

WYROK
z dnia 9 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 roku przez Odwołującego: „AG – COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kama Bis

oraz przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: M. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. C. P.H.U. "Alprotech"

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie bieżących robót utrzymaniowych w ramach dwóch konserwacji wałów przeciwpowodziowych rzeki Wisły wraz obustronnym pasem eksploatacyjnym, zlokalizowanych w granicach m.st. Warszawy” w zakresie części: I, II, III i IV na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie bieżących robót utrzymaniowych w ramach dwóch konserwacji wałów przeciwpowodziowych rzeki Wisły wraz obustronnym pasem eksploatacyjnym, zlokalizowanych w granicach m.st. Warszawy” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 kwietnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 077-172019.

I. W dniu 18 czerwca 2018 r. Odwołujący „AG – COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców:

- a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I, II, III i IV,
- b) TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,
- c) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,
- d) MELKON F. G. w części nr II,

którzy złożyli oświadczenie w ofertach, że są nimi związani przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert, podczas, gdy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) Zamawiający określił termin związania ofertą na 60 dni, zatem każdy z Wykonawców biorących udział w Postępowaniu winien złożyć oświadczenie o związaniu ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców:

- a) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,

b) MELKON F. G. w części nr II,

których oferty nie zawierają kosztorysu ofertowego w prawidłowej, szczegółowej formie, wymaganej przez Zamawiającego,

3) art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że rozbieżności pomiędzy ceną ofert złożonych przez Wykonawców:

a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I, II, III i IV,

b) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I i III,

a wartością zamówienia w poszczególnych częściach lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w poszczególnych częściach wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców:

a) KAMA BIS P. K. w części nr I, III i IV,

b) TRANSGAZ A. K. w części nr I i IV

c) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,

do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy w Postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania czynności wezwania,

5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawców:

a) KAMA BIS P. K. w częściach nr II i IV,

b) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I i III,

mimo istnienia domniemania prawnego, że oferty w/w Wykonawców zawierają rażąco niską cenę,

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców:

a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I i IV,

b) TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,

pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

2) powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez Wykonawców:

- a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I, II, III i IV,
- b) TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,
- c) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,
- d) MELKON F. G. w części nr II,

3) odrzucenia ofert Wykonawców:

- a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I, II, III i IV,
- b) TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,
- c) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,
- d) MELKON F. G. w części nr II,

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a także na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a w przypadku Wykonawców:

- a) KAMA BIS P. K. w częściach nr II i IV,
- b) PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I i III

odrzucenie ofert również na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak i na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku Wykonawców:

- a) KAMA BIS P. K. w częściach nr I i IV,
- b) TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,

4) dokonania czynności oceny ważnej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Uzasadnienie zarzutu nr 1:

Odwołujący powołał się na treść art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, iż stosownie do treści Cz. X SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca był związany ofertą przez okres 60 dni licząc od upływu terminu składania ofert. Związanie ofertą oznacza, że Wykonawca złożył

oświadczenie woli w postaci oferty i zobowiązany jest we wskazanym okresie związania zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych w ofercie. W ten sposób Wykonawca zobowiązuje się do wypełnienia wszystkich propozycji ofertowych. Każdy z Wykonawców wymienionych w treści zarzutu nr 1 (KAMA BIS P. K., TRANSGAZ A. K., PHU ALPROTECH M. C. oraz MELKON F. G.) przedłożył formularz oferty (wg wzoru stanowiącego zał. 6 do SIWZ) wskazując w pkt 4 „Uważany się za związanych niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ tj. przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego wnieśliśmy wadium w wysokości 2000 zł w formie pieniądza.”. Zamawiający załącznik nr 6 do SIWZ udostępnił na stronie internetowej w formie do edycji — zatem, każdy z potencjalnych Wykonawców mógł dokonać odpowiedniej modyfikacji treści formularza ofertowego i dokonać stosownej zmiany, zgodnie z treścią SIWZ, wskazując termin związania ofertą, który winien wynosić 60 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Odwołujący powołał się na regulację art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oraz stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 kwietnia 2007 r. sygn. akt II CSK 546/06. Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, iż treść oświadczenia woli złożona w formularzu oferty przez każdego z w/w Wykonawców jednoznacznie wskazuje, że termin, jakim w/w Wykonawcy związani są ofertą (30 dni) jest niezgodny z Cz. X pkt 1 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby każdy z Wykonawców był związany ofertą przez okres 60 dni. Co prawda Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach zamówienia w 27 dniu terminu związania ofertą, jednakże zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W związku z wniesieniem niniejszego odwołania, w stosunku do ofert w/w wykonawców termin związania ofertą już upłynął, zatem w stosunku do w/w ofert wykonawców art. 182 ust. 6 ustawy Pzp nie będzie mógł zostać zastosowany. Nie można bowiem zawiesić terminu, który upłynął. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Tarnowie wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13. Wskazał, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta po upływie okresu związania ofertą, ale wybór oferty, którą Wykonawca nie jest związany, nie jest możliwy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą decyduje o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym Zamawiający nie może w sposób skuteczny dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zakończyć prowadzonego postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego po wydaniu przez Izbę wyroku w przedmiotowej sprawie skutkującego koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był swoją ofertą związany, oferta wygasa. Tym samym staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu

historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym wykonawcę oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Także przyjęcie oferty, która wygasła, nie będzie zgodne z warunkami przetargu, ale będzie przyjęciem de facto nowej, innej oferty. Stanowisko to potwierdzone zostało w orzecznictwie Izby, m.in. w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. (KIO 109/13) oraz wyroku z dnia 24 września 2012 r. (KIO 1924/12). Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, iż zarzut jest w pełni uzasadniony, bowiem oferty złożone przez ww. Wykonawców zostały sporządzone w sposób niezgodny z wymaganiami w SIWZ. Niezgodność ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwany. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury wyjaśnienia treści oferty ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Oświadczenie o długości terminu związania ofertą stanowi element oświadczenia woli Wykonawcy. Brak lub wada tego oświadczenia nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp czy też art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 2:

Zamawiający wymagał załączenia do oferty formularza ofert wraz z kosztorysami ofertowymi stanowiącymi załącznik nr 6 do SIWZ (Cz. XI pkt 2 SIWZ oraz Cz. XIX SIWZ). Zamawiający na stronie internetowej udostępnił zarówno przedmiary robót sporządzone metodą uproszczoną (stanowiące załącznik nr 3 do Zał. 1 do SIWZ — Opisu przedmiotu zamówienia), jak i kosztorysy ofertowe opracowane w formie szczegółowej, tj. ze wszystkimi elementami cenotwórczymi (stanowiące Zał. nr 6 do SIWZ). Złożone przez Wykonawców wymienionych w treści zarzutu nr 2 (PHU ALPROTECH M. C. oraz MELKON F. G.) kosztorysy oznaczone jako „ofertowe” nie odpowiadają treści kosztorysów ofertowych stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ - tj. są niekompletne. Złożone przez ww. Wykonawców kosztorysy zawierają informacje tylko w zakresie jednostki miary, ilości oraz wartości łącznej dla wyszczególnionych pozycji - nie zawierają natomiast istotnej i podstawowej składowej tj. cen jednostkowych za poszczególne składniki cenotwórcze (ceny materiałów, sprzętów, robocizny) wyszczególnione przez Zamawiającego w kosztorysach ofertowych stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ. Brak cen jednostkowych w kosztorysach ww. Wykonawców uniemożliwia rozliczenie przedmiotu zamówienia zgodnie z formą przyjętą w zał. nr 7 — projekt umowy. W przypadku przyjętego przez Zamawiającego sposobu rozliczenia zamówienia w formie kosztorysowej na podstawie kosztorysu powykonawczego, niezbędnymi elementami kosztorysu ofertowego przygotowanego przez ww. Wykonawców w przedstawionej formie tj. uproszczonej są między innymi zestawienia materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz wartości dla materiałów i sprzętu — żaden z ww. Wykonawców nie załączył uzupełniająco takich zestawień. To, że Zamawiający nie wskazał wprost w SIWZ, że udostępni wzorzec sporządzenia kosztorysu ofertowego zgodnie z zał. 6

do SIWZ nie umożliwia Wykonawcom załączenie jakiegokolwiek zestawienia prac (kosztorysów ofertowych). Dowolność formy sporządzenia kosztorysu ofertowego nie oznacza, iż ww. Wykonawcy mieli prawo pominąć wycenę istotnych dla Zamawiającego składników cenotwórczych dotyczących robocizny, materiałów i sprzętu. Każdy z Wykonawców mógł przedłożyć szczegółowy kosztorys ofertowy pełny, który zawiera wszystkie ceny jednostkowe robocizny, materiałów i sprzętu albo przy kosztorysie uproszczonym zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu, które zawiera ceny jednostkowe. Kosztorys ofertowy jest dokumentem finansowym a zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu stanowi jego składnik o charakterze cenotwórczym. Cena jednostkowa pozycji przedmiaru jest ceną dla określonego w danej pozycji rodzaju robót, na którą składają się:

- wartość robocizny,
- wartość materiałów
- oraz wartość pracy sprzętu

wyliczone jako iloczyn nakładów rzeczowych wynikających z obowiązujących norm i cen jednostkowych odpowiednio: roboczogodziny, zastosowanych materiałów i maszynogodziny sprzętu powiększona odpowiednio o narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku. Zatem dopiero zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz narzuty łącznie z uproszczonym kosztorysem ofertowym odzwierciedlają sposób obliczenia ceny - kosztorysu ofertowego, co ma istotne znaczenie przy rozliczeniu zamówienia dla Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami projektu umowy. Rzeczą oczywistą jest, że przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego przy posiadaniu informacji, że zamówienie rozliczane będzie kosztorysowo - kosztorys musi zawierać wszystkie niezbędne elementy ceny - wszystkie ceny jednostkowe robocizny, materiałów i sprzętu. Nie istnieje regulacja ustawowa, która opisywałaby zasady sporządzania kosztorysu ofertowego. Istnieje natomiast rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) - dalej: "rozporządzenie", które określa sposób kalkulacji szczegółowej, a który może stanowić w drodze analogii potwierdzenie należytego ustalenia wszystkich kosztów, poszczególnych cen jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i pracy sprzętu. Odwołujący powołał się na § 4 ust 1 ww. rozporządzenia i wskazał, że kalkulacja ceny jednostkowej pozycji przedmiarowej wymaga podania cen jednostkowych - kosztu robocizny, kosztu materiału i kosztu sprzętu. Każdy program kosztorysowy zawiera zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi. Decyzją Wykonawcy jest, czy zestawienie do kosztorysu uproszczonego

załączy, czy też nie. Określenie wysokości wynagrodzenia wraz z wszystkimi cenami jednostkowymi przy wynagrodzeniu kosztorysowym stanowi essentialia negotii umowy. Kosztorys ofertowy Wykonawcy złożony w Postępowaniu to wprost oferta - potwierdza to fakt, że Zamawiający na równi potraktował formularz ofertowy z kosztorysami ofertowymi wskazując, że oba dokumenty stanowią jeden załącznik do SIWZ — załącznik nr 6. Kosztorys ofertowy w przedmiotowym postępowaniu stanowi więc istotny element oświadczenia woli Wykonawcy na etapie składania ofert, a nie spełnia on tylko charakteru pomocniczego i informacyjnego, jak przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Zestawienie materiałów i sprzętu z cenami jednostkowymi ma istotne znaczenie dla Postępowania oraz zawarcia ważnej umowy, w szczególności jej późniejszego rozliczenia. Zamawiający nie będzie mógł prawidłowo rozliczyć prac składających się na przedmiot zamówienia bez ww. zestawienia. Podstawą do sporządzenia kosztorysu powykonawczego jest ilość wykonanych prac powykonawczo oraz ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym, który będzie stanowił załącznik nr 2 do przyszłej umowy. Kosztorys ofertowy sporządzony w formie szczegółowej zabezpieczenia Zamawiającego przed manipulacją cenami oraz ilościami na etapie rozliczania zamówienia. Wartość wykonanych prac - czynności przy rozliczeniu powykonawczym może nie być możliwa do wyliczenia na podstawie tylko zwiększenia lub zmniejszenia obmiaru.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż zarzut jest w pełni uzasadniony bowiem oferty złożone przez ww. Wykonawców zostały sporządzone w sposób niezgodny z wymaganiami w SIWZ. Niezgodność ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwany. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury wyjaśnienia treści oferty ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli Wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenia kosztorysu zawierającego błędy lub wady nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp czy też art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1998/17.

Uzasadnienie zarzutu nr 3:

W stosunku do oferty złożonej przez:

- 1) Wykonawcę KAMA BIS P. K. w części nr I zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 250 115,50 zł jest niższa o:
 - a) 43,82% od wartości zamówienia w części nr I, która wynosi 445 208,66 zł
 - b) 37,70% od średniej cen złożonych ofert w części nr I w Postępowaniu, która wynosi: 401 444,91 zł;

2) Wykonawcę KAMA BIS P. K. w części nr II zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 50 321,81 zł jest niższa o:

a) 48,17% od wartości zamówienia w części nr II, która wynosi 97 085,59 zł

b) 42,91% od średniej cen złożonych ofert w części nr II w Postępowaniu, która wynosi: 88 146,30 zł:

3) Wykonawcę KAMA BIS P. K. w części nr III zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 207 360,63 zł jest niższa o 30,84% od wartości zamówienia w części nr III, która wynosi 299 840,31 zł;

4) Wykonawcę KAMA BIS P. K. w części nr IV zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 275 801,39 zł jest niższa o 33,25 % od wartości zamówienia w części nr IV, która wynosi 413 216,32 zł;

5) Wykonawcę PHU ALPROTECH M. C. w części nr I zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 187 402,52 zł jest niższa o:

a) 57,91% od wartości zamówienia w części nr I, która wynosi 445 208,66 zł;

b) 53,32% od średniej cen złożonych ofert w części nr I w Postępowaniu, która wynosi: 401 444,91 zł:

6) Wykonawcę PHU ALPROTECH M. C. w części nr III zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy 197 047,26 zł jest niższa o 34,28% od wartości zamówienia w części nr III, która wynosi 299 840,31 zł.

Różnice pomiędzy cenami ofert ww. Wykonawców a wartością zamówienia w poszczególnych częściach lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w poszczególnych częściach - uzasadniają konieczność zwrócenia się do ww. Wykonawców z żądaniem wyjaśnienia ceny oferty. Ustawa Pzp określa obowiązki Zamawiającego, których nie może zaniechać. Rozpoczęcie procesu wyjaśniania wysokości zaoferowanej ceny lub kosztu przez Zamawiającego jest obowiązkowe w przypadku, gdy zachodzą przesłanki sformułowane w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp (tak: wyrok KIO 1356/17). W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że w przedmiotowym przypadku zaszyły przesłanki, o których mowa w art 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wyłączające konieczność wezwania ww. Wykonawców do złożenia wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp przewidujący odstępstwo od obowiązku wezwania pomimo zaistnienia przesłanek ku temu, jeżeli rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia - nie precyzuje, o jakie okoliczności chodzi. Uprawnione wydaje się przyjęcie, że może to dotyczyć przykładowo sytuacji, gdy niektóre oferty podlegające odrzuceniu (jako niezgodne z SIWZ w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia) mają znacząco zawyżone ceny, co przekłada się także na wyższą średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. W takim przypadku Zamawiający mógłby podjąć decyzję o niezwracaniu się o udzielenie wyjaśnień. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Izby (wyroki w sprawach KIO 367/17, KIO 275/17 oraz KIO 2727/17). Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż zarzut jest w pełni uzasadniony mając na uwadze brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez Zamawiającego odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofertach ww. Wykonawców w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp oraz fakt, że do wyliczenia średniej ceny złożonych ofert uwzględniono oferty Odwołującego w poszczególnych częściach, które nie zostały przez Zamawiającego odrzucone (są zgodne ze SIWZ).

Uzasadnienie zarzutu nr 4:

Odwołujący wskazał, iż koszty pracy przyjęte do obliczenia ceny oferty, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Stawka robocizny, jaka może być przyjęta dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej nie może być niższa niż minimalna stawka godzinowa, która na 2018 r. wynosi: 13,70 zł (bez kosztów pracodawcy, natomiast z kosztami pracodawcy: 16,54 zł). Stawka robocizny, jaka może być przyjęta dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, nie może być niższa niż wysokość wynagrodzenia za 1 godzinę pracy obliczona z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Do obliczenia przyjęto, że skoro w 2018 r. wymiar czasu pracy wynosi łącznie 2008 godzin, to średniomiesięcznie wynosić będzie 167,33 godziny, po zaokrągleniu do pełnych godzin: 168. Dzieląc stałą miesięczne minimalne wynagrodzenie, które w 2018 r. wynosi 2.100 zł (bez kosztów pracodawcy) przez w/w ilość godzin, wartość 1 godziny robocizny wynosi: 12,50 zł (bez kosztów pracodawcy, natomiast z kosztami pracodawcy: 15,09 zł). Odnosząc powyższe na stawkę robocizny ujętej jako 1 rbg należy wskazać na sposób wyliczenia tej stawki w kosztorysach ofertowych. Pomocne będą w tym zakresie warunki kontraktowe FIDIC dla realizacji inwestycji budowlanej. W klauzuli 12.1 warunków FIDIC zawarto wymaganie, aby wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej wszystkie swoje przewidywane zobowiązania z tytułu realizacji roboty z uwzględnieniem wszelkich nakładów wynikających z realizacji zobowiązań kontraktowych. Oznacza to, że wykonawca musi w stawce lub cenie jednostkowej skalkulować wszelkie swoje przewidywane zobowiązania kontraktowe (poza wyraźnie wskazanymi w kontrakcie zwolnieniami z tytułu odpowiedzialności wykonawcy). Ponadto z treści klauzuli 31.1 wynika, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić racjonalne warunki wykonywania prac pracownikom zamawiającego oraz przedstawicielom legalnie działających władz. Stawka lub cena jednostkowa

w rozumieniu zasad FIDIC zawiera wszystkie składniki kosztów wykonawcy (wraz z narzutami) i przewidywanym zyskiem.

W Części III pkt 16 SIWZ Zamawiający określił wymóg zatrudnienia do realizacji zamówienia pracowników na podstawie umowy o pracę: Zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a) ustawy Pzp, tj. wymogi zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę - osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 108, z późn. zm.) w zakresie wskazanym w OPZ dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający wymaga zatrudnienia minimum 3 osób do wykonywania czynności w zakresie opisanym w OPZ dla poszczególnej z części zamówienia, w tym jednej osoby posiadającej uprawnienia do obsługi sprzętu mechanicznego. Uwzględniając ww. postanowienie SIWZ Odwołujący stwierdził, iż do wyceny przedmiotu zamówienia należało obligatoryjnie przyjąć stawkę robocizny w wysokości 15,09 zł. Analizując treść ofert Wykonawców przywołanych w treści zarzutu nr 4 (KAMA BIS P. K., TRANSGAZ A. K., PHU ALPROTECH M. . zwraca uwagę rażąco niska cena robocizny (1 rbg).

Wykonawca KAMA BIS P. K. w części nr III — w kosztorysie ofertowym:

1) Wał Sitowie2 przyjął stawkę 12,00 zł, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 10% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość 1 rbg z narzutami określonymi w kosztorysie ofertowym wynosi: 13,86 zł,

2) Wał Miedzeszynski2 przyjął stawkę 13,00 zł, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 10% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość 1 rbg z narzutami określonymi w kosztorysie ofertowym wynosi: 15,02 zł, zatem ww. stawki są niższe od stawki robocizny jaką ww. mógł przyjąć do wyliczeń biorąc pod uwagę konieczność zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę.

Wykonawca KAMA BIS P. K. w części nr IV - w kosztorysach ofertowych:

- Wał Gołędzinowski1;
- Wał Gołędzinowski2;
- Wał Rajszewski1;
- Wał Rajszewski2

przyjął stawkę 12,00 zł, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 10% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość 1 rbg z narzutami określonymi w kosztorysie ofertowym wynosi: 13,86 zł zatem jest niższa od stawki robocizny jaką ww. mógł przyjąć do wyliczeń biorąc pod uwagę konieczność zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę.

Wykonawca TRANSGAZ A. Kopacz w części nr IV — w kosztorysie ofertowym Wał Gołędzinowski2 przyjął stawkę 12,00 zł, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 15% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość 1 rbg z narzutami określonymi w kosztorysie ofertowym wynosi: 14,49 zł zatem jest niższa od stawki robocizny jaką ww. mógł przyjąć do wyliczeń biorąc pod uwagę konieczność zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący wskazał, iż odnieść należy również zaoferowane przez Wykonawców ceny jednostkowe z kosztorysów w przypadku czynności odnoszących się wprost do kosztów zatrudnienia.

Wykonawca PHU ALPROTECH M. C.

1) w części nr I w kosztorysach ofertowych:

- Wał Moczydłowski1;
- Wał Moczydłowski2;
- Wał Siekierkowski1;
- Wał Siekierkowski2;
- Wał Czerniakowski1;
- Wał Czerniakowski2;

2) w części nr III w kosztorysach ofertowych:

- Wał Sitowie1;
- Wał Sitowie2;
- Wał Miedzeszyński1;
- Wał Miedzeszyński2;
- Wał Stadionowy1;
- Wał Stadionowy2;

3) w części nr IV w kosztorysach ofertowych:

- Wał Gołędzinowski1;
- Wał Gołędzinowski2;
- Wał Rajszewski1;
- Wał Rajszewski2;

w pozycji kosztorysowej o nazwie: „Zebranie zanieczyszczeń komunalnych i ścieków porostów - zebranie i złożenie zanieczyszczeń w przymy, wywóz wraz z utylizacją do 20km” wskazał cenę jednostkową: 80,00 zł za 1 tonę. Podany przez Zamawiającego nakład R na 1 tonę w powyższej czynności: 8,5759 rbg. Uwzględniając fakt, że najniższą stawką rbg jaką Wykonawca mógł przyjąć jest 15,09 zł, cena jednostkowa robocizny powinna wynieść nie mniej niż 129,41 zł (15,09 zł x 8,5759) dla tej pozycji. Uwzględniając cenę jednostkową

z kosztorysów: 80 zł - przy nakładzie R na 1 tonę 8,5759 rbg to wartość 1 rbg przyjęta przez ww. Wykonawcę wynosi dokładnie: 9,33 zł ($80 \text{ zł} / 8,5759$) jest zatem wartością rbg znacznie zaniżoną. Przyjęta cena jednostkowa przez ww. Wykonawcę nie pokrywa wartości robocizny odpowiadającej powszechnie obowiązującym przepisom prawa pracy. Odwołujący podkreślił, że w tej pozycji należy uwzględnić wartość samochodu do wywozu i utylizacji - której uwzględnienie jest niemożliwe przy wartości 80 zł za całą pozycję kosztorysu.

Wykonawca KAMA BIS P. K. w części nr I w kosztorysach ofertowych:

- Wał Moczydłowski2;
- Wał Siekierkowski2;
- Wał Czerniakowski1;
- Wał Czerniakowski2;

w pozycji kosztorysowej o nazwie: „Zebranie zanieczyszczeń komunalnych i ścieżnych porostów - zebranie i złożenie zanieczyszczeń w przyzmy, wywóz wraz z utylizacją do 20km” wskazał cenę jednostkową pracy sprzętu "samochód samowyladowczy": 65,00 zł za 1 tonę, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 10% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość pozycji wynosi 75,08 zł za 1 tonę. Uwzględniając fakt, że najniższą stawką rbg jaką Wykonawca mógł przyjąć jest 15,09 zł, średnie spalanie ON 25 l/1mg (przy cenie za 1 litr 5,00zł) i wywozie na 20km wynosi: 25 zł ($0,2 \cdot 25 \cdot 5$) cena wartość płacy kierowcy i koszt paliwa powinien wynieść nie mniej niż 40,09 zł ($15,09 \text{ zł} + 25 \text{ zł}$) dla tej pozycji. Uwzględniając cenę jednostkową z kosztorysu: 75,08 zł oraz wartość płacy kierowcy i koszt paliwa w wysokości 40,09 zł — pozostaje 34,99 zł na utylizację 1 tony odpadów co jest wartością znacznie zaniżoną, gdyż przyjęta cena jednostkowa utylizacji 1 tony odpadów organicznych obecnie oscyluje w granicach 120 zł za 1 tonę. Przyjęta cena jednostkowa przez ww. Wykonawcę nie pokrywa wartości robocizny, kosztów paliwa i kosztów utylizacji.

Wykonawca KAMA BIS P. K. w części nr I w kosztorysach ofertowych:

- Wał Czerniakowski1;
- Wał Czerniakowski2;

w pozycji kosztorysowej o nazwie: „Mechaniczne wykoszenie porostów ze skarp i korony wału Czerniakowskiego” wskazał cenę jednostkową pracy sprzętu "ciągnik kołowy 22kW (30KM)": 22,00 zł za 1 mg, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 10% oraz zysku w wysokości 5% wynika, że wartość pozycji wynosi 23,10 zł za 1 mg. Uwzględniając fakt, że najniższą stawką rbg jaką Wykonawca mógł przyjąć jest 15,09 zł, średnie spalanie ON 3,5 l/1mg (przy cenie za 1 litr 5,00zł) wynosi: 17,50 zł ($3,5 \cdot 5$) cena wartość płacy kierowcy i koszt paliwa powinien wynieść nie mniej niż 32,59 zł ($15,09 \text{ zł} + 17,50 \text{ zł}$) dla tej pozycji. Uwzględniając cenę jednostkową z kosztorysu: 23,10 zł oraz

wartość płacy kierowcy i koszt paliwa w wysokości 32,59 zł — Odwołujący wskazał, iż nie pokrywa ona podstawowych wartości robocizny i kosztów paliwa (a pozostają jeszcze koszty ubezpieczeń, przeglądów, napraw ewentualnie amortyzacji pojazdu wykorzystanego do prac).

Wykonawca TRANSGAZ A. Kopacz w części nr I w kosztorysach ofertowych:

- Wał Moczydłowski2;
- Wał Siekierkowski2;
- Wał Czerniakowski1;
- Wał Czerniakowski2;

w pozycji kosztorysowej o nazwie: "Zebranie zanieczyszczeń komunalnych i ścieków porostów - zebranie i złożenie zanieczyszczeń w przyzmy, wywóz wraz z utylizacją do 20km" wskazał cenę jednostkową pracy sprzętu "samochód samowładowczy": 65,00 zł za 1 tonę, przy czym po dodaniu do stawki kosztów pośrednich w wysokości 30% oraz zysku w wysokości 11% wynika, że wartość pozycji wynosi 93,80 zł za 1 tonę. Uwzględniając fakt, że najniższą stawką rbg jaką Wykonawca mógł przyjąć jest 15,09 zł, średnie spalanie ON 25 l/1mg (przy cenie za 1 litr 5,00zł) i wywozie na 20km wynosi: 25 zł ($0,2 \cdot 25 \cdot 5$) cena wartość płacy kierowcy i koszt paliwa powinien wynieść nie mniej niż 40,09 zł (15,09 zł + 25 zł) dla tej pozycji. Uwzględniając cenę jednostkową z kosztorysu: 75,08 zł oraz wartość płacy kierowcy i koszt paliwa w wysokości 40,09 zł — pozostaje 53,71 zł na utylizację 1 tony odpadów co jest wartością znacznie zaniżoną, gdyż przyjęta cena jednostkowa utylizacji 1 tony odpadów organicznych obecnie oscyluje w granicach 120 zł za 1 tonę. Przyjęta cena jednostkowa przez ww. Wykonawcę nie pokrywa wartości robocizny, kosztów paliwa i kosztów utylizacji.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż zarzut jest w pełni uzasadniony mając na uwadze znaną Zamawiającemu ustawową minimalną stawkę godzinową, jak i ustawową wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Już sam Zamawiający mógł dokonać podstawowych obliczeń w zakresie kosztów zatrudnienia pracownika oraz wyliczyć stawkę robocizny - co potwierdziłoby bezsprzecznie rażąco niską miesięczną cenę realizacji zamówienia. Zamawiający oceniając oferty ww. Wykonawców nie uwzględnił żadnych swoich wymagań.

Uzasadnienie zarzutu nr 5:

Odwołujący, powołując się na treść art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jak i orzecznictwo Izby (wyroki w sprawach: KIO 669/16, KIO 2430/17 oraz KIO 2045/17) stwierdził, iż zarzut jest w pełni uzasadniony — w Postępowaniu w ocenie ofert Zamawiający dopuścił udział ofert ww. Wykonawców, które nie zostały zweryfikowane pod kątem rażąco niskiej ceny, zatem mogą podlegać odrzuceniu - mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych (mając na uwadze

niewezwanie ww. Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględniając jednocześnie brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez Zamawiającego odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofertach ww. Wykonawców w trybie art 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Uzasadnienie zarzutu nr 6:

Na wstępie Odwołujący powołał się na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz orzecznictwo Izby (wyroki w sprawach KIO 426/15 oraz KIO 2691/15), a także publikację Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pt. „Zmowa przetargowa” (publikacja z 2013 r.), w której wskazane zostały symptomy mogące świadczyć o podejrzeniu wystąpienia zmowy przetargowej - wśród nich należy zwrócić uwagę w szczególności na:

- ten sam charakter pisma w ofertach lub pismach,
- jednakowy wygląd graficzny ofert lub pism.

Odwołujący zauważył, że oferty złożone przez Wykonawców KAMA BIS P. K. oraz TRANSGAZ A. K. są łudząco do siebie podobne. Po pierwsze - cena pomiędzy ofertami różni się o niemalże ten sam procent:

Wykonawca/cena w części nr I/cena w części nr IV

KAMA BIS P. K./250 115,50 zł/275 801,39 zł

TRANSGAZ A. K./311 800,56 zł/310 840,39 zł

stosunek ceny niższej do ceny wyższej:/88,24 %/88,73 %

Po drugie, zwraca uwagę forma złożonych ofert - jednakowy wygląd graficzny. Do obu ofert załączono kosztorys ofertowy, wypełniony odręcznie — tym samym pismem. Uwagę zwraca w szczególności oferta Wykonawcy TRANSGAZ A. K., którego nawet formularz ofertowy uzupełniony jest [przez] dwie osoby (najprawdopodobniej właściciela firmy i osobę sporządzającą dla obu Wykonawców kosztorysy ofertowe). Przy czym formularz oferty Wykonawcy TRANSGAZ A. K. został wypełniony dwoma rodzajami pisma. Dane Wykonawcy oraz ceny w poszczególnych ofertach zostały wypełnione przez tą samą osobę, która sporządziła kosztorysy dla obu Wykonawców. Natomiast pozostała treść formularza oferty została wypełniona najprawdopodobniej przez właściciela firmy bowiem podpis „pochyla” się w tą samą stronę co uzupełniona treść. Powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad doświadczenia życiowego wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że ww. Wykonawcy działają w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę zasady logiki należy przyjąć, iż z faktów wymienionych w niniejszym odwołaniu wprost wynika, iż Wykonawcy zawarli ze sobą nieformalne porozumienie. Z powyższych względów w ocenie Odwołującego istnieje uzasadnione podejrzenie, iż złożenie ofert przez obu

Wykonawców w Postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co stanowi przesłankę do odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w części nr I oraz części nr IV zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 7:

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa Pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad ustawy Pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez dopuszczenie do etapu oceny ofert Wykonawców:

- KAMA BIS P. K. w częściach nr I, II, III i IV,
- TRANSGAZ A. K. w częściach nr I i IV,
- PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III i IV,
- MELKON F. G. w części nr II,

bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - naruszył podstawowe zasady ustawy Pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu częściowym zarzutu nr 4 w następującym zakresie: „*zarzut polegający na naruszeniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców:*

KAMA BIS P. K. w części nr I, III i IV,

PHU ALPROTECH M. C. w częściach nr I, III

do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania czynności wezwania,

przy podtrzymaniu w/w zarzutu w zakresie zaniechania dotyczącego Wykonawcy TRANSGAZ A. K. w części nr I i IV oraz Wykonawcy ALPROTECH M. C. w części nr IV.”

Ponadto w ww. piśmie z dnia 4 lipca 2018 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie w zakresie zarzutu nr 4 oraz 5.

II. Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie, jednakże stanowisko w sprawie przedstawił w formie ustnej na rozprawie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 czerwca 2018 r. wykonawca P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kama Bis zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem wniesionym do Izby w dniu 22 czerwca 2018 r. wykonawca M. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. C. P.H.U. "Alprotech" zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Ww. wykonawca stanowisko w sprawie przedstawił z piśmie z dnia 29 czerwca 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż Odwołującemu nie przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, iż cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaofiarowanie przez wykonawcę ceny wyższej od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie pozbawia wykonawcy prawa do skutecznego wniesienia odwołania (tak np. w wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. KIO 2741/14).

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- wykonawcy P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kama Bis;

- wykonawcy M. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. C. P.H.U. "Alprotech".

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie oraz załączone przez Przystępującego M. C. P.H.U. "Alprotech" do pisma z dnia 29 czerwca 2018 r. Wobec nieprzekazania przez Zamawiającego – w ramach kopii dokumentacji Postępowania – Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (a jedynie projekt SIWZ), dokument ten wraz z załącznikami oraz zmianami z dnia 27 kwietnia oraz 7 maja 2018 r. został pobrany ze strony internetowej Zamawiającego i z urzędu dołączony do materiału dowodowego.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest wykonanie bieżących robót utrzymaniowych w ramach dwóch (I i II) konserwacji wałów przeciwpowodziowych rzeki Wisły (prawostronnych i lewostronnych) wraz z obustronnym pasem eksploatacyjnym, zlokalizowanych w granicach m.st. Warszawy. Postępowanie zostało podzielone na cztery części:

- Część I – Wał Moczydłowski, Wał Siekierkowski, część Wału Czerniakowskiego – o łącznej długości 10,920 km,
- Część II – Wał Młociński, Wał Śródmiejski i Wał Bramy Czerniakowskiej – o łącznej długości 3,253 km,
- Część III – Wał Sitowie, Wał Miedzeszyński i Wał Stadionowy - o łącznej długości 8,140 km,
- Część IV – Wał Gołędzinowski, Wał Rajszewski - o łącznej długości 13,040 km.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 16 SIWZ Zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a) ustawy Pzp, tj. wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę - osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 108, z późn. zm.) w zakresie wskazanym w OPZ dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający wymaga zatrudnienia minimum 3 osób do wykonywania czynności w zakresie opisanym w OPZ dla poszczególnej z części zamówienia, w tym jednej osoby posiadającej uprawnienia do obsługi sprzętu mechanicznego.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 SIWZ Wykonawca jest związany ofertą przez okres 60 dni.

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 2 SIWZ ofertę należy sporządzić w formie pisemnej w języku polskim, w sposób czytelny, przy użyciu „Formularza oferty”, którego wzór stanowi załącznik nr 6 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 1 oraz 2 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego. Wykonawca podaje cenę oferty brutto wyliczoną zgodnie z kosztorysem stanowiącym załącznik do SIWZ dla danej części.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 1 SIWZ Zamawiający dokona oceny ofert według następujących kryteriów i ich wag:

- a) cena brutto („C”) – 60%
- b) termin wykonania i konserwacji („T”) – 40 %.

W treści Formularza oferty zostało zawarte następujące oświadczenie:

„Uważamy się za związanych niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, tj. przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego wnieśliśmy wadium w wysokości zł w formie”

W ramach wyjaśniania treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostało zadane między innymi następujące pytanie:

„Pytanie 2

Niejasnym jest, czy Zamawiający żąda kosztorysu uproszczonego, czy szczegółowego.”

Na ww. pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Odpowiedź:

Należy wypełnić kosztorys dla danej części zamówienia, który jest załącznikiem do SIWZ.”

W Postępowaniu zostały złożone oferty przez następujących wykonawców: KAMA BIS P. K. (w zakresie części I, II, III oraz IV), TRANSGAZ A. K. (w zakresie części I oraz IV), P.H.U. „ALPROTECH” M. C. (w zakresie części I, III oraz IV), AG-COMPLEX Sp. z o.o. (w zakresie części I, II, III oraz IV), MELKON F. G. (w zakresie części II) oraz D. M. (w zakresie części I, II, III oraz IV).

Wykonawcy: KAMA BIS P. K., TRANSGAZ A. K., P.H.U. „ALPROTECH” M. C. oraz MELKON F. G. złożyli oświadczenie o 30-dniowym terminie związania ofertą – zgodnie ze wzorem Formularza oferty określonym przez Zamawiającego i stanowiącym załącznik do SIWZ. Wykonawca AG-COMPLEX Sp. z o.o. złożył oświadczenie o 60-dniowym terminie związania ofertą – zgodnie z postanowieniem zawartym przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zostały wystosowane do wykonawców: KAMA BIS P. K. w zakresie części I, II, III oraz IV (pismo z dnia 15 maja 2018

r.) oraz P.H.U. „ALPROTECH” M. C. w zakresie części I oraz III. Jako podstawa prawna wezwania został wskazany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odpowiedzi zostały udzielone: przez wykonawcę KAMA BIS P. K. pismem z dnia 18 maja 2018 r. oraz przez wykonawcę P.H.U. „ALPROTECH” M. C. pismami z dnia 17 maja 2018 r.

Odwołujący przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji Postępowania (brak potwierdzenia tej okoliczności w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, jednakże okoliczność zwrócenia się przez Odwołującego z ww. wnioskiem przed upływem terminu na wniesienie odwołania została potwierdzona przez Zamawiającego). Odpowiadając na ww. wniosek Zamawiający nie przekazał Odwołującemu dokumentacji dotyczącej przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny (nie poinformował Odwołującego, iż ww. wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty zostały przez niego wystosowane). Ww. dokumentacja postępowania została Odwołującemu udostępniona po otwarciu posiedzenia z udziałem stron.

Pismem z dnia 6 czerwca 2018 r, Zamawiający poinformował o wyniku Postępowania. Jako najkorzystniejsza oferta została wybrana:

w części I – oferta P.H.U. „Alprotech” M. C. (kolejne oferty: KAMA BIS P. K.k, TRANSGAZ A. K., AG-Complex Sp. z o.o., natomiast oferta wykonawcy D. M. została przez Zamawiającego odrzucona).

w części II – oferta KAMA BIS P. K. (kolejne oferty: MELKON F. G., AG-Complex Sp. z o.o., natomiast oferta wykonawcy D. M. została przez Zamawiającego odrzucona).

w części III – oferta P.H.U. „Alprotech” M. C. (kolejne oferty: KAMA BIS P. K., AG-Complex Sp. z o.o., natomiast oferta wykonawcy D. M. została przez Zamawiającego odrzucona).

w części IV - oferta KAMA BIS P. K. (kolejne oferty: TRANSGAZ A. K., AG-Complex Sp. z o.o., P.H.U. „Alprotech” M. C., AG-Complex Sp. z o.o., natomiast oferta wykonawcy D. M. została przez Zamawiającego odrzucona).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze w szczególności okoliczności wskazane przez Odwołującego na poparcie zarzutu nr 1, a ponadto także inne okoliczności związane z Postępowaniem, w tym zakres i treść pozostałych zarzutów, a dodatkowo także okoliczności związane z udostępnianiem przez Zamawiającego dokumentacji Postępowania, Izba uznała, iż zasadne jest nakazanie

Zamawiającemu unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wymaga przy tym wskazania, iż rozpoznając odwołanie Izba związana jest podniesionymi zarzutami, jednakże nie jest związana zawartymi w odwołaniu żądaniami co do dalszego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie należy zauważyć, iż za ugruntowany zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, należy uznać pogląd, iż przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odwołuje się nie tylko do podstaw unieważnienia umowy zawartych w zamkniętym katalogu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale również do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest zatem katalogiem otwartym.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w tym przepisie, nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp mają z pewnością przypadki istotnego naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie wniesione przez wykonawcę AG-COMPLEX Sp. z o.o. Izba doszła do przekonania, iż w Postępowaniu ziszczyły się przesłanki skutkujące koniecznością unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz w związku w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującym zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz między innymi zgodnie z zasadą przejrzystości.

Okolicznością, która w ocenie składu orzekającego Izby uzasadnia zaistnienie ww. przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest określenie przez Zamawiającego w ramach dokumentacji Postępowania różnych terminów związania ofertą w powiązaniu z okolicznościami dotyczącymi aktualnego etapu Postępowania. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której w Postępowaniu

zostały złożony oferty zawierające różne terminy związania ofertą, tj. jeden z wykonawców (Odwołujący) złożył ofertę z 60-dniowym terminem związania ofertą, natomiast pozostali wykonawcy złożyli oferty z 30-dniowym terminem związania ofertą. Wprawdzie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach Postępowania jeszcze w okresie, w którym 30-dniowy termin związania ofertą jeszcze nie upłynął, jednakże wykonawcy, którzy zadeklarowali ten termin w złożonych ofertach, nie byli nim już związani na dzień wniesienia, jak i w konsekwencji na dzień ogłoszenia orzeczenia (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp). Wymaga przy tym wskazania, iż żaden z wykonawców, którzy zadeklarowali 30-dniowy termin związania ofertą nie dokonał w tym zakresie przedłużenia tego terminu w okresie jego trwania. Zaniechanie dokonania takiego przedłużenia rodzi istotne konsekwencje, albowiem oznacza, że termin związania ofertą przez ww. wykonawców w Postępowaniu upłynął i nie będzie mógł już zostać przywrócony. Jak bowiem wskazuje się w odniesieniu do tej kwestii zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest skuteczne, gdy termin związania jeszcze nie upłynął. Ponadto wymaga wskazania, iż Izba nie podzieliła w tym zakresie poglądu prezentowanego przez Zamawiającego, tj. że stosując zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z regulacji Kodeksu Cywilnego należało w niniejszej sprawie przyjąć, iż wszyscy wykonawcy zadeklarowali 60-dniowy termin związania ofertą. Skład orzekający Izby zdecydowanie podziela pogląd o konieczności dokonywania wykładni oświadczeń woli składanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem reguł wynikających z art. 65 Kodeksu Cywilnego, jednakże nie oznacza to, iż wykładni tej należy dokonywać wbrew literalnemu brzmieniu tych oświadczeń. Zmianę treści oświadczenia woli pod pozorem dokonania jego wykładni należy uznać za niedopuszczalną. Wprawdzie w treści formularzy ofertowych zawarte było odesłanie do odpowiednich postanowień SIWZ, jednakże wszyscy wykonawcy za wyjątkiem Odwołującego oświadczyli wprost, iż uważają się związani ofertą przez okres 30 (a nie 60) dni. Uwzględniając powyższe należało uznać, iż aktualnie wśród wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, jedynym wykonawcą pozostającym wciąż związanym ofertą jest wyłącznie Odwołujący.

Jednocześnie oceniając pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu Izba uznała, iż dalsze prowadzenie Postępowania wymagałoby powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach dokonania częściowo nowych czynności jak wystosowanie wezwań do wykonawców, w tym w odniesieniu do niektórych części na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zaistnienia takiego stanu rzeczy Izba stwierdziła, iż dalsze prowadzenie Postępowania z zachowaniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

i równe traktowanie wykonawców nie jest możliwe. W szczególności należy wskazać, iż wykonawcy nie będący już związani ofertą mieliby możliwość nie udzielania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego czy w ogóle odmowy zawarcia umowy (bez negatywnych dla siebie konsekwencji), a takie prawo nie przysługiwałoby wykonawcy będącego w dalszym ciągu związanym złożoną ofertą. Skład orzekający podzielił stanowisko zaprezentowane w tym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 579/16 Izba stwierdziła: *„O ile bowiem Izba podziela stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), iż zawarcie umowy nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą), o tyle Izba wyraża pogląd, że niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął, w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca świadomie dopuszcza do tego, aby stan związania ofertą upadł. W ocenie Izby powodowałoby to bowiem naruszenie normy art. 7 ust. 1 ustawy i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ta nierówność przejawiałaby się bowiem w tym, że wykonawca związany złożoną ofertą musi zawrzeć umowę z zamawiającym, natomiast wykonawca nie związany swą ofertą takiego obowiązku nie ma i może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co nie mieści się w ramach prawnych przetargu nieograniczonego.”* Należy w tym miejscu podkreślić, iż zaistniała wada Postępowania jest na obecnym etapie niemożliwa do usunięcia (nie jest możliwe przywrócenie terminu związania ofertą, który już upłynął).

Zdaniem składu orzekającego Izby negatywnymi konsekwencjami błędu popełnionego w tym zakresie przez Zamawiającego nie można obarczać wykonawców i tym samym nie byłoby uprawnione odrzucenie ofert tych wykonawców, którzy zadeklarowali 30-dniowy termin związania ofertą. Wykonawcy Ci złożyli bowiem formularze ofertowe zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż błędem Zamawiającego powinni zostać obciążeni wykonawcy, jako że powinni oni kierować się treścią SIWZ oraz treścią przepisów ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, iż formularz ofertowy jako załącznik do SIWZ również stanowi część tego dokumentu. Natomiast jak wynika z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wskazane w tym przepisie terminy związania ofertą mają charakter terminów maksymalnych, a zatem dopuszczalne jest określenie przez Zamawiającego krótszych terminów w danym Postępowaniu.

Dodatkowo Izba wskazuje na okoliczność zaniechania przekazania przez Zamawiającego Odwołującemu dokumentacji Postępowania w pełnym – wnioskowanym przez niego - zakresie, tj. dokumentacji dotyczącej przeprowadzonych postępowań wyjaśniających w zakresie rażąco niskiej ceny. Nieprzekazanie tych dokumentów przez Zamawiającego skutkowało zaniechaniem przez Odwołującego podniesienia w odwołaniu zarzutów zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców, wobec których zostało przez Zamawiającego przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny (wykonawca KAMA BIS P. K. oraz wykonawca PHU ALPROTECH M. C.). Zarzuty te zostały podniesione na dalszym etapie postępowania odwoławczego, jednakże z uwagi na niezawarcie ich w treści odwołania nie mogły one zostać przez Izbę rozpoznane. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należy w tym miejscu wskazać, iż prawo składania środków ochrony prawnej stanowi jedno z ważniejszych uprawnień przysługujących wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Realizacji tego uprawnienia służy również prawo uzyskania wglądu do dokumentacji Postępowania. Zamawiający obowiązani są w taki sposób prowadzić postępowanie, aby umożliwić wykonawcom realizację przysługujących im ww. uprawnień. Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części wnioskowanej dokumentacji, mającej istotne znaczenie dla realizacji przysługującego mu prawa korzystania ze środków ochrony prawnej, Izba uważa za pozostające w oczywistej sprzeczności z zasadami wyrażonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadami zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. W szczególności należy w tym kontekście podkreślić naruszenie zasady równego traktowania, albowiem wobec umożliwienia Odwołującemu wglądu do dokumentacji Postępowania częściowo po terminie wniesienia odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej wykonawca ten znalazł się w sytuacji, w której w celu obrony swoich praw musiałby złożyć dwa odrębne odwołania wobec czynności lub zaniechań zamawiającego składających się finalnie na tą samą czynność, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty. Zaistniała sytuacja wywołała również stan niepewności po stronie Odwołującego w zakresie korzystania z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności w odniesieniu do obowiązujących terminów na wniesienie odwołania. Ww. stan niepewności został dodatkowo wzmocniony stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, w myśl którego zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: KAMA BIS P. K., PHU ALPROTECH M. C. oraz A. K. TRANSGAZ, podniesiony w treści pisma procesowego Odwołującego, należało uznać za spóźniony.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje:

Zarzut nr 2 Izba uznała za zasadny. Należy zauważyć, iż jak wynika z postanowień zawartych w projekcie umowy (§ 5) Zamawiający przewidział sposób rozliczenia zamówienia w formie kosztorysowej na podstawie kosztorysu powykonawczego. W związku z tym kosztorys ofertowy nie miał w Postępowaniu jedynie charakteru informacyjnego, nie stanowił dokumentu składanego wyłącznie w celu zobrazowania sposobu wyliczenia ceny całkowitej oferty, lecz stanowił część tej oferty. Wadliwie sporządzony kosztorys ofertowy jest zatem dokumentem, którego nie można uzupełnić ani poprawić. Zakres możliwych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów był przedmiotem orzeczenia TSUE w sprawie C-336/12 Manova. Trybunał wskazał w nim, że: „art. 51 dyrektywy 2004/18 i generalna zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali”. Jak wynika ze stanowiska ustnego przedstawionego na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego Zamawiający nie kwestionował tego, iż kosztorysy złożone przez wykonawców: M. C. P.H.U. "Alprotech" oraz F. G. Melkon były nieprawidłowe, tj. nie zawierały wszystkich informacji wymaganych zgodnie z załącznikiem do SIWZ, lecz stwierdził, iż dokonując badania i oceny ofert uznał, że brakujące dane nie będą miały wpływu na możliwość rozliczenia zawartej umowy. W związku z tym wymaga zauważenia, iż Zamawiający nie jest również uprawniony do uznania na etapie przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, iż żądany przez niego dokument stanowiący zgodnie z SIWZ część oferty jednak nie jest przez niego wymagany w takiej formie lub zakresie, jak to wynikało z treści SIWZ. Takie działanie stanowi zmianę wymagań stawianych wykonawcom po terminie składania ofert i w konsekwencji należy je uznać za oczywiście sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutów nr 3, 4 oraz 5 Izba wskazuje, iż w przeważającym zakresie zarzuty te nie potwierdziły się. Ww. zarzuty dotyczyły bowiem zaniechania wezwania wskazanych wykonawców (P. K. Kama Bis, M. C. P.H.U. "Alprotech" oraz A. K. TRANSGAZ) do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i zostały podniesione przez Odwołującego w sytuacji braku wiedzy o przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do dwóch wykonawców. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający wezwał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawców P. K. Kama Bis oraz M. C. P.H.U. "Alprotech", postawione w tym zakresie zarzuty nie mogłyby zostać uwzględnione. Należy w tym miejscu zauważyć, iż okoliczność wskazania w treści wezwania przepisu art. 90 ust. 1 zamiast art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nie ma istotnego znaczenia, albowiem decydujące znaczenie ma samo przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Okoliczności wskazywane przez Odwołującego mogłyby, w przypadku dalszego

prowadzenia Postępowania, stanowić podstawę do wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w stosunku do wykonawcy A. K. TRANSGAZ oraz wykonawcy M. C. P.H.U. "Alprotech" w zakresie części IV. W odniesieniu do powyższego należy dodać, iż Izba nie rozpoznawała zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawców, albowiem zarzut taki nie został postawiony w treści odwołania. Jak zostało to już wskazane powyżej w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skład orzekający Izby dostrzega to, iż brak ww. zarzutu w treści odwołania nie był zawiniony przez Odwołującego, lecz był skutkiem zaniechania Zamawiającego, jednakże okoliczność ta nie może usprawiedliwiać działania Izby sprzecznego z ww. regulacją ustawy Pzp. Po drugie należy przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej pod pojęciem zarzutu należy rozumieć w szczególności wskazywane w odwołaniu okoliczności faktyczne. Stosując tą zasadę Izba uwzględniała tylko te okoliczności faktyczne, które zostały zawarte w treści odwołania.

Natomiast okoliczności wskazywane przez Odwołującego na poparcie zarzutu nr 6 nie uzasadniały stwierdzenia popełnienia przez wykonawców KAMA BIS P. K. oraz A. K. TRANSGAZ zarzucanego im czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże w ocenie Składu orzekającego, w przypadku dalszego prowadzenia Postępowania istniałaby konieczność wyjaśnienia ww. kwestii w ramach czynności badania i oceny ofert. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podobieństwo ofert przejawiające się między innym w sporządzeniu ich tożsamym pismem odręcznym stanowi jedną z okoliczności mogących potwierdzać zawarcie niedozwolonego porozumienia. Porównując oferty ww. wykonawców należy podzielić spostrzeżenie Odwołującego, iż faktycznie zostały one sporządzone tak podobnym pismem, iż za prawdopodobne należy uznać, że obydwa formularze ofertowe mogły zostać sporządzone przez tą samą osobę. Należy w tym zakresie podzielić stanowisko Zamawiającego, iż nawet gdyby tak było, to nie przesądzałyby to jeszcze o zawarciu nielegalnego porozumienia – jak wskazywał Zamawiający formularze ofertowe mogły zostać wypełnione przez osobę świadczącą usługi doradcze na rzecz tych wykonawców. Jednakże wystąpienie tej okoliczności powinno stanowić podstawę do uzyskania od tych wykonawców wyjaśnień dotyczących wskazanej powyżej kwestii.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: