

Sygn. akt: KIO 1712/16

WYROK

z dnia 27 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Grzegorz Matejczuk
Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 września 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 września 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm:**
1) TRACK TEC Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum), ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław;
2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg;
3) „INFRAKOL” Spółka z o.o. sp. k., ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor;
4) Przedsiębiorstwo Robót Torowych TORREMS sp. z o.o., Brody Małe 30B, 22-460 Szczepleszyn; z adresem dla siedziby pełnomocnika: **ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** reprezentowana przez **Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, Wydział Zamówień, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków**

przy udziale wykonawcy **ZUE S.A., ul. Czaplńskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) TRACK TEC Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum), ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław; 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg; 3) „INFRAKOL” Spółka z o.o. sp. k., ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor; 4) Przedsiębiorstwo Robót Torowych TORREMS sp. z o.o., Brody Małe 30B, 22-460 Szczepleszyn; z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum Firm: 1) TRACK TEC Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum), ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław; 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg; 3) „INFRAKOL” Spółka z o.o. sp. k., ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor; 4) Przedsiębiorstwo Robót Torowych TORREMS sp. z o.o., Brody Małe 30B, 22-460 Szczepleszyn; z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Konsorcjum Firm: 1) TRACK TEC Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum), ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław; 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg; 3) „INFRAKOL” Spółka z o.o. sp. k., ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor; 4) Przedsiębiorstwo Robót Torowych TORREMS sp. z o.o., Brody Małe 30B, 22-460 Szczepleszyn; z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** reprezentowana przez **Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, Wydział Zamówień, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na - *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rejonie stacji Medyka w ramach projektu pn. „Prace Inwestycyjne na przejściu granicznym Medyka - Mościska II”*, nr postępowania: 9090/IREZA3/15450/05716/16/P, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 128 - 229960 z 06.07.2016 r., przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa reprezentowana przez Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy, Wydział Zamówień, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 02.09.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - ZUE S.A., ul. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków zwana dalej: „*ZUE S.A.*” albo „*Przystępującym*” Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Konsorcjum Firm: 1) TRACK TEC Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum), ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław; 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg; 3) „INFRAKOL” Spółka z o.o. sp. k., ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor; 4) Przedsiębiorstwo Robót Torowych TORREMS sp. z o.o., Brody Małe 30B, 22-460 Szczepleszyn; z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław zwana dalej: „*Konsorcjum TRACK*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 12.09.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO): Konsorcjum TRACK wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 02.09.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.09.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”; poprzez zaniechanie oceny oferty ZUE S.A. z należytą starannością i nie odrzucenie oferty ZUE S.A. jako oferty rażąco niskiej w stosunku do wartości zamówienia mając także na uwadze kalkulację cenową oferty i poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej;
2. art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 7 Pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty ZUE S.A. z uwagi na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny w kalkulacji ceny ofertowej poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) zwanej dalej: „*UZNK*” przez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE S.A. mimo, iż sposób

skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje, interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku z uwagi na:

- a) zaniżenie wartości w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej;
- b) treść projektu umowy § 32 ust. 5 pkt 8) (str. 45), która dopuszcza prawo do zmiany postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty poprzez wystąpienia robót/usług zaniechanych - wyłączenie robót/usług zaniechanych z realizacji wraz ze zmniejszeniem kwoty umownej wynikającej z tego wyłączenia, w konsekwencji zaniżenie poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej może mieć wpływ na konkurencie pomiędzy wykonawcami.

4. art. 82 Pzp, art. 84 Pzp, art. 87 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie oceny oferty z należytą starannością ZUE S.A., a w konsekwencji wybór oferenta, którego oferta podlega odrzuceniu, z uwagi na oświadczenie woli ZUE S.A. w przedmiocie kalkulacji ceny ofertowej w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej, pod względem cenowo przedmiotowym jako niezgodny z przepisami art. 82, art. 84 i art. 87 Pzp i SIWZ który nie może być konwalidowany.

5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wnosił o:

1. Rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym z uwagi na szczególną zawilóść i precedensowy charakter sprawy.
2. Uwzględnienie odwołania w całości.
3. Unieważnienie czynności wyboru oferty ZUE S.A., jako najkorzystniejszej,
4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym piśmie.
5. Odrzucenie oferty ZUE S.A.
6. Ewentualnie uprzednie wezwanie ZUE S.A. do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.
7. Przeprowadzenie dowodów z: dokumentacji postępowania (w szczególności wniosku o dopuszczenie wykonawcy treści ogłoszenia o zamówieniu i pism Zamawiającego i wykonawców w sprawie.
8. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W dniu 25.08.2016 r. Zamawiający wezwał ZUE S.A. do wyjaśnienia dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, albowiem ZUE S.A. poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej wycenił na kwotę 7.868,48 zł. Kwota ta jest znacząco niższa od wyceny tej pozycji pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze wyceny pozostałych Wykonawców, zaoferowana cena stanowi niewiele ponad 1% oferty Wykonawcy, który w drugiej kolejności najniżej wycenił te pozycję RCO. W związku z wątpliwościami Wykonawców dotyczącymi Rozbicia Ceny Ofertowej, Zamawiający poinformował, że wszystkie roboty dotyczące sieci trakcyjnej związane z wydłużeniem 4 torów należy ująć w poz. 2.3 RCO. Pozostałe roboty dotyczące sieci trakcyjnej należy ująć w poz. 3.22 RCO. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień oraz przedstawianie dowodów, że Wykonawca jest w stanie zrealizować w/w zakres w podanej cenie. W ocenie

Odwołującego niezależnie od złożonych wyjaśnień ZUE S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 25.08.2016 r., która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa ZUE S.A. stanowi *de facto* zmianę treści oferty przez Wykonawcę. Przywołał wyrok SA w Białymstoku z 26.03.2015 r., sygn. akt: I ACa 960/14. Wyjaśnienia treści oferty co do zasady służą wyjaśnieniu istniejących elementów oferty. Niedopuszczalne jest przyjęcie wyjaśnień wykonawcy, które stanowiłyby zmianę oferty (za wyrokiem KIO z 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2281/13).

Wyjaśnienie ZUE S.A. stanowi niezgodną z ustawą zmianę treści oferty po jej złożeniu. Zgodnie z pkt 15 SIWZ „ZAWARTOŚĆ OFERTY” 15.1 Kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty: a) Formularz Ofertowy - wypełniony załącznik nr 1 do SIWZ wraz z załącznikiem do Formularza ofertowego - Rozbicie Ceny Ofertowej. Zamawiający za istotne zatem uznał rozbicie ceny ofertowej, aby mógł zweryfikować czy podane kwoty jednostkowe są wiarygodne czy nie stanowią ceny rażąco niskiej lub czy poprzez błędy lub zamierzone działania kwoty podane w Rozbiciu Ceny Ofertowej, a w konsekwencji całej oferty nie naruszają uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

W ocenie Odwołującego, ZUE S.A. złożył kompletną ofertę wraz z Rozbiciem Ceny Ofertowej. W pkt 3.22 RCO złożył nierealną wartość Robót Branży Energetycznej i w ocenie odwołującego jakakolwiek ingerencja ZUE S.A. stanowi ingerencję w treść złożonego oświadczenia woli - złożonej oferty. Nie jest zatem możliwa zmiana w pkt 3.22 RCO lub wyjaśniania, które ingerują w treść oferty. Dlatego też oferta ZUE S.A. powinna być odrzucona na podstawie art. 87 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. - „*Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu, w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa - art. 82 ust. 1 i 84 ww. ustawy*”.

Oprócz tego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie oceny oferty ZUE S.A. z należytą starannością i nie odrzucenie oferty ZUE S.A. jako oferty rażąco niskiej w stosunku do wartości zamówienia ofert mając także na uwadze kalkulację cenową oferty i poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej. W ocenie Odwołującego, pomimo, że rażąco niska cena dotyczy *de facto* jedynie poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej to jednak ma bezpośredni wpływ na wysokość całej oferty. Cena zaproponowana w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej wycenił na kwotę 7868,48 złotych co stanowiło jedynie 1 % oferty Wykonawcy, który w drugiej kolejności najniższej wycenił tę pozycję RCO. W ocenie Odwołującego, Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną zaś Zamawiający nie odrzucił tej oferty. Warto także wskazać, zapytanie Zamawiającego z 25.08.2106 r. dotyczyło jedynie poz. 3.22 RCO nie zaś całej oferty jako takiej. Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu

do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla Zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu (za wyrokiem KIO z 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 257/14). Zdaniem Odwołującego, brak wezwania ZUE SA. do wyjaśnienia rażąco niskiej całej oferty stanowi naruszenia art. 90 Pzp. Zamawiający mając na uwadze niską ceną w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny całej oferty czego nie uczynił.

Zadaniem Odwołującego, ZUE SA. popełnił błąd w obliczeniu ceny w Rozbiciu Ceny Ofertowej w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej, Zamawiający nie odrzucając jego oferty naruszył z art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 7 Pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny, jest błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego, wyd. III, stan prawny: 1.01.2008 r., UZP, W-wa 2007, str. 307). Błąd musi więc zaistnieć w doborze elementów tworzących zobowiązanie wykonawcy, co do przedmiotu zamówienia. Sposób obliczenia ceny w RCO, był żądany w SIWZ i Zamawiający wymagał obliczenia cen w opisany przez siebie sposób. Zamawiający w piśmie z 25.08.2016 r. wskazywał, że w poz. 3.22 RCO należało również ująć, oprócz sieci trakcyjnej wskazanej powyżej, wycenę materiałów branży energetycznej oraz wykonanych robót, której zakres obejmował:

- Wymianę oświetlenia na międzytorzu toru 104i 105 (słupy betonowe Ala 12-16 szt.) oprawy ręcione o mocy 250 W- 32 sztuki, linia kablowa);
- Wymianę oświetlenia głowicy rozjazdowej MdB (słupy betonowe Ala 12-9 szt. oprawy ręcione o mocy 250 W -15 sztuki, linia kablowa);
- Wymianę oświetlenia głowicy rozjazdowej MdB 12 tor splotowy (słupy betonowe Ala 12-18 szt., oprawy ręcione o mocy 250 W -18 sztuki, linia kablowa);
- Wymianę oświetlenia głowicy rozjazdowej od MdB do MdB 22 linia kablowa (słupy betonowe ŻN - 7 szt. oprawy sodowe o mocy 100W-11 sztuki, linia kablowa);
- Wymianę oświetlenia głowicy rozjazdowej od MdB do MdB 22 linia napowietrzna (słupy betonowe ŻN - 10 szt., Oprawy sodowe o mocy 100 W -11 sztuki linia napowietrzna);
- W zakresie minimalnym: modernizację lub wymianę wyeksploatowanych elementów i urządzeń elektroenergetycznych do 1KV na nowe o takich samych lub zbliżonych parametrach, spełniających obecnie obowiązujące przepisy i normy;
- Dostosowanie oświetlenia zewnętrznego do oświetlenia przesuniętej głowicy rozjazdowej.

ZUE S.A. ustalając wartość poz. RCO 3.22 albo nie ujął tych pozycji w całości albo celowo manipuluje wartością tej pozycji przesuwając je do innych pozycji RCO co jest

sprzeczne z SIWZ i Pzp. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić, a zatem powodują odrzucenie oferty. Od omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, różnią się tym, że nie mają charakteru oczywistego. Nie są to więc z reguły błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. Tylko wtedy, gdy brak jest elementu oczywistości, czyli gdy z działania matematycznego nie wiadomo, który jego składnik jest błędny (np. ilość czy cena jednostkowa) i w związku z tym nie wiadomo, jak poprawić ten błąd, możemy mieć do czynienia z błędem w obliczeniu ceny na poziomie rachunkowym. W przeważającej jednak liczbie błąd ten pojawia się w sytuacjach ustalenia przez wykonawcę stanu faktycznego, wynikającego z dokumentów przedłożonych przez zamawiającego (W. Dzierżanowski, w: Stachowiak, Komentarz, s. 404). Podanie zbyt małych ilości w stosunku do żądania wynikającego z SIWZ czy nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów (np. podatku VAT), to typowe przykłady błędów w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego, ZUE S.A. nie wziął pod uwagę oczekiwań Zamawiającego, które wymagał obliczenia cen w opisany przez siebie sposób. Nieuwzględnienie zakresu prac i podanie zaniżonej kwoty w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej na kwotę 7.868,48 zł stanowiło jedynie 1 % oferty Wykonawcy który w drugiej kolejności najniżej wycenił tę pozycję RCO. Stanowi to błąd ZUE S.A. w obliczeniu ceny, który nie może być poprawiony przez Zamawiającego i samego wykonawcę w trybie wyjaśnienia na wezwanie rażąco niskie ceny oferty wykonawcy. Zakres przedmiotowy wykonawcy, który chciał zrealizować nie może być przedmiotem poprawek i uzupełnień z jego strony po wniesieniu oferty.

Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE S.A. mimo, iż sposób skalkulowania przez ZUE S.A. oferty wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku z uwagi na zaniżenie wartości w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej. Konstruowanie kosztów w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej, pozostających w sprzeczności z wyraźnym wymaganiem Zamawiającego, co do sposobu ich lokowania i zaliczania, wobec zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowiącej naczelną zasadę zamówień publicznych, staje się w istocie nieuczciwa praktyka gospodarcza - i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Odwołujący wskazywał, iż stosownie do art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z wyrokiem KIO „(...) *przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób; iż koszty realnie ponoszone w części*

pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego" (wyrok KIO z 24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14). Z kolei w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, stwierdza się, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Podkreślił, iż przepisy prawa nawet nie wymagają, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczy jedynie ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie, jak wyraźnie wskazał Odwołujący, został zagrożony interes nie tylko pozostałych wykonawców ale także interes Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, wskazanie w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej na kwotę 7.868,48 zł stanowiące jedynie 1 % oferty Wykonawcy, który w drugiej kolejności najniżej wycenił tę pozycję RCO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią projektu umowy § 32 ust. 5 pkt 8) (str. 45), który dopuszcza prawo do zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty poprzez wystąpienia robót/usług zaniechanych - wyłączenie robót/usług zaniechanych z realizacji wraz ze zmniejszeniem kwoty umownej wynikającej z tego wyłączenia co w konsekwencji zaniżenie poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej może mieć wpływ na konkurencie pomiędzy wykonawcami. Zamawiający przewidział w umowie, że w trakcie wykonywania umowy może zrezygnować z części robót. Jest to o tyle istotne, że przykładowo przesunięcie kosztów do pozycji RCO wykonywanych wcześniej daje większą gwarancję otrzymania wyższego wynagrodzenia w wyższej kwocie co naraża Zamawiającego na szkodę, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jeżeli Zamawiający zrezygnowałby z poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej to *de facto* pokrzywdzenie mogli być oferenci, których oferta zawierała prawidłowo obliczoną cenę za poz. 3.22 RCO.

Zamawiający w dniu 13.09.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.09.2016 r. (faxem,) ZUE S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba zweryfikowała i potwierdziła awarie platformy ePUAP i z tej przyczyny uznała formę przekazania zgłoszonego przystąpienia.

W dniu 26.09.2016 r. (e-mailem), a 27.09.2016 r. (oryginał na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu podczas posiedzenia.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W pierwszej kolejności wskazał, iż z uwagi na to, że wyjaśnienia złożone przez ZUE S.A. zostały zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z ich treścią znaczna część poczynionej przez niego argumentacji w odwołaniu stanowi jedynie przypuszczenia i dywagacje. W ocenie Zamawiającego, ZUE S.A. złożył kompleksowe oraz obszernie wyjaśnienia w zakresie dokonanej przez niego kalkulacji cenowej, które doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Podkreślił, iż Odwołujący kwestionuje wyłącznie jeden element RCO. W orzecznictwie KIO prezentowany jest pogląd, pojęcie rażąco niskiej ceny powinno być odnoszone do ceny jako całości, a nie do poszczególnych jej części. Zaoferowana przez ZUE S.A. cena nie odbiega w sposób znaczący od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz szacunkowej wartości zamówienia, czym nie wypełnia przesłanki określonej w art. 90 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp. Przytoczył orzeczenia KIO o sygn. akt: KIO 382/14, sygn. akt: KIO 1049/14, sygn. akt: KIO 1638/13, sygn. akt: KIO 2734/14. W niniejszym stanie faktycznym zwrócił również uwagę na orzeczenie Izby w brzmieniu o sygn. akt: KIO 935/15. Wskazał, iż Zamawiający przewidział, iż wykonawca za realizację zamówienia otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. W tym kontekście przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 28/16 oraz sygn. akt: KIO 93/16. Wskazał, iż uznanie rozumowania Odwołującego skutkuje tym, że także jego oferta powinna zostać uznana za ofertę zawierającą cenę rażąco niską, gdyż wiele pozycji RCO Odwołującego wydają się być wątpliwie niskie w odniesieniu do pozycji konkurentów. Jako przykład wskazał:

Pozycja:	Odwołujący:	ZUE:	Trakcja:	Przedsiębiorstwo Napraw (...)
2.2.	246.000,00 zł	736.032,00 zł	865.920,00 zł	3.117.756,80
2.3.	980.000,00 zł	1.780.000,00 zł	1.800.000,00 zł	1.881.000,00 zł
3.10.	51.000,00	221.580,00 zł	321.540,00 zł	203.413,76 zł

Mając na uwadze znaczne rozbieżności pomiędzy poszczególnymi elementami RCO Zamawiający przyjął, iż każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu przyjął inne metody kalkulacji, dlatego też kwoty wskazane w poszczególnych pozycjach mają charakter orientacyjny i nie powinny stanowić podstawy do uznania, że dany wykonawca zaoferował cenę rażąco niską.

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający wskazał, iż uwagi na okoliczność, iż Odwołujący nie miał wglądu do treści złożonych wyjaśnień całość uzasadnienia naruszenia ww. przepisu stanowi jedynie domysły Odwołującego. Zamawiający w tym miejscu podniósł, iż złożone przez ZUE S.A. wyjaśnienia zdają się wskazywać, że wkalkulował on w wartość poz. 3.22 wszystkie elementy wyspecyfikowane w treści wezwania, a przedstawiony w treści wyjaśnień sposób kalkulacji wydaje się być logiczny i rzeczowy, w związku z tym w ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do tego, aby uznać, iż jego oferta zawiera błąd w obliczaniu ceny. Zamawiający nie określił górnych ani dolnych wartości procentowych poszczególnych pozycji RCO, w związku z tym wykonawcy posiadali swobodę w doborze sposobu kalkulacji. Podkreślił również, że zgodnie z orzecznictwem SN: *„Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1 p.z.p., tj. do ceny za całość świadczenia.”* (SN w orzeczeniu z 20.10.2011 r., sygn. akt: III CZP 52/11)

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Zamawiający pragnie zauważyć, iż przytoczone przez Odwołującego orzeczenie mające potwierdzić stawiane przez niego zarzuty mają się nijak do niniejszego stanu faktycznego. Orzeczenie o sygn. akt: KIO 1844/16 odnosi do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu ofertowego (w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym), ceny dumpingowej (cena ZUE S.A. nie odbiega w sposób znaczący od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz szacunkowej wartości zamówienia). Dlatego też ww. wyrok KIO nie stanowi punktu odniesienia w niniejszej sprawie. Zaoferowana przez ZUE S.A. cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a tym samym działanie ZUE S.A. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Abstrahując od powyższego Zamawiający wskazał, za orzecznictwem na konieczność potwierdzenia tego rodzaju zarzutu dowodami i nie opieraniu się wyłącznie na hipotezach (KIO 2200/15) oraz *„Fakt jednorazowego działania wykonawcy, bez wykazania jego wpływu na zachowanie konkurencji, nie jest wystarczający do stwierdzenia czynu, o którym mowa w powołanym przepisie.”* (KIO 305/16) a także *„Aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w określonej branży.”* (KIO 920/15). Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie przytoczył żadnych informacji, czy też dowodów, które potwierdzałyby, że działanie ZUE S.A. polegające na rzekomym zaniżeniu poz. 3.22 RCO miało wpływ na zachowanie konkurencji oraz inne firmy działające na tożsamym rynku. Okoliczność zaoferowania przez jednego z wykonawców niższej ceny od Odwołującego nie

może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem przeczyłoby to zasadom wolnego rynku i istnienia konkurencji i prowadziło do każdorazowego zaskarżania ofert konkurentów.

Odnosnie ruszenia art. 82, art. 84, art. 89 ust. 1 pkt 1-2 Pzp oraz 7 Pzp. Jak wynika z przytoczonej w treści niniejszej odpowiedzi argumentacji dokonana przez Zamawiającego ocena ofert została wykonana w zgodzie z dyspozycją obowiązujących przepisów. Oferta ZUE S.A. spełnia wszystkie wymagania określone przepisami prawa oraz SIWZ, w związku z tym Zamawiający nie miał podstaw do jej odrzucenia.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, a zwłaszcza tom I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców zwanego dalej: „IDW” (w tym formularza ofertowego – zał. nr 1 do IDW, jak i załącznika do formularza ofertowego /Rozbicie Ceny Ofertowej – zwany dalej: „RCO”), tom II SIWZ – Warunki umowy oraz tom III Program Funkcjonalno – Użytkowy zwany dalej: „PFU” z uwzględnieniem wszystkich odpowiedzi na pytania i zmian SIWZ, w tym odpowiedzi na pytania wykonawców – pismo z 04.08.2016 r. oferty Przystępującego ZUE S.A. (w szczególności z RCO – str. od 5 do 7), wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp z 25.08.2016 r. skierowanego do Przystępującego ZUE S.A., odpowiedzi Przystępującego ZUE S.A. z 29.08.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz z załącznikiem /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 02.09.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego złożone na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść postanowień SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania z 25.08.2016 r. oraz odpowiedzi z 29.08.2016 r. Wskazując w szczególności na następujące okoliczności. Zamawiający prowadzi postępowanie na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (...)”, czyli w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Potwierdził powyższe w pkt 2.1 IDW – czyli tom I SIWZ: „Realizacja zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rejonie stacji Medyka w ramach zadania pn. „Prace Inwestycyjne na przejściu granicznym Medyka - Mościska II” prowadzona będzie w systemie „projekt i budowa” całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących elementów:

1. Dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego i bezpiecznego wykonania wszystkich wymaganych robót, (m.in.: koncepcji projektowej, projektu budowlanego, projektu wykonawczego) i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń oraz ewentualnych odstępstw od obowiązujących przepisów i instrukcji.
2. Wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji, o której mowa w powyższym podpunkcie nr 1 i wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami Ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 poz. 290, z późn. zm.) zwanej dalej Prawem budowlanym. W tym między innymi:
 - a) Dokumentacji projektowej (wraz z kosztorysami) niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich wymaganych robót, opracowanej na geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń.
 - b) Wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji i wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami prawa budowlanego.
 - c) Wykonanie kompleksowej dokumentacji powykonawczej, a w tym m.in. inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej.

d) *Przeprowadzenie oceny zgodności podsystemów „Infrastruktura” i „Energia” na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu).*

Szczegółowy zakres prac objętych niniejszym postępowaniem zawarty jest w TOMIE III SIWZ – PROGRAM FUNKCJONALNO – UŻYTKOWY.”

Zgodnie z treścią SIWZ - pkt 13.OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY:

„1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). (...)

4. Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej powiększona o podatek VAT.”

Wzór Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) stanowił załącznik nr 1 do formularza ofertowego. Poz. 2.3 Sieć trakcyjna – j. m.: kpl, ilość: 1 /w ramach wykonania robót budowlanych związanych z wydłużeniem 4 torów do długości 1050 m z grupy torów od 100 do 107 w ST. Medyka/; poz. 3.22 Roboty branży energetycznej – j.m. : kpl, ilość: 1 /w ramach wykonanie robót budowlanych/.

W § 30 wzoru umowy Wynagrodzenie Zamawiający uregulował, że:

„(...) 3. Ustalona Cena brutto stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za zakończone zadanie (wykonanie przedmiotu Umowy) z zastrzeżeniem postanowień § 32 oraz ust. 19, a także pozycji RCO oznaczonych symbolem „O”, które będzie rozliczane zgodnie z obmiarem. Oznacza to, że Wykonawca, poza przypadkami tam określonymi, nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub praw koniecznych do zgodnego z umową wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU. Wynagrodzenie pokrywa również wartość robót materiałów i wyposażenia w odniesieniu do robót, materiałów i wyposażenia w odniesieniu do robót, materiałów i wyposażenia, które zostało wprost wyszczegółowione i wykazane w dokumentacji projektowej, a jest konieczne do wykonania przedmiotu Umowy, a także wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca w związku z wykonywaniem robót, jak również wszystkie koszty pośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy, w szczególności zaś roboty i świadczenia komplementarnie związane z realizacją przedmiotu Umowy.

4. W przypadku rozwiązań zamiennych powodujących ograniczenie ilości tych samych robót, co przyjętych w projekcie wykonawczym stanowiącym podstawę wyceny ofertowej, nastąpi odpowiednie obniżenie wynagrodzenia w ramach danej pozycji RCO.

5. Wykonawca zapewnia, że podstawą kalkulacji wynagrodzenia przez Wykonawcę było m.in. ustalenie zakresu rzeczowego robót zgodnie z dokumentacją przetargową, na

podstawie której Wykonawca przed podpisaniem Umowy dokonał szczegółowego oszacowania prac i robót oraz materiałów potrzebnych do kompleksowego wykonania przedmiotu Umowy. Wykonawca zapewnia, że jeżeli w swych kalkulacjach cenowych nie przewidział wykonania robót lub świadczeń, bez których przedmiot Umowy nie spełniałby wymagań wynikających z niniejszej Umowy, a które powinien był przewidzieć do wykonania zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, to wykona takie roboty lub świadczenia na własny koszt. Wykonawca zapewnia, że przed zawarciem Umowy sprawdził warunki lokalne dotyczące terenu robót, zweryfikował warunki pracy na budowie i okoliczności te uwzględnił przy ustaleniu wynagrodzenia Wykonawcy określonego w Umowie, a ponadto Wykonawca oświadcza, że uzyskał informacje i dane, jakie mogą mieć wpływ na ocenę ryzyk i okoliczności wykonania przedmiotu umowy.

6. Ceny podane w poszczególnych pozycjach wypełnionego przez Wykonawcę Rozbicia Ceny Ofertowej nie zawierają podatku od towarów i usług (VAT), który jest ujęty w cenie za przedmiot Umowy określonej w ust. 2. Ceny wymienione w poszczególnych pozycjach w Rozbiciu Ceny Ofertowej są niezmiennie w całym okresie realizacji Umowy.

7. Brak dokładności lub niewłaściwe oszacowanie zakresu prac i robót budowlanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym lub Rozbiciu Ceny Ofertowej nie będzie miało żadnego wpływu na ważność Umowy oraz nie zwolni Wykonawcy z wykonania przedmiotu umowy, jak również nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń ze strony Wykonawcy.

8. Podstawą ustalenia wynagrodzenia za poszczególne, wymienione w Rozbiciu Ceny Ofertowej, elementy przedmiotu Umowy będą:

1) ceny ujęte w poszczególnych pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej;

2) potwierdzenie przez właściwego branżowo inspektora nadzoru inwestorskiego lub odpowiednio koordynatora prac projektowych ze strony Zamawiającego w protokole stanowiącym załącznik do faktury kompletnego i kompleksowego wykonania elementu prac i/lub robót (na podstawie zaakceptowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej) albo części takiego elementu w przypadku wyrażenia przez Zamawiającego zgody na podział elementów wymienionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej na potrzeby fakturowania; (...)

10. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu Umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi (lub rachunkami w przypadku, gdy podmiot nie jest uprawniony do wystawiania faktur), za zaakceptowane przez Zamawiającego zakresy prac i robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym z tym, że dotyczyć będą mogły one tylko:

1) zakończonych i kompletnych elementów wymienionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej, albo

2) poszczególnych pozycji wynikających z zatwierdzonych przez Zamawiającego podziałów elementów wymienionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej na części. Wykonawca może zaproponować podział poszczególnych elementów (pozycji) Rozbicia Ceny Ofertowej na

elementy częściowe. Propozycja Wykonawcy w tym zakresie może być zgłoszona (na piśmie) Zamawiającemu jednorazowo lub kilkakrotnie w ciągu realizacji przedmiotu Umowy. Wykonawca także na wniosek Zamawiającego będzie zobowiązany do podziału Rozbicia Ceny Ofertowej (na elementy określone przez Zamawiającego) z zastrzeżeniem, iż faktura za wykonaną dokumentację projektową stanowiącą zamkniętą całość może być wystawiona dopiero po przyjęciu i zaakceptowaniu zamkniętej całości dokumentacji projektowej przez Zamawiającego. Strony postanawiają równocześnie, że rozliczenie za wykonanie całości przedmiotu Umowy odbędzie się na podstawie faktury na podstawie dokonanego przez Zamawiającego Odbioru ostatecznego."

Zgodnie z § 32 wzoru umowy Prawo do zmiany umowy Zamawiający zawarł, że:
„Istotna zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty Wykonawcy możliwa jest wyłącznie w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności i na warunkach określonych poniżej:

1. Zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

1) pojawienie się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji niż wskazane w SIWZ, pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu Umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości przedmiotu Umowy;

2) pojawienie się nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót budowlanych stanowiących przedmiot Umowy, powodującej zmianę sposobu wykonywania umowy pozwalającej na skrócenie czasu realizacji przedmiotu Umowy i zmniejszenie kosztów wykonywanych prac lub robót, jak również kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy, pod warunkiem osiągnięcia niemniejszych parametrów końcowych wykonanych robót, na umotywowany wniosek Wykonawcy po akceptacji Zamawiającego;

3) odmienne od przyjętych w Opisie przedmiotu zamówienia warunki geologiczne i hydrologiczne skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych, czasowych;

4) konieczność zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych posiadających świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, ze względu na zmiany obowiązującego prawa;

5) W przypadku wystąpienia istotnych wad Dokumentacji Projektowej skutkujących koniecznością dokonania poprawek lub uzupełnień, jeżeli uniemożliwia to lub istotnie wstrzymuje realizację określonego rodzaju robót mających wpływ na zmianę terminu realizacji robót lub koszty ich wykonania.

2. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1 powyżej możliwa jest zmiana sposobu wykonania, terminu wykonania Umowy, Ceny (za wyjątkiem

pkt 5 powyżej), zmiana materiałów i technologii wykonania przedmiotu Umowy i konstrukcji obiektów budowlanych jak również zmiany lokalizacji obiektów budowlanych i urządzeń w zakresie adekwatnym do przyczyny powodującej konieczność zmiany.

3. W przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

a) opóźnienie wydania przez w/w organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów;

b) odmowa wydania przez w/w organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.

4. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 3 powyżej możliwa jest zmiana terminów pośrednich, a także terminu ostatecznego o okres wynikający z opisanych okoliczności.

5. Pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

4) siła wyższa, o której mowa w § 36, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z SIWZ;

5) nieprzewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki archeologiczne, techniczne, terenowe i wodne;

6) wystąpienie warunków eksploatacyjnych (np. wypadki kolejowe, katastrofy) skutkujących niemożnością wykonywania umowy wpływającą na termin zakończenia Etapu lub całości robót;

7) wystąpienie konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych wstrzymujących (opóźniających) realizację robót zasadniczych a wynikających z nieprzewidzianych zdarzeń o charakterze technicznym lub eksploatacyjnym;

8) wystąpienia robót/usług zaniechanych – wyłączenie robót/usług zaniechanych z realizacji wraz ze zmniejszeniem kwoty umownej wynikającej z tego wyłączenia;

9) zmiany spowodowane wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami klimatycznymi, uniemożliwiającymi prowadzenie prac lub robót będących przedmiotem Umowy, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów, jeżeli konieczność wykonania prac lub robót w tym okresie, przeprowadzania prób i sprawdzeń oraz dokonywania odbiorów nie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne to takie warunki, które łącznie:

- biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych robót skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże robót

- ilość dni występowania czynników klimatycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami o których mowa powyżej jest większa od średniej z ostatniego pięcioletnia licząc od daty składania ofert wstecz. Okresem porównawczym będzie miesiąc.

10) kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami, przy czym zmiany te ograniczają się do zmian koniecznych powodujących uniknięcie lub usunięcie kolizji;

11) zwłoka Zamawiającego w przekazaniu w terminie Placu budowy stosownie do postanowień § 11. Umowy;

12) niemożność wykonania robót będących przedmiotem Umowy z powodu braku dostępu do miejsc niezbędnych do ich wykonania z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę w tym brak możliwości udzielenia zamknięć torowych w ustalonym terminie, które wpływają na realizację określonego rodzaju robót;

13) odkrycie znaleziska, o którym mowa w niniejszej Umowie.

6. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionej w ust. 5 możliwa jest zmiana sposobu wykonania, materiałów, technologii Robót i konstrukcji, jak również zmiany lokalizacji budowanych obiektów budowlanych i urządzeń oraz odpowiednio terminu wykonania Umowy w zakresie adekwatnym do przyczyny powodującej konieczność zmiany.

7. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub uniemożliwienia spowodowanego przez Zamawiającego bądź osoby przez niego upoważnione do działania w stosunku do Wykonawcy zmianie ulegnie termin wykonania Umowy odpowiednio o czas występującego opóźnienia bądź też o czas opóźnienia wynikający z zaistniałego utrudnienia lub uniemożliwienia.

8. W przypadku zmiany zakresu robót wykonywanych przez Podwykonawców, przy pomocy których Wykonawca realizuje przedmiot Umowy, możliwa jest zmiana zakresu tych robót, o ile jest to konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy.

9. W przypadku ograniczenia funduszy przyznanych Zamawiającemu na realizację przedmiotu Umowy ograniczeniu ulec może, bez żadnych ujemnych dla Zamawiającego konsekwencji finansowych, odpowiednio zakres rzeczowy przedmiotu Umowy, Cena oraz termin wykonania Umowy. Zamiar ograniczenia przedmiotu Umowy Zamawiający zgłosi Wykonawcy w formie pisemnej, w terminie 30 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych.

10. Jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do zmiany Umowy na podstawie okoliczności wskazanych w niniejszym paragrafie oraz w zakresie w nim określonym, zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu wniosku dotyczącego zmiany Umowy wraz z opisem zdarzenia lub okoliczności, stanowiących podstawę takiej zmiany.

11. Wniosek, o którym mowa w ust. 10 powinien zostać przekazany niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia, w którym Wykonawca dowiedział się o zdarzeniu lub okoliczności, uzasadniającym zmianę Umowy.

12. Wniosek, o którym mowa w ust. 10 powinien zawierać w szczególności: propozycję zmiany, uzasadnienie faktyczne i prawne dla proponowanej zmiany, kalkulację zmiany Ceny, jeśli zmiana Umowy dotyczy również zmiany Ceny.

13. Kalkulacja Ceny, o której mowa w ust. 12 zostanie dokonana zgodnie z następującymi zasadami:

a. Jeżeli roboty, przewidziane do wykonania na skutek okoliczności, będących podstawą do zmiany Umowy, nie odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym, ale jest możliwe ustalenie nowej ceny na podstawie Ceny jednostkowej z Kosztorysu ofertowego poprzez analogię, Wykonawca jest zobowiązany do wyliczenia ceny taką metodą i przedłożenia wyliczenia Zamawiającemu,

b. Jeżeli nie można wycenić robót zgodnie z metodą opisaną w lit. a), Wykonawca przedstawi kalkulację Ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od średnich cen publikowanych w wydawnictwach branżowych (SEKOCENBUD) dla województwa, w którym roboty są wykonywane, aktualnych w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym kalkulacja jest sporządzana.

14. W terminie 21 dni od dnia otrzymania żądania zmiany Umowy, Zamawiający powiadomi Wykonawcę o akceptacji żądania zmiany Umowy i terminie podpisania aneksu do Umowy lub odpowiednio o braku akceptacji zmiany.”

Zgodnie z tom III PFU – Zamawiający określił następujący zakres – w ramach części I

- Opisowej: „(...)

4.6 Sieć trakcyjna i elektroenergetyka nietrakcyjna

4.6.1 Sieć trakcyjna.

4.6.1.1 Zakres prac sieci trakcyjnej.

4.6.1.2 Wymagania dla urządzeń sieci trakcyjnej

4.6.1.3 Materiały

4.6.1.4 Fundamenty

4.6.1.5 Konstrukcje wsporcze

4.6.1.6 Osprzęt sieci jezdnej

4.6.1.7 Uszynienia i sieć powrotna

4.6.2 Elektroenergetyka do 1 kV

4.6.2.1 Zakres Robót dot. urządzeń elektroenergetyki do 1 kV.

4.6.2.2 Oświetlenie obiektów i obszarów kolejowych (...)

Nadto, jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Z uwagi na okoliczność, iż wykonawca ZUE w rozbiciu ceny ofertowej w pkt 3.22 (pozycja nie została

oznaczona „O”) zaoferował wykonanie robót branży energetycznej za 7 868,48 zł (...), a Zamawiający w toku postępowania udzielił odpowiedź na pytania wykonawców z 04.08.2016 r.: „W związku z wątpliwościami Wykonawców dotyczącymi Rozbicia Ceny Ofertowej Zamawiający informuje, że wszystkie roboty dotyczące sieci trakcyjnej związane z wydłużeniem 4 torów należy ująć w pozycji 2.3. RCO. Pozostałe roboty dotyczące sieci trakcyjnej należy ująć w pozycji 3.22 RCO”. Zamawiający w dniu 25.08.2016 r. wezwał ZUE S.A. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów, że Wykonawca jest w stanie zrealizować ww. zakres zamówienia za zaoferowaną cenę. W odpowiedzi na ww. wezwanie ZUE S.A. w dniu 29.08.2016 r. złożył wyjaśnienia /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz z załącznikiem /tajemnica przedsiębiorstwa/. W konsekwencji uzyskanych wyjaśnień Zamawiający dokonał w dniu 02.09.2016 r. wyboru oferty Przystępującego.

Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwania, wyjaśnień oraz załącznika, jak ich oceny przez Zamawiającego. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie pierwszego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie oceny oferty ZUE S.A. z należytą starannością i nie odrzucenie oferty ZUE S.A. jako oferty rażąco niskiej w stosunku do wartości zamówienia mając także na uwadze kalkulację cenową oferty i poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej. Izba oddaliła zarzut.

Izba zwraca uwagę na następującą okoliczność – przedmiotowe postępowanie (wszczęte 06.07.2016 r.) toczy się pod rządami poprzednich przepisów Pzp, przed ostatnią nowelizacją (weszła w życie 28.07.2016 r.). Jest to o tyle istotne, gdyż przeważające było w poprzednim stanie prawnym stanowisko zgodnie z którym: *"Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (Wyrok SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów odbiega od cen rynkowych, nie*

oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. (...) Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r., sygn. akt: KIO 916/12). Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji" (za wyrokiem KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12). Podobnie adekwatne jest orzeczenie wyrok SO w Poznaniu z 04.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, że: „wstępne badanie przez Zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę odbywać się ma, co do zasady, w odniesieniu do całkowitej ceny za przedmiot zamówienia, a nie poszczególnych pozycji, czy składników ceny.” Podobnie w wyroku SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r. sygn. akt II Ca 425/04.

To zaś, że rażąco niska może być tylko cena oferty, a nie ceny jednostkowe, czy ceny za część zamówienia, wynika z całości ukształtowanego orzecznictwa Izby opartego na poprzednim brzmieniu – art. 90 ust. 1 Pzp. Wielokrotnie Izba w wydanych orzeczeniach zajmowała w tej sprawie jednoznaczne stanowisko. Przykładowo: wyrok KIO o sygn. akt: KIO 217/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 646/12, KIO 653/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 830/12, KIO 833/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 867/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 930/12, KIO 938/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1351/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1377/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1531/12, wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08 - za wyrokiem KIO 2011/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 99/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 148/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 355/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 364/13, KIO 368/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 654/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 737/13, czy też wyrok KIO o sygn. akt: KIO 791/13.

W konkluzji, cenę rażąco niską należy rozpatrywać w odniesieniu do całkowitej ceny za przedmiot zamówienia, a nie jego poszczególnych pozycji, czy też wydzielonych składników ceny. Dodatkowo na potwierdzenie powyższego należy zauważyć, że dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost w art. 90 ust. 1 Pzp, że: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” czyli możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. Chociażby z tych względów należy uznać odwołanie za podlegające oddaleniu w zakresie rozpatrywanego zarzutu. Izba także podzieliła przywołane przez Zamawiającego stanowisko za orzeczeniami zgodnie z którymi przy wynagrodzeniu ryczałtowymi, które w tym postępowaniu obowiązują wszelkie kalkulacje i kosztorysy mają jedynie charakter pomocniczy, służą jedynie do skalkulowania ceny oferty i poznania zasobu jej kalkulacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu naruszenia przez Zamawiajacego:

- art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 7 Pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty ZUE S.A. z uwagi na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny w kalkulacji ceny ofertowej poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej.

Izba oddaliła zarzut.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Po pierwsze, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym (pkt 13.OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY – tom I SIWZ IDW, czy też § 30 ust. 3 warunków umowy, czyli tom II SIWZ).

Po drugie, istotny jest charakter prowadzonego zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” (pkt 2.1 IDW – czyli tom I SIWZ).

W następnej kolejności konieczne jest stwierdzenie, że pozycje w Rozbiciu Ceny Ofertowej – RCO mają także z uwagi na przyjętą formułę „zaprojektuj i wybuduj” bardzo ogólny charakter, zaś PFU wskazywało jedynie pewien zakres robót, jednakże nie był on wiążący dla RCO, tym bardziej, że posługiwał się i odmiennymi tytułami (systematyką) /tom III SIWZ PFU – w ramach części I – Opisowej; poz. 2.3, 3.22 RCO – tom I SIWZ IDW/.

Przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia i dołączone w formie kosztorysu wyliczenie /tajemnica przedsiębiorstwa/ dotyczyły sieci trakcyjnej, energetyki i robót branży elektrycznej są zgodne z wyjaśnieniami i potwierdzają, że przyjęty sposób wyceny obejmuje cały zakres zamówienia oraz mieszczą się w zadeklarowanych wartościach w ofercie dla poz. 2.3, poz. 3.22 RCO. Nadto, niewątpliwie udzielone wyjaśnienia są wiążące dla Przystępującego także na etapie ewentualnej realizacji zamówienia. Zamawiający, zaś nie narzucał kolejności wykonania pozycji wynikających z RCO.

Zasadne jest również zauważyć, że dyspozycje zawarte w piśmie z 04.08.2016 r. udzielone przy okazji udzielania odpowiedzi na pytania – nie są dostatecznie precyzyjne i nie określają, co należy rozumieć przez roboty „związane z wydłużeniem 4 torów”, a co przez „pozostałe roboty dotyczące sieci trakcyjnej”. Powyższe jest o tyle istotne, że szczegółowy zakres prac zostanie *de facto* określony przez wybranego Wykonawcę na etapie projektowania (pkt 2.1 ppkt 1 - 2 lit. a do c IDW – czyli tom I SIWZ). Będzie to także miało znaczenie na kolejność wykonania poszczególnych pozycji wynikających z RCO. Powyższe skutkuje tym, że brak jest jednoznacznych wiążących postanowień SIWZ, którym treść oferty Przystępującego by nie odpowiadała.

Dodatkowo, Izba wskazuje na przywołany w ustaleniach powyżej § 30 ust. 7 warunków umowy – „Brak dokładności lub niewłaściwe oszacowanie zakresu prac i robót budowlanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym lub Rozbiciu Ceny Ofertowej nie będzie

miało żadnego wpływu na ważność Umowy oraz nie zwolni Wykonawcy z wykonania przedmiotu umowy (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie trzeciego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE S.A. mimo, iż sposób skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje, interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku z uwagi na:

c) zaniżenie wartości w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej;

d) treść projektu umowy § 32 ust. 5 pkt 8) (str. 45), która dopuszcza prawo do zmiany postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty poprzez wystąpienia robót/usług zaniechanych - wyłączenie robót/usług zaniechanych z realizacji wraz ze zmniejszeniem kwoty umownej wynikającej z tego wyłączenia, w konsekwencji zaniżenie poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej może mieć wpływ na konkurencie pomiędzy wykonawcami.

Izba oddaliła zarzut.

W tym wypadku Izba w pierwszej kolejności podnosi, że w zakresie cen jednostkowych w kontekście naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3) Pzp orzecznictwo KIO stwierdzało takie naruszenie w kontekście sytuacji, gdy owe ceny jednostkowe miały wymierny wpływ na wycenę i były zarazem te ceny jednostkowe kryteriami oceny ofert – przykładowo chociażby wyrok KIO z 14.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13. Nadto, Izba popiera stanowisko Zamawiającego przytoczone w tym kontekście, co do konieczności potwierdzenia dowodami i nie opieranie się jedynie na hipotezach w wypadku formułowania zarzutu naruszenia klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust.1 UZNK. Zasadne jest także stwierdzenie, że jednorazowe działanie wykonawcy, bez wykazania jego wpływu na zachowanie konkurencji, nie jest wystarczające do stwierdzenia czynu o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK.

Należy także podzielić argumentację Zamawiającego, że brak jest podstaw do uznania, że w zakresie robót objętych przedmiotem sporu – dotyczy tak poz. 2.3, jak i 3.22 – będzie miał zastosowanie procedura z § 32 ust. 5 pkt 8 warunków umowy, gdyż mamy tutaj do czynienia z robotami takiego rodzaju, że jednych nie można wykonać bez drugich np. oświetlenia bez rozjazdów.

Podkreślenia także wymaga, że nie ma zdaniem Izby, niebezpieczeństwa zapłaty wynagrodzenia, za roboty niewykonane - § 30 ust. 8 i 10 warunków umowy stanowią bowiem, że płatność każdorazowo wymaga potwierdzenia przez właściwego branżowo

inspektora nadzoru.

Nadto, w sytuacji, takiej jak ma miejsce w tym stanie faktycznym, formuła „zaprojektuj i wybuduj”, de facto ustalanie przedmiotu na etapie projektowania przez Wykonawcę wybranego, brak narzucenia kolejności wykonania pozycji wynikających z RCO, ogólny i nie ostry charakter pozycji RCO – także w kontekście pisma z 04.08.2016 r. skutkuje brakiem podstaw do uznawania przesunięcia części kosztów z jednej pozycji do drugiej, czyli z tzw. jednego kompletu do drugiego jako czynu spełniającego przesłanki wynikające z art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie czwartego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 82 Pzp, art. 84 Pzp, art. 87 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie oceny oferty z należytą starannością ZUE S.A., a w konsekwencji wybór oferenta, którego oferta podlega odrzuceniu, z uwagi na oświadczenie woli ZUE S.A. w przedmiocie kalkulacji ceny ofertowej w poz. 3.22 RCO Roboty Branży Energetycznej, pod względem cenowo przedmiotowym jako niezgodny z przepisami art. 82, art. 84 i art. 87 Pzp i SIWZ który nie może być konwalidowany.

Izba oddaliła zarzut.

W tym wypadku, Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący nie zmienił treści oferty, a ściślej RCO w zakresie poz. 2.3, czy też poz. 3.22 w wyniku udzielonych wyjaśnień i przedstawionych kosztorysów. Mieszczą się one w wartościach zadeklarowanych w ofercie. Nadto, z uwagi na oddalenie wcześniejszych zarzutów, Izba nie widzi podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów przywołanych w zarzucie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie potwierdzenia się wcześniejszych zarzutów, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....