

WYROK
z dnia 17 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 21 maja 2021 r. przez **wykonawcę Drogomax spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Bytomiu, ul. Brzezińska 79a** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gminę Świerklaniec w Świerklańcu, ul. Młyńska 3**

przy udziale **wykonawcy Technical Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, ul. Strzelecka 13B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1527/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Drogomax spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Bytomiu, ul. Brzezińska 79a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Drogomax spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Bytomiu, ul. Brzezińska 79a** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Drogomax spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Bytomiu, ul. Brzezińska 79a** na rzecz **zamawiającego – Gminę Świerklaniec w Świerklańcu, ul. Młyńska 3** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie Gminy Świerklaniec etap III – Nakło Śląskie część 1 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia za numerem 2020/S 254 -639157.

W dniu 12 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 21 maja 2021 r. wykonawca Drogomax spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, ul. Brzezińska 79a wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy przez prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty w efekcie czego umożliwiono wykonawcy - Technical Solutions Sp. z o.o. zmianę oferty złożonej w toku postępowania,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions Sp. z o.o., mimo że jej treść jest sprzeczna z SIWZ, z uwagi na brak wyceny pozycji 1.5 i 1.6 w kosztorysie kanalizacji sanitarnej, mimo iż, zamawiający w SIWZ wymagał, by w kosztorysie ofertowym stanowiącym element oferty były wypełnione wszystkie pozycje kosztorysowe,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Technical Solutions Sp. z o.o. mimo przedstawiania w toku postępowania sprzecznych informacji dotyczących treści jego oferty, czym wprowadził w błąd zamawiającego, a które to informacje miały elementarny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty w Technical Solutions Sp. z o.o., tj. wykonawcy, który podlegał odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i na podstawie art. 554 ust. 3 ustawy nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,

c) odrzucenie oferty Technical Solutions Sp. z o.o. ewentualnie wykluczenie Technical Solutions Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu.

d) zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert, przy czym sklasyfikowana jako druga oferta spółki TERRA MOTA Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach została odrzucona. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu zostałaby odrzucona, a oferta odwołującego zostałaby wówczas uznana za najkorzystniejszą. Powyższe stanowi zatem wystarczającą przesłankę, uprawniającą odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający w treści SIWZ wymagał „wypełnienia wszystkich pozycji kosztorysowych, a w przypadku ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji, należało wpisać 0,00.”

Zamawiający wskazał również, że to przedmiar robót stanowi podstawę do wyceny, a „przy wycenie robót należy uwzględnić wszystkie prace w nim ujęte, również te, które nie zostały wyszczególnione w dokumentacji projektowej.”

Pozycje 1.5 i 1.6 w kosztorysie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej obejmują swoim zakresem „wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6 m; grunt kategorii III” oraz „wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6 m; grunt kategorii III”.

W takim stanie rzeczy oferowana cena wykonawcy Technical Solutions sp. z o.o. za realizację prac polegających na „wbijaniu i wyciąganiu ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6 m; grunt kategorii III” musiała zostać ujęta w innej pozycji kosztorysowej.

Wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o. skorzystał z możliwości, którą przewidział zamawiający, wskazując w pozycjach 1.5 i 1.6 w kosztorysie ofertowym na realizację kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wartość 0,00. Wobec powyższego, pismem z dnia 16 marca 2021 r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. zwrócił się do wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. o wyjaśnienie powyższego oraz wskazanie w jaki sposób wykonawca wykona prace opisane w pozycjach 1.5 i 1.6.

Z datowanych na dzień 18 marca 2021 r. wyjaśnień Technical Solutions Sp. z o.o. wynika, że „wartość prac pozycji 1.5 i 1.6 została ujęta w pozycji 1.7”.

Złożone w tym zakresie oświadczenie woli jest jednoznaczne oraz brak jest możliwości odmiennej jego wykładni niż to wynika wprost z treści oświadczenia. Wykonawca wyjaśnił tym samym, iż skalkulował cenę za realizację konkretnych prac opisanych w kosztorysie ofertowym pod numerami KNR 9-06 0101-2 oraz 9-06 0102-2, w ilości wynikającej z przedmiarów, tj. 1428 m - w pozycji 1.7.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ, wykonawcy w treści ofert zobligowani byli do skalkulowania prac polegających na „wbijaniu i wyciąganiu ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6 m; grunt kategorii III” – zarówno w przypadku kanalizacji sanitarnej tłocznej oraz kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej (tj. w dwóch różnych i niezależnych kosztorysach). Wykonawca - Technical Solutions Sp. z o. o. oświadczył jednocześnie, że przy tworzeniu wszystkich kosztorysów uwzględnił identyczne narzuty. Taki stan rzeczy oznacza, że cena jednostkowa tożsamyh kategorii prac we wszystkich kosztorysach musi być jednakowa. Spółka Technical Solutions Sp. z o.o. na żadnym etapie postępowania nie składała oświadczeń dotyczących zmiany wysokości narzutów z uwagi na omyłkę czy też błąd, a zamawiający nie powziął jakichkolwiek wątpliwości co do poprawności ich wskazania w zakresie wartości poszczególnych pozycji asortymentowych.

W takim stanie rzeczy możliwym było ustalenie wartości prac ujętych w pozycjach 1.5 i 1.6 kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. przy uwzględnieniu cen jednostkowych odpowiednio z pozycji 1.3 i 1.5 kosztorysu tego wykonawcy sporządzonego dla kanalizacji sanitarnej tłocznej. Skoro bowiem wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o., uwzględniając identyczne narzuty we wszystkich kosztorysach, wycenił wartość prac opisanych pod numerami KNR 9-06 0101-2 oraz 9-06 0102-2 w kosztorysie dla kanalizacji sanitarnej tłocznej, to uwzględniając przedmiar robót z kosztorysu inwestorskiego prac opisanych pod numerami KNR 9-06 0101-2 oraz 9-06 0102-2 w kosztorysie dla kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej możliwym jest ustalenie wyceny tychże prac.

Wykonawca Technical Solutions wskazał następujące narzuty:

Stawka r-g – 20 zł,

Koszty pośrednie: 45 %,

Koszty zakupu: 5 %,

Zysk: 5 %

Dokonując odpowiednich wyliczeń dla pozycji 1.5 i 1.6 kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wykonawcy przy uwzględnieniu cen jednostkowych odpowiednio z poz. 1.3 i 1.5 kosztorysu kanalizacji sanitarnej tłocznej wykonawcy otrzymamy łącznie wartość 2 142 000,00 zł. Poz. 1.5 kosztorysu ofertowego Kalkulacja: 1428 m x 1050 zł/m = 1 499 400 zł

Poz. 1.6 kosztorysu ofertowego Kalkulacja: 1428 m x 450 zł/m = 642 600 zł

Uwzględniając powyższe, wartość prac ujętych w pozycjach 1.5 i 1.6 kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wynosi 2.142.000,00 zł, natomiast wartość pozycji 1.7 kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej Technical Solutions Sp. z o.o., wynosi tymczasem w ofercie jedynie 366 449,80 zł.

Wobec powyższego dla odwołującego nie ulega kwestii, że wykonawca, wbrew oświadczeniu z dnia 18 marca 2021 r. nie skalkulował prac opisanych w pozycjach 1.5 i 1.6 kosztorysu ofertowego dla kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Jeżeli skalkulowałby te prace, to wartość pozycji 1.7 nie mogła być niższa niż 2.142.000,00 zł. Taki stan rzeczy świadczy o niezgodności oferty z SIWZ, co zostało zasygnalizowane zamawiającemu pismem z dnia 31 marca 2021 r. W dniu 30 marca 2021 r., zamawiający wystąpił do spółki Technical Solutions Sp. z o. o. z wnioskiem o dalsze wyjaśnienie oferty obejmujące m.in. rozwinięcie wyjaśnień z dnia 18 marca 2021 r. z uwagi na to, że są one „zbyt ogólnikowe i lakoniczne”, a „w kosztorysach brak jest konsekwencji w wycenie tożsamych pozycji”.

Spółka Technical Solutions Sp. z o.o. złożyła kolejne wyjaśnienia w dniu 1 kwietnia 2021 r. Z analizy dalszych wyjaśnień wynika, że po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego, wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o., radykalnie zmienił swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie kalkulacji pozycji kosztorysowych 1.5 i 1.6. Jak bowiem wynika z treści ww. pisma: „Wykonawca w swojej ofercie zaplanował wykonanie ww. wykopu (w ramach którego zamawiający przewidział zabezpieczenie wykopu ściankami szczelnymi) z zabezpieczeniem szalunków typu boksowego z ewentualnym rozkopem.”

Analiza wyjaśnień wykonawcy świadczy o próbie modyfikacji treści oferty zmierzającej do usunięcia wyartykułowanych przez odwołującego oraz powielonych przez zamawiającego zastrzeżeń wskazujących na wadliwość oferty wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. Zabezpieczenie wykopu szalunkami typu boksowego jest bowiem odmiennym sposobem zabezpieczenia wykopu aniżeli ściankami szczelnymi, sklasyfikowanym pod innym numerem KNR. W kontekście powyższego dla odwołującego nie ulega kwestii, że wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o. złożył 2 odrębne oświadczenia o sprzecznej treści:

1. Oświadczenie z dnia 18.03.2021 r., z którego wynika, iż „W pozycji 1.5 i 1.6 wpisano cenę jednostkową 0,00, gdyż wartość prac tych pozycji ujęto w pozycji 1.7 (...).”
2. Oświadczenie z dnia 01.04.2021 r., z którego wynika, iż „Wykonawca w swej ofercie zaplanował wykonanie w/w wykopu z zabezpieczeniem szalunków typu boksowego z ewentualnym rozkopem. W kosztorysie dot. kanalizacji sanitarnej tłocznej, wykonawca przyjął technologię zabezpieczenia wykopu dla montażu pompowni jako ścianki szczelnej, dlatego też ceny zostały inaczej skalkulowane.”

Wykonawca treścią oświadczenia z dnia 18.03.2021 r. potwierdził, iż dla kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej koszt montażu i demontażu ścianek (pozycja 1.5 i 1.6 kosztorysu) zawarta jest w pozycji 1.7. Tym samym wykonawca oświadczył, że skalkulował montaż i

demontaż ścianki szczelnej a wartość tych robót określił w pozycji 1.7. Ten sam wykonawca treścią oświadczenia z dnia 01.04.2021 r. zaprzeczył wcześniej złożonemu oświadczeniu oraz wskazał, że zastosuje szalunki typu boksowego do tego samego zakresu robót, do którego uprzednio oświadczył, iż przewidział zastosowanie ścianek szczelnych – pozycja 1.7.

Oświadczenia wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. z dnia 01.04.2021 r. złożone zostały w odpowiedzi na powtórne zapytanie zamawiającego dotyczące tożsamyh wątpliwości w zakresie treści oferty wykonawcy. Odwołujący wskazał, iż powtórzenie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności, które uzasadniają uszczegółowienie uprzednio złożonych wyjaśnień. Mimo, iż złożone przez wykonawcę Technical Solutions Sp. z o.o. w dniu 18 marca 20201 r. wyjaśnienia można uznać za sporządzone w sposób lakoniczny i ogólnikowy, to nie ulega kwestii, iż w jednak w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości odpowiadały na pytanie zamawiającego. W takim stanie, rzeczy zamawiający, który dysponując ofertą wykonawcy, mając na uwadze sygnalizację odwołującego, był w stanie dokonać samodzielnie oceny zgodności oferty wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. z SIWZ i dojść do prawidłowej konstatacji o niezgodności oferty z treścią SIWZ, a następnie dokonać odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zamawiający, zdaniem odwołującego, nie miał podstaw do ponownego pytania wykonawcy co do kwestii, które zostały już przez wykonawcę wyjaśnione, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazał, że dniu 30 marca 2021 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Z treści pisma wynika jednak (str. 2 pisma), że odnosi się ono również do wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 18.03.2021 r. oraz dotyczy ponownie zagadnienia ujęcia kosztów prac z pozycji 1.5 i 1.6. Zamawiający wprost wskazał wykonawcy niespójności w jego ofercie, które winny skutkować odrzuceniem jego oferty, oczekując złożenia wyjaśnień, które umożliwią zamawiającemu uznanie, iż oferta wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu. Taki stan jest rzeczy jest zdaniem odwołującego niedopuszczalny z punktu widzenia zakazu o którym mowa w art. 87 ustawy. Powyższe potwierdza treść wezwania zamawiającego z dnia 30.03.2021 r., z którego wynika, że „(...) w kosztorysach brak jest konsekwencji w wycenie tożsamyh pozycji, a wskazanie pozycji 1.7 Roboty ziemne koparkami przedsiębiornymi z transportem urobku samochodami samowładawczymi do 1 km, koparki 0,60m³, grunt kategorii III – odwóz na tymczasowe składowisko w kwocie 92,00 zł netto w opinii zamawiającego jest wartością błędną.” oraz „(...) jednak zamawiający nie ma pewności ani wiedzy, które kwoty przedstawione w poszczególnych kosztorysach są prawidłowe, a wybór oferty odbywa się na podstawie oświadczenia woli wykonawcy a nie na domysłach zamawiającego.”

Odwołujący podniósł, że wykonawca ma prawo wykazać, że jego oferta jest poważna. Wskazał jednak, iż procedura badania ofert powinna opierać się na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, w celu wykazania, że jego oferta jest poważna. Powyższe stanowi wymóg dyrektywy 2004/18/WE, zapobiegając tym samym arbitralności instytucji zamawiającej. Dyrektywa 2004/18 nie zawiera żadnego przepisu przewidującego w sposób wyraźny sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia przez instytucję zamawiającą w ramach procedury ograniczonego przetargu, że oferta kandydata jest niedokładna lub niezgodna z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji. Zgodnie z treścią wyroku TSUE z dnia 29 marca 2012 r., C-599/10 art. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie stoi na przeszkodzie, aby w ustawodawstwie krajowym brak było przepisu nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązku żądania od kandydatów w procedurze przetargu ograniczonego udzielenia wyjaśnienia ich oferty w zakresie dotyczącym wymogów technicznych zawartych w specyfikacji, zanim owa oferta zostanie odrzucona ze względu na niedokładność lub brak zgodności ze specyfikacją. Jednak powyższe nie może prowadzić do wrażenia, że instytucja zamawiająca negocjowała ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Zatem art. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się, aby w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. W świetle tego orzecznictwa odwołujący podtrzymał tezę, że zamawiający umożliwił Technical Solutions sp. z o.o. zmianę złożonej oferty.

Dopuszczalność złożenia wyjaśnień nie może jednak oznaczać przyznania prawa do złożenia nowej oferty, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Instytucja zamawiająca jest zobligowana do zapewnienia w trakcie procedury wyjaśniającej poszanowania zasady równego traktowania wykonawców (art. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Polski ustawodawca zapewnił zgodność z postanowieniami dyrektywy 2004/18/WE w zakresie żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy). W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wyjaśnienia treści ofert nie mogą prowadzić do złożenia nowej oferty oraz zmian w ofercie. Pismem z dnia 07.04.2021 r. zamawiający po raz trzeci prosił wykonawcę o wyjaśnienia treści oferty tj. wątpliwości związanych z pozycją 1.5., 1.6. i 1.7. kosztorysu. Zamawiający, aby zakamuflować de facto prowadzone negocjacje z wykonawcą celem wypracowania odpowiedniej dla obydwu stron wersji oferty wykonawcy jako podstawę formułowanego zapytania po raz kolejny wskazał art. 90 ust. 1 ustawy w sytuacji, gdy wątpliwości zamawiającego nie dotyczyły w

ogóle ceny oferty a technicznych jej aspektów oraz wątpliwości te były nadal tożsame z wątpliwościami artykułowanymi przez zamawiającego pismem z dnia 16.03.2021 r., a następnie 30.03.2021 r. W treści pisma z dnia 07.04.2021 r. zamawiający wskazał, iż informacje są niezbędne w kontekście bezpieczeństwa w trakcie prowadzenia robót zarówno pracownikom firmy jako osobą prowadzącym nadzór oraz przedstawicielom inwestora. Nie ulega więc wątpliwości, iż intencją zapytania nie było uzyskanie odpowiedzi w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy. Pismo zamawiającego z dnia 30.03.2021 r. dotyczyło żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny choć również w przeważającej części dotyczyło kwestii pozycji 1.5., 1.6. i 1.7. kosztorysu branży sanitarnej, co nie jest związane z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy. Każde z wezwań zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia tożsamego elementu oferty Technical Solutions sp. z o.o. Wskazany wykonawca każdorazowo składał inne merytorycznie oświadczenie tak aby ostatecznie wynegocjować z zamawiającym warunki złożonej oferty odpowiadające wymogą SIWZ. Ciężar dowodowy wykazania, że oferta odpowiada wymogą SIWZ spoczywa na wykonawcy. Złożenie dowodów oraz wyjaśnień w sposób ogólny oraz bezpośrednio wskazujący na błędy w ofercie (błędna wartość pozycji 1.7. przy tożsamych narzutach oraz uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy o umieszczeniu kosztu pozycji 1.5. i 1.6 w pozycji 1.7. kosztorysu) musi prowadzić do odrzucenia oferty. Zamawiający umożliwił skalkulowanie pozycji kosztorysu w wartości 0,00 pod warunkiem uwzględnienia kosztu pozycji w innej pozycji kosztorysowej. Wyjaśnienia wykonawcy wskazujące bezpośrednio na brak w ogóle skalkulowania pozycji 1.5 i 1.6 kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej winny skutkować odrzuceniem oferty. Powtórne wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności, które uzasadniają uszczegółowienie uprzednio złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Uzasadnieniem dla skierowania powtórnego wezwania może być m.in. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia złożonych wyjaśnień. Zaprzeczenie przez wykonawcę uprzednim oświadczeniom mogło jedynie utwierdzić zamawiającego o słuszności konieczności odrzucenia oferty wykonawcy. Trzykrotne wezwania dotyczące tożsamego zakresu oferty stanowią nic innego jak nieuprawnione negocjacje zamawiającego z oferentem. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający nie był uprawniony do kilkukrotnego wzywiania wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. do wyjaśniania tych samych wątpliwości oraz umożliwiania wykonawcy kilkukrotnej zmiany oświadczeń składanych w postępowaniu. Powołał w tym zakresie wyrok KIO z 16.03.2021 r., sygn. akt KIO 293/21, wyrok z 04.08.2020 r. (sygn. akt KIO 1461/20), wyrok z 29.06.2020 r. (sygn. akt KIO 792/20)Przytoczył również fragment opinii Urzędu Zamówień Publicznych, który w opinii pt. "Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji". Odwołujący wskazał, iż skoro ciężar dowodu zakresie wykazania zgodności treści oferty z SIWZ oraz

wykazania że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy, to wykonawca powinien przedkładać dowody na potwierdzenie wszystkich przywołanych okoliczności mających wpływ na rentowność zaoferowanej ceny ofertowej. Nie mniej jednak pzp nie wskazuje, jakie to mogą być dowody. Mogą to być zarówno dokumenty, umowy, cennik, czy także wyjaśnienia samego wykonawcy. Kompletność wyjaśnień ocenia się każdorazowo w okolicznościach danej sprawy. Niemniej jednak, wyjaśnienia w przedmiocie zgodności oferty z SIWZ lub rażąco niskiej ceny lub kosztu każdorazowo powinny zawierać, co najmniej konkretne, szczegółowe informacje na temat kalkulacji ceny oferty, w tym elementów cenotwórczych uwzględnionych w tej kalkulacji z określeniem ich wartości, a także wskazanie okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, w tym tych powodujących oszczędność metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia. Wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o. całkowicie pogubił się w swoich wyjaśnieniach wskazując raz że skalkulował w swej ofercie koszt oznaczony KNR 9-06 0101-2 oraz 9-06 0102-2, w ilości wynikającej z przedmiarów, tj. 1428 m - w pozycji 1.7 a raz że nie skalkulował tego kosztu ze względu na zmianę zastosowanej technologii oraz zastosowanie szalunków typu boksowego. Taki sposób prowadzenia negocjacji z wykonawcą do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej jest niedopuszczalne na gruncie zarówno art. 7 ust. 1 jak i 87 ust. 1 zd. 2 ustawy. Odwołujący sygnalizował pismem z dnia 28.04.2021r. fakt, iż spółka Technical Solutions Sp. z o.o. w części III lit. B Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczącej podstaw wykluczenia związanych z płatnością podatków oraz składek na ubezpieczenia społeczne złożyła oświadczenia z których wynika, że spółka Technical Solutions Sp. z o.o. nie dopuściła się naruszenia obowiązków związanych z zapłatą podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne, tymczasem zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1335/17 spółka Technical Solutions Sp. z o.o. była wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na rzecz Powiatu Krapkowickiego (numer ogłoszenia w BZP – 517935-N-2017), przy czym przyczyną wykluczenia był art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań zmierzających do wyjaśnienia powyższej kwestii pomimo zaistnienia możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę Technical Solutions sp. z o.o. Wobec wszelkich wskazanych okoliczności niniejsze odwołanie jest zasadne.

W dniu 21 maja 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 24 maja 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Technical Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, ul. Strzelecka 13B i wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na ko-

rzyść zamawiającego, albowiem zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, co doprowadzi do udzielenia zamówienia przystępującemu. Jednak na skutek wniesienia przez odwołującego odwołania wybór oferty przystępującego został podważony, co w konsekwencji może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Przystępujący wskazał, na rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wyznacza przepis art. 534 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat). Żaden z przepisów ustawy nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiającymi stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII; Opublikowano: WKP 2018, komentarz do art. 190).

Przystępujący podkreślił, iż zgodnie z zapisami w STWiOR Branża Sanitarna pkt.5.5 to Wykonawca decyduje o sposobie umocnienia wykopów. Na etapie zadawania pytań w ogłoszonym postępowaniu przetargowym jeden z wykonawców zadał pytanie w przedmiotowej sprawie i w Pytaniach i Odpowiedziach z dnia 16.02.2021 r zamawiający odpowiedział: „Sposób wykonania i zabezpieczenia wykopów oraz przyjętej technologii ich wykonania należy do obowiązków wykonawcy, który jest zobowiązany m.in. do pracowania projektów technologicznych ww. zabezpieczeń”.

Twierdzenie zawarte w odwołaniu przez odwołującego, że w dokumentacji projektowej przewidziano zastosowanie zabezpieczeń wykopów poprzez wbijanie i wyciąganie ścianek szczelnych nie znajduje pokrycia w udostępnionej wykonawcom dokumentacji projektowej oraz w odpowiedziach na pytania.

Z analizy przedmiarów i dokumentacji technicznych udostępnionych przez zamawiającego wynika, że pozycja 1.5 i 1.6 kosztorysu ofertowego -kanalizacja sanitarna grawitacyjna (ścianki szczelne 1428m) dotyczy zabezpieczeń wykopu na odcinku B7 - B13, D4 - E5, C4-D5, P6-J41. Wykopy do tych odcinków są określone w pozycji 1.7.

Wykonawca w swojej ofercie zaplanował wykonanie w/w wykopu z zabezpieczeniem szalunków typu boksowego z ewentualnym rozkopem. W związku z tym kalkulacja pozycji 1.7 gdzie cena jednostkowa wynosi 92,00 zł obejmuje nieprzewidziane roboty zabezpieczające, ponieważ przystępujący miał do tego prawo zgodnie z zapisami SIWZ.

Dla porównania w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 r. w załączeniu przesłał zamawiającemu kalkulację ceny pozycji 1.7, gdzie cena jednostkowa wynosi: 44,87 zł/m³ za roboty ziemne, w która nie obejmuje nieprzewidzianych robót zabezpieczających. W kosztorysie dot. kanalizacji sanitarnej tłocznej, wykonawca przyjął technologię zabezpieczenia wykopu dla montażu pompowni jako ścianki szczelnej, dlatego też ceny zostały inaczej skalkulowane. Reasumując powyższe, wykonawca miał prawo zdecydować o różnych sposobach umocnienia wykopów, dlatego też ceny tożsamyh pozycji (w kosztorysie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i kosztorysie kanalizacji sanitarnej tłocznej) różnią się od siebie i takie skalkulowanie ceny nie jest błędne - jest to elastyczność przystępującego.

Naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy występuje wówczas, gdy dochodzi do zróżnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia nie zawsze dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy określona konstrukcja tego opisu stawia w uprzywilejowanej sytuacji poszczególnych wykonawców kosztem innych (dyskryminacja podmiotowa - bezpośrednia) lub określone produkty lub rozwiązania technicznej (dyskryminacja przedmiotowa - pośrednia). Jest to konsekwencją tego, że co do zasady art. 7 ust. 1 ustawy nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być on dopełniony treścią innego - szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej. Przystępujący wskazał, iż odwołujący w żaden sposób nie powiazał naruszenia zasady art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions Sp. z o.o., mimo że jej treść jest sprzeczna z SIWZ, z uwagi na brak wyceny pozycji 1.5 i 1.6 w kosztorysie kanalizacji sanitarnej, mimo iż, zamawiający w SIWZ wymagał, by w kosztorysie ofertowym stanowiącym element oferty były wypełnione wszystkie pozycje kosztorysowe jest również w ocenie przystępującego chybiony – sprzeczny ze stanem faktycznym. Już w uzasadnieniu odwołania odwołujący wprost wskazał, iż wykonawca Technical Solutions Sp. z o.o. skorzystał z możliwości, którą przewidział zamawiający, wskazując w pozycjach 1.5 i 1.6 w kosztorysie ofertowym na realizację kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wartość 0,00.

Wykluczenie na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy - może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i

robi to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy) albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy).

W ocenie przystępującego, odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania winy wykonawcy choćby tej o najniższym stopniu. Odwołujący zebrał powierzchowne dowody, które tracą na znaczeniu w zderzeniu z dowodami, będącymi w aktach postępowania.

Zamawiający otrzymał aktualne zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń

Spółecznych, które potwierdzają, że Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie podlegała wykluczeniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 maja 2021 r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 16 czerwca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa zamawiającego przez radcę prawnego według norm prawem przepisanych.

Zamawiający wskazał, że wszystkie zarzuty odwołującego są całkowicie bezpodstawne i nieznajdujące potwierdzenia w postępowaniu w stosunku do postanowień określonych przez zamawiającego w treści SIWZ. Zamawiający przeczy wszystkim twierdzeniom wykonawcy, za wyjątkiem tych wyraźnie przyznanych.

Podkreślił, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie oferty oraz dokumentów złożonych przez Technical Solutions Sp. z o.o., w następstwie wezwania Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 3 ustawy.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył:

1. wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty,
2. wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny w ofercie,
3. dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Zamawiający wskazał, że w żaden sposób nie prowadził negocjacji z przystępującym. Zamawiający w toku badania ofert sprawdzał ich zgodność w odniesieniu do postanowień SIWZ, w tym między innymi z uwagą 2, lit. c), rozdziału III SIWZ, w brzmieniu: „(Zamawiający wymaga aby, wypełnić wszystkie pozycje kosztorysowe. W przypadku ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji, należy wpisać 0,00”. Z powyższej możliwości skorzystał przystępujący, który w ramach kosztorysu kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w pozycjach 1.5 i 1.6 wpisał kwotę 0,00. W związku z powyższym zamawiający w dniu 16.03.2021 r. wezwał go na podstawie art. 87 ust 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie

pozycji zerowych, tj. w jaki sposób wykona prace opisane ww. pozycjach. W ramach wyjaśnień przystępujący przesłał odpowiedź:

1. W poz. 1.5 i 1.6 wpisano cenę jednostkową 0,00 gdyż wartość prac tych pozycji ujęto w pozycji 1.7, co jest zgodne z wymogami SWZ (Rozdział III punkt c).

2. Prace ujęte w tych pozycjach zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją projektową i wymogami STWiORB

W związku z faktem, że wyjaśnienia wykonawcy, poza sposobem wykonania prac dotyczyły również ceny ofertowej odstąpiono od kolejnego wezwania w ramach wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust 1 Pzp), a nasuwające się wątpliwości dotyczące ceny oraz cen jednostkowych, zamawiający postanowił wyjaśnić na podstawie art. 90 ustawy. Powyższe uzasadniał fakt, że zaoferowana cena oferty tj. 26 446 716,13 zł brutto znacząco odbiegała od wartości kosztorysu ofertowego oraz kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. 35 860 566,22 zł brutto. Z uwagi na powyższe, a nie jak twierdzi odwołujący tj. w celu prowadzenia niedozwolonych negocjacji, zamawiający w dniu 30.03.2021 r. na podstawie art. 90 ust 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających zaoferowaną cenę, jednocześnie wskazując na sposób rozliczenia pozycji zerowych w ramach innej pozycji.

W dniu 01.04.2021 r. przystępujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące ceny wraz z dowodami, które potwierdzały wiarygodność ceny ofertowej, w tym również kwestionowanych przez odwołującego pozycji nr 1.5 i 1.6 kosztorysu.

Ponadto, ze względu na fakt, że pozycje zerowe dotyczyły zabezpieczenia wykopów, (wykopy stanowią jeden z głównych elementów składających się na budowę kanalizacji), zamawiający w dniu 07.04.2021 r. wezwał wykonawcę o ponowne wyjaśnienia. Odwołujący podnosi fakt, że zamawiający w ramach art. 90 ust 1 nie miał prawa kolejny raz wzywać wykonawcy do wyjaśnień ceny, z czym zamawiający się nie zgadza. Prawdą jest, że ponowne wezwanie byłoby nieuprawnione, gdyby wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie lub byłyby one lakoniczne i nie poparte dowodami.

W przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie zaistniała, a kolejne wezwanie podyktowane było koniecznością wyjaśnienia wątpliwości, które narodziły się dopiero wskutek złożonych wyjaśnień. W ponownym wezwaniu poruszono kwestie bezpieczeństwa, w tym przede wszystkim zabezpieczenia wykopu metodą boksową, a pytanie skierowane do przystępującego miało na celu ustalenie czy ta metoda nie zwiększy kosztów związanych z transportem urobku, jego składowaniem oraz ponownym załadunkiem i zasypaniem rozkopu, a także czy pozycja 1.7 kosztorysu ofertowego wykonawcy zawiera również koszt montażu i demontażu boksów czy tylko wykop z ewentualnym nieprzewidzianym zabezpieczeniem jak wskazano w piśmie. Ponadto zamawiający wprost wskazał, że w przypadku gdy koszt montażu i demontażu boksów nie został ujęty w pozycji 1.7 to zamawiający nie dopuszcza zmiany kalkulacji, a

co za tym idzie ceny złożonej oferty. Uzyskanie wszystkich wiadomości było niezbędne do dalszego procedowania postępowania w tym poprawienia ewentualnych omyłek rachunkowych.

Zamawiający mógł poprawić kosztorys ofertowy z branży sanitarnej (kanalizacja grawitacyjna) przez przepisanie cen z kosztorysu kanalizacji tłocznej, w której tożsame pozycje zostały wycenione, ale z treści odpowiedzi wynikało, że wycena oferty została przemyślana i przygotowana w oparciu o dokumentację projektową. W udzielonych odpowiedziach przystępujący wskazał, że zastosuje dwie różne metody zabezpieczenia wykopu, tj. przez zastosowanie szalunków typu boksowego przy pracach związanych z budową kanalizacji grawitacyjnej oraz przy wykorzystaniu ścianek szczelnych przy budowie pompowni (kanalizacja tłoczna).

Taka możliwość jest zgodna z odpowiedzią zamawiającego, na pytanie innego Wykonawcy w trakcie postępowania, której udzielono w dniu 16.02.2021 r.

Pytanie:

W przedmiarze Nakło-KS-grawitacja w poz. 1.6 oraz 1.7 oraz w przedmiarze 10255 Z4 MPZP Przedmiar KStł w poz. 1.2, 1.3, 1.4 oraz 1.5 dotyczącą wbijania i wyciąganie ścianek szczelnych. W załączonej dokumentacji nie zostały wskazane miejsca zabicia ścianek szczelnych. Prosimy o wskazanie dokładnie odcinków na których należy w powyższy sposób zabezpieczyć. Brak tych informacji uniemożliwia wycenę opartą na uczciwej konkurencji, którą należy wykonać na podstawie rzetelnych informacji w tym wypadku dokumentacji technicznej za który odpowiada Inwestor Wyeliminuje to również potencjalne roszczenia o roboty dodatkowe.

Odpowiedź:

Sposób wykonania i zabezpieczenia wykopów oraz przyjętej technologii ich wykonania należy do obowiązków Wykonawcy, który jest zobowiązany m.in. do opracowania projektów technologicznych ww. zabezpieczeń.

oraz zgodne z zapisami dokumentacji projektowej P255 Z4 MPZP PW ST-00_Wymaganai ogólne, które wskazują, że: „Wykonawca prowadzi Roboty na podstawie przyjętej własnej technologii robót. Dla przyjętej technologii Wykonawca opracowuje Projekty Technologii i Organizacji Robót lub inne Projekty wymagane w STWiORB np.: projekt zabezpieczenia wykopów. ”

Zamawiający nie zgodził z odwołującym, że wartość pozycji 1.7 powinna zawierać koszt obu pozycji 1.5 i 1.6 zgodnie z cenami przyjętymi w kosztorysie kanalizacji tłocznej (łącznie 2 142 000,00), skoro wykonawca wycenił inną technologię zabezpieczenia wykopu, która wg przystępującego jest tańsza, co stwierdza w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, z dnia 09.04.2021 r. „Naszym zdaniem metoda typu boksowego jest metodą tańszą, bezpieczniejszą i bardziej uniwersalną, albowiem można do jej zastosowania (montaż i demontaż) wykorzystać sprzęt będący na budowie np. koparkę a nie jak w przypadku wbijania i wyciągania

ścianek potrzebny a wręcz niezbędny jest specjalistyczny sprzęt wraz z wysoko wykwalifikowaną obsługą. Należy również wspomnieć o negatywnym i trudnym do przewidzenia wpływie i skutkach działania drgań pochodzących od wibromłotu na znajdującą się w sąsiedztwie infrastrukturę podziemną jak i naziemną '

Zamawiający jasno określił w SIWZ czego wymaga od wykonawców w kwestii przygotowania kosztorysów i jakie będą konsekwencje niezastosowania się do tych wytycznych, natomiast wykonawcy składający oferty w postępowaniu jako profesjonaliści zawodowo zajmujący się wykonaniem robót budowlanych, na podstawie treści SI WZ oraz doświadczenia własnego, decydują o cenach jakie składają w ofercie. Zamawiający w treści SIWZ (uwagą 2, ostatni akapit, rozdziału III SI WZ) jasno wskazał, że w przypadku braku ceny jednostkowej, w którejkolwiek pozycji przedmiaru, uznają jako pozycję, za którą wykonawca nie wymaga wynagrodzenia i będzie ja traktował jako kwotę 0,00 zł.

Wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, wykonawca próbował zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej jednak ze względu na fakt, że zastrzeżenie tajemnicy było nieskutecznie, zamawiający podjął decyzję o ich odtajnieniu, zaś ich pełną treść przekazał w dniu 13.04.2021 r. odwołującemu na jego wniosek.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że nawet dopisanie cen (przepisanie z innego kosztorysu) przez zamawiającego (tj. w sposób sprzeczny ze złożonymi w toku postępowania wyjaśnieniami przystępującego), nie miałyby wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta przystępującego nadal byłaby najtańsza.

Ponadto pozycje dotyczące wbijania i wyciągania ścianek szczelnych nie są głównym przedmiotem zamówienia, a tylko robotami towarzyszącymi do robót głównych, które polegają na wybudowaniu kanalizacji. Przystępujący przez odmienną technologię zabezpieczenia wykopu w żaden sposób nie ograniczył zakresu robót - sposób zabezpieczenia wykopu jest technologią pracy, a nie inwestycji, której celem jest budowa rurociągu. Zamawiający powołał wyrok z 21 sierpnia 2013 r., KIO 1902/13.

Podana cena ofertowa za przedmiot zamówienia to cena całościowa, która zawiera w sobie m.in. ceny poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, a ustawa nie zabrania, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych. Zastosowany zapis w SIWZ dotyczący pozycji zerowych, który sformułował zamawiający, wprost dał wykonawcą uprawnienie do zastosowania cen zerowych.

Sytuacja, w której wykonawca zaoferuje wykonanie jakiegoś elementu zamówienia za wartość zero złotych nie przesądza o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia, ale że albo nie przewiduje w tym przypadku powstania kosztów, albo skalkulował koszt danej pozycji w innej pozycji. Z takiej możliwości skorzystało dwóch wykonawców tj. Przystępujący jak i Przedsiębiorstwo Remontu Ulic i Mostów S.A. z Gliwic, a każdy z nich w odmienny sposób. Co ważne obaj wykonawcy swoje wyceny i odpowiedzi poparli odnie-

sieniem do dokumentacji projektowej. Podstawą wyceny były załączone przedmiary, ale najważniejszym dokumentem zawsze jest projekt budowlany. Z analizy odpowiedzi, jakie przedstawili wykonawcy wynika, że zapoznali się z nim szczegółowo i na tej podstawie skalkulowali swoje oferty i złożyli oświadczenie o wykonaniu zamówienia w zakresie rzeczowym za zaoferowaną cenę.

Zapisy SIWZ zabraniały jakiegokolwiek modyfikacji, dlatego kosztorysy ofertowe, które były dołączone wraz z ofertą powinny być tożsame z przedmiarami, na podstawie których dokonano wyceny. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że oferta, w której wpisano w dwóch pozycjach kosztorysu ceny 0,00 zł jest niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SI WZ, a tym samym powinna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający wspomniał że wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty skierowano również do innych wykonawców, którzy rozliczyli pozycje 1.5 i 1.6 w ramach innych pozycji.

Przykładowo Przedsiębiorstwo Remontu Ulic i Mostów S.A. z Gliwic, również w odmienny sposób skalkulowało zabezpieczenie wykopów, a w udzielonej odpowiedzi wyjaśniono, że:

Wykonawca wpisał pozycje zerowe, ponieważ zgodnie z SWZ rozdział III Opis przedmiotu zamówienia „Zamawiający wymaga, aby w przypadku ujęcia ceny danej pozycji w innej wpisać 0, 00 Wykonawca wyceniając ww. kosztorys tj. kanalizacja grawitacyjna i tłoczna pozycje zatytułowane wbijanie ścianek szczelnych i wyciąganie ścianek szczelnych, po analizie dokumentacji projektowej oraz odbytej wizji w terenie skalkulował ww. pozycje w mb wykonania kanału grawitacyjnego oraz przepompowni tłocznej.

Pozycje 1.5 i 1.6 (grawitacja) skalkulował w mb wykonania kanału z rur Pj/Cfi 200 i fi 250 — pozycje 1.22 i l. 23;

Pozycje 1.2 do 1.5 (tłoczna) skalkulował w pozycji przepompownia ścieków pozycje 1.8 do 1.9.

W opinii zamawiającego odwołujący nie był zainteresowany uzyskaniem ww wyjaśnień, ze względu na kwotę oferty Wykonawcy PRUiM, która była wyższa i znajdowała się na dalszej pozycji w rankingu ofert, natomiast wskazuje zupełnie odmienne podejście wykonawcy do wyceny robót związanych z zabezpieczeniem wykopów, które w żaden sposób nie jest negocjowaniem ani zmianą treści oferty, lecz rzetelnym podejściem do przygotowania wyceny.

W związku z powyższym wszelkie wyjaśnienia oraz uzyskane w toku prowadzonej korespondencji informacje od przystępującego, z całą pewnością nie były negocjowaniem oferty. Przystępujący na żadnym etapie wyjaśnień nie zmienił swojego oświadczenia w zakresie rzeczowym jak i finansowym, co potwierdził stosownymi dowodami.

Zamawiający zauważył, że wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień było uprawnieniem zamawiającego, który realizując zamówienie publiczne oraz roboty budowlane musi mieć pewność, że zostaną wykonane należycie zwłaszcza zgodnie z przepisami prawa bu-

dawalnego i BHP, dlatego też zamawiający dążył do szczegółowych wyjaśnień dotyczących zabezpieczenia wykopów.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający badał ofertę przystępującego oraz wstępne oświadczenie JEDZ, w którym przystępujący oświadczył, że nie podlega wykluczeniu, co potwierdziły dokumenty przesłane zamawiającemu na podstawie wezwania z art. 26 ust 1 ustawy, w tym oświadczenie przystępującego o braku prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Stwierdzenie odwołującego, że „Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań zmierzających do wyjaśnienia powyższej kwestii pomimo zaistnienia możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę Technical Solutions sp. z o.o. ” jest bezpodstawne i zupełnie chybione.

To odwołujący formułując taki zarzut wykazał się zupełnym brakiem profesjonalizmu, gdyż nie ma żadnej wiedzy w jaki sposób zamawiający weryfikuje oferty i oświadczenia składane w ramach postępowania, ponadto on sam nie wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentów jakie przekazał Wykonawca Technical Solutions na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. Jeżeli odwołujący ma konkretne dowody na to, że zamawiający powinien wykluczyć, któregokolwiek z wykonawców to powinien je przedstawić w treści odwołania, a nie opierać się na domysłach lub wyroku KIO, który dotyczył innej sprawy.

Ponadto zamawiający informuje, że analizował przytoczony wyrok z dnia 19 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1335/17 i z jego treści wynika, że Wykonawca Technical Solutions został wykluczony z powodów wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 8 tj., który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, co podtrzymała Izba, jednak jak wskazała w uzasadnieniu wykluczenie powinno nastąpić z powodu niewystarczających dowodów w procedurze self-cleaningu.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż w ocenie składu orzekającego Izby to nie sam fakt zalegania z płatnościami w podatkach winien być podstawą wykluczenia, ale brak skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning przez odwołującego.

Jednocześnie z wyroku nie wynika jaka była wysokość zadłużenia ani okres na jaki Wykonawca Technical Solution podpisał ugodę w celu spłaty zadłużenia, więc domniemywanie przez odwołującego, że wykonawca nadal podlega wykluczeniu jest zbyt daleko idącym wnioskiem, który nie ma poparcia w dowodach.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że podstawa odrzucenia oferty, opisana w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy na którą powołuje się odwołujący zarzucając jej naruszenie przez zamawiającego nie dotyczy trybu przetargu nieograniczonego, w którym prowadzono postępowanie będące przedmiotem odwołania. a dotyczy wyłącznie trybów dwuetapowych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. siwz, wyjaśnień i modyfikacji siwz wraz z załącznikami, oferty przystępującego, wezwania w trybie art. 87 ust. 1 z dnia 16 marca 2021 r., odpowiedzi z dnia 18 marca 2021 r., wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i udzielonej odpowiedzi wraz z dowodami, ponownego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i udzielonej odpowiedzi.

Na podstawie SIWZ Izba ustaliła:

ROZDZIAŁ III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

UWAGA 2

Przedmiar robót stanowi podstawę do wyceny, przy wycenie robót należy uwzględnić wszystkie prace w nim ujęte, również te, które nie zostały wyszczególnione w dokumentacji projektowej.

Cenę oferty brutto będzie stanowić kwota wyliczona na podstawie przedmiarów robót budowlanych, które Zamawiający udostępnia w formacie ath,

Zamawiający wymaga aby:

- a) kosztorys ofertowy sporządzić metodą uproszczoną wg załączonego przedmiaru robót z podaniem ilości, ceny jednostkowej i wartości dla każdej pozycji.
- b) na stronie tytułowej należy podać nośniki cenotwórcze (narzuty). Dopuszcza się złożenie kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową.
- c) Wypełnić wszystkie pozycje kosztorysowe. W przypadku ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji, należy wpisać 0,00.
- d) Wypełnić kosztorysy bez dokonywania jakichkolwiek zmian w opisie, nazwach pozycji, jednostkach miary i ilościach.
- e) Należy zachować kolejność pozycji zgodnie z załączonymi przedmiarami.
- f) Sporządzić oddzielne kosztorysy dla każdej branży.
- g) Ceny jednostkowe muszą zwierać wszystkie składniki cenotwórcze.

Zamawiający informuje, że odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ w przypadku, gdy stwierdzi:

- a) usunięcie pozycji przedmiarowej,
- b) zmieniony przedmiar robót, który jest niezgodny z wymaganym przez Zamawiającego.
- c) wycenę na nieaktualnym przedmiarze w przypadku zmiany treści SIWZ.

Ponadto zamawiający informuje, że w przypadku braku ceny jednostkowej, w którejkolwiek pozycji przedmiaru, uzna ją jako pozycję, za którą Wykonawca nie wymaga wynagrodzenia i będzie ją traktował jako kwotę 0,00 zł

ROZDZIAŁ XXIII. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

1. Ostateczną ceną oferty jest cena kosztorysowa brutto wynikająca z zakresu przedmiotu zamówienia oraz zapisów SIWZ. Kosztorys podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym w wersji uproszczonej należy dołączyć do oferty.
2. Wykonawca w ramach wynagrodzenia wykona wszelkie prace zależne, które mogą nie wynikać z ww. dokumentów, a bez których nie można wykonać całości przedmiotu zamówienia.
3. Wykonawca powinien na podstawie własnego doświadczenia określić wszystkie koszty mogące wystąpić podczas realizacji przedmiotu zamówienia.
4. Skalkulowaną cenę brutto oferty należy wpisać w formularz Oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) cyfrowo z podaniem zastosowanej przez Wykonawcę stawki podatku VAT. Cena oferty powinna być podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
5. Cena ofertowa musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z zapisów SIWZ i jej załączników, jak również w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.
6. Rozliczenia między Wykonawcą a Zamawiającym będą następowały w złotych polskich, po rzeczywistym zrealizowaniu zakresu zamówienia.
7. Płatność za wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi fakturami częściowymi w ciągu 30 dni licząc od daty złożenia faktury w siedzibie Zamawiającego po dokonaniu odbioru przedmiotu umowy przez Zamawiającego.
8. Warunki płatności i rozliczeń zawarto we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ.
9. Faktury Wykonawca winien „wystawić” na: Gmina Świerklaniec, 42-622 Świerklaniec, ul. Młyńska 3, NIP: 645-253-83-56.
10. Wykonawca sam w oparciu o obowiązujące przepisy ustala stawkę należnego podatku od towarów i usług - VAT.

Przedmiar robót

Budowa: Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej

Nazwa obiektu lub robót: Kanalizacja sanitarna grawitacyjna - Zadanie 4

1.5 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

1.6 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

1.7 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyladowczymi do 1`km, koparka 0,60`m3, grunt kategorii III - odwóz na tymczasowe składowisko

Przedmiar robót

1.5 KNR 906/101/2 ST-01 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

Wyliczenie ilości robót:

$(67,00+71,50+65,50+410,50+99,50)*2$ 1 428,000000

RAZEM: 1 428,000000 m 1 428,000

1.6 KNR 906/102/2 ST-01 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III m 1 428,00

1.7 KNR 201/206/4 (2) ST-01 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyladowczymi do 1`km, koparka 0,60`m3, grunt kategorii III - odwóz na

tymczasowe składowisko

Wyliczenie ilości robót:

$67,00*1,00*5,36$ 359,120000

$71,50*1,00*5,12$ 366,080000

$65,50*1,00*5,08$ 332,740000

$410,50*1,00*4,94$ 2 027,870000

$2,20*2,20*5,15*36$ 897,336000

RAZEM: 3 983,146000 m3 3 983,146

Przedmiar robót

Budowa: Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej

Nazwa obiektu lub robót: Kanalizacja sanitarna tłoczna - Zadanie 4

1.3 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

1.5 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

1.3 KNR 906/101/2 ST-01 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III

Wyliczenie ilości robót:

$(5,00+5,00)*2$ 20,000000

RAZEM: 20,000000 m 20,000

1.5 KNR 906/102/2 ST-01 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6`m, grunt kategorii III m 20,00

W wyjaśnieniach treści z dnia 20 stycznia 2021 r. na pytanie 2 zamawiający odpowiedział, że nie wymaga jednakowych składników cenotwórczych we wszystkich kosztorysach.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 5 lutego 2021 r. zamawiający poinformował, że załączył nowe przedmiary dla branży teletechnicznej i sanitarnej, gdyż wskazano błędną wartość w poz. 1.5. Wartość tej pozycji powinna być równa poz. 1.6 i wynosić 1428m

W wyjaśnieniach z 16 lutego 2021 r. zamawiający wyjaśnił, że wskazane w zapytaniach różnice wynikają z ustawień w programach do kosztorysowania. Ofertę należy przygotować przyjmując wartości z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający nadto wyjaśnił, że sposób wykonania i zabezpieczenia wykopów oraz przyjęta technologia ich wykonania należy do obowiązków wykonawcy, który jest zobowiązany do opracowania projektu technologii zabezpieczeń.

Oferta przystępującego:

Kosztorys:

KOSZTORYS OFERTOWY

NAZWA INWESTYCJI : Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie Gminy Świerklaniec -etap III

BRANŻA : KANALIZACJA SANITARNA

1.1.5 KNR 9-06 0101-2 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6· m, grunt kategorii III m 1 428,00 0,00 0,00

1.1.6 KNR 9-06 0102-2 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6· m, grunt kategorii III m 1 428,00 0,00 0,00

1.1.7 KNR 2-01 0206-4 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyladowczymi do 1·km, koparka 0,60·m3, grunt kategorii III - odwóz na tymczasowe składowisko m3 3 983,15 92,00 366 449,80

KOSZTORYS OFERTOWY

NAZWA INWESTYCJI : Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie Gminy Świerklaniec -etap III

BRANŻA : KANALIZACJA SANITARNA TŁOCZNA

1.3 KNR 9-06 0101-2 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6· m, grunt kategorii III m 20,00 1 050,00 21 000,00

1.5 KNR 9-06 0102-2 Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6· m, grunt kategorii III m 20,00 450,00 9 000,00

W dniu 16 marca 2021 r zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień wskazując, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy dotyczącym budowy sieci kanalizacji sanitarnej w pozycjach 1.5 Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6m, grunt kategorii III w ilości 1428,000m oraz 1.6. Wyciąganie ścianek szczel-

nych stalowych z grodziec wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6m, grunt kategorii III w ilości 1428,00 m wskazano pozycje zerowe,

W związku z powyższym zamawiający prosił o wyjaśnienie w jaki sposób wykonawca wykona prace opisane w wyżej wymienionych pozycjach.

W dniu 18 marca 2021 r. przystępujący odpowiedział:

1.W poz. 1.5 i 1.6 wpisano cenę jednostkową 0,00 gdyż wartość prac tych pozycji ujęto w pozycji 1.7, co jest zgodne z wymogami SIWZ (Rozdział III punkt c)

2.Prace ujęte w tych pozycjach zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją projektową i wymogami STWiORB

W dniu 30 marca 2021 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty. Zaoferowana cena oferty tj. 26 446 716,13 zł brutto znacząco odbiega od wartości kosztorysu ofertowego oraz kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. 35 860 566,22 zł brutto. W związku z powyższym proszę o przedstawienie wyliczeń w zakresie:

1. Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa 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 (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

2. Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów

3. Wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4. Wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5. Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,

Dowodami potwierdzającymi zaproponowaną cenę mogą być w szczególności: kopie ofert podwykonawców na wykonanie poszczególnych robót budowlanych o ile zostali przewidziani w realizacji kontraktu, oferty na materiały budowlane, kopie umów na zakup paliwa, wykaz posiadanych maszyn lub narzędzi, wykaz wykwalifikowanej kadry itp.

Zamawiający oczekiwał rzetelnego przedstawienia kalkulacji zaoferowanej ceny, która zostanie poparta dowodami.

Ponadto udzielona odpowiedź w dniu 18.03.2021 r. dotycząca pozycji zerowej w pozycjach 1.5 i 1.6 oraz jej ujęcia w pozycji 1,7 kosztorysu branży sanitarnej (grawitacja) była zbyt ogólnikowa i lakoniczna.

Z analizy kosztorysów wynika, że tożsame pozycje ujęto w kosztorysie branży sanitarnej (kanalizacja tłoczna) tj. pozycje 1.3 oraz 1.5 gdzie ceny zostały skalkulowane odpowiednio na poziomie: pozycja 1.3 wbijanie ścianek kwota 1 050,00 zł netto oraz pozycja 1.5 wyciąganie ścianek kwota 450,00 zł netto. W związku z powyższym w kosztorysach brak jest konsekwencji w wycenie tożsamych pozycji, a wskazanie pozycji 1.7 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowładowczymi do 10 km, koparka grunt kategorii III - odwóz na tymczasowe składowisko w kwocie 92,00 zł netto w opinii zamawiającego jest wartością błędną,

Analogicznie stosując ceny przyjęte w kosztorysie kanalizacji sanitarnej tłocznej, wartość pozycji w kosztorysie kanalizacji grawitacyjnej powinna wynosić 1.5 — 1 499 400,00 netto (142 311 050,00) oraz w pozycji 1.6 — 642 600,00, które łącznie wynoszą 2 142 000 zł netto, jednak zamawiający nie miał pewności ani wiedzy, które kwoty przedstawione w poszczególnych kosztorysach są prawidłowe, a wybór oferty odbywa się na podstawie oświadczenia woli wykonawcy a nie na domysłach zamawiającego.

Celowe zaniżanie cen jest przejawem nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców zaś lekkomyślne lub niedbałe przedstawianie informacji wprowadza zamawiającego w błąd, który może skutkować podjęciem błędnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy.

W dniu 1 kwietnia 2021 r. przystępujący w spornym zakresie wyjaśnił, że zgodnie z Projektem Wykonawczym Branża sanitarna STWIOR pkt. 5.5 to wykonawca decyduje o sposobie umocnienia wykopów, co potwierdził zamawiający w pytaniach i odpowiedziach (z dnia 16.02.2021r.). Z analizy przedmiarów i dokumentacji technicznych udostępnionych przez zamawiającego wynika, że pozycja 1.5 i 1.6 kosztorysu ofertowego -kanalizacja sanitarna grawitacyjna (ścianki szczelne 1428m) dotyczy zabezpieczeń wykopu na odcinku B7 - B13, D4 - E5, C4-D5, P6-J41. Wykopy do tych odcinków są określone w pozycji 1.7.

Wykonawca w swojej ofercie zaplanował wykonanie w/w wykopu z zabezpieczeniem szalunków typu boksowego z ewentualnym rozkopem. W związku z tym kalkulacja pozycji 1.7 gdzie cena jednostkowa wynosi 92,00 zł obejmuje nieprzewidziane roboty zabezpieczające, ponieważ Spółka miała do tego prawo zgodnie z zapisami SIWZ. Dla porównania w załączeniu przesyłał kalkulację ceny pozycji 1.7, gdzie cena jednostkowa wynosi: 44,87 zł/m³ za roboty ziemne, w która nie obejmuje nieprzewidzianych robót zabezpieczających.

W kosztorysie dot. kanalizacji sanitarnej tłocznej, wykonawca przyjął technologię zabezpieczenia wykopu dla montażu pompowni jako ścianki szczelnej, dlatego też ceny zostały inaczej skalkulowane.

Jako dowód powołał kalkulację jednostkową ceny pozycji 1.7

W dniu 7 kwietnia 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dalszych wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty. Wskazał, że w dniu 01.04.2021 r. wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, w których min. wyjaśnił w jaki sposób zamierza realizować i rozliczać pozycje 1.5 i 1.6 kosztorysu branży sanitarnej (grawitacja) W wyjaśnieniach wskazano, że ww pozycje będą realizowane z pomocą szalunków typu boksowego z ewentualnym rozkopem i rozliczane będą pozycją 1.7. W związku z powyższym zamawiający wzywał do szczegółowego wyjaśnienia na czym polega różnica pomiędzy zaproponowanym systemem zabezpieczeń polegającym na zastosowaniu szalunku boksowego od tego przewidzianego w dokumentacji projektowej — wbijanie i wyciąganie ścianek.

Ponadto o wskazanie szczegółów technicznych boksów (wymiary) w odniesieniu do głębokości wykopów przewidzianych w dokumentacji, które w pozycji 1.7 wynoszą do 5,36m. W jaki sposób będzie zabezpieczony wykop powyżej boksów oraz jakiej szerokości ma być ewentualny rozkop przy zakładanej głębokości wykopu. Zamawiający poinformował, że nie wskazuje sposobu umocowania wykopu, jednak wbijanie i wyciąganie ścianek ma na celu ograniczenie szerokości rozkopu, a tym samym ograniczenie kosztów związanych z transportem urobku, jego składowaniem oraz ponownym załadunkiem i zasypaniem rozkopu.

Powyższe informacje były niezbędne dla zamawiającego w kontekście bezpieczeństwa w trakcie prowadzenia robót zarówno pracownikom firmy jak i osobom prowadzącym nadzór oraz przedstawicielom inwestora.

Jednocześnie poinformował, że pozycja 1.7 kosztorysu - KNR 201/206/4 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyładowczymi do 10 km, koparka 0,60m³, grunt kategorii III - odwóz na tymczasowe składowisko, nie zawiera kosztów zabezpieczeń, dlatego zamawiający wymagał jednoznacznego wskazania czy pozycja 1.7 kosztorysu ofertowego wykonawcy zawiera również koszt montażu i demontażu boksów czy tylko wykop z ewentualnym nieprzewidzianym zabezpieczeniem jak wskazano w piśmie, W przypadku gdy koszt montażu i demontażu boksów nie został ujęty w pozycji 1.7 to zamawiający nie dopuszczał zmiany kalkulacji, a co za tym idzie ceny złożonej oferty.

W dniu 9 kwietnia 2021 r. przystępujący wyjaśnił, że:

Twierdzenie zawarte w piśmie zamawiającego, że w dokumentacji projektowej przewidziano zastosowanie zabezpieczeń wykopów poprzez wbijanie i wyciąganie ścianek szczelnych nie znajduje pokrycia w udostępnionej wykonawcom dokumentacji projektowej oraz w odpowiedziach na pytania.

Na etapie wyceny przewidziano zabezpieczenie wykopów za pomocą metalowej obudowy typu boksowego (np. typ SBH lub Orzeł i inne typu ciężkiego), które można zastosować do głębokości 6m. Zdaniem przystępującego metoda typu boksowego jest metodą tańszą, bezpieczniejszą i bardziej uniwersalną, albowiem można do jej zastosowania (montaż i demon-

taż) wykorzystać sprzęt będący na budowie np. koparkę, a nie jak w przypadku wbijania i wyciągania ścianek potrzebny, a wręcz niezbędny jest specjalistyczny sprzęt wraz z wysoko wykwalifikowaną obsługą. Wspomniał o negatywnym i trudnym do przewidzenia wpływie i skutkach działania drgań pochodzących od wibromłotu na znajdującą się w sąsiedztwie infrastruktury podziemną jak i naziemną.

Ad2. "Wezwanie do wskazania szczegółów technicznych boksu (wymiary) w odniesieniu do głębokości wykopów przewidzianych w dokumentacji technicznych oraz wskazanie ewentualnego rozkopu przy zakładanej głębokości wykopu"

Do zabezpieczenia wykopu przystępujący stosuje szalunki pogrążalne typu ciężkiego. Biorąc pod uwagę projektowane głębokości stosuje płytę podstawową a następnie dobiera nadstawki do wymaganej głębokości mając na uwadze i przestrzegając szczegółowo instrukcję montażu danego producenta boksów oraz dbając o bezpieczeństwo pracowników. Przykładowo dla wspomnianej projektowanej głębokości 5,36 m, prace prowadzi w następujący sposób:

- wykop wykonuje do głębokości 2,5 m, stosując szalunek typu C-11 lub C-12, następnie dostawia nadstawkę C21 lub C22 stosując rozkop uzyskując głębokość wykopu 4.0 mb.

Po uzyskaniu tej głębokości stosuje kolejną nadstawkę C21 lub C22 uzyskując możliwość uzyskania głębokości do 5,50mb.

W załączeniu przedstawił przykładowy schemat obudowy wykopu typu ciężkiego wraz z parametrami eksploatacyjnymi ujętymi w tabelach oraz wymiarami boksów o które prosił zamawiający. Proponowana przez przystępującego technologia zabezpieczenia wykopu jest najtańszą z możliwych dostępnych.

Ad.3. "Zamawiający wymaga jednoznacznego wskazania, czy pozycja 1.7 kosztorysu ofertowego zawiera również koszt montażu i demontażu boksu"

Przystępujący oświadczył, że koszt montażu i demontażu boksu jest zawarty w pozycji 1.7 kosztorysu ofertowego.

Załącznik: Schemat przykładowej obudowy typu ciężkiego

Z wyroku Izby z dnia 19 lipca 2017 w sprawie sygn. akt KIO 1335/17 wynika, że ówczesny zamawiający jako fakultatywną podstawę wykluczenia z postępowania przewidział przypadek, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 - tj. zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Technical Solutions przyznał, że na dzień złożenia oferty zalegał z zapłatą podatku od środków transportowych, jednakże w dniu 25 maja 2017 r. złożył wniosek do organu podatkowego o rozłożenie na raty zadłużenia z tytułu podatku był w trakcie postępowania przed organem podatkowym mającym na celu zastosowanie wobec niego ulgi podatkowej w postaci rozłożenia podatku na raty i odroczenia terminu płatności. Mając na uwadze zaleganie z zapłatą podatku od środków transportowych, wykazał ten fakt w treści załącznika nr 3 do SWIZ przedstawiając jednocześnie zaistniały stan faktyczny sprawy oraz dowody, które jego zdaniem były wystarczające do wykazania jego rzetelności. W dniu 16 czerwca 2017 r. Prezydent Miasta Kędzierzyn-Koźle wydał decyzję rozkładającą na raty zadłużenie podatkowe przystępującego. O uzyskaniu decyzji w sprawie zaległości podatkowej, ówczesny zamawiający został poinformowany pismem datowanym na dzień 21 czerwca 2017 r.

Zamawiający w dniu 26 czerwca 2017 roku, pismem z dnia 23 czerwca 2017 r., poinformował o wykluczeniu przystępującego z postępowania.

Izba mając na uwadze tak ustalony przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1335/17 stan faktyczny, uznała, że przepis art. 24 ust. 7 ustawy nie przewiduje wykluczenia wykonawcy na dłuższy okres czasu z ubiegania się o zamówienia publiczne w związku z wykluczeniem w konkretnym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Tym samym eliminacja wykonawcy na podstawie tej przesłanki fakultatywnej dotyczy tylko konkretnego postępowania, w którym zaistnienie tej przesłanki zostało stwierdzone, w konsekwencji Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, że wobec przystępującego zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania, z uwagi na zaległości w opłatach fiskalnych, a tym samym Izba ustaliła, że złożone w tym postępowaniu oświadczenie przystępującego, o braku zaległości podatkowych odpowiada prawdzie.

Ocena stanu faktycznego dokonana przez Izbę:

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał na kosztorysach ofertowych na stronie tytułowej podać narzuty, nakazał wypełnić wszystkie pozycje, zezwolił na ujmowanie jednej pozycji w drugiej, i wyzerowanie pozycji ujętej, natomiast zabronił dokonywania jakichkolwiek zmian w opisie, nazwach pozycji, jednostkach miary i ilościach i nakazał zachować kolejność pozycji zgodnie z załączonymi przedmiarami.

Zamawiający zamierzał odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ w przypadku, gdy stwierdzi:

- a) usunięcie pozycji przedmiarowej,
- b) zmieniony przedmiar robót, który jest niezgodny z wymaganym przez zamawiającego.

W ocenie Izby tak postawione wymagania wskazują, że nie zależnie od tego czy wykonawca wyceniał daną pozycję, czy też wyceniał ją w innej pozycji, lub wyceniał inną od opisaną w przedmiarze technologię nie mógł ani usunąć pozycji przedmiarowej, ani zmienić jej opisu,

nazwy, ilości. Tym samym nawet jeśli wykonawca od samego początku w pozycji 1.5 i 1.6 w miejsce opisanej tam technologii wbijania i wyciągania ścianek, przewidział zabezpieczenie szalunkiem boksowym, to opis tych pozycji nie mógł być przez niego zmieniony pod rygorem odrzucenia. Z tego należy wywieść wniosek, że nie można ustalić, co przystępujący od samego początku wycenił w ofercie, czy szalunek boksowy czy wbijanie i wyciąganie ścianek, bo i tak opis musiał być niezmienny – wbijanie i wyciąganie, a skoro tak, to wadliwa jest teza odwołującego, że oświadczenie z 18 marca 2021 r., iż wartość poz. 1.5 i 1.6 została ujęta w poz. 1.7 oznacza wyłącznie zastosowanie technologii wbijania i wyciągania. Tym samym skoro zamawiający nie pozwolił na zmianę opisów pozycji przedmiarowych i tym samym podanie rzeczywistej oferowanej technologii przy jednoczesnym dopuszczeniu jej doboru przez wykonawcę, to pojęcie wbijania i wyciągania ścianek nie świadczy o przyjęciu takiej technologii przez wykonawcę do wyceny, a świadczy jedynie o tym, że wykonawca przewiduje wykonanie zabezpieczeń, w technologii, którą sam dobrał, ale której opisu nie mógł odzwierciedlić w kosztorysie w poz. 1.7.

Izba ustaliła zatem, że skoro wykonawca mógł wycenić jedną pozycję w drugiej, to sam fakt, że występuje kilka pozycji o tym samym opisie nie oznacza, że muszą one być tak samo wycenione.

Izba ustaliła, że przedmiar kanalizacja sanitarna grawitacyjna 1.5, 1.6 i przedmiar kanalizacja sanitarna tłoczna poz.1.3 - mają taki sam opis - Wbijanie i wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodzic wibromłotem głębokość wbicia ścianki do 6 m, grunt kategorii III

Izba ustaliła nadto, że zamawiający nie wymagał jednakowych składników cenotwórczych we wszystkich kosztorysach, stąd błędna jest teza odwołującego, że skoro w obu kosztorysach są te same narzuty, to tak samo opisane pozycje muszą być tak samo wycenione. Nadto Izba ustaliła, że zamawiający wskazał, iż sposób wykonania i zabezpieczenia wykopów oraz przyjęta technologia ich wykonania należy do obowiązków wykonawcy, który jest zobowiązany do opracowania projektu technologii zabezpieczeń.

Tym samym zamawiający ani nie nakazał, aby sposób zabezpieczenia był taki sam we wszystkich kosztorysach, ani nie narzucił technologii zabezpieczenia.

Izba wzięła także pod uwagę, że w zakresie udzielonych przez przystępującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 przystępujący nie wypowiedział się jaki sposób zabezpieczenia przewidział w poz. 1.5 i 1.6, których koszt ujął w poz. 1.7, wskazał tylko, że koszt tych pozycji jest wliczony w cenę poz. 1.7.

W wezwaniu do wyjaśnień ceny zamawiający wezwał wykonawcę do wskazania sposobu zabezpieczenia i przystępujący nadal twierdząc, że koszt ten ujął w poz. 1.7. wskazał technologię w jakiej wykona zabezpieczenie.

Zamawiający poznając technologię wykonania powziął dalsze wątpliwości, co do ujęcia w cenie kosztu montażu i demontażu boksu, a przystępujący zapewnił go, że ten koszt ujął w poz. 1.7

W ocenie Izby przystępujący konsekwentnie twierdzi, że poz. 1.5. i 1.6 ujął w poz. 1.7 - to oświadczenie nie zostało zmienione. Zamawiający nie nakazał w żaden sposób ujawniać na etapie ofertowania jaką technologię przyjęli wykonawcy dla wykonania zabezpieczeń, a jednocześnie dopuścił, że nie musi być ona taka, jaką przewidział zamawiający. Tym samym kosztorys ofertowy z uwagi na to, że zamawiający nie zezwolił na zmianę opisu pozycji, zezwalając jednocześnie na dobór technologii, nie był źródłem wiążących oświadczeń o rodzaju przyjętej technologii. Tym samym wykonawca mógł wyjaśnić, zamawiającego, jaką technologię zastosuje, a zamawiający mógł badać czy taka technologia jest możliwa do wykonania za zaoferowaną cenę. Izba wzięła pod uwagę oświadczenia zamawiającego i odwołującego, co do tego, że obie technologie mogą okazać się niemożliwe do realizacji w trakcie wykonywania umowy. Przystępujący wskazywał na ryzyko wibracji mogących powodować uszkodzenia konstrukcji budynków przy technologii z zastosowaniem wibromłotu, a odwołujący wskazywał na niebezpieczeństwo osłabienia fundamentów w przypadku nadmiernego zbliżenia się rozkopów dla zabezpieczenia szalunkiem boksowym do fundamentów budynków. Tym samym obie technologie mogą okazać się niemożliwe do zastosowania w toku realizacji inwestycji na pewnych jej fragmentach, co w ocenie Izby stanowi ryzyko wykonawcy przy doborze technologii zabezpieczeń. Jednak nie świadczy o niezgodności oferty z treścią siwz. Tym samym Izba uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła, że skoro zamawiający przez zakaz zmiany opisu pozycji dopuścił możliwość zaoferowania przy niezmienionym opisie innej technologii, to nie można obecnie skutecznie postawić zarzutu, że wykonawca dokonał zmiany technologii (skoro nie mógł jej ujawnić, to nie można ustalić jaka rzeczywiście była), a tym samym nie można zarzucić wykonawcy wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty w efekcie czego umożliwiono wykonawcy - Technical Solutions Sp. z o.o. zmianę oferty złożonej w toku postępowania

Zarzut nie potwierdziła się. W ocenie Izby przystępujący wskazując na wezwanie zamawiającego, że wartość poz. 1.5 i 1.6 ujął w pozycji 1.7 nie określił jaką technologię zastosuje. Przeciwnie odniósł się wyłącznie do tego, gdzie ujął koszty wykonania tych pozycji. Sam odwołujący przyznał, że zamawiający prawidłowo pytał wykonawcę, co do sposobu ujęcia poz. 1.5 i 1.6 wobec ich wyceny na wartość 0,00zł. Tym samym wezwaniem skierowanym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy zamawiający nie prowadził do negocjacji treści oferty. W ocenie Izby przystępujący nie odczytał wezwania zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy jako wezwania o zastosowaną technologię, ale o sposób kalkulacji oferty. Potwierdza to treść wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, w których przystępujący zaprzecza jakoby przyjął technologię wbijania i wyciągania ścianek wibromłotem i powołuje się na postawienia siwz, które zezwalały mu samodzielny dobór technologii. Izba oceniła, że wykonawca dopiero 1 kwietnia 2021 przedstawił zamawiającemu jaki rodzaj zabezpieczenia przyjął do kalkulacji ceny oferty, jednak w ocenie Izby to nie oznacza, że tę technologię zmienił na wezwanie zamawiającego, gdyż wobec braku możliwości zmiany opisu pozycji przedmiarowej nie miał szansy na etapie ofertowania wskazać zamawiającemu, że w poz. 1.5 i 1.6 zamierza zastosować technologie szalunku boksowego bez narażania się na odrzucenie oferty z uwagi na zmianę opisu pozycji kosztorysowej. Z tego względu Izba oceniła, że nie można ustalić czy doszło do zmiany technologii, a tym samym do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions Sp. z o.o., mimo że jej treść jest sprzeczna z SIWZ, z uwagi na brak wyceny pozycji 1.5 i 1.6 w kosztorysie kanalizacji sanitarnej, mimo iż, zamawiający w SIWZ wymagał, by w kosztorysie ofertowym stanowiącym element oferty były wypełnione wszystkie pozycje kosztorysowe

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzut oparty jest o założenie odwołującego, że przystępujący pierwotnie w ofercie zamierzał wykonać zabezpieczenie przez wbijanie i wyciąganie ścianek z użyciem wibromłota, natomiast tezy tej nie da się potwierdzić, ani jej zaprzeczyć, z uwagi na zakaz zmiany opisu pozycji przedmiarowych. Tym samym nie można ustalić, że przystępujący w poz. 1.7 nie wycenił zabezpieczenia, a w konsekwencji nie można ustalić, że nie zostały wypełnione wszystkie pozycje kosztorysowe. Odwołujący

wykazał bowiem jedynie, że nie jest możliwe, aby w poz. 1.7. mieściło się wykonanie zabezpieczenia metodą wbijania i wyciągania z zastosowaniem cen jednostkowych z poz. 1.3 i 1.5 kanalizacji tłocznej, natomiast odwołujący nie podjął próby wykazania, że w cenie jednostkowej 92zł./m² nie da się wykonać wykopów i ich zabezpieczenia metodą szalunku bokowego.

Z tego względu Izba nie ustaliła, że wykonawca przystępujący nie wycenił wszystkich pozycji kosztorysowych i zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Technical Solutions Sp. z o.o. mimo przedstawiania w toku postępowania sprzecznych informacji dotyczących treści jego oferty, czym wprowadził w błąd zamawiającego, a które to informacje miały elementarny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ponownie zwraca uwagę, że skoro zamawiający dopuścił zmianę technologii zabezpieczenia i nie dopuścił zmiany opisu przedmiaru, to w pewnym stopniu założył fikcję, iż wykonawcy zaoferują inną niż opisana w poz. 1.5. i 1.6 technologię zabezpieczenia, ale zastosują opis technologii ujętej w przedmiarze, tym samym nie można ustalić, że wykonawca podał zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, skoro zamawiający sam taką możliwość w siwz przewidział. Natomiast, co do wprowadzenia w błąd w związku z oświadczeniem o niezaleganiu w płatnościach podatkowych, to jak ustaliła Izba przystępujący w 2017r. popadł w zaległość przy zapłacie podatku, ale wystąpił o rozłożenie tej zaległości na raty i taką decyzję uzyskał. Został wprawdzie wykluczony z tego powodu z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale przesłanka fakultatywna z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy nie skutkuje w świetle art. 24 ust. 7 ustawy wykluczeniem wykonawcy z przyszłych postępowań w dłuższej perspektywie czasowej. Takie wykluczenie dotyczy konkretnego postępowania, w którym zamawiający zdecydował się na stosowanie wykluczenia fakultatywnego i wykonawcy wykazał zaległość, a wykonawca skutecznie nie dokonał samooczyszczenia. Oznacza to, że odwołujący nie może w tym postępowaniu za pomocą wykluczenia z postępowania z 2017 r. skutecznie wykazać, że zamawiający został wprowadzony w błąd, co do braku zaległości podatkowych. Odwołujący zatem nie wykazał, że oświadczenie przystępującego było nieprawdziwe i wprowadzało w błąd zamawiającego. Tym samym zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty w Technical Solutions Sp. z o.o., tj. wykonawcy, który podlegał odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma zastosowania do trybu przetargu nieograniczonego. Rację ma przystępujący, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ma zastosowanie do postępowań wieloetapowych. W tym przypadku miałby zastosowanie art. 24 ust. 4 ustawy, nie mniej jednak Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z tym zarzut także należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

Zarzut należało oddalić. Zarzut oparty był na stanowisku, że zasadne są zarzuty rozstrzygnięte powyżej, skoro żaden z nich nie potwierdził się, to również nie został wykazany zarzut z art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:.....