązanie i wezwał do uzupełnienia załącznika nr 5 - wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającym ich wykonanie w zakresie co najmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o

średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m. Odpowiadając na wezwanie Konsorcjum WUPRINŻ polemizował z Zamawiającym przedstawiając szerokie stanowisko co do rzekomego posiadania doświadczenia przez udostępniające zasoby spółkę AQUA. Odwołujący podkreślił, że ze stanowiska Konsorcjum WUPRINŻ jednoznacznie wynika, brak zaangażowania tego podmiotu w realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego, o czym pisze w pkt 4 swojego wyводу. Konsorcjum WUPRINŻ stwierdził zatem, że jedynie wola udzielenia zasobu wyrażona w treści zobowiązania a nie realne uczestnictwo w realizacji robót budowlanych gwarantują uzyskanie doświadczenia innego podmiotu. Stanowisko takie jest absolutnie nieuprawnione nie można nabyć doświadczenia w realizacji robót budowlanych o określonym zakresie w sposób teoretyczny poprzez doradztwo czy konsultację.

W konsekwencji wezwania, Konsorcjum WUPRINŻ zmieniło sposób realizacji przedmiotu zamówienia i po terminie składania ofert zaangażowało do realizacji niniejszego zamówienia w charakterze podwykonawcy Przedsiębiorstwo „PEK-MEL”, który to podmiot ma na rzecz Konsorcjum realizować część robót związanych z przedmiotem zamówienia w zakresie wykonana na terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej. Odwołujący podniósł, że jeśli faktycznie Konsorcjum WUPRINŻ zamierza realizować część przedmiotu zamówienia z udziałem podmiotu PEK-MEL to doszło do zmiany treści oferty w zakresie sposobu realizacji zamówienia publicznego. Na etapie składania oferty Konsorcjum WUPRINŻ nie przewidywało udziału w zakresie realizacji kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej przez podwykonawcę. Treść oferty jak i składane oświadczenia (*poza zobowiązaniem, którego treść została niejako wymuszona przez Zamawiającego*) nie świadczą o udziale Przedsiębiorstwo „PEK-MEL” w realizacji przedmiotu zamówienia. Co w dalszym ciągu świadczy o pozorności udostępnionego zasobu.

O pozorności złożonego oświadczenia, a tym samym udzielonego zasobu dowodzi treść złożonych pismem z dnia 30 września 2016 r. wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W części 3 wyjaśnień dotyczących „wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy” Konsorcjum WUPRINŻ zawarł informacje na temat sposobu realizacji zamówienia. W żadnym miejscu wyjaśnień nie powołuje się na udział podmiotu PEK-MEL w zakresie realizacji części zamówienia. Co więcej wskazuje na posiadane doświadczenia, wykwalifikowanej kadry oraz niezbędnych do realizacji zasobów członków konsorcjum. Zdaniem Odwołującego również w zakresie załączonych do wyjaśnień z dnia 30 września 2016 r. dowodów nie znajduje się oferta na zakres podwykonawstwa od Przedsiębiorstwa PEK-MEL. (Z uwagi na utajnienie załączników - wnoszę o weryfikację

Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie). Konsorcjum WUPRINŻ nie przedstawił oferty dla realizacji części przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę, a zatem nie jest prawdą, że zamierza wykorzystać tę firmę do realizacji zamówienia, co stanowi dowód dla tezy braku realności udostępnionego zasobu.

Faktycznie oferta podwykonawcy PEK-MEL jest dowodem na pozorne udzielenie zasobu w postaci doświadczenia, a złożone oświadczenie o udziale tego podmiotu w charakterze podwykonawcy jest nieprawdziwe i zostało złożone jedynie celem wykazania się spełnienia warunków. Z drugiej strony jeśli Konsorcjum WUPRINŻ byłoby w stanie udowodnić realny udział Przedsiębiorstwa PEK-MEL przy realizacji tego zadania inwestycyjnego, to oznacza, że doszło do zmiany treści oferty, bowiem w odniesieniu do zakresu robót związanych z kanalizacją sanitarną w terenie zurbanizowanym na etapie składania ofert Konsorcjum nie przewidywało realizacji tego zamówienia z udziałem innych podmiotów. Artykuł 87 ust. 1 ustawy zdanie drugie zawiera zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty (poza zakresem wskazanym w ust. 2 tego artykułu). Tym samym wszelkie próby takiej zmiany są bezskuteczne i traktuje się je tak, jakby ich nie było. Dotyczy to również okoliczności w której deklaracja wykonawcy dotycząca podwykonawców jest powiązana z korzystaniem z potencjału danego podmiotu przy spełnianiu warunków. Pierwotna Deklaracja o spełnieniu warunków bez konieczności angażowania w realizację zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na specyfikę udostępnianego potencjału (doświadczenie przy robotach budowlanych), gdzie w praktyce musi być podwykonawcą, a następnie zmiana tego stanowiska jest zmianą treści oferty. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze wszystkie ww. dokumenty, a więc zobowiązania, wykaz w zakresie poz. 5 dostarczony w wyniku uzupełnienia i zawarte tam informacje - Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji złożonej oferty, a informacje tam zawarte są nieprawdziwe. Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum WUPRINŻ zamierza na etapie złożonej oferty jak i po jej uzupełnieniu posłużyć się tę samą realizacją (zmieniając jedynie podmiot jaki wykonywał roboty). Tym niemniej, w treści pierwotnie załączonego wykazu i referencji uwidocznione zostały daty rozpoczęcia i zakończenia robót poprzez wskazanie 1 czerwca 2012 r. – 18 kwietnia 2013 r. Również pierwotne referencje wydane przez Zamawiającego wskazują na ww. daty. W dokumencie uzupełnionym znajdują się jako data rozpoczęcia 22 luty 2011 r. a data zakończenia 20 maja 2013 r. Uzupełniony wykaz zawiera również nieprawdziwe informacje w zakresie Odbiorcy i wykonawcy - gdzie w obu rubrykach wykazu wskazano ten sam podmiot. Zamawiający w odniesieniu do tak złożonych dokumentów miał obowiązek zbadać rozbieżności. Nie jest bowiem możliwe aby oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawierała błędy lub niejasności.

II.

Oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu jako nie spełniająca wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Ocena równoważności musi zostać dokonana na etapie badania i oceny ofert, z uwagi na obowiązek prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. W każdym przypadku ocena ta powinna być, dokonywana przez pryzmat uzyskania zamierzonego i opisanego w SIWZ efektu jako wyznacznika równoważności. *Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający: ale że umożliwi uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych* - KIO 1587/10, wyrok z dnia 11 sierpnia 2010 r. Zwrot „równoważne” oznacza możliwość uzyskania efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych poprzez dopuszczenie ofert opartych na równoważnych ustaleniach (tak m.in, w wyroku KIO/UZP 313/10 z dnia 25 marca 2010 r.).

Zastosowanie rozwiązań innych niż wymagane w SIWZ po pierwsze nie zostało udowodnione jako rozwiązanie równoważne, bowiem Wykonawca nie udowodnił, że zaproponowane rozwiązanie spełnia oczekiwania Zamawiającego. Wykonawcy wnioskujący o dopuszczenie rozwiązań równoważnych (pyt. 10 i 23 - pismo z dnia 7 czerwca 2016 r.) dopuścił pod warunkiem spełnienia wszystkich wymagań, odpowiednich parametrów technicznych i technologicznych, wytrzymałościowych oraz popartych stosownymi obliczeniami. W treści złożonej oferty, brak jest jakichkolwiek informacji o zastosowaniu rozwiązań równoważnych, a także załączenia jakichkolwiek dokumentów na poparcie równoważności co do osiągnięcia efektu założonego w dokumentacji technicznej. Odwołujący wskazał, że już sama ta okoliczność powinna stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

Zamawiający o przyjętych rozwiązaniach równoważnych dowiedział się bowiem dopiero w dniu 30 września 2016 r., kiedy to Konsorcjum WUPRINŻ wyjaśniając rozbieżność w zakresie ceny stwierdziło, że różnica ta wynika z zastosowania rozwiązań równoważnych. Powyższe podobnie jak kwestię opisaną wyżej należy traktować jak zmianę treści oferty. Ponadto nie jest możliwe aby z treści samej oferty nie wynikały informacje niezbędne dla jej

prawidłowej weryfikacji pod kątem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Brak jednoznacznego wskazania i deklaracji o zastosowaniu rozwiązań równoważnych, brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na równoważność winna skutkować odrzuceniem oferty.

Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień Konsorcjum WUPRINŻ (L.dz. TP/74/09/2016 z dnia 30 września 2016r.) w którym ujawniono, że zastosowano rozwiązania równoważne powinien jednoznacznie stwierdzić, że zastosowane rozwiązania stanowią sprzeczność z treścią SWIZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz wytycznych niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z oferty Konsorcjum (Przedmiar robót w zakresie pozycji: 198- 200, 224) oraz wyjaśnień do oferty zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego nr 10 i nr 23 z dnia 7 czerwca 2016 r. przyjęto optymalizację metody wykonania zakładającą realizację rurociągu tłocznego z zastosowaniem bezpośrednio rur ciśnieniowych GRP PN 10 przeznaczonych do mikrotunelingu z jednoczesną rezygnacją z montażu rur osłonowych DN 1000mm. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum WUPRINŻ, w ofercie wyzerował pozycję dotyczącą ułożenia metodą mikrotunelingu rur osłonowych przewiertowych DN 1000 mm. Jednocześnie w wyjaśnieniach WUPRINŻ potwierdził, iż do wykonania rurociągu tłocznego założył wyłącznie rury GRP DZ 750 mm PN 10 / GRP DZ 850 mm. Odwołujący wskazuje, iż wyzerowanie pozycji w ofercie w zakresie ułożenia metodą mikrotunelingu rur osłonowych przewiertowych DN 1000 oraz jednoczesne założenie realizacji kolektora tłocznego z zastosowaniem bezpośrednio rur ciśnieniowych GRP przeznaczonych do mikrotunelingu pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym uwzględnieniu pytania i odpowiedzi nr 23 z dnia 7 czerwca 2016r. Na pytanie nr 23 w brzmieniu: Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur GRP precyzyjnych ciśnieniowych jako jednego przewodu w miejsce osobno rur osłonowych i przewodowych. Rury osłonowe zostałyby zachowane jedynie w miejscach skrzyżowań z drogami. Wykonawca przedstawi obliczenia potwierdzające odpowiednie parametry rur wraz z referencjami materiałowymi. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza wykonanie rurociągu tłocznego w technologii bezwykopowej z zastosowaniem rur GRP odpornych na korozję o ciśnieniu nominalnym PN10, wykonanymi z włókien szklanych typu EC-R. Zaproponowane rury muszą posiadać odpowiednie obliczenia statyczno-wytrzymałościowe zaakceptowane przez Zamawiającego oraz Aprobata Instytutu Techniki Budowlanej jako materiał równoważny do rozwiązań przedstawionych w Dokumentacji Projektowej STWiOR. Odwołujący wskazał, że żaden z wymienionych dokumentów nie został załączony do oferty. Dodatkowo udzielone wyjaśnienia, jednoznacznie określają, iż w

miejscach skrzyżowania kolektora tłoczego z drogami należy stosować rury osłonowe. Brak zastosowania rur osłonowych skutkować musi odrzuceniem oferty Konsorcjum WUPRINŻ, brak ten jest nieusuwalny a potwierdzeniem niezgodności jest jednoznaczne oświadczenie Konsorcjum w treści wyjaśnień z dnia 30 września 2016 r. w brzmieniu: „(...) wykonanie rurociągu tłoczego w technologii mikrotunelingu bezpośrednio z rur ciśnieniowych GRP z jednoczesną rezygnacją z rur osłonowych przewiertowych żelbetowych i rur ciśnieniowych przewodowych PE, pozwoli na znaczne zmniejszenie kosztów wykonania inwestycji w stosunku do technologii wskazanej w dokumentacji projektowej.” Powyższe oświadczenie, należy rozpatrywać w kontekście art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z wadliwym zastosowaniem rozwiązań technologicznych. Ponadto okoliczność ta i brak wyceny wszystkich niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia elementów (rur osłonowych), jest potwierdzeniem, że oferta jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Oferta Konsorcjum WUPRINŻ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w związku z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 1 października 1993r. (Dz.U. 1993, Nr 96, poz. 437) w związku z zastosowaniem rozwiązań dotyczących zastosowanych rur GRP. Zamawiający w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ, przewidział wykonanie kolektora kanalizacji tłocznej po tuku poziomym (odcinek: KtS3 - Kt03, KtS04 - Kt05, KtS8 - Kt08, KtS9 - Kt09, KtS 10 - Kt09, KtSI 1 - KtOIO, KtS12 - KtOI2) o długości ok. 1090 m. Wykonanie rurociągu po łuku powoduje konieczność nieprzerwanego namierzania i monitorowania trajektorii budowanego kolektora, co wiąże się z koniecznością wykonywania cyklicznych pomiarów kontrolnych w środku zabudowywanego rurociągu, co z kolei wskazuje na konieczność wejścia obsługi geodezyjnej do rurociągu na całej jego długości. Przyjęta przez Konsorcjum WUPRINŻ metoda wykonania kolektora tłoczego polegająca na zastosowaniu bezpośrednio przewiertowych rur ciśnieniowych GRP o średnicach DZ 750 mm / DZ 850 mm - z pominięciem rur osłonowych DN 1000 mm - zakłada realizację robót mikrotunelingu z narażeniem utraty życia lub zdrowia pracowników wykonujących te prace, z uwagi na konieczność przebywania wewnątrz rurociągu w związku z koniecznością namierzania i monitorowania trajektorii tuku rurociągu wewnątrz kolektora. Jak wynika z Rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 1 października 1993r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy eksploatacji, remontach i konserwacji sieci kanalizacyjnych w części par. 6 pkt 1 „*Wprowadzanie ludzi do kanału o wysokości lub średnicy poniżej 1 m jest zabronione*”. Uwzględniając powyższe Konsorcjum WUPRINŻ,

chcąc wyjaśnić rażąco niską cenę jednocześnie informuje Zamawiającego o realizacji robót mikrotunelingu z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący jako doświadczony wykonawca robót mikrotunelingu, z ostrożności wskazuje, iż niemożliwe jest wykonanie kolektora w technologii mikrotunelingu po łuku poziomym, bez konieczności cyklicznego namierzania, monitorowania i sprawdzeń wewnątrz budowanego kolektora. Tak więc oferta Konsorcjum WUPRINŻ powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podniósł, że bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego, jest to że wyjaśnienia, w których sam Wykonawca potwierdza, że zamierza realizować zamówienie w sposób sprzeczny z wymogami SWIZ oraz przepisami prawa zostało założone w ramach procedury art. 90 ust. 1 ustawy. W trakcie oceny oferty Zamawiający ma bowiem obowiązek weryfikowania wszelkich oświadczeń pod kątem wszystkich okoliczności dotyczących złożonej oferty. Zdaniem Odwołującego złożone oświadczenia co do doboru technologii i materiałów zarówno potwierdzają tezę o istnieniu rażąco niskiej ceny jak i konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 89 ust. 1 pkt. 8 rozporządzenia w związku z wyżej przywołanym Rozporządzeniem.

III.

Oferta Konsorcjum WUPRINŻ jest ofertą z rażąco niską ceną, a złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia są niewystarczające dla udowodnienia prawidłowości dokonanej kalkulacji.

Odwołujący wskazał, jak wynika z art. 90 ust. 1 ustawy, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Celem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy jest ustalenie, czy wykonawca za cenę podaną w złożonej ofercie wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, w dacie złożenia wyjaśnień wyznaczonej przez Zamawiającego, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, jest obowiązek Wykonawcy wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny, a więc

udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena oferty, ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy, nie jest rażąco niska, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione (W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 90 ustawy z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163), LEX/el. 2007).

W odniesieniu do złożonych przez Konsorcjum WUPRINŻ wyjaśnień stwierdzić należy, że Wykonawca nie dowiódł, że przyjęta przez niego optymalizacja pozwoliła na uzyskanie znacznych oszczędności, a przedmiotowe wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie pozwalały

Zamawiającemu na dokonanie ich oceny tak aby dojść do wniosku, że wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ za podaną w ofercie cenę. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że cena oferty Wykonawcy Pol-Aqua Sp. z o.o. w kwocie 33 810 227,70 złotych brutto nosiła znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uznał jednak za prawidłowo skalkulowaną cenę Konsorcjum WUPRINŻ w wysokości 33 441 240,00 zł brutto tj. oferty na kwotę niższą o 368 987,70 złotych brutto w stosunku do oferty Wykonawcy Pol-Aqua, która została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania, nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. *„Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie”* (zob. wyrok KiO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12). Konsorcjum WUPRINŻ w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożył lakoniczne wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na Wykonawcy ciąży

obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedź wykonawcy aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, nie może być lakoniczna i powierzchowna. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ustawy posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. Odwołujący powołał w tym miejscu orzeczenia wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1287/13, wyrok KIO z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2031/12, wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2712/12, wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2498/10.

Zdaniem Odwołującego w treści złożonych wyjaśnień Konsorcjum WUPRINŻ sam potwierdził, że nie wycenił wszystkich elementów mających wpływ na cenę ofertową przez nie zaoferowanie rur osłonowych. Podobne stanowisko należy odnieść w związku z zastosowaniem rur GRP a wymogiem wykonania kolektora kanalizacji tłocznej po łuku poziomym (odcinek: KtS3 - Kt03, KtS04-Kt05, KtS8 - Kt08, KtS9 - Kt09, KtSIO- Kt09, KtSI 1 - KtOIO, KtS12 — KtOI 2) o długości ok. 1090 m.

Konsorcjum M. - Odwołujący podnosi, że jak wynika z treści wyjaśnień WUPRINŻ metoda wykonania zamówienia przyjęta w ofercie tego wykonawcy zakłada, że „zaoferowana przez w/w Konsorcjum firm cena ofertowa zawiera wszystkie składniki oraz koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia w zakresie zgodnym ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, OPZ, dokumentacją techniczną, STWiORB oraz odpowiedziami zamawiającego na etapie przygotowania oferty przetargowej”. Odwołujący w odniesieniu do oświadczenia Konsorcjum WUPRINŻ wskazującego wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, wyłącznie z ostrożności podniósł, że w przypadku oświadczenia Konsorcjum WUPRINŻ określającego wykonanie rurociągu tłoczego w technologii mikrotunelingu po linii prostej tj. z wyłączeniem łuków poziomych oraz bez konieczności namierzania i monitorowania trajektorii wewnątrz rurociągu, przedmiotowe oświadczenie wiązać się będzie z istotną zmianą zakresu przedmiotu postępowania przetargowego.

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje

dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że określenie ceny wykonania danego zamówienia w wysokości 0 zł oznacza niepobranie przez wykonawcę zapłaty za jego wykonanie. Cena została zdefiniowana w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r, o cenach [tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 385). Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustaw ceną jest cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Za nieuprawnione uznać należy stanowisko, że konsekwencją zaoferowania wykonania zamówienia za cenę 0 zł musi być stwierdzenie, iż w ogóle nie może być mowy o zamówieniu publicznym w rozumieniu nadanym art. 2 pkt 13 ustawy, ponieważ ewentualna umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą pozbawiona będzie waloru odpłatności będącego warunkiem *sine qua non* uznania umowy za zamówienie publiczne. Stosownie do treści art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, W tym rozumieniu, dla wskazania, że zawarcie określonej umowy jest udzieleniem zamówienia publicznego, wymagane jest spełnienie następujących warunków: umowa musi być odpłatna, jej stronami muszą być co najmniej Zamawiający i wykonawca, przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. (...) odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, że jest ono umową zawieraną między Zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną oraz wykonawca - w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. Pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono zarówno świadczenia pieniężne, jak i każdy rodzaj korzyści, które

Zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być zatem zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy, dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego (zob. KIO 2542/11). Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...). Należy zauważyć, że celem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy jest ustalenie, czy wykonawca za cenę podaną w złożonej ofercie wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, także w sytuacji, gdy wykonawca w złożonej ofercie zaoferuje cenę 0 zł.

Odwołujący w podsumowaniu swojego stanowiska wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie KIO celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającą najkorzystniejszy bilans zarówno ceny jak i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Jak wykazano powyżej oferta Konsorcjum WUPRINŻ jak i złożone wyjaśnienia w postępowaniu, stanowi istotną niezgodność z SIWZ. Przedmiotowa niezgodność w rozumieniu art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega na niezgodności zobowiązania, które przy złożeniu swojej oferty zamierza zaciągnąć Wykonawca z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający, które opisał w SIWZ, Odwołujący wskazuje, że jak wskazano powyżej oferta Konsorcjum WUPRINŻ jest nie zgodna z wymogami Zamawiającego. Odwołując powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 893/14. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 1293/14 w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały

sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 ustawy, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Bez wątplenia można sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do określonego przedmiotu zamówienia. Przedstawione przez wezwanego Konsorcjum WUPRINŻ wyjaśnienia podlegają ocenie Zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej w odniesieniu do SIWZ. Istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być - stosownie do potrzeb i możliwości w danym postępowaniu - dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów względem opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący odwołał się w tym miejscu do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 547/15.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik), SANIMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PTHU Hydro-Marko M.P. z siedzibą w Jarocinie, HYDRO-MARKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie (dalej: „Konsorcjum WUPRINŻ”), który zgłosił swoje przystąpienie w dniu 3 listopada 2016 roku wezwany do jego zgłoszenia w dniu 2 listopada 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 11 listopada 2016 roku *Pismo przygotowawcze Odwołującego*.

Uczestnik postępowania odwoławczego – Konsorcjum WUPRINŻ złożył pismo procesowe z dnia 10 listopada 2016 roku *Pismo Przystępującego*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

- (dowód nr 1) – w zakresie inwestycji „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia - przebudowy kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty”:

- (dowód 1a) decyzja nr 321/11 Urzędu Miasta Gorzowa Wlkp. Wydział Administracji Budowlanej – o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę inwestycji: przebudowy kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty, w ramach zadania: „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia” (3 karty),
- (dowód 1b) umowa nr 84/WIN/2011 wraz z Aneksem 1/WIN/2012 (8 kart),
- (dowód 1c) dokumentacja powykonawcza – Projekt wykonawczy „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia - przebudowy kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty” (6 kart),
- (dowód 1d) rysunek techniczny S2 (projekt wykonawczy) lokalizacji trzech przepompowni, z uwagami naniesionymi przez Kierownika Budowy – zainstalowana pompa w pompowni P2 (1 karta),
- (dowód 1 e) rysunek techniczny S4 (projekt wykonawczy) przekrój pompowni P1, z uwagami naniesionymi przez Kierownika Budowy – brak elementów określonych na rysunku i wypisanych w tym brak pompy w pompowni P1 i pompowni P3 (1 karta),
- (dowód 1f) rysunek techniczny E4 (projekt wykonawczy) z uwagami naniesionymi przez Kierownika Budowy – brak pompy w pompowni P1 i pompowni P3 (1 karta),
- (dowód 1g) Instrukcja eksploatacji/montażu zainstalowanej pompy Amacan P (6 kart)
- (dowód 1h) Karta Gwarancyjna nr 102/04/2012 pompy Amacan PA4 600-350/324 UAG1-S wmontowanej w pompowni P2 (2 karty),
- (dowód 1j) Oświadczenie Inspektora Nadzoru Inwestorskiego z dnia 30 maja 2012 roku,
- (dowód nr 3) – Pismo z dnia 9 listopada 2016 roku Herrenknecht AG (1 karta) wraz z pismem z dnia 7 listopada 2016 roku firmy M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (1 karta), wydruki ze strony internetowej (4 karty w języku polskim i 2 karty w języku angielskim),

- (dowód nr 4) – pismo z dnia 10 listopada 2016 roku z Państwowej Inspekcji Pracy, Okręgowy Inspektor Pracy w Bydgoszczy Oddziały we Wrocławiu (1 karta) wraz z pismem z dnia 8 listopada 2016 roku M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (1 karta),
- (dowód nr 8) – wydruk korespondencji mailowej z 14 listopada 2016 roku – wskazanie wydajności pompy Amacan P 600-350 typ silnika 324UAG (1 karta).

Izba nie dopuściła dowodu nr 1i – Deklaracja zgodności z dnia 16 kwietnia 2016 roku dla wyrobu o nazwie – prefabrykowane elementy betonowych studni rewizyjnych i podłączeniowych HABA-BETON z uwagi na to, że okoliczności, na wykazanie których został złożony dokument nie były objęte zarzutami odwołania.

Izba nie dopuściła dowód nr 2 – Szkic połączenia dwóch rur o DZ850 różnych sztywnościach (1 karta), z uwagi na to, że okoliczności, na wykazanie których został złożony dokument nie były objęte zarzutami odwołania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum WUMPRIŻ i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

- (dowód nr 5):

- (dowód 5a) - Oświadczenie z dnia 9 listopada 2016 roku złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych PRInż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (1 karta),
- (dowód 5b) korespondencja mailowa z panem Grzegorzem Kotem projektantem branży sanitarnych inwestycji „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia - przebudowy kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty”,

- (dowód nr 6) Oświadczenie/oferta PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna dla WUPRIŃ Spółka Akcyjna z dnia 16 sierpnia 2016 roku (1 karta) zawierające wykaz robót, które będzie realizował PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna w ramach realizacji inwestycji jako podwykonawca – dowód ten w części / zakresie kwoty został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa,

- (dowód nr 7) informacja do wszystkich zainteresowanych od Centerline GmbH (1 karta w języku niemieckim i 1 karta w języku polskim) oraz tabele z treścią w języku niemieckim i danymi technicznymi oraz zdjęcie (11 kart),
- (dowód nr 9) – Oświadczenie z dnia 9 listopada 2016 roku złożone przez KSB Pompy i Armatura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością odnośnie inwestycji „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia - przebudowy kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty” (1 karta),
- (dowód nr 10) – charakterystyka pompy Amacan PA4 600-350/324 UAG1 (1 karta).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w ustępie 3 tego przepisu – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,*

- z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

- art. 90 ustawy czytamy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

*2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- art. 30 ust. 5 ustawy – Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

- art. 87 ust. 1 – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcom negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- art. 89 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1) jest niezgodna z ustawą,

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3,
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- (...)
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.):

art. 3 ust. 1 - *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*

art. 15 ust. 1 pkt 1 – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis

art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne*. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że to na Odwołującym, który kwestionuje czynności Zamawiającego spoczywa obowiązek wykazania, dowiedzenia tych okoliczności również w zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i nie jest wystarczające samo wskazanie na naruszenie tego przepisu lecz odwołanie musi zawierać dla swojej skuteczności poza podaniem podstawy prawnej również argumentację faktyczną. Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania*. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 11 października 2016 roku sygn. akt KIO 1756/16; wyrok dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na

samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania (zamawiającego) ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

III.

W zakresie zarzutów niewykazania spełnienia warunku udziału posiadania wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum WUPRINŻ – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), Część I Instrukcja dla Wykonawców (dalej: IDW) pkt 9 *Warunki udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania oraz opis dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu* Zamawiający wskazał:

9.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki wynikające z art.22 ust.1 Ustawy PZP, dotyczące:

9.1.2 Posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazując, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonali:

- co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na wykonaniu metodą bezwykopową mikrotunelingu kolektorów sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych o średnicy minimum DN 1000 mm i długości minimum 500 m każda, w tym co najmniej jedna wykonana w terenie zurbanizowanym,*
- co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu w terenie zurbanizowanym kolektora lub kolektorów sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych o średnicy minimum DN 1000 mm i łącznej długości minimum 500 m metodą wykopu otwartego;*
- co najmniej jedną robotę budowlaną dotyczącą wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m;*
- co najmniej 1 obiekt przepompowni ścieków sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych, w konstrukcji żelbetowej, o wydajności minimum 400 l/s.*

Konsorcjum WUPRINŻ dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu

złożyło wraz z ofertą Załącznik nr 5 do SWIZ *Wzór wykazu wykonanych robót budowlanych* wraz z wymaganymi dokumentami oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 września 2016 roku do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu przesłało dokumenty odnośnie wykazania doświadczenia w realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m wraz ze Zobowiązaniem podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz Referencją z dnia 31 stycznia 2014 roku.

Izba zważyła:

Odnośnie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania *co najmniej 1 obiekt przepompowni ścieków sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych, w konstrukcji żelbetowej, o wydajności minimum 400 l/s.*

Odwołujący wskazał inwestycję „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia - Przebudowa kanalizacji deszczowej na wylocie do rzeki Warty z wykonaniem robót budowlanych polegających na zainstalowaniu urządzeń podczyszczających wody przed wprowadzeniem ich do rzeki Warty i przepompowni wód opadowych (a agregatem prądotwórczym) działającej podczas wysokich stanów rzeki Warty”:

Izba wskazuje, że z treści ukształtowanego warunku nie wynikało, do czego odwoływał się w uzasadnieniu odwołania Odwołujący, że wykonawca ma się wykazać realizacją inwestycji w której zastosowano pompę o wydajności minimum 400l/s. Zgodnie z ukształtowanym warunkiem wykonawca miał wykazać realizację co najmniej 1 obiektu przepompowni. W przedstawionych na rozprawie dokumentach zarówno przez Odwołującego jak i Konsorcjum WUPRINŻ używane są pojęcia przepompownia i pompowania, tym samym należy dla poprawności oceny spełnienia warunku rozróżniać te pojęcia, mając na uwadze, że: przepompowania to zespół urządzeń do przepompowywania cieczy jak również to budowla w której mieści się ten zespół urządzeń, natomiast pompownia to stacja pomp czyli pomieszczenie, w którym znajdują się pompy przetaczające ciecz (Słownik języka polskiego PWN). Izba zaznacza w tym miejscu, że strony postępowania jak również uczestnik postępowania odwoławczego nie odwołali się w trakcie rozprawy do żadnych definicji technicznych używanych określeń. Tym samym postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią

gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Uwzględniając powyższe wykonawca należy uznać, że wykonawca aby wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu musiał odnieść się do realizacji co najmniej 1 obiektu przepompowni. W ocenie Izby wskazane uzyskane doświadczenie w realizacji inwestycji „Budowa elementów kanalizacji deszczowej rejonu Zawarcia (...)” potwierdza spełnienie przez Konsorcjum WUPRINŻ postawionych przez Zamawiającego wymagań a potwierdzają to dowody złożone na rozprawie zarówno przez Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego. Dodatkowo odnosząc się do argumentacji zwartej w treści odwołania, to należy zaznaczyć, że sam Odwołujący przyznał wykazanie warunku przez Konsorcjum WUPRINŻ, bowiem stwierdził, że wykazana inwestycja nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, i odwołując się do złożonych referencji Odwołujący wskazał „w ramach przedmiotowej realizacji pompownie ścieków wyposażono w dwa agregaty pompowań które łącznie posiadały wydajność 700 l/s”. Tym samym Odwołujący nie kwestionował tego, że w ramach tej inwestycji zostały już zamontowane dwie pompy o wydajności 700l/s lecz kwestionował fakt, że żadna z nich pojedynczo nie spełnia warunku udziału w postępowaniu argumentując, że jedna z nich jest zastępcza – jednakże na tą okoliczność nie przedstawił dowodów, z którego wynikałoby w sposób jednoznaczny, że jedna z zainstalowanych pomp stanowi li tylko urządzenie zastępcze. Za nietrafiony należy również uznać argument Odwołującego, którego źródłem jest informacja z projektu wykonawczego – dokumentacja powykonawcza a odnoszący się do naprzemiennej pracy pomp. Zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie, jak również wynikającymi z oświadczeniem autora projektu budowlanego (dowód nr 9) „naprzemienność pracy pomp, założona w projekcie ma na celu taki algorytm pracy urządzeń, aby pompownia „czekając” na opad maksymalny, mogła pracować na pompach naprzemiennie, powodując równomierne ich zużywanie się. W każdym jednym przypadku, kiedy wydajność pojedynczej pompy nie będzie w stanie sprostać napływowi, włączy się kolejna pompa. Naprzemienność nie jest tu synonimem zmienności”. Z powyższego wynika jednoznacznie, że pompy mogą pracować jednocześnie jak również raz jedna raz druga a Zamawiający nie zawarł w tym zakresie żadnego ograniczenia w opisie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów (dowód nr 1a, 1b) na okoliczność wykazana, że inwestycja do której będzie referował nazywała się tak jak ta wskazana przez Konsorcjum WUPRINŻ, co nie było to kwestionowane między stronami postępowania. Dokument umowy (dowód nr 1b) przedstawiony przez Odwołującego potwierdza dodatkowo fakt tego, że wykonawcą tej inwestycji było Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „PRInż” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tym samym dowód ten urealnia złożone przez Konsorcjum WUPRINŻ oświadczenie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „PRInż” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dowód nr 5a), z którego treści w sposób jednoznaczny wynika, że wydajność przepompowni ścieków (wód) opadowych wynosiła minimum 700 l/s. W przedstawionym wydruku korespondencji mailowej (dowód nr 5b) autor projektu budowlanego podał, że obecnie inwestor zainstalował dwie pompy, a charakterystyka zaprojektowanych pomp pozwala uzyskać wydajność każdej pompy do 440 dm³/s, czyli łączna wydajność 880 dm³/s.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że podanie w ww. dokumentach wydajności przepompowni jako „minimum 700 l/s” (dowód nr 5a) i łączna wydajność pomp „880dm³/s” (dowód nr 5b) potwierdza, że w ofercie zostały złożone informacje nieprawdziwe. Ze złożonych wraz z ofertą oraz na rozprawie informacji wynika, że minimalna wydajność przepompowni jest na poziomie 700 l/s, co uzależnione jest od parametru wysokości podnoszenia a na co sam w trakcie rozprawy zwrócił uwagę Odwołujący. Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że: *z dokumentów wynika, że podana wydajność 418 l/s dotyczy wysokości podnoszenia 3,3 m natomiast przy 6,1 m wydajność spada do 355 l/s.* Takie oświadczenie Odwołującego, przy braku określenia przez Zamawiającego w opisie sposobu spełnienia warunku wymagań w zakresie określenia wydajności przepompowni przy określonej wysokości podnoszenia (H) powoduje, świadczy o przyznaniu przez Odwołującego, że inwestycja z wmontowaną jedną pompą typu Amacan PA4 600-350/324 UAG1 (dowodził w trakcie rozprawy, że wmontowana jest jedna pompa) potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum WUPRINŻ. Korespondencja emaliowa wskazując na wydajność pompy przy określonych wysokościach podnoszenia (dowód nr 8), która została zawnioskowana przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że przy założeniu wysokości podnoszenia wody do 6,1 m wydajność wynosi 355 l/s Izba uznała za nieprzydatny przy rozpoznaniu tej sprawy, bowiem odnosił się do parametrów oraz ich konfiguracji, które nie zostały określone przez Zamawiającego. Natomiast złożona przez Konsorcjum WUPRINŻ charakterystyka (dowód nr 10) zgodna z tą zawartą w dokumentach

przedstawionych przez Odwołującego obrazuje wydajność pompy przy określonej wysokości podnoszenia i wynika z niej wydajność pompy 418,8 l/s przy wysokości podnoszenia 3,94 m. Również oświadczenie producenta i dostawcy pomp tj. KSB Pompy i Armatura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dowód nr 9) potwierdza, że pompy zostały dostarczone i uruchomione. Istotne również jest, że dowód ten wskazuje na wydajność każdej pompy 418 dm³/s przy wysokości podnoszenia H=3,94 m oraz okres w jakim pompy (agregaty pompowe typu Amacan PA4 600-350/324 UAG1 z silnikiem 32 kW) były dostarczane, a mianowicie lata 2012 i 2013. W tym miejscu Izba odwołuje się do dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego (dowód 1c-h, i) na podstawie których Odwołujący dowodził, że została zamontowana ww. inwestycji tylko jedna pompa o wydajności mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego. Zaznaczyć należy, co wynikało z oświadczeń jak również dokumentów, że inwestycja realizowana była w etapach czego, co nie jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, bowiem nie określił Zamawiający w opisie sposobu spełnienia warunku zakazu realizacji inwestycji w etapach. Dokumentacja powykonawcza (dowód nr 1c-f) odnosi się do realizacji pierwszego etapu, w którym zamontowana została tylko jedna pompa, co potwierdzają adnotacje na rysunkach (choć bez daty, to jednoznacznie wskazują na zainstalowanie tylko jednej pompy) jak również potwierdza to zawnioskowane przez Odwołującego oświadczenie Inspektora Nadzoru Inwestorskiego z dnia 30 maja 2012 roku (dowód nr 1f) – co w świetle (dowód nr 9) oświadczenia producenta i dostawcy pomp, który wskazał na dostarczenie pomp w latach 2012 i 2013 – potwierdza jedynie fragmentaryczną realizację inwestycji. Izba wskazuje również, że nie może być mowy o jakichkolwiek pomyłkach co do dostarczonych pomp bowiem sam Odwołujący złożył instrukcję eksploatacji (dowód nr 1g) oraz kartę gwarancyjną (dowód 1h) z których wynika po pierwsze, o jaką pompę chodziło (nazwa urządzenia), która jest zbieżna z innymi dokumentami, po drugie w karcie gwarancyjnej podana została data sprzedaży 16 kwiecień 2012 roku, co potwierdza zainstalowanie pierwszej pompy w 2012 roku.

Odnosnie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania *co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na wykonaniu metodą bezwykopową mikrotunelingu kolektorów sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych o średnicy minimum DN 1000 mm i długości minimum 500 m każda, w tym co najmniej jedna wykonana w terenie zurbanizowanym.*

Odwołujący wskazał inwestycję: *„Budowa Centrum Handlowego Łacina w Poznaniu”.*

Izba stwierdziła, że zgodnie z tym co podnosił Odwołujący w odwołaniu w wykazie sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SWIZ w tabeli, w kolumnie „Opis” wskazanie jest na wykonanie metodą mikrotunelingu kolektorów sanitarnych. Odwołujący podniósł, że w zakresie ww. inwestycji nie wykonano kanalizacji sanitarnej, a informacje zawarte w treści oferty są nieprawdziwe.

Izba podkreśla, że Odwołujący w rozpoznawanym zakresie nie odniósł się w przedstawionej argumentacji faktycznej do tego, że Konsorcjum WUPRINŻ nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania w zakresie inwestycji „Budowa Centrum Handlowego Łacina w Poznaniu”. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Taka wykładnia podnoszona jest w orzecznictwie sądów powszechny, i tak dla przykładu w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 czytamy „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z

przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

W zakresie podnoszonej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej złożenia w treści oferty, w wykazie wykonanych robót budowlanych Konsorcjum WUPRINŻ nieprawdziwej informacji z uwagi na podanie, że „przedmiotem realizacji były roboty budowlane polegające na wykonaniu metodą bezwykopową mikrotunelingu kolektorów sanitarnych” natomiast w zakresie wskazanej inwestycji nie wykonano kanalizacji sanitarnej. Izba wskazuje, że z treści zawartego w odwołaniu uzasadnienia wynika, że Odwołujący nie kwestionuje wykonania przez WUPRINŻ Spółka Akcyjna wskazanej inwestycji, nie kwestionuje również wykonania robót metodą bezwykopową mikrotunelingu, jak również nie kwestionuje wskazanej roboty odnośnie spełnienia minimalnych wartości. Ustalenia wymaga w tym miejscu, że w ramach inwestycji „Budowa Centrum Handlowego Łacina w Poznaniu” zrealizowano roboty dotyczące kolektorów deszczowych, co potwierdził w piśmie procesowym uczestnik postępowania odwoławczego jak również na co wskazywał Zamawiający. Zgodnie z ukształtowanym warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu metodą bezwykopową mikrotunelingu kolektorów sanitarnych lub ogólnospławnych lub deszczowych a wymaga podkreślenia w tym miejscu, że jedynie te trzy wymienione przez Zamawiającego rodzaje kanalizacji istnieją, i jedynie w zakresie którejś z nich mógł się wykazywać doświadczeniem wykonawca. Z załączonego do oferty Listu referencyjnego wynika potwierdzenie wykonania tej inwestycji budowy kanalizacji w zakresie technologii mikrotunelingu z określonych rur o określonej długości.

W ocenie Izby, fakt podania w wykazie wykonanych robót budowlanych dla pozycji 1 zamiast wykonania kolektorów deszczowych wykonanie kolektorów sanitarnych nie jest zgodny z tym co zostało faktycznie wykonane, jednakże nie ma to wpływu na wynik

postępowania, bowiem Odwołujący niekwestionował faktycznego wykonania wskazanej inwestycji a w zakresie rodzaju kolektorów, które zostały wykonane w ramach zrealizowanej inwestycji pokreślić należy, że Zamawiający w warunku dopuścił wszystkie istniejące rodzaje kanalizacji jakie można wykonać metodą mikrotunelingu. Weryfikacja wykonawców w postępowaniu pod kątem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma na celu wybór wykonawcy posiadającego doświadczenie, co stanowi maksymalną gwarancję należytej realizacji zamówienia jaką może Zamawiający osiągnąć na etapie realizacji postępowania o zamówienie.

Odnośnie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wykonania: *co najmniej jedną robotę budowlaną dotyczącą wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m.*

Konsorcjum WUPRINŻ przedstawił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 września 2016 roku do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu inwestycję: *„Budowa przepompowni ścieków Hetmańska” wraz z rurociągami tłocznymi w Poznaniu*” zrealizowaną przez PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna siedzibą w Obornikach wraz z załączonym *Zobowiązaniem podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia* oraz Referencją z dnia 31 stycznia 2014 roku.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią *Zobowiązaniem podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia* ww. podmiot na podstawie umowy podwykonawczej – umowy na roboty budowlane (pkt 3 zobowiązania) będzie realizował zakres obejmujący wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia w zakresie roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej o średnicy minimum DN 600 mm i łącznej długości minimum 500 m (pkt 2 i 4 zobowiązania) oraz podał, że udział przy wykonaniu zamówienia nie jest ograniczony czasowo i obejmuje cały okres realizacji zamówienia.

W Formularzu oferty – zgodnym z Załącznikiem nr 1 do SWIZ – w punkcie 13 Konsorcjum WUPRINŻ wskazał części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, w tym „część robot budowlano-montażowych”.

Zgodnie z argumentacją przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego udział w charakterze podwykonawcy PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna siedzibą w Obornikach jest zgodne z oświadczeniem złożonym w ofercie (str.

5) a dotyczące powierzenia podwykonawcom części realizacji zamówienia odnoszących się do wykonania „część robót budowlano-montażowych”, bowiem wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia w zakresie roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej stanowi część robót budowlano-montażowych. Konsorcjum WUPRINŻ w trakcie rozprawy wskazał, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że informacja jak została zawarta w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2016 roku (str.4) a odnosząca się do tego, że Sanimed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykona zakres robót odnoszący się do wykonania rurociągu tłoczego w technologii mikrotunelingu, nie jest sprzeczne i nie eliminuje udziału podwykonawcy PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna siedzibą w Obornikach, który będzie realizował zakres obejmujący wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia w zakresie roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej – te roboty nie wykonaniem robót w technologii mikrotunelingu a należą do nich wykonanie robót ziemnych, montaż rurociągu tłoczego na długości komór, połączenia rurociągu tłoczego, montaż komór odpowietrzenia wraz ze studzienkami nawiewnymi i skroplin i montaż armatury w komorach. Z przedstawionego przez Konsorcjum WUPRINŻ dokumentu oświadczenia/oferty PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna z dnia 16 sierpnia 2016 roku (dowód nr 6) wynika zakres prac jakie ww. podmiot będzie realizował. Izba zaznacza, że nie wynika ze złożonych dokumentów, czy to zawierających wyjaśnienia z dnia 30 września 2016 roku odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czy też złożonych na rozprawie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że tylko Sanimed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będzie realizował roboty budowlano-montażowe. Odwołanie się przez Odwołującego do braku wskazania informacji na temat PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna w wyjaśnieniach z września nie stanowi w ocenie Izby dowodu na pozorność złożonego oświadczenia – zobowiązania tego podmiotu do udziału w realizacji inwestycji w charakterze podwykonawcy. Wyjaśnienia jakie zostały złożone przez Konsorcjum WUPRINŻ w tym postępowaniu zostały przygotowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określającymi w sposób jednoznaczny i bardzo precyzyjny zakres informacji jakie chciał uzyskać Zamawiający. Również należy mieć na uwadze to, jaki mają cel składane wyjaśnienia w zakresie elementów ceny, które mają wpływ na jej wysokość. Słusznie podniósł uczestnik postępowania odwoławczego powołując się na ofertę PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna, że wartość robót jaka została powierzona podwykonawcy nie jest znacząca w odniesieniu do kwoty oferty Konsorcjum WUPRINŻ. Dodatkowo zaznaczyć należy, że roboty te nie należą, nie stanowią robót głównych w tej inwestycji, są robotami w

zasadzie pobocznymi, nie stanowią sedna tej inwestycji. Podkreślenia wymaga również, że w tym zakresie Zamawiający wskazał na załącznika nr 1 do wyjaśnień Konsorcjum WUPRINŻ z dnia 30 września 2016 roku (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), a który dotyczy wyceny poz. 225 kosztorysu ofertowego – rurociąg tłoczny. Odwołujący nie wykazał w ocenie Izby, że w treści wyjaśnień z dnia 30 września 2016 roku Konsorcjum WUPRINŻ musiało, było zobowiązane powołać udział tego podwykonawcy, nie wykazał Odwołujący, że dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne było przedstawienie w wyjaśnieniach elementów ceny zaoferowanej przez wykonawcę oferty dla realizacji części zamówienia przez podwykonawcę, oraz nie wykazał, że to świadczy o nierealności udostępnienia zasobów tego podmiotu na czas realizacji zamówienia.

W ocenie Izby nie doszło do zmiany treści oferty, nie doszło do zmiany sposobu realizacji zamówienia, ponieważ Konsorcjum WUPRINŻ przewidywało realizację części zamówienia w zakresie robót budowlano-montażowych przy udziale podwykonawców, a Odwołujący nie wykazał, że zakres prac przewidzianych do realizacji przez PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna nie stanowi robót budowlano – montażowych, czyli że nie mieści się w zakresie jaki uczestnik postępowania odwoławczego przewidział do realizacji przy udziale podwykonawców. Odwołujący nie wskazał również w trakcie rozprawy w jaki sposób z treści oferty miał wynikać udział podwykonawcy PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna w realizacji inwestycji; podkreślić należy, że Konsorcjum WUPRINŻ wskazało w sposób jednoznaczny w Formularzu oferty w punkcie 13 zakres w jakim będzie realizował inwestycję przy udziale podwykonawców. Odwołujący podniósł, że oświadczenie zawarte w złożonym *Zobowiązaniem podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia*, było „niejako wymuszone przez Zamawiającego”. Jednakże nie wyjaśnił na czym owo wymuszenie miało polegać. Zaznaczyć należy, że Zamawiający w SIWZ w IDW w pkt 9.4 – 9.6 wskazał, zgodnie z obowiązującymi przepisami, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby jednocześnie wskazując na zakres informacji jakie miały być zawarte w tym oświadczeniu. Nie sposób czynić zarzut Zamawiającemu z tego, że postąpił zgodnie z obowiązującymi przepisami. Natomiast zobowiązanie jakie zostało przedstawione przez Konsorcjum WUPRINŻ wskazuje na realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna na czas realizacji zamówienia.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego jakoby „pierwotna deklaracja o

spełnieniu warunku bez konieczności angażowania w realizację zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na specyfikę udostępnianego potencjału (doświadczenie przy robotach budowlanych), gdzie w zasadzie musi być podwykonawcą, a następnie zmiana tego stanowiska jest zmianą treści oferty”. Konsorcjum WUPRINŻ dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyło się pierwotnie zasobami Aqua Spółka Akcyjna, który to podmiot miał zapewnić wykonawcy wsparcie w zakresie doradztwa czy też konsultacji. Zamawiający uznał, że taki udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie spełnia wymagań co do realności udziału w realizacji tej inwestycji, czyli uznało, że uczestnik postępowania odwoławczego nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum WUPRINŻ na wezwanie Zamawiającego uzupełniło dokumenty i złożyło zobowiązanie PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna, który wskazał na realność udostępnienia swoich zasobów na czas realizacji inwestycji oraz wykazał się odpowiednim posiadanym doświadczeniem. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że doszło do zmiany treści oferty z uwagi na uzupełnienie dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Fakt, że dokumenty przedstawione wraz z ofertą nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza o tym, że w wyniku ich uzupełniania wskazany zostanie przez wykonawcę inny sposób udziału podmiotu trzeciego w realizacji inwestycji nie przesądza o zmianie treści oferty. Podkreślenia wymaga, że Konsorcjum WUPRINŻ przewidział w ofercie realizację zamówienia przy udziale podwykonawców (pkt 13 Formularza oferty) a Odwołujący nie wykazał, że w zakresie robót budowlano – montażowych wskazanych w ofercie nie mieszczą się prace obejmujące wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia w zakresie roboty budowlanej dotyczącej wykonania w terenie zurbanizowanym kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej.

Izba nie podziela stanowiska, że informacje dotyczące pozycji 5 uzupełnionego wykazu zawarte w złożonych dokumentach są nieprawdziwe w zakresie złożenia informacji dotyczących Odbiorcy i Wykonawcy. Niewątpliwie faktem jest, że w obu kolumnach podano: „PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna”, jednakże z treści załączonego dokumentu pn. Referencje w sposób jednoznaczny wynika kto jest odbiorcą zrealizowanej inwestycji pn.: „Budowa przepompowni ścieków Hetmańska” wraz z rurociągami tłocznymi w Poznaniu”. Niewątpliwie dokument wykazu wraz z załączonymi referencjami należy czytać wspólnie, bowiem dopiero w takim zakresie można dokonać prawidłowej oceny przedstawionych informacji. Prawidłowo zatem dokonał Zamawiający oceny złożonych na wezwanie dokumentów w zakresie wykazu i referencji. Odwołujący wskazał

w uzasadnieniu odwołania na daty rozpoczęcia i zakończenia robót w uzupełnionym wykazie wykonanych robót budowlanych oraz załączonej referencji jak również w pierwotnie złożonych dokumentach, jednakże w tym zakresie nie powołał żadnej argumentacji oraz nie wskazał na okoliczności dlaczego odniósł się do tych dat jak również nie wskazał co chciał wykazać wskazując te daty.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, nie wykazał, że Konsorcjum WUPRINŻ nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał, że niezgodności informacji z istniejącym stanem rzeczy miała wpływa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, dlatego też Izba nie uznała zarzutów podnoszonych przez Odwołującego a odnoszących się do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

IV.

W zakresie zarzutu braku odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ pomimo zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami określonymi w SIWZ w zakresie zaproponowanych rozwiązań materiałowych, w szczególności przez niewykazanie, że zaproponowane rozwiązania są równoważnymi dopuszczonymi przez Zamawiającego – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

W przedmiocie rozpoznania w tym zarzucie Odwołujący skupił swoją argumentację na wykazaniu, że Odwołujący złożył ofertę równoważną w stosunku do określonych przez Zamawiającego wymagań przedmiotowych i nie udowodnił równoważności złożonej oferty.

Izba wskazuje na wstępie, że powołana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odwołania regulacja art. 30 ust. 5 ustawy funkcjonuje w relacji z innymi obowiązującymi przepisami. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy

„lub równoważny” – taka regulacja stanowi wyjątek od reguły, która wskazana została w art. 29 ust. 1 ustawy, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający obowiązany jest dopuścić, w wyjątkowych okolicznościach dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, rozwiązanie równoważne. Podkreślić należy w tym miejscu, że postanowienia z art. 29 ust. 3 ustawy nie powinny być interpretowane rozszerzająco jako że stanowią wyjątek od zasady. Wykładania art. 29 ust. 3 ustawy nie pozostawia w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że po stronie Zamawiającego w przypadku, gdy sporządza opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, że obowiązany jest poza wskazaniem określenia „lub równoważne” również podać wyznaczniki dopuszczonej równoważności, które będą stanowiły wytyczne przy dokonywaniu oceny ofert, Zamawiający powinien zatem wskazać opis równoważność w sposób jasny, zrozumiały i precyzyjny tj. opis tego co będzie uważał za ofertę równoważną. Tym samym *pomimo, że w ustawie nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego Zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 ust. 4 ustawy), opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 ustawy), należy przyjąć na podstawie zarówno doktryny, jak i ugruntowanego orzecznictwa w tej materii, że Zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ.* (za wyrokiem sygn. akt KIO 2734/16). Zgodnie z powyższym wykonawca składając ofertę z rozwiązaniem równoważnym w stosunku do tego, które przewidział Zamawiający powinien złożyć ofertę o cechach technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych które będą odpowiadały tym samym cechą cechom wskazanym w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia ale będą miały inne pochodzenie, będą oznaczone innymi znakami towarowymi lub inne patenty. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, to na wykonawcy, który powołuje się na rozwiązania równoważne tym opisanym przez Zamawiającego ciąży obowiązek wykazania, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2016 roku wyjaśnił postanowienia SWIZ i udzielił odpowiedzi na skierowane do niego pytania, w tym na pytanie 10 i 23, do których treści referuje w swoim odwołaniu Odwołujący i tak:

Pytanie nr 10:

W związku z udziałem w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, prosimy o odpowiedź czy Zamawiający dopuszcza, zgodnie ze Standardami Materiałowymi Sieci Kanalizacyjnych w Obszarze Działania Aquanet S.A. – Załącznik nr 2 do opracowania Aquanet S.A. pt.: „Projektowanie, wykonawstwo sieci wodociągowych i kanalizacyjnych oraz przyłączy. Wymagania ogólne” punkt 3.3.2 pt. „Rury z żywic poliestrowych wzmocnionych włóknem szklanym typu ECR i z wypełniaczem z pisaku kwarcowego, odpornymi na korozję, dla przepływu ciśnieniowego” – cytata: „w uzasadnionych technicznie i ekonomicznie przypadkach, zaleca się stosowanie metody przeciskowej zużyciem specjalnych rur do przecisku, o parametrach wytrzymałościowych wg obliczeń” – jako materiał równoważny do wykonania rurociągu ciśnieniowego z rur przewiertowych osłonowych żelbetowych DN 1000 mm wraz z rurami przewodowymi PE100 RC SDR17 dz x e = 710 x 42,1 mm oraz PE100 RC SDR17 dz x e = 800 x 47,4 mm, wykonanie rurociągu tłoczego przewiertem/ mikrotuneliniem odpowiednio z rur przewiertowych ciśnieniowych nawojowych GRP DN600 PN10 i DN700 PN10, spełniających wszystkie wymagania oraz odpowiednie parametry techniczne, technologiczne i wytrzymałościowe, poparte stosownymi obliczeniami?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 10:

Zamawiający dopuszcza wykonanie rurociągu tłoczego w zaplanowanej technologii bezwykopowej.

Zaproponowane rury muszą posiadać odpowiednie obliczenia statyczno- wytrzymałościowe zaakceptowane przez Zamawiającego oraz Aprobatę Instytutu Techniki Budowlanej jako materiał równoważny do rozwiązań przedstawionych w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Zaproponowany materiał i metoda wykonania nie mogą spowodować pogorszenia warunków hydraulicznych układu oraz muszą zapewnić parametry techniczne, technologiczne i wytrzymałościowe wskazane w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Ww. parametry muszą być poparte stosownymi obliczeniami.

Zamawiający zastrzega sobie prawo wykonania kontroli zgodności wykonania rur z Aprobatą Techniczną i wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca powinien założyć, że w przypadku wystąpienia uszkodzenia końcówek rur lub powstania nieszczelności, należy zamontować opaski ciśnieniowe uszczelniające. Elementy

te nie mogą powodować pogorszenia warunków hydraulicznych przepływających ścieków i nie mogą powodować zatorów.

Za wszystkie wprowadzone zamiany w technologii wykonania oraz związane z tym zmiany dokumentacji projektowej i wszelkich uzgodnień oraz za wszelkie koszty z tym związane pełną odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Pytanie 23:

Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur GRP przyciskowych ciśnieniowych jako jednego przewodu w miejsce osobno rur osłonowych i przewodowych. Rury osłonowe zostałyby zachowane jedynie w miejscach skrzyżowań z drogami. Wykonawca przedstawi obliczenia potwierdzające odpowiednie parametry rur wraz z referencjami materiałowymi.

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 23:

Zamawiający dopuszcza wykonanie rurociągu tłoczego w technologii bezwykopowej z zastosowaniem rur GRP odpornymi na korozję o ciśnieniu nominalnym PN10, wykonanymi z włókien szklanych typu EC-R. Zaproponowane rury muszą posiadać odpowiednie obliczenia statycznie – wytrzymałościowe akceptowane przez Zamawiającego oraz Aprobata Instytutu Techniki Budowlanej jako materiał równoważny do rozwiązań przedstawionych w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Zaproponowany materiał i metoda wykonania nie mogą spowodować pogorszenia warunków hydraulicznych układu oraz muszą zapewnić parametry techniczne, technologiczne i wytrzymałościowe wskazane w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Ww. parametry muszą być poparte stosownymi obliczeniami.

Zamawiający zastrzega sobie prawo wykonania kontroli zgodności wykonania rur z Aprobata Techniczną i wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca powinien założyć, że w przypadku wystąpienia uszkodzenia końcówek rur lub powstania nieszczelności, należy zamontować opaski ciśnieniowe uszczelniające. Elementy te nie mogą powodować pogorszenia warunków hydraulicznych przepływających ścieków i nie mogą powodować zatorów.

Za wszystkie wprowadzone zamiany w technologii wykonania oraz związane z tym zmiany dokumentacji projektowej i wszelkich uzgodnień oraz za wszelkie koszty z tym związane pełną odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Izba wskazuje również na udzielone w dniu 8 lipca 2016 roku wyjaśnienia Zamawiającego, gdzie na pytanie 1:

W nawiązaniu do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2016 roku i dopuszczenia przez Zamawiającego wykonania rurociągu tłoczego w zaproponowanej technologii tj. wykonanie rurociągu tłoczego przewiertem / mikrotuneliniem odpowiednio z rur przewiertowych ciśnieniowych nawojowych GRP DN600 PN10 i DN700 PN10 proszę o modyfikację Przedmiaru Robót w celu umożliwienia wyceny robót w dopuszczonej przez Zamawiającego w dniu 7 czerwca br. technologii. W obecnej postaci przedmiar robót uniemożliwia uwzględnienie w wycenie dopuszczonej przez Zamawiającego technologii. (...)

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

W przypadku zmiany technologii i rezygnacji z realizacji rury osłonowej należy:

- *nie wyceniać pozycji z punktów 2.1, 3.1, 4.1 pod nazwą: rura osłonowa rurociągu tłoczego,*
- *wycenić pozycję z punktów 2.2, 3.2, 4.2 pod nazwą: rurociąg tłoczny.*

W ocenie Izby Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał modyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia i dopuścił realizację z użyciem innego materiału (rury GRP) niż pierwotnie (rury PE umieszczonej w betonowej rurze stanowiącej technologiczną osłonę) wskazany w dokumentacji technicznej pozostając przy tej samej metodzie wykonania, to jest technologii bezykopowej, na co wskazywał Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy. Konsorcjum WUPRINŻ zaoferowało realizację zamówienia w technologii bezykopowej przy użyciu jednego ze wskazanych przez Zamawiającego materiałów. Podkreślić należy, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi stają się częścią SWIZ a zgodnie z nimi Zamawiający dopuścił wykonanie rurociągu tłoczego przy użyciu rur GRP w technologii bezykopowej czego nie sposób traktować jako dopuszczenia złożenia oferty z rozwiązaniem równoważnym. Rozwiązanie z użyciem rur GRP zostało w sposób jednoznaczny podane, wskazane i dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił jakichkolwiek minimalnych wymagań, które mogłyby stanowić podstawę oceny zaoferowanych w postępowaniu przez wykonawcę rozwiązań materiałowych (które to rozwiązania materiałowe – co należy podkreślić – na moment prowadzenia postępowania nie są określane przez Zamawiającego i mogą mu nawet nie być znane) i stwierdzenia ich równoważnego charakteru do podstawowego określonego przez Zamawiającego

rozwiązania. Tym samym za błędne należy uznać założenie poczynione przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania a przyjmujące za podstawę swych twierdzeń, że to w wyniku pytań i odpowiedzi nr 10 i 23 doszło do dopuszczenia złożenia oferty z rozwiązaniami równoważnymi. Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty z wykorzystaniem innego materiału, jednoznacznie określonego czemu dał wyraz również w odpowiedzi na pytanie 1, wyjaśniając jak przy zastosowaniu innego, określonego przez Zamawiającego materiału ma zostać sporządzony kosztorys ofertowy.

Niezasadna jest również argumentacja Odwołującego odnośnie konieczności przedstawiania w ofercie jakichkolwiek dokumentów, innych niż wskazane w SWIZ w pkt 15.3.1. Zamawiający w żadnym miejscu nie nałożył na wykonawcę obowiązku przedstawiania dodatkowych dokumentów i nie można wywodzić tego obowiązku z faktu wskazania przez Zamawiającego aby dopuszczony, określony inny materiał (rury GRP) posiadał określone dokumenty.

Wymaga również podkreślenia w tym miejscu, że nieprawdziwa jest argumentacja Odwołującego wskazująca na uzyskanie informacji przez Zamawiającego co przedmiotu oferty Konsorcjum WUPRINŻ dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień z 30 września 2016 roku. Izba wskazuje, że wykonawcy wraz z ofertą składali *Wyceniony Przedmiar Robót – Kosztorys ofertowy – sporządzony na podstawie załączonego w Opisie Przedmiotu Zamówienia Przedmiaru Robót* (zgodnie z 15.3.1 IDW) i uwzględniając w tym miejscu, że treści odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 8 lipca 2016 roku w sposób jednoznaczny mógł stwierdzić Zamawiający jaki zastosował wykonawca materiał, ponieważ zgodnie z tym co podał Zamawiający w przypadku zastosowania rur GRP wykonawca miał nie wyceniać pozycji z punktów 2.1, 3.1, 4.1 pod nazwą: rura osłonowa rurociągu tłoczego. Jednocześnie Izba zauważa, że i sam Odwołujący miał wiedzę o tym, że Konsorcjum WUPRINŻ nie wyceniło tych pozycji jak również, że zaoferował rozwiązanie oparte na rurach GRP, czemu dał wyraz w innej części uzasadnienia odwołania, dlatego też twierdzenia Odwołującego nie mogą zostać uznane za trafne.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie znajduje również uzasadnienia przez odniesienie się do powołanych dokumentów tj. specyfikacji technicznej PW/JUN/ST-00 oraz w przywołanych tam wytycznych Aquanet SA „Projektowanie, wykonawstwo sieci wodociągowych i kanalizacyjnych oraz przyłączy”. Z dokumentów tych nie wynika, że Zamawiający nie może dopuścić innego rozwiązania, innych materiałów, niż te które przewidział na początku, czyli ogłaszając postępowanie o zamówienie. Zamawiający dopuścił inny materiał do wykonania rurociągu w technologii be wykopowej, natomiast

z w powołanych dokumentów w żadnym wskazanym miejscu nie ma odniesienia co do rozwiązania materiałowego jakie dopuścił Zamawiający w tym postępowaniu. Słusznie wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie a odnosząca się do niewycenienia pozycji z punktów 2.1, 3.1, 4.1 pod nazwą: rura osłonowa rurociągu tłocznego przy zastosowaniu bezpośrednio rur GRP byłoby bezprzedmiotowe gdyby chcieć to rozumieć tak jak rozumie to Odwołujący. Jak również, że ww. wytyczne Zamawiającego stanowią dokument o charakterze ogólnym a Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania dopuścił inne rozwiązania stanowiące szczegółowe uregulowania, które mają pierwszeństwo przed ogólnymi rozwiązaniami. Izba zgadza się również z argumentem, że dokumentacja przedstawiona na rozprawie wskazuje na logiczny ciąg zmian będący efektem dopuszczenia przez Zamawiającego zastosowania innego materiału z którego zostanie wykonany rurociąg (rur GRP) w technologii bezwykopowej, którą to technologię określił Zamawiający zgodnie z poczynionymi uzgodnieniami z Zarządem Dróg Miejskich co wynikało z faktu, że prace w 100% będą prowadzone w pasie drogowym z tego 90% w drodze.

Izba podziela stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, który wniósł o pominięcie przedstawionej przez Odwołującego w trakcie rozprawy argumentacji odnośnie średnicy rur jakie oferuje Konsorcjum WUPRINŻ, bowiem stanowi to nowy zarzut, który nie został podniesiony w odwołaniu, odwołanie w tym zakresie nie zawiera żadnej fatycznej argumentacji.

Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, a mająca dowodzić niezgodność oferty z treścią SIWZ, w zakresie rezygnacji przez Konsorcjum WUPRINŻ z montażu rur osłonowych DN 1000mm przy czym wskazał Odwołujący, że będzie realizowany rurociąg tłoczny z zastosowaniem bezpośrednio rur ciśnieniowych GRP PN10 przeznaczonych do mikrotunelingu w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy, że zgodnie z tym co zostało stwierdzone przez Izbę we wcześniejszej części uzasadnienia wykonawcy mogli zaoferować wykonanie rurociągu ciśnieniowego z rur przewiertowych osłonowych żelbetowych DN 1000 mm wraz z rurami przewodowymi – co stanowiło podstawowy materiał wskazany przez Zamawiającego w SWIZ, lub też mogli zaoferować wykonanie rurociągu tłocznego przewiertem/ mikrotuneliniem z rur przewiertowych ciśnieniowych nawojowych GRP. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił wykonawcom w jaki sposób mają złożyć kosztorysy ofertowe w przypadku, gdy oferują realizację rurociągu z rur

GRP tzn. nie wyceniać pozycji z punktów 2.1, 3.1, 4.1 pod nazwą: rura osłonowa rurociągu tłocznego (odpowiedź na pytanie 1 z dnia 8 lipca 2016 roku).

Nie znajduje uzasadnienia również argumentacja Odwołującego a odnosząca się do treści pytania nr 23, podkreślić należy, że treść pytania nie tworzy wymagań Zamawiającego a wymagania Zamawiającego określone w SWIZ i odpowiedziach na pytania nie stawia żadnego wymagania w zakresie konieczności pozostawienia rur osłonowych w miejscach skrzyżowań z drogami. Słusznie zauważył uczestnik postępowania odwoławczego, że gdyby wolą Zamawiającego było utrzymanie wymagania w zakresie użycia rur osłonowych przy realizacji rurociągu przy użyciu rur GRP to w pozycji z punktów 2.1, 3.1, 4.1 pod nazwą: rura osłonowa rurociągu tłocznego wymagał by wyceny mniejszej ilości a nie wskazałby na niewycenianie tych pozycji.

W trakcie rozprawy Odwołujący wskazywał na wyjaśnienia z dnia 19 lipca 2016 roku jednakże i w tym zakresie pominął fakt, że źródło tego pytania dotyczy realizacji inwestycji z zastosowaniem podstawowego wskazanego w SWIZ rozwiązania tj. wykonania rurociągu z rur przewiertowych osłonowych żelbetowych wraz z rurami przewodowymi PE100 RC SDR, co oczywistym czyni wskazanie zarówno pytającego jak i odpowiadającego. Nie zmienia również istniejącego stanu rzeczy wskazanie przez Odwołującego na wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 26 lipca 2016 roku, która jednoznacznie przesądza, że Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska w nawiązaniu do pytania i odpowiedzi nr 23 z dnia 7 czerwca 2016 roku – w pytaniu było odniesienie do zastosowania rur osłonowych, jednakże treść odpowiedzi nie traktuje o rurach osłonowych przy realizacji rurociągu tłocznego w technologii bezwykopowej zastosowaniem rur GRP; tym samym nierozłączne traktowanie pytania i odpowiedzi nie może prowadzić do logicznego wniosku, że rury GRP należy układać w rurach osłonowych w miejscach skrzyżowań z drogi. Zamawiający w trakcie rozprawy podał, wyjaśnił, że w technologii bezwykopowej realizacja inwestycji przy użyciu rury PE umieszczonej w betonowej rurze stanowiącej technologiczną osłonę, której zadaniem nie jest osłona rury PE tylko zastosowana jest do wprowadzenia rury, lub też za pomocą rur GRP do wprowadzenia których nie jest potrzebna rura osłonowa.

W zakresie argumentacji Odwołującego odnoszącej się do wykonania kolektora kanalizacji tłocznej po łuku poziomym, Izba uznała, że i ta argumentacja nie jest zasadna a tym samym Odwołujący nie potwierdził naruszenia obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący swoje twierdzenia oparł na tym, że zastosowanie rur GRP DZ 750mm / DZ 850

mm z pominięciem rur osłonowych DN 1000mm powodować będzie narażenie pracowników na utratę zdrowia bądź życia z uwagi na obowiązujące przepisy rozporządzenia zgodnie z którym zabronione jest wprowadzanie ludzi do kanału o wysokości lub średnicy poniżej 1 metra.

Twierdzenia Odwołującego pomijają jednakże w ogóle odniesienie się do sytuacji w której nie ma konieczności wprowadzania do kanału ludzi. W celu zachowania właściwej trajektorii toru - łuku nie jest wymagane wprowadzanie do kanału ludzi, ponieważ w tym celu używa się przeznaczonych do tego urządzeń tj. żyrokompasu i poziomicy elektronicznej, na co wskazał w swojej argumentacji uczestnik postępowania odwoławczego. Konsorcjum WUPRINŻ odwołało się w swoim stanowisku na rozprawie do złożonego dokumentu (dowód nr 7) informacja do wszystkich zainteresowanych od Centerline GmbH w celu wskazania technologii przy użyciu jakiej będą realizowane roboty oraz wykazania, że realizowane były takie roboty przy użyciu żyrokompasu (żyrokompasu MK20) i poziomicy elektronicznej. Odwołujący nie zakwestionował takiej możliwości, takiej technologii, realizacji robót, tzn. przy użyciu wyżej wymienionych urządzeń, natomiast w trakcie rozprawy odnosząc się do wskazanego dowodu sam przyznał, że prace takie zostały wykonane zaznaczając jednocześnie, że w dwóch wykazywanych w tabeli przypadkach wykonywane były na długości łuku mniejszej niż określone przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej i o średnicy rur zaoferowanych przez Konsorcjum WUPRINŻ. Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że są to Tylko próby prowadzenia takich prac przy wykorzystaniu tej technologii bowiem z przedstawionego dokumentu wynika, że zrealizowano ich co najmniej kilkadziesiąt w tym kilka uwzględniając średnicę oferowanych rur w tym postępowaniu. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał, że prace te wykona jeden z konsorcjantów, który posiada wskazaną technologię a technologia ta nie ogranicza długości łuku, którą można wykonać. Przedstawiona przez Odwołującego informacja, pismo (dowód nr 3) nie przesądza niemożliwości stosowania wskazanego w pytaniu postawionym przez Odwołującego GNS-P żyroskopowego systemu nawigacyjnego, jednocześnie nie nawiązuje do niekwestionowanych przez Odwołującego żyrokompasu (żyrokompasu MK20) i poziomicy elektronicznej jakie będą stosowane przy realizacji robót.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, nie wykazał, że Konsorcjum WUPRINŻ złożyło ofertę niezgodną z treścią SWIZ w zakresie zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami odnośnie rozwiązań

materiałowych czy też przyjętych technologii, sposobów realizacji robót, dlatego też Izba nie uznała zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w wyżej omówionym szczegółowo zakresie.

V.

W zakresie zarzutów wyboru oferty najkorzystniejszej, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty również z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na lakoniczność i ogólnikowość złożonych wyjaśnień jednocześnie podnosząc, że takie wyjaśnienia nie są wystarczające a zaistnienie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie powinno zostać udowodnione przez składającego wyjaśnienia. Izba zaznacza, że Odwołujący nie wykazał dlaczego uznaje wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum WUPRINŻ za niewystarczające i uznaje je za lakoniczne i ogólnikowe. Taka argumentacja pojawia się dopiero w piśmie procesowym złożonym przez Odwołującego na posiedzeniu, jednakże w ocenie Izby uzasadnienie nie może być uwzględnione przez Izbę z uwagi na przedstawienie argumentacji po upływie terminu na wniesienie odwołania. Stanowisko Odwołującego, które zostało zawarte w piśmie stanowić mogłoby, gdyby zostało zawarte w uzasadnieniu odwołania, uzasadnienie faktyczne wskazanego naruszenia przepisu ustawy, jednakże głoszenie ich na postępowania odwoławczego nie może wywierać skutków.

Podkreślenia wymaga, że wezwanie Zamawiającego z dnia 23 września 2016 roku w trybie art. 90 ust. 1 ustawy było bardzo precyzyjne i wskazywało konkretne pozycje kosztorysu co do których wykonawca miał przedstawić informacje co do szczegółów kalkulacji. Jednocześnie w tym zakresie Zamawiający przygotował propozycję przedstawienia ww. informacji w przedstawionej w wezwaniu formie tabelarycznej. W odpowiedzi na ta wezwanie Konsorcjum WUPRINŻ przedstawiło pismem z dnia 30 września 2016 roku wyjaśnienia zawierające informacje wstępne oraz szczegółowe informacje w tym zestawienia w formie tabelarycznej wraz z załączonymi dokumentami w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołującemu dostępny był kosztorys ofertowy złożony przez Konsorcjum WUPRINŻ

jednakże nie wskazał w uzasadnieniu odwołania na żadną z pozycji, która w jego ocenie byłaby zaniżona poza odniesieniem się do niewycenionej pozycji, co potwierdza fakt zweryfikowania kosztorysu ofertowego. Słusznie zauważył uczestnik postępowania odwoławczego, że również mógł Odwołujący składać dowody obalające twierdzenia w złożonych przez Konsorcjum WUPRINŻ wyjaśnieniach, lecz nie uczynił tego. Podkreślić ponownie należy, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty.

W zakresie podniesionego argumentu odnośnie niewycenienia rur osłonowych jak również w zakresie podniesionego argumentu odnoszącego się do wykonania kolektora tłoczego po łuku poziomym, co miało świadczyć o cenie rażąco niskiej złożonej oferty, z uwagi na oddalenie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji oraz uznania przez Izbę poprawności oferty Konsorcjum WUPRINŻ, nie znajduje uzasadnienia. Wymaga również podkreślenia, że Konsorcjum WUPRINŻ nie podało kwoty 0 zł, jak twierdzi Odwołujący (przy czym nawet nie wskazuje w zakresie jakiej bądź jakich pozycji kosztorysu) lecz określone pozycje kosztorysu nie zostały przez uczestnika postępowania odwoławczego w kosztorysie uzupełnione, co jest zgodne z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2016 roku. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie pytał o technologie realizacji zamierzenia albo realizację zadania budowlanego. W odwołaniu brak jest argumentacji, faktycznego uzasadnienia odnośnie PEK-MEL W.C., K.C. Spółka Jawna w kontekście elementów ceny oferty, które miały wpływ na jej wysokość, podniesione uzasadnienie odwołujące się do wyjaśnień z dnia 30 września 2016 roku odnosi się do realności udostępnionego zasobu.

W ocenie Izby w zakresie wskazanego we wstępnej części odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustaw o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum WUPRINŻ, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje (tj. poniżej kosztów wytworzenia) oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku brak jest w tym zakresie argumentacji w uzasadnieniu odwołania. W tym zakresie pozostaje aktualna

argumentacja Izby odnośnie tego czym jest zarzut, a mianowicie o treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna a szeroko omówiona we wcześniejszej części uzasadnienia.

VI.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - Izba uznała, że działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy – w rozpoznawanej sprawie nie doszło do naruszenia wskazanej zasady.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....