

WYROK
z dnia 24 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31- 588 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów,**

przy udziale wykonawcy **Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego spełniania warunku doświadczenia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej, wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia, jaki zakres zamówienia spółka TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. zamierza powierzyć do wykonania swoim podwykonawcom, a w razie uzyskania odpowiedzi, że jest to zakres zbieżny choćby częściowo z zakresem, który TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. ma obowiązek wykonać osobiście, nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k. do dokonania czynności, o których mowa w art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonanie oceny spełniania przez przystępującego warunku doświadczenia i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31- 588 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów**, na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31- 588 Kraków**, kwotę **24379 zł 20 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, noclegu i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Małachowskiego od ul. Mościckiego do ul. 3 Maja – zadanie 2.8.3.”, nr referencyjny: UE/JRP/B/316/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22.05.2020 r., nr 2020/S 099-238194.

Pismem z dnia 19.08.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k.

W dniu 28 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31- 588 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z Rozdziałem XI pkt 14 SIWZ, Rozdziałem XIII pkt 2, 8, 9 i 10 SIWZ, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), polegającą w szczególności na sporządzeniu przez Silesia Invest kosztorysu ofertowego w zakresie „Trakcji” sprzecznego z siwz, w tym nieuwzględnienie wymaganej przez zamawiającego w przedmiarze wartości „krotność”, co miało bezpośredni wpływ na cenę oferty, a także spowodowało brak możliwości porównania oferty Silesia Invest z ofertami złożonymi przez innych wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, gdyż zawierała ona błędy w obliczeniu ceny oferty oraz poszczególnych cen jednostkowych, których nie da się usunąć z uwagi na nieuwzględnienie przez Silesia Invest w kosztorysie dotyczącym Trakcji, wymaganej przez zamawiającego wartości „krotność”,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu i uznanie, że Silesia Invest wykazała spełnienie przesłanki udziału w postępowaniu wskazanej w Rozdziale V punkt II ppkt 2 lit. a SIWZ, pomimo, iż podmiot, na którego zasobach polega Silesia Invest będzie korzystał z dalszych podwykonawców przy wykonaniu zadania i nie będzie osobiście realizował robót, w zakresie posiadanego doświadczenia, co jest sprzeczne z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp,

4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo iż udzielenie zamówienia temu podmiotowi nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł w szczególności, co następuje.

Błędnie sporządzony kosztorys ofertowy – sprzeczność oferty z siwz.

„Należy podkreślić, że Zamawiający w sposób szczegółowy przewidział sposób sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaznaczając, że muszą one być sporządzone na podstawie przedmiarów stanowiących załącznik do SIWZ i muszą być zgodne z owymi przedmiarami. (...) Zamawiający w SIWZ wyraźnie wprowadził wymóg opracowania kosztorysu ściśle według przekazanego przedmiaru oraz zawarł w treści SIWZ postanowienia limitujące odstępstwa od przedmiaru robót, wskazując w Rozdziale XIII punkt 10, że Wykonawca nie może sam wprowadzać żadnych zmian do pozycji przedmiarów z wyjątkiem sytuacji gdy uszczegółowienia lub zmiany pozycji zostaną wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców. (...)”

Zgodnie z opublikowanym przez Zamawiającego przedmiarem, kosztorys ofertowy w zakresie Trakcji powinien zawierać w szczególności kolumnę określającą ilość, krotność i jednostkę, na podstawie których winna być określona cena jednostkowa i wartość każdej z pozycji. (...)”

W kosztorysie sporządzonym przez Silesia Invest w zakresie Trakcji pominięto w ogóle kolumnę dotyczącą krotności opierając wyliczenia wyłącznie na wskazaniu jednostki i ilości (...) Jest to bardzo istotne uchybienie, albowiem pominięcie tej kolumny w rezultacie powoduje niezgodność sporządzonej oferty z SIWZ, który wyraźnie przewidywał, iż kosztorys musi zostać sporządzony na podstawie przedmiaru. Sporządzona przez Silesia Invest oferta z uwagi na nieuwzględnienie w niej współczynnika „krotność” jest więc sprzeczna z SIWZ oraz nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi przez pozostałych Wykonawców. (...)”

Silesia Invest dokonała innego opisu pozycji niż wskazany w przedmiarze, w sposób zupełnie dowolny dodając do opisu niektórych pozycji kosztorysu „krotność”, pomimo, iż nie znajdował się on w opisach pozycji w przedmiarze. Wskazuję, iż w kosztorysie Silesia Invest w zakresie Trakcji, w pozycji 1.1.18 do opisu pozycji dodano „krotność = 20”; w pozycji 1.2.6 do opisu pozycji dodano „krotność = 20”, do opisu pozycji 2.2.37 dodano „krotność = 20”. Opis niniejszych pozycji nie jest zgodny z treścią przedmiaru, który nie zawiera współczynnika „krotność” wpisanych jako opis pozycji. Zamawiający wyraźnie wymagał od Wykonawcy by uwzględnił on współczynnik „krotność” jako oddzielną kolumnę sporządzonej tabeli i wykonał kalkulację uwzględniającą przedmiotowy współczynnik w wyliczeniach,

czego Silesia Invest zaniechała, przez co nie da się ustalić sposobu dokonania wyliczenia ceny oferty przez oferenta. (...)

Należy zauważyć, że w przypadku kosztorysu Silesia Invest w zakresie Trakcji, skoro w opisie został zawarty współczynnik „krotność” jednak w tabeli go nie uwzględniono, nie możemy aktualnie stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości, czy wartość przedstawiona przez Wykonawcę dla danej pozycji uwzględnia współczynnik krotności czy nie. Jeśli wartość wyliczona przez Wykonawcę nie zawierałaby elementu krotności to Wykonawca nie uwzględniłby wszystkich składników cenowo twórczych, których uwzględnienia wymagał Zamawiający. Najpewniej, jak wynika z przedstawionych poniżej wyliczeń, Silesia Invest pominął w ogóle współczynnik „krotność” w wyliczeniach. (...)

Analizując kosztorys Silesia Invest w zakresie pozycji 1.1.18 należy zauważyć, że dla pozycji 1.1.18 przyjęto następujące wartości: ilość – 6, cena – 9,44 – wartość 56,64. Wygląda na to, że wartość powstała z działania $6 \times 9,44$, ponieważ: $6 \times 9,44 = 56,64$.

Zamawiający wymagał natomiast wyraźnie dla pozycji 1.1.18, by uwzględniała ona krotność 20. Z powyższego działania nie wynika jednak w żaden sposób by uwzględniało ono współczynnik krotności równy 20 i by wartość została obliczona z uwzględnieniem tego współczynnika. Najpewniej więc wartość nie uwzględnia w ogóle krotności, co jest sprzeczne z przedmiarem przedstawionym przez Zamawiającego i wartość ta powinna zostać jeszcze pomnożona razy krotność 20, by oferta była zgodna z przedmiarem. Jeśli natomiast wartość uwzględnia już krotność, co jest jednak mało prawdopodobnym, to nie da się ustalić rzeczywistej ceny jednostkowej pozycji. Wynagrodzenie wykonawcy ma natomiast charakter kosztorysowy i dokładne określenie ceny jednostkowej pozycji w niniejszym Postępowaniu jest kluczowe i konieczne, bowiem w sytuacji gdy wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym rozliczenia stron opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

Analogiczna sytuacja w przypadku kosztorysu Silesia Invest w zakresie Trakcji zachodzi także w odniesieniu do pozycji: 1.2.6; 1.3.10; 2.2.5; 2.2.6; 2.2.7; 2.2.16; 2.2.30; 2.2.37; 3.1.5; które także nie uwzględniają krotności wymaganej przez Zamawiającego. Powyższy przypadek nie jest więc pojedynczym uchybieniem, ale Silesia Invest w żadnej z pozycji nie zastosowała wymaganego przez Zamawiającego współczynnika krotności. (...)

Ponadto należy zauważyć, że aktualnie mamy do czynienia z sytuacją, w której nie wiemy ze stuprocentową pewnością, czy pozycja przedstawiona przez Silesia Invest w kosztorysie powinna zostać jeszcze pomnożona przez krotność 20, czy też pozycja uwzględnia już krotność w cenie jednostkowej (co nie wynika jednak z obliczeń), ani jaka jest ostateczna cena jednostkowa, a także wartość pozycji. W tym stanie rzeczy nie da się określić jakie elementy zawiera przedstawiona cena, gdyż w opisie zamieszczono współczynnik krotności, który nie wynika jasno z zaprezentowanego działania. W tej sytuacji

Zamawiający mógłby wybrać dwie alternatywne wersje kosztorysu, co za tym idzie nie wiadomo analizując treść kosztorysu jaka winna być ostateczna cena oferty, ani co składa się na podaną przez Silesia Invest cenę, która jest podstawą wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W wyniku tego przedmiotowa oferta jest nieporównywalna z pozostałymi ofertami. (...)

W przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała więc niezgodność z SIWZ zarówno co do formy kosztorysu sporządzonego przez Silesia Invest (brak kolumny krotność), a także co do aspektów merytorycznych oferty i treści kosztorysu, bowiem z przedstawionych wyliczeń wynika, że nie uwzględniają one w ogóle współczynnika krotności przy wyliczeniu wartości pozycji i ostatecznej ceny oferty. Mamy więc do czynienia z niezgodnością zarówno co do formy ale i co do aspektów merytorycznych oferty Silesia Invest. (...)"

Brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

„W zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V punkt II ppkt 2 lit. a SIWZ, Silesia Invest korzysta z zasobów podmiotu trzeciego a to: TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k (dalej jako: „TOR-KAR-SSON”), w związku z czym oferent przedłożył zobowiązanie tego podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów oraz JEDZ TOR-KAR-SSON. Ze złożonych dokumentów nie wynika jednak, iż TOR-KAR-SSON w zakresie, w którym udostępnia doświadczenie rzeczywiście zrealizuje roboty, do realizacji których zdolności te są wymagane. (...)

Analizując treść dokumentów złożonych przez Silesia Invest w zakresie polegania na zdolnościach TOR-KAR-SSON należy wskazać, że co prawda w zobowiązaniu podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów z dnia 02.07.2020 r. złożonym przez TOR-KAR-SSON zamieszczono formułę, iż: „sposób wykorzystania udostępnionych zasobów w zakresie zdolności technicznych lub/i zawodowych będzie polegał na bezpośrednim udziale przy realizacji zamówienia jako podwykonawca” oraz iż: „podmiot, który reprezentuję zrealizuje roboty, budowlane do których zdolności techniczne lub/i zawodowe są niezbędne;”, jednakże złożone w zobowiązaniu oświadczenia nie znajdują pokrycia w pozostałych dokumentach przetargowych, w szczególności w JEDZ TOR-KAR-SSON.

Wskazuję, iż w JEDZ TOR-KAR-SSON na stronie 5 wskazano, że TOR-KAR-SSON, jako podmiot udostępniający zasoby, zobowiązany do wykonania części zamówienia w zakresie, w którym udostępnia zasoby, zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia, co za tym idzie będzie on korzystał z dalszych podwykonawców. (...)

Zgodnie z powyższym, TOR-KAR-SSON ma więc zamiar realizować roboty, do których wykonania posiada niezbędne doświadczenie, przy udziale dalszych podwykonawców. Podmiot nie wskazał jednak na obecnym etapie jakim dalszym podwykonawcom zamierza powierzyć prace, co za tym idzie, nie można zweryfikować ich doświadczenia. (...)

Należy uznać, że pojęcie z art. 22a ust. 4 dotyczące obowiązku „realizacji” przez podmiot trzeci, na którego zasobach polega Wykonawca robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane, oznacza obowiązek samodzielnego wykonania tych zadań bez udziału dalszych podwykonawców. Dalsze podwykonawstwo należy uznać za niedopuszczalne w przypadku, gdy podwykonawca jest jednocześnie osobą trzecią, na której zasoby powołał się wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a które wymagają osobistego zaangażowania w realizację zamówienia.

Wskazuję, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem, na którego zasobach polega musi gwarantować rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu, który powinien faktycznie wykonać prace, co za tym idzie odpowiedni dostęp do doświadczenia podmiotu nie zostanie zapewniony, jeśli podmiot ten będzie korzystał z dalszych podwykonawców, którzy tego doświadczenia nie posiadają. Nawet jeśli TOR-KAR-SSON będzie wykonywał prace jako podwykonawca, ale przy udziale dalszych podwykonawców, to w rzeczywistości nie mamy do czynienia z realizacją robót przez podmiot faktycznie posiadający doświadczenie, a takie rozwiązanie powoduje, że w rzeczywistości to inny podmiot wykonuje zamówienie, a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby. Zatrudnieni dalsi podwykonawcy mogą nie posiadać kwalifikacji wymaganych przez SIWZ, co za tym idzie udostępnione przez TOR-KAR-SSON doświadczenie będzie jedynie pozorne, bo podmiot ten nie zrealizuje osobiście prac w zakresie udostępnionego doświadczenia. Koniecznym natomiast jest zapewnienie rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, sytuację, w której firma TOR-KAR-SSON tj. podwykonawca, na którego zasoby Silesia Invest powoływał się w swojej ofercie, zgłosił chęć powierzenia swojego zakresu dalszym podwykonawcom, którzy najpewniej mogą nie spełniać pisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, należy pochylić się jako próbę obejścia przepisu art. 22a ust. 4 p.z.p. (...)

W związku z powyższym należy uznać, że nie można przyjąć, że Silesia Invest wykazała spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu, w związku z czym Zamawiający winien na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. wykluczyć Silesia Invest z postępowania, czego zaniechał. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Silesia Invest,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy Silesia Invest z postępowania, ew. odrzucenia jego oferty,
- 4) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 03.09.2020 r. wykonawca Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 23 września 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 23 września 2020 r. przystępujący przedstawił też swoje stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Małachowskiego od ul. Mościckiego do ul. 3 Maja” – zadanie 2.8.3, w ramach projektu współfinansowanego z POIiŚ.

W rozdziale V pkt II.2. siwz zamawiający wskazał, że w ramach zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: wykonał w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej 1 zamówienie polegające na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsytkowej o długości min. 200 mtp,
- co najmniej 1 zamówienia polegające na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej tramwajowej o długości odcinka min. 200 m.

Zamawiający uzna spełnienie warunku udziału w postępowaniu zawartego w Rozdziale V pkt II 2 a tiret 1, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ramach zamówienia polegającego na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsytkowej wykonał wszystkie warstwy tego torowiska tzn. zarówno nawierzchnię oraz podtorze. Dotyczy to również doświadczenia podmiotów trzecich, na zasoby których Wykonawca powoła się w ofercie w celu wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu.

W pkt III.5. siwz zamawiający wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W pkt IV.4. siwz zamawiający wskazał, że jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 4, ofertę stanowi wypełniony Formularz oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz niżej wyszczególnione oświadczenia i dokumenty, które wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy tj.:

- 1) Oświadczenie/oświadczenia JEDZ,
- 2) Kosztorysy ofertowe,
- 3) Zobowiązanie, o którym mowa w Rozdziale V pkt III pkt 2, w przypadku gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – załącznik nr 3.

Zgodnie z rozdziałem XIII siwz:

1. Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe.
2. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę metodą kalkulacji uproszczonej (wg formuły określonej w pkt 3) w oparciu o kosztorysy ofertowe dołączone do oferty i sporządzone na podstawie Przedmiarów robót stanowiących załącznik do siwz, dla każdego zakresu finansowanego przez poszczególnych uczestników postępowania.
3. Cena oferty winna być wyliczona wg formuły:
$$C_k = \sum L \times C_j$$
gdzie:
 - C_k – cena kosztorysowa,
 - L – ilość jednostek przedmiarowych,
 - C_j – ceny jednostkowe dla jednostek przedmiarowych (ceny jednostkowe winny zawierać wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7).
8. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić ściśle wg kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach robót.
9. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione

w Dokumentacjach projektowych (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert zgodnie z zapisami Rozdziału VIII.

10. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do pozycji Przedmiarów, z zastrzeżeniem pkt 11.

11. W przypadku uszczegółowień i/lub zmian do pozycji Przedmiarów wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców należy wszelkie wprowadzone modyfikacje uwzględnić w cenie jak również w opisach przedmiarowych.

17. W przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegających na niezgodności kosztorysów ofertowych ze specyfikacją, zamawiający będzie stosował niżej wymienione zasady:

- a) w przypadku braku ceny jednostkowej – zamawiający przyjmie cenę jednostkową wynikającą z wyliczenia matematycznego na podstawie pozycji kosztorysu ofertowego,
- b) w przypadku niepełnego opisu pozycji lub jego braku – zamawiający uzna, że opis jest zgodny z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ wraz z ewentualnymi modyfikacjami dokonanymi w wyniku zapytań wykonawców,
- c) w przypadku błędnie podanej jednostki obmiarowej lub jej braku przy równoczesnym zachowaniu ilości zgodnych z przedmiarem – zamawiający uzna, że jednostka jest zgodna z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ,
- d) w przypadku zastosowania kalkulacji indywidualnej zamiast podanej w przedmiarze robót wyceny – zamawiający uzna, że wykonawca w pozycji wycenił wszystkie niezbędne prace, które należy wykonać zgodnie z pozycją przedmiaru robót,
- e) w przypadku:
 - innego opisu pozycji niż w przedmiarze i/lub
 - zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót i/lub
 - wprowadzenia pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem pkt 11,

zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne.

- f) w przypadku braku pozycji kosztorysu zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej.

W złożonej ofercie przystępujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy: TOR-KAR-SSON, wykonanie robót budowlanych – torowisko tramwajowe, sieć trakcyjna.

W kosztorysie ofertowym Trakcja przystępujący nie zawarł kolumny pn. „krotność”, ale w opisach pozycji: 1.1.18., 1.2.6., 1.3.10., 2.2.5., 2.2.6., 2.2.7., 2.2.30., 2.2.37., 3.1.5., uwzględnił wymaganąrotność wpisując np. „krotność = 20”.

Pismem z dnia 24.07.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia określonych oświadczeń i dokumentów, w związku z tym, że jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

W odpowiedzi przystępujący złożył m.in. wykaz robót wraz z referencjami, z których wynika, że wykonawcą wskazanej w wykazie roboty była spółka TOR-KAR-SSON. Z zobowiązania ww. podmiotu wynika, że będzie bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W JEDZ ww. podmiotu wpisano:

„Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?

●Tak

○Nie

Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców:

- „

Pismem z dnia 19.08.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego spełniania przez przystępującego warunku doświadczenia z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego, należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 22a ustawy Pzp:

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

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

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

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 25 ust 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Rozważając okoliczności niniejszej sprawy przede wszystkim należy podkreślić, że zamawiający opisują warunki udziału w postępowaniu nie po to, by dochować jakichkolwiek wymogów formalnych (ustawa Pzp nie zawiera obowiązku opisywania warunków, a jedynie zasady ich opisywania, jeśli zamawiający zdecyduje się na opis), ale po to, by wybrać jako najkorzystniejszą ofertę takiego wykonawcy, który jako spełniający te warunki, będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia. Dlatego też m.in., warunki każdorazowo muszą być dostosowane do rodzaju, zakresu, wartości, czy stopnia skomplikowania danego zamówienia, aby za ich pomocą zamawiający mógł wybrać ofertę tego wykonawcy, który rzeczywiście jest w stanie wykonać dane konkretne zamówienie. Ustawodawca dopuścił jednocześnie, aby wykonawca składający ofertę wykazał spełnienie warunków powołując się na zasoby podmiotów trzecich. Aby zachować przy tym cel opisywania warunków, tj. realizację zamówienia przez takie podmioty, które dzięki ich spełnieniu zapewniają właściwe wykonanie zamówienia, w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wyraźnie, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy: jeżeli to podmiot trzeci spełnia warunek np. doświadczenia, to ten podmiot trzeci ma realizować zamówienie w tym zakresie, w którym do należytego wykonania niezbędne jest doświadczenie opisane w warunku. Z całokształtu przepisów ustawy Pzp można więc wywieść generalną zasadę, zgodnie z którą: ten wykonawca, czy podmiot trzeci realizuje w rzeczywistości zamówienie, który spełnił wymagane warunki. Obowiązkiem zamawiającego jest zaś badanie zarówno w toku postępowania, jak i w trakcie realizacji zamówienia, czy zasada ta jest respektowana. Rzetelne badanie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich oraz egzekwowanie realizacji zamówienia w danym zakresie przez te podmioty (z uwzględnieniem także art. 36b ust. 2 ustawy Pzp), jest niezbędne do tego, aby opisywanie warunków, o których mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i korzystanie z cudzych zasobów było w ogóle celowe.

W niniejszej sprawie z treści zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. spółki TOR-KAR-SSON wynika, że podmiot ten jako podwykonawca zrealizuje roboty budowlane, do których

potrzebne jest uzyskane przez niego doświadczenie, czyli doświadczenie w zakresie przebudowy lub budowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej oraz przebudowy lub budowy sieci trakcyjnej tramwajowej. Jednocześnie jednak w treści JEDZ podmiot ten złożył oświadczenie, zgodnie z którym zamierza zlecić podwykonawcom wykonanie części zamówienia, przy czym nie wskazano, o które części chodzi. Skoro zakres powierzenia prac podwykonawcom przez podmiot trzeci nie jest znany, to nie można wykluczyć, że może to być zakres zbieżny z tym, który podmiot trzeci zobowiązał się wykonać osobiście jako podwykonawca przystępującego. Tym samym treść ww. oświadczenia w JEDZ powinna prowadzić do powstania wątpliwości, czy użyczenie zasobów przystępującemu w postaci doświadczenia ma charakter realny, i co za tym idzie – czy przystępujący spełnia warunek doświadczenia.

W celu wyjaśnienia ww. wątpliwości i jednoznacznego ustalenia, czy przystępujący spełnia warunek doświadczenia, Izba nakazała zatem zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) wezwanie przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, jaki zakres zamówienia spółka TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. zamierza powierzyć do wykonania swoim podwykonawcom,
- 3) w razie uzyskania od przystępującego odpowiedzi, z której wynikać będzie, że jest to zakres zbieżny choćby częściowo z zakresem, który TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. ma obowiązek wykonać osobiście - wezwanie przystępującego, na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, aby w terminie określonym przez zamawiającego:
 - a) zastąpił spółkę TOR-KAR-SSON innym podmiotem lub podmiotami, które spełniają ww. warunek, lub
 - b) zobowiązał się do osobistego wykonania tej części zamówienia, do której potrzebne jest wymagane w warunku doświadczenie, o ile przystępujący posiada to doświadczenie,
- 4) dokonanie oceny spełniania przez przystępującego warunku doświadczenia i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zarzut dotyczący spełniania przez przystępującego warunku doświadczenia z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego, Izba uznała zatem za zasadny, choć żądanie odwołującego, aby wykluczyć przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Izba uznała za przedwczesne wobec obowiązku zastosowania przez zamawiającego w pierwszej kolejności art. 26 ust. 4 i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Dlatego Izba orzekła jak w sentencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku kolumny „krotności” w kosztorysie ofertowym przystępującego dotyczącym sieci trakcyjnej, należy w pierwszej kolejności

wskazać, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 albo jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Użycie przez ustawodawcę w pkt 2 słowa „treść” przesądza o tym, że obowiązek odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy oferta nie jest zgodna z siwz w zakresie merytorycznym, np. co do terminu, zakresu czy sposobu wykonania zamówienia. Niezgodność taka nie zachodzi natomiast w przypadku wymogów o charakterze jedynie formalnym.

W niniejszej sprawie przede wszystkim należy zauważyć, że przystępujący uwzględnił wymaganą „krotność” w opisach pozycji kosztorysowych. Tym samym „krotność” została uwzględniona, tylko w innym miejscu kosztorysu, co w ocenie Izby, w niniejszej sprawie ma wymiar formalny, a nie merytoryczny.

Nie można ponadto zgodzić się z odwołującym, że uwzględnienie „krotności” w opisach pozycji czyni ofertę przystępującego nieporównywalną z innymi z powodu innego sposobu obliczania cen w kosztorysie. Należy zauważyć, że w rozdziale XIII pkt 2 w zw. z pkt 3 siwz zamawiający wskazał wzór obliczenia ceny, zgodnie z którym ilość jednostek przedmiarowych należy pomnożyć w kosztorysie przez ceny jednostkowe dla tych jednostek przedmiarowych. W ww. pkt 2 rzeczywiście jest też mowa o obowiązku sporządzenia kosztorysów ofertowych w oparciu o przedmiar robót, niemniej jednak w ocenie Izby, nie należy tego rozumieć jako obowiązku dosłownego odwzorowania formatu przedmiaru. Tym bardziej, że jak wskazano wyżej, prawidłowy sposób obliczenia ceny polegał na przemnożeniu ceny jednostkowej przez ilość, co oznacza, że nie było wymogu zastosowania dodatkowego mnożnika w postaci „krotności”. Nawet jeśli inni wykonawcy zastosowali taki dodatkowy mnożnik, to w świetle wymagań zawartych w rozdziale XIII pkt 2 w zw. z pkt 3 siwz, nie ma powodu, aby uznać, że przystępujący był zobowiązany obliczyć cenę oferty w taki sam sposób, jak ci wykonawcy.

Reasumując, uwzględnienie „krotności” w opisach pozycji zamiast w odrębnej kolumnie nie stanowi merytorycznej niezgodności oferty z siwz i nie powoduje z ww. przyczyny nieporównywalności ofert, ani błędu w obliczeniu ceny. Dlatego też Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że kwestia spełniania przez przystępującego warunku doświadczenia wymaga podjęcia przez zamawiającego czynności wyjaśniających, natomiast nie zachodzi podstawa odrzucenia oferty przystępującego z powodu braku kolumny „krotność” w kosztorysie. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Jednocześnie Izba wyjaśnia, że na koszty zasądzone na rzecz odwołującego składają się koszty: wpisu od odwołania (20.000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł), dojazdu (552,20 zł), noclegu (210,00 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł), co łącznie daje kwotę 24.379,20 zł.

Przewodniczący