

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Rail Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o. Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A., Dragados S.A., Vias Y Construcciones S.A., Electren S.A., ul. Adama Branickiego 15, 02 - 972 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Rail Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o. Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław,** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Rail Polska Sp. z o.o.,**

STRABAG Sp. z o.o. Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Rail Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o. Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Opracowanie projektów wykonawczych i realizacja robót dla LCS Radom - Lot F w ramach Projektu 7.1-19.1.a pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom (LOT A, B, F)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 240-395196 w dniu 13 grudnia 2012 r.

W dniu 26 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach konsorcjum: Strabag Rail Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o. Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft. z siedzibą lidera we Wrocławiu (zwane dalej: Konsorcjum Strabag), o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A., Dragados S.A., Vias Y Construcciones S.A., Electren S.A. (zwane dalej: Konsorcjum POL-AQUA). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Konsorcjum Strabag wniosło odwołanie wobec:

1. zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A., Dragados S.A., Vias Y Construcciones S.A., Electren S.A. (zwane dalej: Konsorcjum POL-AQUA),
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum POL-AQUA,
3. czynności wyboru oferty Konsorcjum POL-AQUA, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, a w tym:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA i uznanie, że ww. Konsorcjum wniosło wadium, pomimo że wykonawca złożył wadliwe gwarancje wadialne, sprzeczne z warunkami SIWZ i ustawą Pzp, które nie stanowią zabezpieczenia oferty tego wykonawcy, a wobec tego należy uznać, że wadium nie zostało wniesione;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 65 k.c. i art. 70⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA i uznanie, że wykonawca ten wniósł wadium, pomimo że złożone gwarancje wadialne zawierają w swojej treści wykluczające się oświadczenia i zapisy, uniemożliwiające dochodzenie przez zamawiającego żądania zapłaty z tych gwarancji, wobec czego należało uznać, iż wybrane Konsorcjum nie wniosło

wadium;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 45 ust. 1 i 3 Pzp, art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. Prawo bankowe (Dz.U.1992.72.359 j.t.), poprzez uznanie, że Konsorcjum wniosło wadium, pomimo że do oferty załączono dwie nieprawidłowe gwarancje wadialne, nie zabezpieczające oferty i nie spełniające wymogów przewidzianych w Prawie bankowym;
- 4) art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum POL-AQUA za odrzuconą;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która jest niezgodna z warunkami SIWZ, tj. Tomu IV Rozbicie Ceny Ofertowej „Preambuła do wykazu czynności”, które to niezgodności mają istotny wpływ na treść oferty;
- 6) art. 7 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku przeprowadzenia oceny i klasyfikacji oferty Konsorcjum POL-AQUA wraz z ofertami innych wykonawców, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
3. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Odwołujący wyjaśnił, że w sytuacji, gdyby zamawiający przeprowadził ocenę ofert w sposób prawidłowy, Konsorcjum POL-AQUA zostałyby wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona, natomiast odwołujący uzyskałby do realizacji przedmiotowe zamówienie, czego został obecnie pozbawiony.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, odwołujący wskazał, jak poniżej.

I. Brak wniesienia wadium zgodnego z SIWZ i ustawą Pzp

Zgodnie z warunkami SIWZ, zamawiający wymagał:

- pkt 9.3 Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w punkcie 15.1 IDW.
- pkt 9.4 Dokument potwierdzający wniesienie wadium w postaci:
pkt 9.4.2 Oryginału dokumentu będącego każdą inną formą wadium musi zostać dostarczony przez Wykonawcę przed upływem terminu składania ofert, przy czym może on zostać załączony do oferty Wykonawcy.
- pkt 9.5 W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

- pkt 9.6 Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa):

- nazwę i adres Zamawiającego,
- oznaczenie (numer i nazwa) postępowania,
- termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 14.1. IDW.

Odwołujący wskazał, że zgodnie w ustawą Pzp, wadium jest formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego, w związku z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą. Ma ono na celu wzmocnienie obowiązku zawarcia umowy i zabezpiecza zamawiającego przed odmową zawarcia umowy, niewniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wadium zatem to suma pieniężna, którą zatrzyma zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w gwarancjach wadialnych przedstawionych przez Konsorcjum POL-AQUA:

1. w gwarancji przetargowej nr 1618-671 z dnia 19 grudnia 2013r., wystawionej przez Banco Popular Español S.A. wpisano warunek:

„Żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające jego oświadczenie, wskazujące okoliczności będące podstawą zapłaty, powinno zostać złożone, w formie pisemnej, wraz z oryginałem niniejszej gwarancji w siedzibie Oddziału, BANCO POPULAR ESPAÑOL, Dirección Territorial Centro - Negocio Internacional, ul. Cedaceros 1, 28014 Madryt, w okresie ważności gwarancji.” oraz „Ponadto gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w następujących sytuacjach:

- a) gdy wysokość świadczeń z gwarancji zrealizowanych przez nasz Oddział osiągnie Sumę gwarancyjną;
- b) gdy oryginał dokumentacji gwarancji zostanie zwrócony naszemu Oddziałowi przed upływem terminu ważności gwarancji;
- c) zwolnienia nas przez Zamawiającego ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w niniejszej gwarancji, przez upływem terminu jej ważności.”

2. w gwarancji przetargowej nr BSEI/550010529 z dnia 27 listopada 2013 r., wystawionej przez Banco Espanto Santo de Investimenta S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce wskazano, że:

„Żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające jego oświadczenie, wskazujące okoliczności będące podstawą zapłaty, powinno zostać złożone, w formie pisemnej, wraz z oryginałem niniejszej gwarancji w siedzibie Oddziału, w Warszawie, przy ulicy Złotej 59, 00-120 Warszawa, w okresie ważności gwarancji." oraz, że „Ponadto gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w następujących sytuacjach:

- 1) gdy wysokość świadczeń z gwarancji zrealizowanych przez nasz Oddział osiągnie Sumę gwarancyjną;
- 2) gdy oryginał dokumentacji gwarancji zostanie zwrócony naszemu Oddziałowi przed upływem terminu ważności gwarancji;
- 3) zwolnienia nas przez Zamawiającego ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w niniejszej gwarancji, przez upływem terminu jej ważności."

Zdaniem odwołującego, mając na uwadze cel, któremu ma służyć wadium - zabezpieczenie zapłaty określonej sumy na rzecz zamawiającego oraz warunki postawione w SIWZ, powyższe zapisy gwarancji wadialnych:

- zawierają postanowienia, które uniemożliwiają dochodzenie wypłaty należności z tych gwarancji przez zamawiającego bez ryzyka odmowy zapłaty,
- nie zabezpieczają interesu zamawiającego w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz SIWZ,
- oddając oryginał gwarancji, zgodnie z zobowiązaniem zawartym w gwarancji o obowiązku przekazania wraz z żądaniem zapłaty oryginału gwarancji - zamawiający utraci zabezpieczenie oferty.

W przypadku zaistnienia okoliczności tworzących podstawę do zaspokojenia się z wniesionego wadium zamawiający będzie zobowiązany do skierowania żądania zapłaty do banku - Gwaranta. O zobowiązaniu Gwaranta wobec zamawiającego decyduje wyłącznie treść gwarancji złożonej Beneficjentowi. Zapisy ww. gwarancji, które z jednej strony zawierają wymóg przekazania wraz z wezwaniem do zapłaty oryginału gwarancji, przy jednoczesnym postanowieniu w treści gwarancji, iż przekazanie oryginału Gwarantowi powoduje automatyczne jej wygaśnięcie, oznaczają, że zamawiający ponosi realne ryzyko, iż w przypadku jakiegokolwiek zwrotu oryginału gwarancji - także przy wezwaniu - Gwarant (bank) będzie mógł się uchylić od spełnienia żądania. Zwrot gwarancji oznacza automatycznie wygaśnięcie zobowiązań w niej wskazanych. Zatem żądanie zapłaty przekazane wraz z oryginałem gwarancji - powoduje automatycznie wygaśnięcie zobowiązań wynikających z treści gwarancji i prowadzi do niemożliwości zaspokojenia interesów zamawiającego.

W treści gwarancji, w punkcie odnoszącym się do automatycznego wygaśnięcia gwarancji w sytuacji zwrotu oryginału do Gwaranta nie zastrzeżono bowiem, że nie dotyczy to sytuacji, w której zamawiający, jako Beneficjent, zwróci się z żądaniem wypłaty. Brak takiego jednoznacznego stwierdzenia, przy uwzględnieniu faktu, że jedynym dokumentem,

który daje zamawiającemu prawo żądania zapłaty jest posiadana gwarancja, powoduje co najmniej ryzyko nie otrzymania zapłaty, o ile w ogóle uniemożliwia otrzymanie zapłaty. Odwołujący podkreślił, że wskazanie formalnej przesłanki zapłaty jest w zamówieniach publicznych istotne z punktu widzenia zamawiającego, który ma obowiązek egzekwowania sumy zabezpieczenia. Warunki formalne określające sposób i formę, w jakiej zamawiający powinien przedstawić bankowi żądanie zapłaty w przedmiotowych gwarancjach, pozostają w sprzeczności z treścią zapisów o wygaśnięciu gwarancji z momentem jej zwrotu.

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji, gwarancja była co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Zdaniem odwołującego, bezwarunkowość powinna oznaczać, iż Gwarant nie ma prawa odmówić wypłaty, a zamawiający powinien mieć możliwość uzyskania kwoty wadium na równi z wadium wpłaconym w pieniądzu. W przypadku zakwestionowanych gwarancji, zamawiający, aby otrzymać zapłatę będzie musiał przekazać Gwarantowi oryginał posiadanej gwarancji. W ten sposób, wraz z przekazaniem żądania zapłaty, zamawiający utraci wadium. Nie będzie bowiem posiadał oryginału, który jako jedyny dokument udziela mu prawa dochodzenia zapłaty od Gwaranta. Nie można również pominąć faktu, że żądanie zapłaty wraz z oryginałem gwarancji przetargowej musi zostać wysłane - w jednym przypadku - do Hiszpanii. W takim przypadku zamawiający nie będzie faktycznie dysponował dokumentem gwarancji, a oferta wybranego wykonawcy nie będzie zabezpieczona wadium.

Ponadto, zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego - gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Warunek załączenia oryginału gwarancji nie wynika z polskiego Prawa bankowego i nie odpowiada warunkom SIWZ.

Obowiązujące przepisy nie dopuszczają możliwości uzupełniania złożonego w postępowaniu wadium. Z uwagi na powyższe, zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA z postępowania i w konsekwencji - odrzucenia jego oferty.

II. Niezgodność treści oferty Konsorcjum POL-AQUA z warunkami SIWZ

Zgodnie z SIWZ, tom IV „Rozbicie Ceny Ofertowej” - Preambuła do rozbicia ceny ofertowej, którą każdy z wykonawców zobowiązany był złożyć wraz z ofertą, zamawiający wymagał: „Jeśli nie wyodrębniono pozycji w Rozbiciu ceny ofertowej, to należy całościowo

uwzględnić wszystkie stawki i kwoty dla wszystkich występujących kosztów.", „Kwoty wykazane przez Wykonawcę we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie.", „Wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty (o ile nie są wyszczególnione oddzielnie), które odnoszą się do kontraktu, w całości mają być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu ceny ofertowej.", „Suma wszystkich pozycji w Wykazie Cen będzie kwotą ryczałtową, która określa Cenę Kontraktową i będzie Zaakceptowaną Ceną Kontraktową. Cena Kontraktowa będzie obejmować wykonanie Dokumentacji wykonawczej, badania, wykonanie i odbiór Robót budowlanych, rozruch technologiczny, płatności i inne opłaty administracyjne, dostawców usług, Podwykonawców oraz wszelkie inne opłaty, zgodnie z Umową.”

Konsorcjum POL-AQUA nie zastosowało się do cytowanych postanowień SIWZ, tj. wykonawca ten nie rozłożył ceny oferty na poszczególne pozycje Rozbicia Ogólnego Ceny w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie, na co jednoznacznie wskazuje to, iż za wykonanie peronów nr 2 i 3, które są w zasadzie identyczne, podał w swojej ofercie cenę:

- za wykonanie w 1 fazie robót - Peronu nr 3 w wysokości 5.146.982,82 zł. netto.
- za wykonanie już w fazie 6 (jednej z końcowych) Peronu nr 2 kwotę jedynie 664.984,86 zł.

Odwołujący przedstawił zestawienie prac budowlanych, które należy wykonać na Peronie nr 3 oraz na Peronie nr 2, które potwierdza, że prace te są tożsame (TABELA ROBOTY DO WYKONANIA DLA PERONU NR 3 i 2). Ponadto, drożej wyceniony przez Konsorcjum POL-AQUA peron jest o 0,5 m węższy od peronu wycenionego taniej, przy tej samej długości i wyposażeniu obydwu peronów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający na etapie badania ofert wezwał Konsorcjum POL-AQUA do złożenia wyjaśnień w zakresie różnicy ceny Peronów nr 2 i 3. Odpowiedź Konsorcjum była ogólna i lakoniczna, a zatem nie sposób uznać, że stanowiła jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Odwołujący podniósł, iż nie jest możliwe, aby cena za wykonanie Peronu nr 2 i 3, przy których zakres prac się pokrywa - w tak znaczący sposób się różniła. Takie rozłożenie ceny jest niezgodne z SIWZ, a ponadto ma na celu uzyskanie w pierwszej fazie rozliczeń wynagrodzenia jak najwyższego, choć nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywanych robót. Przerzucenie ceny do pozycji za wykonanie Peronu nr 3 na kwotę ponad 5 milionów, wykonywanego w 1 fazie oznacza, że oferta Konsorcjum POL-AQUA jest niezgodna z treścią SIWZ.

Niezastosowanie się do postanowień SIWZ nakładających obowiązek pozostawiania kwot w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie, dotyczy również Kosztów ogólnych część I, wskazanych przez Konsorcjum POL-AQUA.

Zgodnie z ofertą Konsorcjum POL-AQUA , „Koszty ogólne część I” wynoszą 22.376.243,45 zł. netto. Dla porównania u pozostałych oferentów wynosiły one:

- 3.344,528,49 zł. netto w ofercie odwołującego,
- 4.225.290,70 zł. netto w ofercie Feroco S.A.
- 2.199.500,00 zł. netto w ofercie Konsorcjum Trakcja

Najistotniejsza różnica pomiędzy kosztami ogólnymi w ofercie Konsorcjum POL-AQUA i pozostałych wykonawców dotyczy pozycji „Przygotowanie placu budowy”. Konsorcjum POL-AQUA określiło tę wartość na 14.022.680 zł., a pozostali oferenci na: 23.697,93 zł. (odwołujący); 468.290,70 zł. (Feroco S.A.); 40.000 zł. (konsorcjum Trakcja).

Zdaniem odwołującego w kosztach ogólnych dotyczących „Przygotowania terenu budowy” nastąpiło fikcyjne skalkulowanie kosztów, skutkiem czego może być otrzymanie zapłaty za roboty jeszcze niewykonane i koszty nieponiesione. Zamawiający wprowadzając zapisy, że kwoty wykazane we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie, a wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty, które odnoszą się do kontraktu, w całości mają być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu Ceny Ofertowej – zmierzał do tego, aby wykonawcy otrzymywali zapłatę proporcjonalnie za faktycznie zrealizowane roboty.

Ponadto kosztorys inwestorski, przygotowany przez profesjonalną firmę projektową, potwierdza, że cena podana przez Konsorcjum POL-AQUA w tym zakresie jest nierealna i zawyżona, a tym samym nierealne i zaniżone są ceny w pozycjach odnoszących się do zasadniczych robót budowlanych. Celem wprowadzenia zapisów preambuły Rozbicia Ceny Ofertowej było uniknięcie sytuacji, w której wykonawca realizujący zadanie otrzyma zapłatę wszystkich kosztów ogólnych już na pierwszych etapach wykonywania robót za roboty niezrealizowane. Konsorcjum POL-AQUA nie dochowało jednak warunków SIWZ i złożyło ofertę wbrew jej treści, co powinno spowodować jej odrzucenie.

Działania zamawiającego i akceptowanie Rozbicia Ceny Oferty Konsorcjum stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący i pozostali wykonawcy złożyli oferty zgodnie z wymogami SIWZ, rozbijając poszczególne pozycje cenowe tak, aby pozostawać w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie.

Konsorcjum POL-AQUA zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w formie załącznika do protokołu.

Zamawiający stwierdził, że złożone przez Konsorcjum POL-AQUA gwarancje wadialne są prawidłowe. Zdaniem zamawiającego, zwrot gwarancji przed upływem ważności jest zdarzeniem prawnym całkowicie odrębnym od żądania zapłaty sumy gwarancyjnej – do czego jest wymagane złożenie oryginału gwarancji. Konsekwencje zwrotu gwarancji i żądania zapłaty na podstawie gwarancji są oczywiście inne. Postanowienia ww. dokumentów gwarancji nie są „wykluczające się”, a dopiero nieprawidłowe rozumienie oraz nadinterpretacja dokonana przez odwołującego nadała im takie znaczenie. W konsekwencji nie jest potrzebne dodatkowe zastrzeżenie, że wygaśnięcie gwarancji z powodu zwrotu oryginału dokumentu nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający zwróci się do banku z żądaniem zapłaty. Zamawiający potwierdził, że w pkt 9 SIWZ określił wymagane postanowienia gwarancji. Gwarancje wadialne złożone przez Konsorcjum POL-AQUA spełniają wszystkie te wymagania, a zatem nie są sprzeczne z SIWZ, ani przepisami Pzp. Zdaniem zamawiającego, przepis art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe nie ogranicza w żaden sposób, że bank – gwarant nie może żądać oryginału gwarancji przy żądaniu zapłaty.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum POL-AQUA z treścią SIWZ zamawiający wskazał, że zgodnie z Preambułą z Tomu IV SIWZ „Rozbicie Ceny Ofertowej” wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy (art. 632 § 1 k.c.). Biorąc pod uwagę powyższe, rozbicie ceny załączone do oferty Konsorcjum POL-AQUA ma charakter jedynie pomocniczy, informacyjny, a w efekcie nie może stanowić o niezgodności treści oferty z SIWZ. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym, tylko kwota globalna podlega ocenie przez zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że pozostawił wykonawcom kwestię związaną z kalkulacją i strukturą kosztów, nie narzucił żadnych sztywnych reguł w tym zakresie. W związku z tym, stawianie zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ jest niezasadne. Ponadto, Konsorcjum POL-AQUA w formularzu ofertowym zaakceptowało bez zastrzeżeń SIWZ i zagwarantowało realizację zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu ocenie podlegała cena całkowita ze względu na sposób jej obliczenia. Nie sposób też uznać, że ceny za realizację peronu 2 i 3 zostały skalkulowane nieprawidłowo. Odwołujący odnosi te kalkulacje do własnego wyobrażenia o faktycznych podstawach kalkulacji Rozbicia Ceny, co nie stanowi jednak wyznacznika dla zamawiającego, który ma obowiązek obiektywnej oceny ofert. Również złożone na wezwanie zamawiającego, wyjaśnienie tej kwestii przez Konsorcjum POL-AQUA dowodzi, że wykonawca ten wycenił przedmiot zamówienia uwzględniając własne warunki i warunki realizacji zamówienia. Ten indywidualny charakter wyceny nie został uwzględniony przez odwołującego, ani też w kosztorysie, który zawiera ceny średnie i koszty szacunkowe oraz średnie warunki realizacji zamówienia. Zamawiający się z twierdzeniem odwołującego, że koszty realizacji na

etapie późniejszym umowy zostały zaniżone, gdyż odbiegają od cen pozostałych wykonawców. Zamawiający wskazał, że w poszczególnych pozycjach są one nawet wyższe niż koszty innych wykonawców lub koszty podane w ofercie Konsorcjum Strabag.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą pozycję i podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a zatem Konsorcjum Strabag uzyskałoby przedmiotowe zamówienie do realizacji.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie Konsorcjum POL-AQUA do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

I. Brak wniesienia wadium zgodnego z SIWZ i ustawą Pzp – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA i uznanie, że Konsorcjum wniosło wadium, pomimo że wykonawca złożył wadliwe gwarancje wadialne, sprzeczne z warunkami SIWZ i ustawą Pzp, które nie stanowią zabezpieczenia oferty tego wykonawcy, a wobec tego należy uznać, że Konsorcjum nie wniosło wadium.

Treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 9 SIWZ) odnoszące się do wadium i wymagań zamawiającego w tym zakresie nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Odwołujący przytoczył w odwołaniu treść pkt 9.3, 9.4, 9.4.2 oraz pkt 9.5 i 9.6 odnoszących się do gwarancji o następującej treści: „pkt 9.5 W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.” oraz „pkt 9.6 Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa):

- nazwę i adres Zamawiającego,
- oznaczenie (numer i nazwa) postępowania,

- termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 14.1. IDW.”

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że gwarancje wadium złożone przez Konsorcjum POL-AQUA są nieprawidłowe – nie odpowiadają wymaganiom SIWZ i przepisów ustawy Pzp, gdyż nie zabezpieczają interesu zamawiającego w związku z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą, jako suma pieniężna, którą zatrzyma zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. W treści złożonych gwarancji zostało zawarte postanowienie wskazujące, że żądanie zapłaty zamawiającego zawierające jego oświadczenie, wskazujące okoliczności będące podstawą zapłaty, powinno zostać złożone, w formie pisemnej wraz z oryginałem gwarancji w siedzibie oddziału banku w okresie ważności gwarancji, a jednocześnie postanowienie, że gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie m.in. w sytuacji, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie zwrócony do banku przed upływem terminu ważności gwarancji. Odwołujący podnosił, że powyższe zapisy gwarancji uniemożliwiają dochodzenie wypłaty należności z tych gwarancji przez zamawiającego bez ryzyka odmowy zapłaty, nie zabezpieczają zatem interesu zamawiającego w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz SIWZ. Oddając oryginał gwarancji wraz z żądaniem zapłaty zamawiający utraci zabezpieczenie oferty.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska odwołującego. Konsorcjum POL-AQUA złożyło gwarancję przetargową nr 1618-671 z dnia 19 grudnia 2013r., wystawioną przez Banco Popular Español S.A. oraz gwarancję przetargową nr BSEI/550010529 z dnia 27 listopada 2013r., wystawioną przez Banco Espanto Santo de Investimenta S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce (str. 8 i 11 oferty). Obie gwarancje zawierają postanowienia, iż są one nieodwołalne i bezwarunkowe, płatne na pierwsze żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie zamawiającego, że wystąpiła jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp lub wystąpiła okoliczność, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Obie gwarancje zawierają w swojej treści nazwę nadaną przedmiotowemu zamówieniu przez zamawiającego oraz numer postępowania, nazwę i adres zamawiającego, termin ważności gwarancji. Gwarancje zawierają zatem wszystkie klauzule wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Gwarancje zawierają także klauzulę, iż „wszelkie prawa i obowiązki wynikające z niniejszej gwarancji podlegają prawu polskiemu”.

W ocenie Izby, ww. gwarancje wadium nie zawierają treści sprzecznych ze sobą lub przepisami Pzp oraz SIWZ. W treści gwarancji wyraźnie została rozdzielona sytuacja żądania zapłaty z gwarancji od sytuacji automatycznego wygaśnięcia gwarancji oraz zwrotu gwarancji. W odniesieniu do przypadku zwrotu oryginału gwarancji do gwaranta nie jest konieczne zamieszczenie w treści gwarancji dodatkowego zastrzeżenia, że nie dotyczy to sytuacji, w której zamawiający, jako beneficjent, zwróci się do gwaranta z żądaniem wypłaty.

Zwrot gwarancji i żądanie zapłaty wraz z przesłaniem oryginału gwarancji do banku - są to zupełnie odmienne sytuacje, które odrębnie zostały uregulowane w treści gwarancji. Zwrot gwarancji następuje samoistnie (bez żadnych dodatkowych wniosków ze strony zamawiającego), natomiast żądanie zapłaty jest wnioskiem beneficjenta, który to wniosek przesądza o tym, że przesłanie dokumentu (oryginału) gwarancji wraz z tym wnioskiem do gwaranta nie stanowi zwrotu gwarancji. Nie można się zgodzić z odwołującym, iż żądanie zapłaty, to jest oświadczenia woli beneficjenta skorzystania z zabezpieczenia ustanowionego na mocy gwarancji, do którego dodatkowo załączono oryginał gwarancji, jest tożsame ze zwrotem tego dokumentu, który stanowi samoistne zrzeczenie się roszczeń przez beneficjenta. Jak wynika z treści gwarancji, dla zwrotu dokumentu gwarancji nie zastrzeżono żadnych szczególnych wymagań formalnych co do sposobu jego przekazania, w przeciwieństwie do żądania zapłaty, co dowodzi odmienności obu przypadków, których nie można utożsamiać oraz co za tym idzie odmienności skutków prawnych.

W złożonym na rozprawie przez Konsorcjum POL-AQUA oświadczeniu banku Espirito Santo Investment z 15 kwietnia 2014 r. i oświadczeniu Bankopopular Espanol zostało jednoznacznie wyjaśnione, że zwrot przez beneficjenta dokumentu gwarancji jest traktowany jako zrzeczenie się przez niego roszczeń z niej wynikających, co nie dotyczy przypadku, gdy gwarancja jest przedkładana gwarantowi łącznie i w związku ze zgłoszeniem żądania zapłaty na podstawie gwarancji. W ocenie Izby, wyjaśnienia powyższe odpowiadają w pełni treści złożonych gwarancji.

Ponadto, postanowienie dotyczące obowiązku przekazania gwarantowi oryginału gwarancji wraz z żądaniem zapłaty nie wpływa w żaden sposób i nie zmienia faktu, że jest to gwarancja bezwarunkowa. Roszczenia zabezpieczone gwarancją bezwarunkową są płatne na pierwsze żądanie beneficjenta, bez badania przez bank gwarantujący zasadności roszczenia. Natomiast przy gwarancji uwarunkowanej ewentualna płatność może nastąpić dopiero po udokumentowaniu przez beneficjenta, że zaistniały warunki objęte listem gwarancyjnym. W odróżnieniu od warunku, który musi się spełnić, aby nastąpiła zapłata na podstawie gwarancji, wymóg przekazania oryginału gwarancji do banku jest wymogiem jedynie formalnym, tak jak wymóg podpisania żądania zapłaty przez umocowane osoby. Podkreślić też należy, że żądając zapłaty z gwarancji wraz z przesłaniem do banku oryginału gwarancji zamawiający nie traci wadium - uzyskuje należną mu z tego tytułu kwotę na podstawie gwarancji bankowej, czyli realizuje przysługujące mu roszczenie.

Odwołujący podnosił także, że zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego - gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie

pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Wymaganie dotyczące załączenia do żądania zapłaty oryginału gwarancji nie zostało określone przepisach Prawa bankowego, ale jednocześnie należy zauważyć, że przepisy Prawa bankowego, w tym art. 81 ust. 1, nie zakazują i nie wyłączają możliwości zawarcia w treści gwarancji takiego wymagania. Wskazując w tym zakresie, że ww. gwarancje złożone przez Konsorcjum POL-AQUA nie odpowiadają treści SIWZ odwołujący nie wskazał jednak, jakim konkretnym warunkom, opisanym w SIWZ ww. dokumenty nie odpowiadają.

Z uwagi na powyższe zamawiający nie miał podstaw by uznać, że wadium nie zostało wniesione przez Konsorcjum POL-AQUA. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 65 k.c. i art. 70⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 45 ust. 1 i 3 Pzp, ani też art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. W konsekwencji za niezasadny należało uznać też zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum POL-AQUA za odrzuconą.

II. Niezgodności treści oferty Konsorcjum POL-AQUA z warunkami SIWZ – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POL-AQUA, która jest niezgodna z warunkami określonymi w Tomie IV Rozbicie Ceny Ofertowej „Preambuła do wykazu czynności”, które to niezgodności mają istotny wpływ na treść oferty.

Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 11.3, 13.1), tom IV „Rozbicie Ceny Ofertowej” - Preambuła do rozbicia ceny ofertowej, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą dokument: Rozbicie Ceny Ofertowej oraz Preambułę do rozbicia ceny ofertowej. Powyższe dokumenty zostały złożone w ofercie Konsorcjum POL-AQUA.

Strony były zgodne co do brzmienia postanowień zawartych przez zamawiającego w dokumencie Preambuły. Odwołujący wywodził na rozprawie niezgodność treści oferty Konsorcjum POL-AQUA z postanowieniem zawartym w Preambule, o treści: „Kwoty wykazane przez Wykonawcę we wszystkich pozycjach Rozbicia ceny ofertowej muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie.” oraz „Wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty (o ile nie są wyszczególnione oddzielnie), które odnoszą się do kontraktu, w całości mają być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu ceny ofertowej”. Zdaniem odwołującego, oferta Konsorcjum POL-AQUA nie spełnia ww. wymagań SIWZ, gdyż wykonawca nie rozłożył ceny oferty na poszczególne pozycje Rozbicia Ogólnego Ceny w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie. Odwołujący wskazywał, że podane przez Konsorcjum POL-AQUA ceny za wykonanie peronu nr 2 i peronu nr 3, które są w zasadzie identyczne (1 faza robót - Peron nr 3 – cena: 5.146.982,82 zł netto, 6 faza robót - Peron nr 2 – cena: 664.984,86 zł netto) zostały skalkulowane w sposób, który ma na celu uzyskanie przez Konsorcjum POL-AQUA w pierwszej fazie rozliczeń wynagrodzenia jak najwyższego,

choć nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywanych robót. Przerzucenie ceny do pozycji za wykonanie Peronu nr 3 na kwotę ponad 5 milionów, wykonywanego w 1 fazie oznacza, że oferta Konsorcjum POL-AQUA jest niezgodna z treścią SIWZ.

Strony nie kwestionowały faktu, że prace do wykonania na obu peronach są porównywalne (niemalże tożsame), dlatego też Izba pominęła dowody przedstawione przez odwołującego w tym zakresie (zestawienie prac budowlanych, które należy wykonać na Peronie nr 3 oraz na Peronie nr 2, TABELA ROBOTY DO WYKONANIA DLA PERONU NR 3 i 2.

Z treści Preambuły do rozbitcia ceny ofertowej (SIWZ) wynika, że zamawiający wpisując w Preambule postanowienie o obowiązku pozostawania kwot z RCO w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie, nie wyjaśnił szczegółowo, jak należy rozumieć użyty w tym postanowieniu niedookreślony termin „w odpowiednim stosunku do kosztów”. Zamawiający nie podał w SIWZ żadnych szczegółowych wytycznych w tym zakresie. Za nieuprawnione należy zatem uznać dokonywanie oceny rozbitcia ceny ofertowej w oparciu o jakiegokolwiek sztywne reguły, które miałyby obowiązywać wykonawców. Podobnie również co do Kosztów ogólnych część I, zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych ograniczeń lub choćby wskazówek co do szczegółowego sposobu kalkulacji, w tym także w pozycji „Przygotowanie placu budowy”. Należy przyjąć zatem, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w sposobie skalkulowania ceny oferty, przy założeniu, że płatności będą realizowane w oparciu o zasady określone w Tomie II SIWZ (postanowienie pkt 11.5 Opis sposobu obliczenia ceny oferty). Zamawiający wymagał jedynie, aby cena oferty była sumą wszystkich pozycji podanych w rozbitciu ceny ofertowej. Zamawiający wskazał również, że w przypadku nie podania ceny w rozbitciu ceny ofertowej nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności, a pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji RCO.

Powyższe wskazuje, że Rozbitcie ceny ofertowej miało znaczenie pomocnicze, informacyjne w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy przy tym przewidziany przez zamawiającego ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia, który powoduje, że ocenie podlega cena całkowita za realizację zamówienia, zgodnie z dokumentacją budowlaną, udostępnioną wykonawcom przez zamawiającego oraz w oparciu o dokonane przez wykonawców indywidualne kalkulacje.

Na etapie badania ofert w dniu 11 marca 2014 r. zamawiający wezwał Konsorcjum POL-AQUA do złożenia wyjaśnień co do różnicy cen Peronów nr 2 i 3. Konsorcjum POL-AQUA pismem z dnia 14 marca 2014 r. udzieliło wyjaśnień wskazując, że w RCO został uwzględniony zakres prac niezbędnych do wykonania dla poszczególnych elementów robót na podstawie dokumentacji udostępnionej wykonawcy do przygotowania oferty, fazowanie robót według projektu budowlanego, harmonogram realizacji robót, terminowość dostaw

materiałów, dostępność materiałów, warunki handlowe zamawiania materiałów, dostępność oraz zaangażowanie podwykonawców, oferty uzyskane od podwykonawców i dostawców, koszty prowadzenia kontraktu, koszty pośrednie, koszty zarządu, zysk, doświadczenie wykonawcy przy realizacji podobnych inwestycji. Przy uwzględnieniu innych czynników, dla podobnego zakresu prac cena może być różna. Różnicę w cenie należy traktować jako odzwierciedlenie należytej wyceny elementów uwzględniającą warunki umowne realizacji robót przy uwzględnieniu ww. czynników przy realizacji robót.

W oparciu o warunki niniejszego zamówienia, w szczególności wobec braku szczegółowych wymagań w SIWZ w zakresie sposobu rozbicia ceny ofertowej należy stwierdzić, że Konsorcjum POL-AQUA nie naruszyło postanowień SIWZ, wskazując odmienne ceny za realizację peronu nr 2 i nr 3. Jak wyjaśnił przystępujący na rozprawie, ceny te zostały przedstawione odpowiednio do kosztów ponoszonych na danym etapie realizacji robót. Koszty te kształtują się inaczej na różnych etapach. Konsorcjum POL-AQUA wyjaśniło, że w tym przypadku kolejność realizacji peronów ma znaczenie z punktu widzenia wysokości kosztów. Z uwagi na wykonanie peronu nr 3 w pierwszej kolejności koszty te w pierwszym etapie będą wyższe ze względu na zagregowanie dostaw materiałów, zatrudnienie podwykonawców, sprzętu. Na potwierdzenie powyższego przystępujący złożył ofertę z 15 stycznia 2014 r. swojego podwykonawcy - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Socar Sp. z o.o. Sp. k. a. Przystępujący wskazał również, że odwołujący w Rozbiciu ceny ofertowej załączonym do jego oferty, w pozycji 1.3.3. tor główny zasadniczy 1 linii 22 podał wartość ponad 5 mln zł, tj. kilkakrotnie wyższą od wartości wskazanej w tej pozycji przez innych wykonawców.

W ocenie Izby, odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie tezy i nie wykazał, że w kosztach peronów nr 2 i nr 3 oraz w ramach kosztów ogólnych dotyczących „Przygotowania terenu budowy” nastąpiło fikcyjne skalkulowanie kosztów, skutkiem czego może być otrzymanie zapłaty za roboty jeszcze niewykonane i koszty nieponiesione. Jak wynika z treści SIWZ zamawiający przewidział sposób rozliczenia robót po ich wykonaniu, a zatem nie jest możliwe, aby wykonawca otrzymał zapłatę za prace niewykonane na danym etapie (klauzula nr 14 Warunków kontraktu).

Przyjmując za słuszne stanowisko, że zamawiający wprowadzając zapisy w Preambule, że kwoty wykazane we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w kontrakcie, a wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty, które odnoszą się do kontraktu, w całości mają być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu Ceny Ofertowej – zmierzał do tego, aby wykonawcy otrzymywali zapłatę za faktycznie zrealizowane roboty, to jednak każdy z wykonawców mógł skalkulować te koszty według własnej strategii i indywidualnych, dla niego dostępnych warunków realizacji zamówienia. Nie sposób przyjąć,

że wszyscy wykonawcy byli zobowiązani założyć te koszty w taki sam sposób, według np. średnich lub przeciętnych warunków realizacji, lub też warunków realizacji dostępnych odwołującemu i przyjętej przez odwołującego strategii wykonania robót. Dlatego też Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych złożonych przez odwołującego na potwierdzenie tezy postawionej błędnie, tj. że cena za peron nr 3 została zawyżona przez przystępującego w znacznym stopniu, w postaci oferty podwykonawcy odwołującego - firmy Betonox na wykonanie peronów nr 3 linia 2 z 20 listopada 2013 r., a także oferty podwykonawcy Poltrain Sp. z o.o. oraz oferty firmy Bazalt na materiały: płyta peronowa o wymiarach 200/99,5/10 cm i ścianka peronowa L1 o wymiarach 160/105/99,5 cm, jak również zestawienia kosztów opracowanego przez kosztorysanta odwołującego na wykonanie peronów nr 1, 2 i 3 oraz w odniesieniu do kosztów ogólnych - zestawienia kosztów ogólnych innych firm startujących w postępowaniu – na potwierdzenie, że proporcja rozbicia ceny ofertowej w zakresie kosztów ogólnych w stosunku do rzeczywistych kosztów ponoszonych na danym etapie, w ofercie przystępującego nie została zachowana w sposób odpowiedni. Należy zauważyć, że są to informacje dotyczące innych firm, które nie mogą mieć wprost bezpośredniego odniesienia do firmy przystępującego i sposobu skalkulowania kosztów przewidzianych przez przystępującego w warunkach dostępnych temu wykonawcy.

Dowodem na istnienie rzeczywistych różnic w sposobie kalkulacji kosztów przez różnych wykonawców, wynikających z ich indywidualnej sytuacji i warunków działania, są informacje przykładowo zawarte w tabeli „zbiornicze koszty planowane robót budowlano-montażowych. Wykaz cen” (str. 76 oferty) - wartość w odniesieniu do części 1 „układ torowy, perony”, w której w ofercie odwołującego podano wartość wielokrotnie wyższą niż w ofercie przystępującego i pozostałych ofertach.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby w toku postępowania nie zostało wykazane, że Rozbicie ceny ofertowej w ofercie Konsorcjum POL-AQUA nie spełnia wymagań SIWZ. Nie potwierdziły się okoliczności uzasadniające twierdzenie, że Konsorcjum POL-AQUA złożyło ofertę wbrew treści SIWZ, co powinno spowodować jej odrzucenie.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w szczególności – w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez Konsorcjum POL-AQUA w ramach dokonanej oceny ofert. Naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie stanowiło również zaakceptowanie przez zamawiającego Rozbicia Ceny Oferty Konsorcjum POL-AQUA, którego niezgodność z treścią SIWZ nie została wykazana przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: