

Sygn. akt KIO 1943/14
Sygn. akt KIO 1952/14
Sygn. akt KIO 1966/14
Sygn. akt KIO 2038/14

WYROK
z dnia 24 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach:

22 września 2014 r. przez wykonawców:

- A. TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy**
- sygn. akt KIO 1943/14;
- B. TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk**
- sygn. akt KIO 1952/14;

25 września 2014 r. przez wykonawcę:

- C. EUROPROJEKT GDAŃSK S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk**
- sygn. akt KIO 1966/14;

2 października 2014 r. przez wykonawcę:

- D. TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk**
- sygn. akt KIO 2038/14,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście,**

przy udziale wykonawcy **URS Polska Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - sygn. akt KIO 2038/14,

orzeka:

1.1) uwzględni odwołania wykonawców: TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy; TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- unieważnienie odrzucenia ofert wykonawców TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy; TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert nieodrzuconych, z uwzględnieniem ofert odwołujących;

1.2) oddala odwołanie wykonawcy EUROPROJEKT GDAŃSK S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk;

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Miasto Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście oraz wykonawcę EUROPROJEKT GDAŃSK S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy - **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy); TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk - **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy); EUROPROJEKT GDAŃSK S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk - **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) - tytułem wpisów od odwołań,

2.2) zasądza od zamawiającego Gmina Miasto Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście na rzecz wykonawców: TECHNITAL S.p.A., Via Cassando d'Adda 27/1, 20139 Mediolan, Włochy kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy); TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Partyzantów 72 A, 80-254 Gdańsk kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) - tytułem wpisów od odwołań i wynagrodzenia pełnomocników.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1943/14

Sygn. akt KIO 1952/14

Sygn. akt KIO 1966/14

Sygn. akt KIO 2038/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Świnoujście - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest - Opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla zadania: „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.07.2014 r., nr 2014/S 129-231208.

A. Sygn. akt KIO 1943/14. Odwołujący - TECHNITAL S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (TECHNITAL S.p.A. O/Polska z siedzibą w Warszawie) - wniósł w dniu 22 września 2014 r. odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego, wskazując, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4,
- 3) art. 92 ust. 1

- i innych wskazanych w treści odwołania oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu - unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i uwzględnienia jej w procesie oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał zachowanie terminu do wniesienia odwołania - zawiadomienie o odrzuceniu oferty zostało przekazane odwołującemu w dniu 12.09.2014 r. w formie zawiadomienia telefaksowego.

Wskazał też, że zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (kryteria oceny ofert - cena 50%, jakość - 20% oraz wartość techniczna - 30%).

Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie:

- koncepcji programowo przestrzennej,
- projektu robót geologicznych,
- robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu,
- dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej,
- specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

Wskazał następnie, że zamawiający w treści SIWZ akcentował wielokrotnie przyjęty sposób obliczenia ceny ofert opisując w pkt 16. Obliczenie ceny oferty, że: *16.1 Zamawiający wymaga określenia w ofercie niezmiennego wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia w złotych polskich z dokładnością do pełnych groszy.*

16.2 Pod pojęciem „wynagrodzenie ryczałtowe” należy rozumieć niezmiennie wynagrodzenie na warunkach określonych w art. 632 ustawy Kodeks cywilny.

16.3 W każdym przypadku użycia zamiennie określenia „cena ryczałtowa” należy przez to rozumieć wynagrodzenie ryczałtowe.

Zgodnie z pkt 16.5 SIWZ - wykonawcy byli zobligowani do ustalenia ceny ryczałtowej za wykonanie całokształtu prac przy zachowaniu następujących założeń:

a) zakres usług, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z „Wykazem wycenionych elementów rozliczeniowych” i „Opisem przedmiotu zamówienia ujętymi w zał. nr 1 i nr 2 do umowy”, b) cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z „Wykazu wycenionych elementów rozliczeniowych” określonego w punkcie a), jak również następujące koszty: wszelkich prac przygotowawczych związanych z realizacją zamówienia, związane z pozyskaniem mapy zasadniczej, z wykonaniem badań podłoża gruntowego, pozyskaniem opinii, uzgodnień, decyzji, wykonaniem opracowań nie wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia a niezbędnych do uzyskania opinii bądź składania wniosków, inne wyżej nie wymienione, jeżeli dobra praktyka, należyta staranność oraz analiza sytuacji pozwalają je przewidzieć, a są one niezbędne do należytego wykonania i przekazania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami umowy, obowiązującymi na dzień odbioru prac projektowych przepisami i sztuką budowlaną.

Zamawiający podkreślał ponadto w SIWZ, że jedyną właściwą ryczałtową ceną ofertową jest cena wpisana w formularzu oferty.

Odwołujący wskazał, że pomimo niesformułowania przez zamawiającego takiego wymagania wprost, złożył wraz z ofertą dokument, który miał być sporządzony dopiero na etapie zawierania umowy - załącznik nr 1 do umowy pt. „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych”.

Dokument zawierał szczegółową wycenę elementów składających się na przedmiot zamówienia wg oczekiwań zamawiającego zawartych w treści załącznika, tj. koszty wykonania następujących elementów:

- programu funkcjonalno-użytkowego,
- koncepcji programowo przestrzennej,
- projektu robót geologicznych,
- robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu,
- dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej,
- specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

Odwołujący uznał, że zamawiający dysponował więc w procesie oceny oferty odwołującego szczegółowymi kalkulacjami elementów składowych przedmiotu zamówienia w wariantach i szczegółowości wymaganej dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ Oferta - na oferowaną kwotę ryczałtową składają się elementy prac, których ceny ryczałtowe podane są w zakresie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, zaś częścią oferty były również:

- 1) opis środków organizacyjno-technicznych, zawierający: organizację zespołu (czytelność podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu, przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu, koordynację realizacji zamówienia przez kierownika), zastępowalność kluczowego personelu (choroba, urlop itp.), o którym mowa w pkt 9.2 lit. e) SIWZ,
- 2) analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów, o której mowa w pkt 9.3 SIWZ,
- 3) harmonogram realizacji zamówienia i środki/procedury celem dotrzymania terminów harmonogramu, o którym mowa w pkt. 9.4 lit. a) SIWZ.

Odwołujący, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, uwzględnił w kalkulacji przedmiotu zamówienia zarówno całkowity zakres rzeczowy zadania, jak również szczegółowo go wycenił.

Z uzyskanego Druku ZP12 zawierającego zestawienie ofert z ich otwarciem wynika, że w postępowaniu złożono 10 ofert z cenami brutto:

EUROPROJEKT GDAŃSK S.A. 1 740 450,00 PLN; TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. 1 742 910,00 PLN; URS Polska Sp. z o.o. 3 281 676,90 PLN; Halcrow Group Limited 5 471 650,35 PLN; MP-Mosty Sp. z o.o. 1 974 150,00 PLN; Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. 2 174 640,00 PLN; Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. 4 034 400,00 PLN; Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. 4 293 930,00 PLN; Konsorcjum: 1. INGENIEURPLANUNG-

Wartości na poziomie około 2 mln PLN zaoferowała ponad połowa wykonawców, a najtańsze oferty złożone zostały przez wykonawców krajowych, realizujących w dodatku inwestycje na lokalnym, północnym i północno-zachodnim rynku kraju, a zatem najlepiej zorientowanych w warunkach realizacji przedmiotu zamówienia oraz posiadających stosowne lokalne doświadczenie, wiedzę oraz kadre.

Także odwołujący, składając ofertę, korzystał z tych potencjałów podmiotów lokalnych - vide informacje zawarte w ofercie wskazujące na podwykonawców czy wreszcie treść wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

W ocenie odwołującego wszystkie te fakty dowodzą, że wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego była nieadekwatna do realnej wartości usług, stanowiących przedmiot zamówienia.

W tej sytuacji punkt odniesienia dla czynności badania rzetelności kalkulacji ofertowej wykonawców w kontekście podstawy odrzucenia oferty z uwagi, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia, jest nieprawidłowy.

Konsekwencją powyższej okoliczności winno być dokonanie przez zamawiającego rewizji wartości przedmiotu zamówienia na potrzeby ustalenia podstawy do badania ofert, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący powołał się na opinię prawną UZP „Rażąco niska cena” oraz wyrok KIO z 2014-03-11, KIO 377/14.

Odnosząc się do treści wezwania zamawiającego z dnia 03.09. br. do wyjaśnienia ceny, odwołujący wskazał, że zamawiający skonkretyzował treść wezwania w poniższy sposób: *proszę o złożenie wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: projekt robót geologicznych, roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.*

Informacje odnośnie sposobu wyceny elementów składowych ceny oferty, zamawiający otrzymał wraz z ofertą odwołującego w treści wypełnionego, niewymaganego przez zamawiającego do złożenia wraz z ofertą, załącznika nr 1 do umowy.

Oczekiwane przez zamawiającego elementy składowe usługi zostały wycenione w treści wypełnionego zestawienia tabelarycznego. Zestawienie wskazuje sposób wyceny przez wykonawcę wszystkich oczekiwanych elementów zakresu rzeczowego zamówienia.

Skoro zamawiający nie wskazywał i nie konkretyzował oczekiwań w zakresie przykładowo elementów składowych poszczególnych pozycji zakresu rzeczowego zamówienia, nie odnosząc się do treści przedstawionego w ofercie zestawienia kosztów realizacji usługi, odwołujący odczytał zatem treść wezwania jako oczekiwanie zamawiającego opisanie sposobu, w jaki dokonał kalkulacji ofertowej poszczególnych

elementów w zakresie rzeczowym, tj. założeń przyjętych dla wyceny elementów częściowych zawartych w załączniku nr 1 do umowy.

Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO - uchwała z 2014-05-07, KIO/KU 40/14; wyrok z 2014-04-25, KIO 725/14.

W ocenie odwołującego nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający, o ile na skutek przedłożonych wyjaśnień miał wątpliwości odnośnie konkretnych pozycji cenotwórczych, zwrócił się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie w skonkretyzowanej formie.

Odwołujący przeanalizował wycenę 6 ofert (w tym odwołującego) w zakresie tabeli załącznika nr 1 do umowy. Z analizy dokumentu wynika jedynie, że każdy z wykonawców kalkulował i wyceniał koszty poszczególnych komponentów na poziomie wynikającym z indywidualnej kalkulacji. Dysproporcje pomiędzy cenami poszczególnych elementów ilustruje zestawienie załączone do odwołania.

Odwołujący wskazał w treści wyjaśnień odnośnie sposobu dokonania ustalenia zakresu świadczeń oraz oceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia, że wchodziły takie elementy, jak: -wizja lokalna, z udziałem osób odpowiedzialnych za poszczególne branże, wchodzące w skład przedmiotu zamówienia (określono w ten sposób indywidualną charakterystykę oraz specyfikę zagadnień do opracowania i sformułowano pierwsze koncepcje projektowe, które następnie przeanalizowano w biurze projektowym; - w zakresie projektu robót geologicznych, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej wykonawca wykorzystał swoje bogate doświadczenie nabyte podczas realizacji analogicznych projektów takich, jak: projekt MOSE, tj. projekt systemu przeciwpowodziowego dla miasta Wenecji oraz projekt podwodnego tunelu w Genui.

Cena ofertowa w zakresie przygotowania dokumentacji geologicznej, hydrogeologicznej oraz geotechnicznej została skalkulowana w oparciu o kalkulacje zespołu geotechnicznego (osobna komórka w firmie) i w oparciu o polskie ceny rynkowe zebrane przez oddział w Polsce oraz konsultanta - Biuro Projektowo Konsultingowe Sp. z o.o. ze Szczecina.

W celu rozeznania lokalnych warunków gruntowych odwołujący skonsultował się z inżynierem - konsultantem pracującym dla firmy DORSCH CONSULT w ramach budowy oczyszczalni ścieków w Świnoujściu. W ten sposób udało się uzyskać informacje o jedynym w okresie powojennym przewiercie dokonywanym w rejonie Świnoujścia pod rzeką Świną. Przewiert był wykonywany w technologii bentonitu dla kolektora ścieków o średnicy 1500 mm i o długości 1200 mb na głębokości 23 m pod poziomem dna rzeki Świny oraz dla przepustów towarzyszących (2 przewiertu) dla instalacji energetycznej, teletechnicznej i światłowodów.

Skutkiem powyższych ustaleń było potwierdzenie stratygrafii terenu oraz hipotezy

geotechniczne opracowane przez specjalistów wykonawcy.

Wykonawca uznał, iż bliskość powyższego przewiertu w stosunku do lokalizacji przedmiotu zamówienia pozwala przypuszczać, że również te dane mogą przyczynić się do wstępnych ustaleń w zakresie warunków geologicznych/geotechnicznych dla tego obszaru.

Na podstawie posiadanych informacji na temat warunków geologicznych wykonawca opracował program badań do przeprowadzenia zarówno w terenie, jak i w laboratorium, który pozwoli opracować model geologiczny i geotechniczny o stopniu szczegółowości zapewniającym opracowanie projektu.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego opis i zakres przewidzianych badań zostały przedstawione w metodologii wykonania zamówienia, stanowiącej integralną część złożonej oferty.

Dodatkowo, jak podkreślał w wyjaśnieniach wykonawca, cena zawiera wszystkie pozycje kosztowe niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty wykonania badań oraz opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, hydrogeologicznej i geotechnicznej o takiej jakości, która pozwoli firmie wykonawczej na natychmiastowe rozpoczęcie robót budowlanych.

Odnosząc się do cen pozostałych wykonawców, odwołujący wskazał, że wg jego wiedzy wykonawcy pozostali nie posiadają swoich własnych komórek geotechnicznych i opierają się wyłącznie na podwykonawcach zewnętrznym.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego odniósł się do powyższego zarzucając odwołującemu, że ten w swojej ofercie w przedłożonym schemacie organizacyjnym deklaruje, iż całość prac w tym zakresie wykona przy pomocy podwykonawców, co czyni złożone wyjaśnienia niezgodnymi z treścią oferty.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podniósł, że „Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje, że posiada w swojej firmie własną komórkę geologiczną, (...)”. Odwołujący nie zgodził się z powyższym twierdzeniem, bowiem jak wynika z treści oferty odwołujący wskazał w niej, że wykonawca posiada zespół geotechniczny (osobną komórkę w firmie, a w niej są zarówno geotechnicy jak i geolodzy).

Zamawiający wskazał również, że „w schemacie organizacyjnym zamieszczonym w ofercie Wykonawca deklaruje, że całość prac w tym zakresie wykona przy pomocy podwykonawców (...)” powyższe stwierdzenie także nie odpowiada faktom wynikającym z treści oferty odwołującego. W schemacie organizacyjnym pod pozycją Podwykonawcy, wykonawca wskazał na Zespół ds. geologii i hydrogeologii, ten zespół będzie współpracował z biurem geotechnicznym firmy Technital. Zespół geologiczny dostarczy wszystkie informacje i raporty o charakterze geologicznym i hydrogeologicznym, będzie kontrolował przeprowadzanie badań w terenie i badań laboratoryjnych, dostarczy materiały

Uchybienie to w zasadniczy sposób naruszyło zasady uczciwej konkurencji, ponieważ w sposób odmienny biegną dla każdego z wykonawców terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej. Odmiennie też kształtują się terminy do wnoszenia odwołania dla każdej z kwestionowanych czynności.

Odwołujący oświadczył również, że czynności zamawiającego są sprzeczne z przepisami ustawy, z uwagi na to, że nie zachodzą w rzeczywistości przesłanki do odrzucenia oferty powołane przez zamawiającego, określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy.

Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego arbitralnie stwierdził, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie wymogu zamawiającego zawartego w punkcie 8 załącznika do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”. Według zamawiającego oferta odwołującego nie obejmuje robót geologicznych w zakresie niezbędnym dla prawidłowego przyjęcia parametrów maszyny drążącej tunel. Zamawiający powołuje się przy tym na treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego pismem z dnia 04.09.2014 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego skierowane pismem z dnia 03.09.2014 r., jak również przywołana została treść oferty odwołującego, tj. oświadczenie zawarte na str. 42 dotyczące zakresu robót geologicznych.

Zdaniem zamawiającego, z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie odwołującego znacznego zakresu prac geologicznych niezbędnych dla doboru typu maszyny drążącej, zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dodatkowo zarzucił odwołującemu, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę z uwagi na przyjętą wartość wynagrodzenia za wykonanie specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót. Zdaniem zamawiającego, wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przez „kosmetyczne” zmiany w posiadanych już specyfikacjach jakie odwołujący sporządził na potrzeby innego tunelu. Zamawiający jest zdania, że odwołujący zamierza powierzyć tę część prac średniemu personelowi biurowemu nieposiadającemu odpowiednich uprawnień oraz doświadczenia.

Odwolujący w całości kwestionuje ocenę oferty przeprowadzoną przez zamawiającego, stwierdzając jednoznacznie, że ocena ta ma charakter subiektywny jak również jest niezgodna z warunkami postępowania.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiającego, odwołujący wyjaśnił, co następuje.

Nieprawdziwe jest stwierdzenie, że oferta zamawiającego nie uwzględnia robót geologicznych niezbędnych dla określenia parametrów technicznych maszyny drążącej tunel.

Zamawiający w piśmie zawiadamiającym o odrzuceniu oferty powołał się na treść ofert

a każdy z nich ma własne rozwiązania konstrukcyjne niejednokrotnie chronione patentami i każdy z nich na etapie projektowania maszyny przeprowadza inne charakterystyczne dla siebie szczegółowe badania i sporządza z nich odpowiedni raport geotechniczny dla realizacji tunelu metodą drążoną tzw. TBM. Wykonanie badań „pod jednego z producentów” stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, ponieważ w sposób nieuzasadniony ograniczałoby konkurencję. Zwrócił uwagę, że zakres tych badań znacząco wykracza poza badania wykonywane w Polsce i wymagania obowiązującego Prawa geologicznego i górniczego, rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących projektów robót geologicznych oraz rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie dokumentacji hydrogeologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Reasumując, roboty geologiczne niezbędne dla określenia parametrów maszyny drążącej, a badania geologiczne, geotechniczne, hydrologiczne i laboratoryjne dostosowane do wymagań wybranej przez wykonawcę robót budowlanych maszyny, są dwiema różnymi rzeczami. Taka procedura i kolejność rozdzielająca poszczególne etapy badań jest powszechnie stosowana w Europie i na świecie. Również w Polsce przy przetargu na realizację tunelu pod Martwą Wisłą w Gdańsku obowiązkiem wykonawcy było: „W ramach prac przygotowawczych Wykonawca mógł wykonać raport geotechniczny dla TBM, wykorzystując m.in. Dokumentację Geologiczno-Inżynierską opracowaną przez Geoprojekt Szczecin w 2010 r. oraz uwzględniając możliwości technologiczne maszyny, którą zamierza użyć wykonawca. Raport geotechniczny dla TBM ma zawierać m.in.: (...)”, dalej jest 1,5 strony minimalnych wymagań dla takiego raportu (treść SIWZ).

Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza zgodność oferty z wymaganiami SIWZ, a nawet dowodzi wysokiej fachowości i właściwej wiedzy wykonawcy do realizacji zamówienia. Przywołane twierdzenia nie są gołosłowne, ponieważ odwołujący zaprojektował tunel pod Martwą Wisłą w Gdańsku, który dotychczas jest jedynym w Polsce tunelem realizowanym metodą TBM, a skala tego zadania jest zbieżna z zadaniem planowanym przez zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że zamawiający w ogóle nie określił w swoim SIWZ szczegółowego zakresu robót geologicznych, odpowiadając na pytanie złożone przez odwołującego zamawiający wyjaśnił: „Przedmiotem zamówienia jest opracowanie m.in. projektu robót geologicznych, wykonanie robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu i sporządzenie dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej. To rolą Wykonawcy jest zaproponowanie Zamawiającemu optymalnego badania gruntu. Całość prac należy Wykonać dla tunelu jednorurowego.”

Zamawiający w zakresie robót geologicznych ewidentnie pozostawił wykonawcy takie wykonanie badań gruntu, które ten uzna za właściwe i optymalne. Nie może zatem na tym

etapie postępowania zarzucać niewłaściwego zakresu tych robót. Zgodnie z linią orzecniczą KIO „Brak precyzji namawiającego w określeniu wymogów obciążających wykonawców nie stanowi podstawy do ich dookreślenia na dalszym etapie postępowania i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Skoro bowiem zamawiający, opisując swoje wymagania, nie dochował należytej staranności to konsekwencją tych działań z pewnością nie można obciążać wykonawców.” (wyrok KIO 18.08.2010, sygn. akt KIO/UZP/1663/10).

Odnosnie kolejnego zarzutu zamawiającego dotyczącego rażąco niskiej ceny za wykonanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, odwołujący stwierdził, że jest on całkowicie nieuzasadniony, przyjęta ocena złożonych wyjaśnień jest subiektywna.

Odwołujący odnosząc się do wezwania zamawiającego z dnia 03.09.2014 r. wykazał dlaczego jego oferta jest korzystna cenowo, odwołując się do posiadanego zasobu materiałów wykonanych na potrzeby tunelu pod Martwą Wisłą jak również przedstawił założoną kalkulację ceny.

Zamawiający tylko z sobie wiadomych powodów przyjął, że odwołujący zamierza przerobić STWiOR metodą „kopiuj-wklej” przy pomocy średniego personelu biurowego. Z sobie tylko wiadomych powodów zamawiający kwestionuje miesięczne wynagrodzenie projektanta na poziomie 3 520,00 zł netto.

Przede wszystkim odwołujący zauważył, że koncepcja tunelu, który ma zostać zaprojektowany i wykonany w Świnoujściu stanowi niemalże wierną kopię rozwiązania tunelu pod Martwą Wisłą. Nie jest przy tym tajemnicą, że zamawiający i działający na jego zlecenie projektanci sporządzający koncepcję projektu uzyskali dostęp do projektu tunelu pod Martwą Wisłą od Inwestora - Miasta Gdańsk.

Odwołujący szczegółowo analizując przedmiot zamówienia stwierdził, że STWiOR jakie wykonał dla tunelu pod Martwą Wisłą stanowią doskonały materiał wyjściowy dla wykonania tej części zamówienia, tj. PFU tunelu w Świnoujściu, który będzie wymagał dostosowania do warunków lokalnych. Stąd też przewidywany nakład pracy i czasu byłby mniejszy niż w przypadku innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Oszczędności w zakresie formułowania ceny oferty z tego tytułu są oczywiste i zostały wykazane, dlatego odwołujący był w pełni uprawniony do zaproponowania takiej ceny. Zresztą inni wykonawcy zaproponowali również zbliżone cenowo kwoty za wykonanie STWiOR.

Zauważył też, że okoliczność, iż odwołujący posiada materiał wyjściowy w postaci STWiOR zrealizowanych dla tunelu pod Martwą Wisłą jest okolicznością znaną zamawiającemu, ponieważ zapoznawał się on z tymi materiałami (okoliczność bezsporna). Nie zachodziła w związku z tym potrzeba wykazywania tych okoliczności dodatkowymi

w terminie przewidzianym zarówno dla czynności odrzucenia oferty jak i wyboru najkorzystniejszej oferty.

D. Sygn. akt KIO 2038/14. Odwołujący - TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - wniósł w dniu 2 października 2014 r. odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 22 września 2014 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego (odwołujący powtórzył treść odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1952/14, uzupełniając o czynności zamawiającego dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 87 ust. 1 przez jego nie zastosowanie i nie wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że w ocenie zamawiającego treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że o ocenie zamawiającego oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 4) art. 91 ust. 1 z uwagi na jego niezastosowanie i:
 - a) zaniechanie dokonania oceny oferty wykonawcy i uwzględnienia jej przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta wykonawcy została wadliwie odrzucona, a w konsekwencji wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą ofertą, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - b) przedwczesne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, przed rozpoznaniem odwołań od decyzji zamawiającego o odrzuceniu ofert.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 22 września 2014 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności z dnia 22 września 2014 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 3) wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców).

Zamawiający nie zgodził się z takim zarzutem odwołującego. Zamawiający mając na uwadze dobro planowanej przez niego inwestycji i chcąc zapewnić prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, w trakcie przygotowania i przeprowadzenia postępowania kierował się swoją największą wiedzą i doświadczeniem. W tym celu zbadał wnikliwie oferty w celu ustalenia, czy nie zawierają one rażąco niskiej ceny i tym samym pozwolą na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. To właśnie nie przeprowadzenie takiego badania mogłoby być uznane za nierówne traktowanie wykonawców i zdaniem zamawiającego mogłoby naruszać zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający jest przekonany, że zarówno stopień skomplikowania inwestycji jak i rozbieżność cenowa złożonych ofert, wręcz nakazują szczegółowe zbadanie ofert pod kątem ceny ofertowej, gwarantującej realizację przedmiotu zamówienia terminowo i bez ponoszenia w przyszłości dodatkowych kosztów lub wystąpienia roszczeń i sporów.

IV. Odwołujący stwierdził w treści odwołania, że zamawiający dysponował w procesie oceny złożonej przez niego oferty szczegółowymi kalkulacjami elementów składowych przedmiotu zamówienia, gdyż załączył do oferty wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych, pomimo, że wg niego zamawiający nie sformułował takiego żądania wprost w SIWZ.

Zamawiający nie zgodził się z taką opinią odwołującego, gdyż po pierwsze: wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych zawiera jedynie podział ceny ofertowej na poszczególne części i nie jest to szczegółowa kalkulacja, po drugie zamawiający wyraźnie w treści SIWZ w pkt. 9.4.h określił, że oferta ma zawierać wypełniony „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych”. Załączony wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych nie wskazuje sposobu wyceny tych elementów, co sugeruje w dalszej części odwołania wykonawca. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień przedstawił precyzyjnie - o sposób wyceny niektórych elementów z wykazu, mogących mieć wpływ na cenę ofertową, chodziło o złożeniu tych wyjaśnień. Odwołujący twierdzi, że odczytał treść wezwania jako oczekiwanie opisanie sposobu w jaki dokonał kalkulacji ofertowej poszczególnych elementów w zakresie rzeczowym tj. założeń przyjętych dla wyceny elementów częściowych zawartych w załączniku nr 1 do umowy. Z tego wynika, że odwołujący dobrze zrozumiał oczekiwanie zamawiającego określone w wezwaniu do wyjaśnień, jednak samą treść wyjaśnienia nie sposób uznać za spełniającą oczekiwania zamawiającego.

V. Dalej odwołujący w toku treści odwołania wysnuł tezę, że zamawiający powinien poddać rewizji wartość zamówienia na potrzeby ustalenia podstawy do badania ofert.

Zamawiający dokonał takiej rewizji (treść protokołu komisji przetargowej z dnia 02.09.2014 r.). Kwestia niniejsza została omówiona w pkt II odpowiedzi.

VI. Odwołujący w dalszej treści odwołania podniósł również, że nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający, o ile wskutek złożonych wyjaśnień miał wątpliwości odnośnie konkretnych pozycji cenotwórczych, zwrócił się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie w skonkretyzowanej formie. Zamawiający już raz zwrócił się o podanie sposobu wyceny konkretnych elementów oferty (projektu robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu i dokumentacji hydrogeologicznej i geologiczno-inżynierskiej). Jednak treść wyjaśnień nie dała zamawiającemu jakiegokolwiek możliwości zwrócenia się o wyjaśnienia dodatkowe, zamawiający nie miał się bowiem do czego odnieść. Wobec braku wyjaśnień jakich żądał zamawiający, ponowne wezwanie musiałyby być tej samej treści co uprzednio wysłane, co z kolei byłoby niedopuszczalne. Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r., KIO 404/14, z dnia 12 maja 2014r. KIO 785/14.

VII. Odwołujący opisuje również, że przedstawił metodologię badań geologicznych oraz informację, że posiada własną komórkę geotechniczną i wg jego wiedzy inni wykonawcy nie posiadają takich komórek, korzystają wyłącznie z usług podwykonawców i w odniesieniu do ich ceny może to mieć znaczenie. Wg odwołującego oszczędności w części związanej z pracami geologicznymi wynikają z tego, że mając pewność co do rodzaju zagadnień, z którymi się trzeba będzie zmierzyć dzięki własnym ekspertom możliwe było zaplanowanie wyłącznie niezbędnych badań i pominięcie wszystkich badań powtarzających się i zbędnych, które nie dostarczyłyby dodatkowych informacji, a więc nie wpłynęłyby dodatnio na jakość projektu dostarczonego zamawiającemu.

W ocenie zamawiającego twierdzenie takie nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty, gdyż wykonawca przedstawił w schemacie organizacyjnym konieczność korzystania z usług podwykonawców w zakresie m.in. zespołu ds. geologii i hydrogeologii (str.9 załącznika opisującego metodologię). Posiadanie własnej komórki geotechnicznej nie jest odosobnionym przypadkiem, niektórzy z oferentów również dysponują taką kadrą a niektórzy posiadają nawet własne zespoły geotechniczne. W ocenie zamawiającego sam fakt dysponowania taką komórką nie uprawnia do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Pracownicy własnej komórki również muszą być opłacani, a odwołujący nie przedstawił w tej materii żadnego sposobu obliczenia ceny i żadnych dowodów. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego oraz treść jego oferty pozwalają zamawiającemu na przyjęcie założenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

VIII. Odwołujący stwierdził wreszcie, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zgadza się powyższym stanowiskiem gdyż dopełnił wszystkich obowiązków wynikających z tego przepisu ustawy Pzp (dowody w aktach postępowania). Zawiadomił wszystkich oferentów w dniu 22.09.2014r, a więc w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej

zarówno o jej wyborze, podając nazwę wykonawcy, którego ofertę wybrano wraz ze wszystkimi danymi, uzasadnienie wyboru, nazwy oferentów wraz ze wszystkimi danymi, którzy złożyli oferty, punktację przyznaną ofertom w poszczególnych kryteriach oraz punktację łączną, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, o wykonawcach którzy zostali wykluczeniu z postępowania wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, a także o terminie po którego upływie umowa w sprawie zamówienia może być zawarta. Zamawiający nie znajduje uchybień co do zapisów art. 92 ust. 1 w swoim postępowaniu. Żaden artykuł ustawy Pzp nie nakazuje dokonywać jednocześnie czynności odrzucenia i wyboru oferty najkorzystniejszej, a art. 92 ust. 1 mówi tylko, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający ma obowiązek zawiadomić jednocześnie wykonawców o pozostałych czynnościach. Zamawiający wypełnił wymóg ustawy w tym zakresie. Wcześniejsze poinformowanie o czynności odrzucenia oferty, przy tak skomplikowanym zamówieniu, nastąpił z poszanowaniem usystematyzowanej chronologicznie działalności zamawiającego, uwzględniającej zawłość i wnikliwość oceny ofert. Wg komentarza Józefa Edmunda Nowickiego do art. 92 Pzp czynność zamawiającego nie narusza przepisów Pzp. Podobnie - Włodzimierz Dzierżanowski - komentarz do art. 92 Pzp stan na 1 maja 2012 r. - nie można rozdzielenia tych czynności uważać za naruszenie prawa.

B. Sygn. akt KIO 1952/14.

Odwołujący w przepisany termin odwołał się od odrzucenia jego oferty. I. Odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego nie zastosowanie i brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Pismem z dnia 5 września 2014 r. odwołujący udzielił wyjaśnień co do sposobu wyceny elementów oferty, do czego został wezwany przez zamawiającego w toku postępowania a co dotyczyło następujących elementów oferty: program funkcjonalno-użytkowy, projekt robót geologicznych, roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacja hydrogeologiczna i geologiczno-inżynierska oraz specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót, w celu zbadania czy oferta odpowiada wymaganiom SIWZ. Aby ustalić powyższe, zamawiający przy ocenie wyjaśnień w zakresie prac geologicznych oparł się na złecej opinii technicznej określającej minimalny zakres prac związanych z badaniami geotechnicznymi i hydrogeologicznymi, które należy wykonać na potrzeby prac tunelowych z zastosowaniem maszyny IBM dla realizacji projektu tunelu w Świnoujściu na etapie projektu wstępnego, a w pozostałym zakresie na oszacowaniu wartości zamówienia (w aktach postępowania)

Ze złożonych wyjaśnień wynika, że zakres robót geologicznych, geotechnicznych i hydrogeologicznych oraz ich wycena jest odzwierciedleniem oferty podwykonawcy - PGI.

Z oferty tej wynika, że program badań przyjęty do wyceny jest znacznie mniejszy od minimalnego określonego przez autora wspomnianej opinii technicznej. W ofercie odwołującego założono, że wiercenia geologiczne wykonywane będą jedynie do gł. 15 m z ładu (ok. 108 otworów). Nie przewidziano żadnych otworów badawczych wykonywanych w części wodnej przebiegu tunelu. Jest to zdecydowanie niewystarczający program odwiertów (iv opinii wykonanej dla zamawiającego odwierty powinny być do różnej głębokości w różnych miejscach w zależności od głębokości posadowienia tunelu m.in. do 25m, do 35m i do 45m). Nie założono również m.in. badań dylatometrem na wejściu i wyjściu maszyny TBM.

Brak ujęcia w wycenie odpowiedniego zakresu badań powoduje, że oferent nie uwzględnił w ofercie wykonania wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Powyższe wyjaśnienia dowiodły, że wykonawca złożył ofertę, która jest niezgodna z SIWZ.

II. Nietrafny przy tym jest zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości do ceny wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie swoich wątpliwości. Wykaz i zakres prac geologicznych jednoznacznie utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że nie zawierają one części prac wymaganych do należytej realizacji zamówienia. Wyjaśnienia były jasne i przejrzyste. Zamawiający nie miał po ich udzieleniu żadnych wątpliwości co do treści oferty, dlatego też nie miał żadnych podstaw do wzywania odwołującego do dodatkowych wyjaśnień.

Z pewnością odwołujący jako profesjonalista w dziedzinie prac będących przedmiotem zamówienia powinien najlepiej wiedzieć, jakie czynności winny być wykonane dla przedmiotowego zamówienia a z treści tego zarzutu wynika, że odwołujący oczekiwał od zamawiającego konkretnych pytań co do elementów, które w ofercie nie były zawarte, tj. części sondowań i odwiertów. Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r., KIO 404/14, wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 141/14.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie jest dalece specyficzne, pierwsze tego typu na terenie kraju, więc powoływanie się na doświadczenie przy innych inwestycjach w regionie w żadnym wypadku nie świadczy o prognozie należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto sporne badania geologiczne, geotechniczne oraz hydrogeologiczne są wymagane przez zamawiającego po dogłębnej analizie warunków lokalnych, których odwołujący najwyraźniej nie zna, proponując badania w zakresie przedstawionym w ofercie. Odbiegają one znacznie od reszty regionu a przedmiotem zamówienia nie jest standardowy obiekt inżynierski, nie można go porównać do żadnego innego obiektu w Polsce, stąd zamawiający jako priorytet traktuje zawartość i jakość dokumentacji geotechnicznej, geologiczno - inżynierskiej oraz hydrogeologicznej.

Za powyższym przemawia także doświadczenie zamawiającego, dotyczące nawet zamówień standardowych, gdzie wykonawcy, których oferty zostały wybrane ze względu na cenę, oferowali przedmiot zamówienia niskiej jakości. Stąd również zróżnicowane kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Stanowisko zamawiającego wpisuje się tym samym w założenia zmian do Pzp, które legły u podstaw uchwalenia ustawy z dnia 25 lipca 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu, dodatkowo ze względu na udział środków unijnych w realizacji przedsięwzięcia, zamawiający nie może sobie pozwolić na ryzyko realizacji otrzymania przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Wyrok KIO 1039/11 z dnia 3 czerwca 2011 r.

Wobec nie uwzględnienia znacznego i bardzo istotnego (wymaganego przez opisy SIWZ) zakresu prac geologicznych, zwłaszcza odwiertów w odpowiedniej ilości i głębokości, badań laboratoryjnych ani badań niezbędnych do przyjęcia parametrów maszyny drążącej TBM, zamawiający nie mógł uznać oferty odwołującego jako zgodnej z SIWZ i zobowiązany był ją odrzucić.

III. Skutkiem niezgodności z SIWZ w postaci zamiaru odwołującego wykonania zamówienia w niepełnym zakresie, była konieczność uznania jego oferty jako zawierającą rażąco niską cenę, co również obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty. Odwołujący twierdzi co prawda, że wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jednak zamawiający się z tym nie zgadza. Odwołujący złożył ofertę z jedną z najniższych cen spośród 10 ofert w niniejszym postępowaniu - 1 742 910,00 zł brutto, przy cenie najdroższej oferty -10 194 690,18 zł brutto. Oferta, której cena jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o ponad 50%, stanowi ponadto około 30% wartości przedmiotu zamówienia. Co prawda odwołujący nie zarzucał zamawiającemu nieprawidłowego ustalenia tej wartości, jednak nie sposób uznać, aby gwarantując należyte wykonanie zamówienia, odwołujący wykazał, że cena jego oferty jest realna. Nadmieniał w tym miejscu, że mowa o całkowitej cenie oferty, mimo, że odwołujący zarzuca zamawiającemu odniesienie się wyłącznie do cen jednostkowych, składających się na zamówienie.

Na marginesie wspominał zamawiający, że jeden z oferentów złożył odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a opiewającej na kwotę 3 281 676,90 zł brutto. Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2012 r., KIO 2712/12.

Odwołujący nie tyle w wyjaśnieniach wskazał sposób wyceny elementów oferty, co je wymienił i wycenił. Jasnym jest, że sposobu wyceny prac geologicznych, geotechnicznych i hydrotechnicznych nie był w stanie przedstawić, ponieważ opierał się jedynie na wycenie podwykonawcy, mając przecież możliwość zwrócenia się do niego o podanie sposobu

oceny czynności mających dopiero nastąpić w przyszłości. Zamawiający domyśla się, że chodzi tu o wybór najkorzystniejszej oferty a oceny tej czynności mógł odwołujący swobodnie dokonać po zawiadomieniu go o niej, co powyżej zamawiający wykazał. Wiedza odwołującego, czy zamawiający odrzucił też inne oferty lub wykluczył wykonawców, nie była odwołującemu do niczego przydatna, gdyż zamawiający miał obowiązek zbadać pod kątem spełniania przesłanek do odrzucenia każdą ofertę niezależnie, bez wpływu jednej oferty na treść innych a także bez wpływu odrzucenia oferty na ocenę którejkolwiek z pozostałych ofert. Tym samym bez znaczenia pozostałyby ewentualne argumenty odwołującego, że jego oferta została odrzucona a innego wykonawcy nie. Niezależnie od tego, odwołujący mógł wszelkie zarzuty zgłosić po wyborze najkorzystniejszej oferty.

II. Odwołujący stwierdził, że zamawiający błędnie uznał jego ofertę jako niezgodną z SIWZ. Zamawiający wezwał odwołującego (który złożył ofertę na kwotę brutto 1.740.450,00 zł i która jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 52,96%), do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wyceny następujących elementów oferty: robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu oraz specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót, w celu zbadania czy oferta odpowiada wymaganiom SIWZ. W celu prawidłowej weryfikacji szczególnie w zakresie prac geologicznych zamawiający zlecił opracowanie opinii technicznej określającej minimalny zakres prac związanych z badaniami geotechnicznymi i hydrogeologicznymi, które należy wykonać na potrzeby prac tunelowych z zastosowaniem maszyny TBM dla realizacji projektu tunelu w Świnoujściu na etapie projektu wstępnego.

Wykonawca składając wyjaśnienia oświadczył, że wycenę wykonania robót geologicznych wykonał w oparciu o otrzymane oferty, które załączył do wyjaśnień. Z załączonych ofert wynika, że program badań przyjęty do wyceny jest znacznie mniejszy od minimalnego określonego przez autora wspomnianej wyżej analizy. W ofercie odwołującego założono 1 odwiert i sondowanie na gł. 50 m (w opinii wykonanej dla zamawiającego nie powinno być takich odwiertów), 2 odwierty z sondowaniem gł. 45 m (w opinii minimalnie powinno być takich odwiertów 10), 4 odwierty z sondowaniem gł. 25 m (w opinii minimalnie powinno być takich odwiertów 3), 4 odwierty z sondowaniem gł. 5 m (w opinii nie powinno być takich odwiertów). Natomiast nie założono odwiertów o głębokości do 35 m, których wg opinii wykonanej dla zamawiającego minimalnie powinno być 20. Nie założono również m.in. badań dylatometrem na wejściu i wyjściu maszyny TBM oraz żadnych badań laboratoryjnych, które określą parametry gruntu w tym m.in. parametry niezbędne do doboru maszyny TBM. Jest to niezwykle istotny i określony w opisie przedmiotu zamówienia element (niezbędny do przygotowania przez zamawiającego SIWZ na wykonawcę robót). Brak ujęcia w wycenie tego elementu powoduje, że oferent nie uwzględnił w ofercie wykonania

wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Powyższe wyjaśnienia dowiodły, że wykonawca złożył ofertę, która jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący jako profesjonalista w dziedzinie prac będących przedmiotem zamówienia powinien najlepiej wiedzieć, jakie czynności winny być wykonane dla przedmiotowego zadania a nie zarzucać zamawiającemu braku określenia w SIWZ szczegółowego zakresu robót geologicznych a ponadto braku wiedzy oraz mylenia podstawowych pojęć, co dodatkowo zdaniem zamawiającego jest co najmniej niestosowne.

Ponadto odwołujący przyznaje, że cały program badań powinna wykonać „firma, której zostanie zlecone wykonanie tunelu”, tymczasem owe badania stanowią znaczną część przedmiotu niniejszego zamówienia. Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 141/14.

Ze złożonych wyjaśnień wynika również, że przy wycenie specyfikacji technicznych oferent wziął pod uwagę fakt, że opracował specyfikacje techniczne na potrzeby analogicznej inwestycji w Gdańsku i na potrzeby przedmiotowego zamówienia jedynie dostosuje je do formuły zaprojektuj-wybuduj z uwzględnieniem doświadczeń własnych, wymogów zamawiającego i lokalnych uwarunkowań. Określił, że niezbędne będzie wykonanie 125 szt. odrębnych specyfikacji, że na wykonanie jednej średnio przyjął 4 godziny i że koszt jednej roboczogodziny przyjął 20 zł netto. Zamawiający uznał, że wskazany nakład czasu pracy oraz wynagrodzenie, jednoznacznie wskazują na zamiar wykonawcy dokonania kosmetycznej, a nie merytorycznej przeróbki specyfikacji opracowanych w Gdańsku metodą „kopiuj-wklej” wykonaną przez tzw. średni personel biurowy, a nie osoby z uprawnieniami projektowymi i doświadczeniem projektowym. Wynagrodzenie 20 zł/godz. x 176 godzin pracy/m-c, daje kwotę miesięcznego wynagrodzenia netto 3520 zł, które to wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem projektanta z uprawnieniami i wieloletnim doświadczeniem. Takie podejście odwołującego dowodzi, iż oferta jest niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego, który wymaga profesjonalnego i indywidualnego podejścia do wykonania tak wyjątkowego zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie jest dalece specyficzne, pierwsze tego typu na terenie kraju, więc powoływanie się na uczestnictwo odwołującego w inwestycji, której przedmiotem było wykonanie tunelu pod Martwą Wisłą może jedynie potwierdzać spełnienie warunku wymaganego w SIWZ doświadczenia. Zamawiający nie dopuszcza jedynie niewielkich zmian w dokumentacji, które sugeruje odwołujący, ponieważ tunel gdański znacznie różni się od obiektu planowanego w Świnoujściu. Przede wszystkim - przedmiotowe zamówienie dotyczy tunelu jednorurowego, co skutkuje koniecznością wykonania całkiem innego projektu, m. in. uwzględnienia w nim całkiem odmiennego wyposażenia, infrastruktury dotyczącej bezpieczeństwa użytkowania, warunków ewakuacji, bezpieczeństwa przeciwpożarowego, co z kolei przekłada się np. na ilość wyjść

ewakuacyjnych a także odległości między nimi. Nie będzie to odzwierciedlenie tunelu w Gdańsku i wymaga w tym zakresie większego nakładu pracy.

Ponadto sporne badania geologiczne, geotechniczne oraz hydrogeologiczne są wymagane przez zamawiającego po dogłębnej analizie warunków lokalnych, których odwołujący najwyraźniej nie zna, proponując badania w zakresie przedstawionym w ofercie. Odbiegają one znacznie od reszty regionu a przedmiotem zamówienia nie jest standardowy obiekt inżynierski, nie można go porównać do żadnego innego obiektu w Polsce, stąd zamawiający jako priorytet traktuje zawartość i jakość dokumentacji geotechnicznej, geologiczno-inżynierskiej oraz hydrogeologicznej.

Za powyższym przemawia także doświadczenie zamawiającego, dotyczące nawet zamówień standardowych, gdzie wykonawcy, których oferty zostały wybrane ze względu na cenę, oferowali przedmiot zamówienia niskiej jakości. Stąd również zróżnicowane kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Stanowisko zamawiającego wpisuje się tym samym w założenia zmian do Pzp, które legły u podstaw uchwalenia ustawy z dnia 25 lipca 2014r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu, dodatkowo ze względu na udział środków unijnych w realizacji przedsięwzięcia, zamawiający nie może sobie pozwolić na ryzyko realizacji otrzymania przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Wyrok KIO 1039/11 z dnia 3 czerwca 2011 r.

Treść odwołania nie pozostawia zamawiającemu wątpliwości, że odwołujący nie przeanalizował w sposób odpowiedni treści SIWZ i zakłada, że może zmniejszyć zakres prac określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że zamawiający nie oczekuje od wykonawcy określenia konkretnego typu maszyny drążącej, a wykonanie wszystkich badań zarówno terenowych jak i laboratoryjnych określających parametry gruntów, przedstawienie ich wyników w postaci dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, na podstawie której przyszły wykonawca sam dobierze odpowiednią maszynę drążącą. I nie stoi w sprzeczności z tym udzielona odpowiedź w trakcie postępowania przetargowego, gdyż jej treść nie zmieniła zakresu robót geologicznych określonego w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynie określiła, że rolą wykonawcy jest zaproponowanie zamawiającemu optymalnego badania gruntu. Na pewno nie można zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, że zamawiający pozostawił wykonawcy w tym względzie wykonanie takich robót, jakie uzna za właściwe i optymalne.

Wobec nie uwzględnienia znacznego i bardzo istotnego (wymaganego przez opisy SIWZ) zakresu prac geologicznych, zwłaszcza odwiertów w odpowiedniej ilości i głębokości, żadnych badań laboratoryjnych ani badań niezbędnych do przyjęcia parametrów maszyny drążącej TBM, a ponadto propozycji przeniesienia ryzyka geotechnicznego na przyszłego

cena jednostkowa była przyczyną odrzucenia oferty. Dopiero zbadanie całej oferty, łącznie z pozostałymi cenami jednostkowymi doprowadziło do wniosku zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

VI. Odwołujący podnosi również zarzuty, które zawarł już w odwołaniu od odrzucenia swojej oferty z dnia 22 września 2014r. będące przedmiotem rozpoznania w postępowaniu KIO 1952/14.

Mając na względzie rozdzielność postępowań, zamawiający uznał potrzebę powtórzenia w niniejszej sprawie argumentów zawartych w odpowiedzi na tamtejsze odwołanie. Odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego nie zastosowanie i brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Pismem z dnia 5 września 2014 r. odwołujący udzielił wyjaśnień co do sposobu wyceny elementów oferty, do czego został wezwany przez zamawiającego w toku postępowania, a co dotyczyło następujących elementów oferty: program funkcjonalno-użytkowy, projekt robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacja hydrogeologiczna i geologiczno-inżynierska oraz specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót, w celu zbadania czy oferta odpowiada wymaganiom SIWZ. Aby ustalić powyższe, zamawiający oparł się w zakresie prac geologicznych na zleconej opinii technicznej określającej minimalny zakres prac związanych z badaniami geotechnicznymi i hydrogeologicznymi, które należy wykonać na potrzeby prac tunelowych z zastosowaniem maszyny TBM dla realizacji projektu tunelu w Świnoujściu na etapie projektu wstępnego, a w pozostałym zakresie na oszacowaniu wartości zamówienia (w aktach postępowania).

Ze złożonych wyjaśnień wynika niezbicie, że zakres robót geologicznych, geotechnicznych i hydrogeologicznych oraz ich wycena wynika z oferty podwykonawcy - PGI. Z oferty tej wynika, że program badań przyjęty do wyceny jest znacznie mniejszy od minimalnego określonego przez autora wspomnianej opinii technicznej. W ofercie odwołującego założono, że wiercenia geologiczne wykonywane będą jedynie do gł. 15 m z ładu (ok. 108 otworów). Nie przewidziano żadnych otworów badawczych wykonywanych w części wodnej przebiegu tunelu. Jest to zdecydowanie niewystarczający program odwiertów {w opinii wykonanej dla zamawiającego odwierty powinny być do różnej głębokości w różnych miejscach w zależności od głębokości posadowienia tunelu m.in. do 25m, do 35m i do 45m). Nie założono również m.in. badań dylatometrem na wejściu i wyjściu maszyny TBM. Brak ujęcia w wycenie odpowiedniego zakresu badań powoduje, że oferent nie uwzględnił w ofercie wykonania wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Powyższe wyjaśnienia dowiodły, że wykonawca złożył ofertę, która jest niezgodna z SIWZ.

Nietrafny przy tym jest zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia

wyjaśnień. Zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości do ceny wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie swoich wątpliwości. Wykaz i zakres prac geologicznych jednoznacznie utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że nie zawierają one części prac wymaganych do należytej realizacji zamówienia. Wyjaśnienia były jasne i przejrzyste. Zamawiający nie miał po ich udzieleniu żadnych wątpliwości co do treści oferty, dlatego też nie miał żadnych podstaw do wzywania odwołującego do dodatkowych wyjaśnień.

Z pewnością odwołujący jako profesjonalista w dziedzinie prac będących przedmiotem zamówienia powinien najlepiej wiedzieć, jakie czynności winny być wykonane dla przedmiotowego zamówienia a z treści tego zarzutu wynika, że odwołujący oczekiwał od zamawiającego konkretnych pytań co do elementów, które w ofercie nie były zawarte, tj. części sondowań i odwiertów. Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r., KIO 404/14, wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 141/14.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie jest dalece specyficzne, pierwsze tego typu na terenie kraju, więc powoływanie się na doświadczenie przy innych inwestycjach w regionie w żadnym wypadku nie świadczy o prognozie należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto sporne badania geologiczne, geotechniczne oraz hydrogeologiczne są wymagane przez zamawiającego po dogłębnej analizie warunków lokalnych, których odwołujący najwyraźniej nie zna, proponując badania w zakresie przedstawionym w ofercie. Odbiegają one znacznie od reszty regionu a przedmiotem zamówienia nie jest standardowy obiekt inżynierski, nie można go porównać do żadnego innego obiektu w Polsce, stąd zamawiający jako priorytet traktuje zawartość i jakość dokumentacji geotechnicznej, geologiczno-inżynierskiej oraz hydrogeologicznej.

Za powyższym przemawia także doświadczenie zamawiającego, dotyczące nawet zamówień standardowych, gdzie wykonawcy, których oferty zostały wybrane ze względu na cenę, oferowali przedmiot zamówienia niskiej jakości. Stąd również zróżnicowane kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Stanowisko zamawiającego wpisuje się tym samym w założenia zmian do Pzp, które legły u podstaw uchwalenia ustawy z dnia 25 lipca 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu, dodatkowo ze względu na udział środków unijnych w realizacji przedsięwzięcia, zamawiający nie może sobie pozwolić na ryzyko realizacji otrzymania przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Wyrok KIO 1039/11 z dnia 3 czerwca 2011 r.

Wobec nie uwzględnienia znacznego i bardzo istotnego (wymaganego przez opisy SIWZ) zakresu prac geologicznych, zwłaszcza odwiertów w odpowiedniej ilości i głębokości, badań laboratoryjnych ani badań niezbędnych do przyjęcia parametrów maszyny drążącej

TBM, zamawiający nie mógł uznać oferty odwołującego jako zgodnej z SIWZ i zobowiązany był ją odrzucić.

VII. Skutkiem niezgodności z SIWZ w postaci zamiaru odwołującego wykonania zamówienia w niepełnym zakresie, była konieczność uznania jego oferty jako zawierającą rażąco niską cenę, co również obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty. Odwołujący stwierdził co prawda, że wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jednak Zamawiający się z tym nie zgadza. Odwołujący złożył ofertę z jedną z najniższych cen spośród 10 ofert w niniejszym postępowaniu - 1 742 910,00 zł brutto, przy cenie najdroższej oferty - 10 194 690,18 zł brutto. Oferta niniejsza, której cena jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o ponad 50%, stanowi ponadto około 30% wartości przedmiotu zamówienia. Co prawda odwołujący nie zarzucał zamawiającemu nieprawidłowego ustalenia tej wartości, jednak nie sposób uznać, aby gwarantując należyte wykonanie zamówienia, odwołujący wykazał, iż cena jego oferty jest realna. Zamawiający nadmieniał w tym miejscu, iż mowa o całkowitej cenie oferty, mimo że odwołujący zarzuca zamawiającemu odniesienie się wyłącznie do cen jednostkowych, składających się na zamówienie.

Na marginesie wspominał, że jeden z oferentów na złożył odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a opiewającej na kwotę 3 281 676,90 zł brutto. Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2012 r., KIO 2712/12.

Odwołujący nie tyle w wyjaśnieniach wskazał sposób wyceny elementów oferty, co je wymienił i wycenił. Jasnym jest, że sposobu wyceny prac geologicznych, geotechnicznych i hydrotechnicznych nie był w stanie przedstawić, ponieważ opierał się jedynie na wycenie podwykonawcy, mając przecież możliwość zwrócenia się do niego o podanie sposobu wyceny, zgodnie z żądaniem zamawiającego. Wyjaśnienia odwołującego dały zamawiającemu obraz dotyczący zakresu zamierzonych prac, który jest niepełny. W tej sytuacji zamawiający nie rozumie zarzutu odwołującego co do braku dalszych żądań skonkretyzowania poszczególnych elementów wyjaśnień, skoro uznanie oferty za niezgodną z SIWZ dotyczyło braku niektórych elementów w ogóle a nie enigmatycznego sposobu ich przedstawienia. Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2659/12, wyrok KIO z dnia 12 maja 2014 r., KIO 784/14, wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 262/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, Komentarz do art. 90 ustawy Pzp Jerzego Edmunda Nowickiego wg stanu na dzień 1 stycznia 2014 r., wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2659/12, wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1567/13, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 333/08, wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 58/09.

Wyjaśnienia odwołującego utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że cena jego oferty zawiera cenę rażąco niską. Wobec tego bezpodstawne są zarzuty odwołującego, jakoby zamawiający nie ustalili rzeczywistej treści oferty, bo właśnie poprzez zażądanie wyjaśnień to uczynił. Paradoksalnie odwołujący przytacza argumenty oraz orzecznictwo świadczące o tym, że zamawiający po przeprowadzeniu wnikliwej procedury badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, zobligowany był do odrzucenia oferty odwołującego. Co do pozostałych elementów wyceny - odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska. Nie przedstawił żadnych kalkulacji, nie wskazał nawet, nie mówiąc już o udowodnieniu, jakie czynniki miały wpływ na obniżenie ceny.

VIII. Samo oświadczenie odwołującego, że zakres robót jest zgodny z treścią SIWZ nie jest wystarczającym dowodem na wykazanie jego prawdziwości, tym bardziej, że w ofercie tej pokuszono się o wyszczególnienie zakresu robót i nie wynika z niego, aby oprócz wcześniej już wymienionych odwiertów przewidziane były inne niezbędne badania. Odwołujący w treści swoich wyjaśnień również nie wspomniał o takiej konieczności, oświadczając, że przy wycenie brał pod uwagę jedynie pozyskane na ten zakres oferty. Dosłowne zacytowanie zapisu oferty jest w tym wypadku bezprzedmiotowe. Podobnie do samego oświadczenia posunął się odwołujący na potwierdzenie chociażby wykazania, dlaczego jego oferta jest tak korzystna cenowo i nie zachodzi po Jego stronie ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Odwołujący nie przytoczył jednak żadnych dowodów na poparcie tych twierdzeń.

IX. Zamawiający podkreślił, że rolą wykonawcy było przedstawić taki sposób wyceny aby uwzględniał wszystkie prace geologiczne, które należy wykonać w celu prawidłowej i zgodnej z wymaganiami SIWZ realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca poprzestał jedynie na załączeniu ofert podwykonawców, podczas gdy to jego obowiązkiem było przedstawienie wyjaśnień szczegółowych, wyczerpujących i przekonujących, że cena oferty w odniesieniu do przedmiotu zamówienia została skalkulowana prawidłowo. Na marginesie wspominał, że nie jest rolą zamawiającego zadawanie pytań, a wzywanie do złożenia wyjaśnień, które w tym wypadku sformułowano jasno. Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1524/08.

Wobec powyższego żądania zamawiającego są w pełni uzasadnione.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: EUROPROJEKT GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsk, Halcrow Group Limited z siedzibą w Londynie, URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołania w sprawach sygn. akt KIO: 1943/14, 1952/14, 1966/14, 2038/14, 2040/40, dotyczące prowadzonego przez zamawiającego postępowania, zostały połączone do łącznego rozpoznania.

Odwołujący w sprawie KIO 2040/14 (wykonawca Halcrow Group Limited z siedzibą w Londynie, którego oferta z pozycją 9 w rankingu cenowym ofert, jako jedyna została oceniana z zastosowaniem kryteriów oceny ofert, obok oferty wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wybranej jako najkorzystniejsza, z pozycją 6 w rankingu cenowym ofert) cofnął odwołanie. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba rozpoznała pozostałe odwołania:

- A. sygn. akt KO 1943/14 - wniesione przez wykonawcę TECHNITAL S.p.A., zwanego w skrócie „TECHNITAL” - odrzucenie oferty, zawiadomienie w dniu 12 września 2014 r.;
- B. sygn. akt KIO 1952/14 - wniesione przez wykonawcę TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., zwanego w skrócie „TRANSPROJEKT”, jako odwołanie pierwsze tego wykonawcy - odrzucenie oferty, zawiadomienie w dniu 12 września 2014 r.;
- C. sygn. akt KIO 1966/14 - wniesione przez wykonawcę EUROPROJEKT GDAŃSK S.A., zwanego w skrócie „EUROPROJEKT”, jako jedno odwołanie - odrzucenie oferty, zawiadomienie w dniu 15 września 2014 r. i odrzucenie oferty oraz wybór oferty najkorzystniejszej - zawiadomienie w dniu 22 września 2014 r.,
- D. sygn. akt KIO 2038/14 wniesione przez wykonawcę TRANSPROJEKT (TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o.), jako drugie odwołanie tego wykonawcy, powtórnie dotyczące odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej - zawiadomienie w dniu 22 września 2014 r.

Spełniając wymagania ustawowe, wykonawca URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 2038/14. Wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w dalszej części też „przystępującym”.

Zamawiający opisał w SIWZ - pkt 3. *Przedmiot zamówienia* następująco:

3.1. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji

technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072).

Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie:

- koncepcji programowo przestrzennej,*
- projektu robót geologicznych,*
- robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu,*
- dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno inżynierskiej,*
- specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.*

Szczegółowy zakres zamówienia określają „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych i „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiące załączniki nr 1 i 2 do umowy. Wykonują przedmiot zamówienia wykonawca będzie posiłkował się dokumentacją techniczną posiadaną przez zamawiającego, wyszczególnioną w znaczniku nr 3 do umowy.

W pkt 9 SIWZ - Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu i inne dokumenty oferty, zamawiający wskazał w ppkt 9.4 lit. h, że poprawnie przygotowana i złożona oferta zawiera wypełniony „Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych”, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ (w innym opisie załącznik nr 1 został wskazany jako załącznik nr 1 do umowy).

W pkt 16 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty następująco:

16. Obliczenie ceny oferty.

16.1 Zamawiający wymaga określenia w ofercie niezmiennego wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia w złotych polskich z dokładnością do pełnych groszy.

16.2 Pod pojęciem „wynagrodzenie ryczałtowe” należy rozumieć niezmiennie wynagrodzenie na warunkach określonych w art. 632 ustawy Kodeks cywilny. 16.3 W każdym przypadku użycia zamiennie określenia „cena ryczałtowa” należy przez to rozumieć wynagrodzenie ryczałtowe. (...) 16.5 Cenę ryczałtową należy określić przy zachowaniu następujących założeń:

a) zakres usług, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z „Wykazem wycenionych elementów rozliczeniowych” i „Opisem przedmiotu zamówienia ujętymi w zał. nr 1 i nr 2 do umowy”,

b) cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z „Wykazu wycenionych elementów rozliczeniowych” określonego w punkcie a), jak również następujące koszty: wszelkich prac przygotowawczych związanych z realizacją zamówienia, związane z pozyskaniem mapy zasadniczej, z wykonaniem badań podłoża gruntowego, pozyskaniem opinii, uzgodnień, decyzji, wykonaniem opracowań nie

wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia jeżeli dobra praktyka, należyta staranność oraz analiza sytuacji pozwalają je przewidzieć, a są one niezbędne do należytego wykonania i przekazania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami umowy, obowiązującymi na dzień odbioru prac projektowych przepisami i sztuką budowlaną.

W konkluzji zamawiający zamieścił opis co do przedstawienia ceny oferty o treści (pogrubiona czcionka): *W związku z powyższym jedyną właściwą ryczałtową ceną ofertową jest cena wpisana w formularzu oferty.*

W formularzu *Oferta* należało podać niezmienną cenę ryczałtową: netto (kwotę sumy netto z tabeli ze strony 2 formularza ofertowego), VAT 23% (kwotę sumy podatku VAT 23% od wartości netto), brutto (sumę wartości netto i wartości podatku VAT 23%). Kwoty wyrażone w zł, netto i brutto również słownie.

Załącznik nr 1 do umowy - *Wykaz wycenionych elementów rozliczeniowych* - stanowi istotny dokument obligatoryjnie załączony do oferty, wskazujący ceny części składowych oferty:

- programu funkcjonalno-użytkowego,
- koncepcji programowo przestrzennej,
- projektu robót geologicznych,
- robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu,
- dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej,
- specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

Część oferty TECHNITAL: 1.Opis środków organizacyjno-technicznych (ocena kryterium (jakość); 2. Zagadnienia techniczne i metodologia; 3. Harmonogram realizacji zamówienia. Analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów oraz harmonogram realizacji zamówienia i środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu (kryterium wartość techniczna) - została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Część oferty TRANSPROJEKT: Struktura Organizacyjno-Techniczna Zespołu, Przepływ informacji, Procedury celem dotrzymania terminów umownych - została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Część oferty EUROPROJEKT: opis środków organizacyjno-technicznych (str. 28-39), analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją (str. 40-46), propozycje rozwiązań problemów oraz harmonogram realizacji zamówienia

i środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu (str. 47) - została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawcy - odwołujący w postępowaniu odwoławczym złożyli wraz z ofertami załączniki nr 1 do umowy - Wykaz wycenionych elementów oferty.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawców, w tym trzech odwołujących, do udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując wszystkim, że *prosi o złożenie wyjaśnień*, w dalszej treści pisma wskazał na elementy przedstawione w *Wykazach wycenionych elementów rozliczeniowych*, ze zróżnicowaniem rodzaju elementów w stosunku do każdego wykonawcy.

Wykonawca TECHNITAL został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie: projektu robót geologicznych, robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej.

W pozycjach 3, 4 i 5 załącznika nr 1 do umowy złożonego wraz z ofertą, odpowiadających wskazanym w wezwaniu zamawiającego, wykonawca podał ceny netto, wartość podatku VAT zero oraz ceny brutto równe cenom netto.

Po ubruttowaniu wskazanych pozycji na podstawie art. 91 ust. 3a Pzp, ceny w *Wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych*, wyniosły: poz. 3 projekt robót geologicznych 99 433, 20 zł; poz. 4 roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu 467 400 zł; poz. 5 dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska 73 800 zł.

Wykonawca TRANSPROJEKT został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie: programu funkcjonalno-użytkowego; projektu robót geologicznych; robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu; dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej; specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

W pozycjach 1, 3, 4, 5 i 6 załącznika nr 1 do umowy złożonego wraz z ofertą, odpowiadających wskazanym w wezwaniu zamawiającego, wykonawca podał ceny brutto: poz. 1 program funkcjonalno-użytkowy 61 500 zł; poz. 3 projekt robót geologicznych 30 750 zł; poz. 4 roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu 541 200 zł; poz. 5 dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska 43 050 zł; poz. 6 specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót budowlanych 26 600 zł.

Wykonawca EUROPROJEKT został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie: robót

geologicznych na podstawie sporządzonego projektu; specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych.

W pozycjach 4 i 6 załącznika nr 1 do umowy złożonego wraz z ofertą, odpowiadających wskazanym w wezwaniu zamawiającego, wykonawca podał ceny brutto: poz. 4 roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu 184 500 zł; poz. 6 specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót budowlanych 12 300 zł.

Ceny pozycji w ofercie wybranej, odpowiednich do występujących w wezwaniach wynosiły: poz. 1 program funkcjonalno-użytkowy 262 531,20 zł; poz. 3 projekt robót geologicznych 1 050 051,00 zł; poz. 4 roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu 853 226,40 zł; poz. 5 dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska 328 287,00 zł i poz. 6 specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót budowlanych 131 364,00 zł. W wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych tego wykonawcy, w poz. 2 koncepcja programowo przestrzenna - wycena tego wykonawcy była najniższa w porównaniu do wyceny odwołujących, wynosiła 656 217,30 zł; wyceny odwołujących to w kolejności sygn. akt spraw: 1 055 340 zł; 1 041 810 zł; 639 600 zł; następna oferta jako jedyna oceniana merytorycznie - cena 1 915 077, 63 zł.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia:

Wykonawca TECHNITAL zastrzegł treść wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazując, że informacje nie mogą być ujawniane osobom trzecim poza zamawiającym, z uwagi na ich poufny charakter i znaczenie dla przedsiębiorcy.

Wykonawca w obszernym wielowątkowym wyjaśnieniu przedstawił okoliczności, przy uwzględnieniu, których ustalił cenę za poszczególne elementy składowe przedstawione w wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych. Część wyjaśnień została przywołana zarówno w odwołaniu, jak też w odpowiedzi na odwołanie zamawiającego.

Wskazał okoliczności m.in.:

- przeprowadzenie wizji lokalnej, w której uczestniczyły osoby odpowiedzialne za poszczególne branże, wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Pierwsze koncepcje projektowe, przeanalizowano w biurze projektowym. W rezultacie tych działań wykonawca jest w stanie zaoferować zamawiającemu usługę przemyślaną, dopracowaną technicznie i o wysokiej jakości,

- wykorzystanie podczas przygotowywania oferty w zakresie projektu robót geologicznych, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej bogatego doświadczenie nabytego podczas realizacji analogicznych projektów takich, jak: projekt

MOSE, tj. projekt systemu przeciwpowodziowego dla miasta Wenecji oraz projekt podwodnego tunelu w Genui,

- skalkulowanie ceny ofertowej w zakresie przygotowania dokumentacji geologicznej, hydrogeologicznej oraz geotechnicznej w oparciu o kalkulacje własnego zespołu geotechnicznego (osobna komórka w firmie) i w oparciu o polskie ceny rynkowe zebrane przez oddział firmy w Polsce oraz konsultanta - Biuro Projektowo Konsultingowe Sp. z o.o. ze Szczecina,

- udział pracowników w realizacji wszystkich projektów wykonywanych przez TECHNITAL i wskazanych w ofercie w części dotyczącej referencji i doświadczenia,

- osobisty udział pracowników w przeprowadzanych badaniach i wykazanie się najwyższymi kwalifikacjami podczas opracowywania dokumentacji,

- potwierdzenie opracowania specjalistów przez sprawdzenie się w 100%,

- gwarancje wykonawcy co do rzetelności i jakości wykonywanych prac przy pełnej kontroli kosztów.

W celu rozeznania lokalnych warunków gruntowych TECHNITAL skonsultował się z inżynierem-konsultantem pracującym dla firmy DORSCH CONSULT w ramach budowy oczyszczalni ścieków w Świnoujściu. W ten sposób udało się uzyskać informacje o jedynym w okresie powojennym przewiercie dokonywanym w rejonie Świnoujścia pod rzeką Świną. Przewiert był wykonywany w technologii bentonitu dla kolektora ścieków o średnicy 1500 mm i o długości 1200 mb na głębokości 23 m pod poziomem dna rzeki Świny oraz dla przepustów towarzyszących (2 przewierty) dla instalacji energetycznej, teletechnicznej i światłowodów.

Uzyskane informacje potwierdziły stratygrafię terenu oraz hipotezy geotechniczne opracowane przez specjalistów wykonawcy. Bliskość przewiertu, o którym mowa powyżej, w stosunku do lokalizacji przedmiotu zamówienia pozwala przypuszczać, że również te dane mogą przyczynić się do wstępnych ustaleń w zakresie warunków geologicznych/geotechnicznych dla tego obszaru. Mając do dyspozycji te wszystkie informacje na temat warunków geologicznych wykonawca opracował program badań do przeprowadzenia zarówno w terenie, jak i w laboratorium, który pozwoli opracować model geologiczny i geotechniczny o stopniu szczegółowości zapewniającym opracowanie projektu minimalizującego ryzyka zamawiającego i firmy wykonawczej związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Opis i zakres przewidzianych badań zostały przedstawione w metodologii wykonania zamówienia, stanowiącej integralną część złożonej oferty.

Tytułem podsumowania wykonawca przedstawił informację w tym zakresie, w treści, której wskazał obszernie na: badania geotechniczne, metodę badań pozwalającą na bardzo dokładnie ustalenie stratygrafii terenu, również w przypadku warstw o grubości zaledwie kilku

centymetrów, możliwość określenia parametrów geotechnicznych i ich standardowych związków korelacyjnych, możliwość potwierdzenia układu warstw oraz to, czy uzyskane związki korelacyjne będą mogły być wykorzystane dla obszaru, na którym będzie zlokalizowany podwodny tunel.

Wskazał - sposób badań i uzyskania wyników, przy zastosowaniu metody przeważającej metodę z wykorzystaniem odwiertów, wystąpienia możliwości szczegółowego opisu układu i cech geotechnicznych warstw, co jest bardzo istotne z punktu widzenia projektu takiego obiektu. Wskazał sposób pomiaru ciśnienia wody w gruncie na całym obszarze inwestycji, mając szczególnie na uwadze zmiany poziomu morza w trakcie roku. Uzasadnił znaczenie zmian ciśnienia wody w gruncie. (...) Prowadzenie robót budowlanych a także zrealizowana już inwestycja nie powinny w żaden sposób naruszać równowagi pomiędzy wodą morską a poziomem wód gruntowych, by nie zagrozić ochronie zasobów wodnych oraz środowisku.

Wykonawca jest przekonany, że przy realizacji przedmiotu zamówienia kwestią absolutnie podstawową jest korzystanie z pomocy specjalistów znających teren inwestycji oraz lokalne uwarunkowania branżowe, społeczne i administracyjne. W tym celu podjął odpowiednią współpracę z firmą krajową (w Polsce), posiadającą wysoko wykwalifikowanych specjalistów oraz rzeczoznawców w zakresie geologii, hydrogeologii i geotechniki w osobach (...). Firma w ramach swojej działalności brała udział między innymi w badaniach terenowych bądź świadczyła usługi doradcze lub nadzorowała Inwestycje na takich projektach jak (liczących się zagranicznych). Dzięki połączeniu fachowej wiedzy firmy lokalnej z wieloletnim międzynarodowym doświadczeniem wykonawcy, zdobytym przy realizacji podobnych projektów, wykonawca jest w stanie zagwarantować wysoką jakość usług, która w pełni będzie odpowiadała oczekiwaniom zamawiającego oraz kontrolę kosztów zawartych w złożonej ofercie.

Przewidziany w złożonej ofercie zakres przygotowanej przez TECHNITAL metodologii badań i projektów geologicznych i geotechnicznych w pełni wyczerpuje wymagania polskiego ustawodawstwa w tym zakresie, a nawet je przekracza (co wynika z doświadczenia firmy TECHNITAL). Tym samym z pełną odpowiedzialnością wykonawca zagwarantował spełnienie wymaganego przez zamawiającego zakresu opracowania podanego w punkcie 8 SIWZ i przez polskie prawo budowlane.

Wykonawca zdaje sobie doskonale sprawę, że w ramach tego zadania jakość i rzetelność wykonania prac geotechnicznych ma kluczowe znaczenie dla realizowanej później przez Miasto Świnoujście budowy tunelu i jednocześnie potwierdza z pełną świadomością, że podana w ofercie cena zawiera wszystkie pozycje kosztowe niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty wykonania badań oraz opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, hydrogeologicznej i geotechnicznej o takiej jakości, która pozwoli firmie wykonawczej na natychmiastowe rozpoczęcie robót budowlanych.

Ponadto wykonawca podkreślił, że ceny zaoferowane przez konkurentów mogą w znaczny sposób odbiegać od jego kalkulacji cenowej, ponieważ firmy te, wg rozeznania wykonawcy, nie posiadają swoich własnych komórek geotechnicznych i opierają się wyłącznie na podwykonawcach zewnętrznych.

Mając nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia czynią zadość oczekiwaniom zamawiającego, wykonawca zaoferował - w przypadku potrzeby złożenie dodatkowych wyjaśnień - pozostając do dyspozycji zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu pisma wskazał. Zamawiający w dniu 03.09.2014 r. wezwał wykonawcę *TECHNITAL S.p.A* do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: projekt robót geologicznych, roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Wykonawca w dniu 08.09.2014 r. przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia, w których ograniczył się do informacji o uzyskaniu informacji na podstawie swojego doświadczenia, wizji lokalnej i nawiązaniu współpracy z podmiotami, które mogą posiadać wiedzę na temat warunków geologicznych oraz opisał ogólnie zakładaną metodologię badań polowych, jak również deklorował, że cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty wykonania badań oraz opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, hydrogeologicznej i geotechnicznej

Wykonawca pomimo przywołanego na wstępie wezwania z dnia 03.09.2014 r. nie przedstawił w udzielonych wyjaśnieniach sposobu wyceny: projektu robót geologicznych, robót geologicznych, dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej; ograniczając się do informacji ogólnikowych oraz nie przedstawił dowodów na poparcie swoich wyjaśnień.

Ze złożonych wyjaśnień nie wynika również, aby zaistniały jakieś wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia w powyższym zakresie dostępne dla wykonawcy, czy zastosowane zostały oszczędne metody wykonania zamówienia.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje, że posiada w swojej firmie własną komórkę geologiczną, co pozwala mu złożyć w tym zakresie ofertę cenowo korzystniejszą niż konkurencja bazująca na podwykonawcach. Natomiast w schemacie organizacyjnym zamieszczonym w ofercie wykonawca deklaruje, że całość prac w tym zakresie wykona przy

pomocy podwykonawców, co czyni złożone wyjaśnienia niezgodnymi z treścią oferty.

W orzecznictwie KIO (np. wyrok z dnia 02.07.2012 sygn. akt KIO 1292/12) prezentowana jest ugruntowana linia, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wykazać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień ogólnikowych, niewiarygodnych, nierozpraszających wątpliwości zamawiającego, jest równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób j jednoznaczny i niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem tego, czy zaoferowano rażąco niską cenę (wyrok KIO z 20.02.2012 sygn. akt KIO 109/12, KIO 125/12).

Mając na uwadze przywołany przepis art. 90 ust. 3 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną w postępowaniu, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Wykonawca TRANSPROJEKT złożył wyjaśnienia, zastrzegając jednocześnie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zawierają dane poufne posiadające wartość gospodarczą i nie mogą być one udostępniane innym podmiotom poza zamawiającym.

Wykonawca powołał się m.in. na następujące okoliczności:

- *szczegółową analizę kosztów jakie będzie musiał ponieść w związku z wykonywaniem przedmiotu zamówienia i uwzględnił w zaproponowanej ofercie w cenie wypracowanie zysku,*
- *szczegółowe wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedstawił w formie tabeli stanowiącej załącznik do pisma,*
- *załączoną kalkulację potwierdzającą wykonalność i opłacalność projektu oraz fakt, że sprawdziła się ona przy wcześniejszych realizowanych pracach projektowych na podstawie tak skalkulowanych ofert,*
- *skalkulowanie cen za wykonanie poszczególnych opracowań na podstawie szacowanego nakładu pracy projektantów: kosztów bezpośrednich ich pracy i kosztów stałych,*
- *przyjęty koszt wynagrodzeń przez przyjęcie uśrednionego wynagrodzenia projektanta i asystenta oraz przyjęcie stosunku projektantów do asystentów przy realizacji tego projektu na poziomie (...),*

- ustalenie kosztów stałych związanych z działalnością biura w oparciu o szczegółową analizę kształtowania się kosztów w ubiegłych latach,
- kalkulację kosztów wynagrodzenia jednej osoby.

Ceny elementów zleczanych podwykonawcom ustalone zostały w wyniku negocjacji w oparciu o przedstawione przez nich oferty. Oferty te zawierają wiarygodną i rynkową cenę.

Wykonawca powołał się na renomę firmy (jedno z największych biur projektowo-konsultingowych na polskim rynku), wysoko kwalifikowaną kadrę techniczną z dużym doświadczeniem zawodowym w tego typu zadaniach, dobrą kondycję finansową firmy zapewnił wykonanie usługi na oczekiwanym poziomie.

Załączył kalkulację kosztów projektowych, określoną jako szczegółową oraz ofertę Pracowni Geologiczno-Inżynierskiej P. J. Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi, przedstawiającą zakres i wycenę: 1. Wiercenia geologiczne, w tym wiercenia rurowane dla obiektów inżynierskich (wiercenia z lądu do 15,0 m p.p.t.), 2. Wiercenia geologiczne, w tym wiercenia rurowane dla obiektów inżynierskich (wiercenia z powierzchni wody do 40,0 m p.p.t.) zakres i wycena „0” - zakres objęty sporem, pozostałe pozycje 3-12 nie wchodziły w zakres sporu.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako niezgodną z treścią SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu pisma podał. Zamawiający w dniu 03.09.2014 r. wezwał Wykonawcę w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: program funkcjonalno-użytkowy, projekt robót geologicznych, roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, dokumentacja hydrogeologiczna oraz geologiczno-inżynierska, specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Wykonawca w dniu 08.09.2014 r. złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie. Do wyjaśnień załączył pismo z dnia 05.09.2014 r. Pracowni Geologiczno-Inżynierskiej P. J. Spółka Jawna, wyjaśniające sposób wyceny części geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej postępowania nr WIM.271.1.20.2014.

W niniejszym piśmie określono kwotę 500 000,00 zł netto, która odpowiada kwocie określonej w ofercie przez Wykonawcę za opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Jednocześnie w tymże piśmie w tabeli w poz. 2 p.n.: Wiercenia geologiczne, w tym wiercenia rurowane dla obiektów inżynierskich (wiercenia z powierzchni wody do 40,0

m p.p.t) określono zarówno ilość jak i cenę: zero. Wskazano w poz. 1 tabeli do wykonania wyłącznie - wiercenia geologiczne, w tym wiercenia rurowane dla obiektów inżynierskich (wiercenia z lądu do 15,0 m p.p.t) w ilości 1620 mb.

Mając na uwadze, że dla wykonania przedmiotu zamówienia jest niezbędne wykonanie odwiertów na całej trasie przebiegu tunelu, tj. zarówno na lądzie jak i pod wodami, oraz to że tunel przebiegać będzie w swojej znacznej części na głębokości większej niż 15 m p.p.t. Zamawiający stwierdza, że oferta w powyższym zakresie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wskutek nieuwzględnienia w ofercie znacznego zakresu prac dotyczącego wykonania wierceń z powierzchni wody, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający odnosząc się do treści uzupełnienia oferty otrzymanego dnia 08.09.2014, w którym wykonawca wskazał, że projektantem wiodącym w branży mostowej będzie p. W. K., uważa, że w stosunku do tej osoby wskazane w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, wynagrodzenie projektanta w kwocie 7000 zł/m-c brutto jest rażąco zaniżone do rzeczywistego wynagrodzenia inżyniera w krajach tzw. starej unii, które w Niemczech wynosi ponad 4000 euro/m-c.

Wykonawca EUROPROJEKT złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu wyceny następujących elementów oferty:

- 1) robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu,
- 2) specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót.

Ad 1. Wartość robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu została ustalona na kwotę 150 000 zł (netto). Przy wycenie braliśmy pod uwagę pozyskane na ten zakres oferty. Załączone do niniejszej odpowiedzi (jako załącznik nr 1 i nr 2) oferty, które zostały sporządzone na podstawie opracowanego przez Zamawiającego SIWZ-u, potwierdzają, że ustalona w ofercie cena na ten zakres odzwierciedla cenę rynkową.

Załączone do pisma oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie wyrażam zgody na udostępnianie ich innym firmom.

Ad 2. Wartość robót związanych z opracowaniem Specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych została ustalona na kwotę 10 000 zł (netto). Przy wycenie tej części dokumentacji braliśmy pod uwagę fakt, że jesteśmy autorami specyfikacji wykonanych na potrzeby analogicznej inwestycji polegającej na budowie tunelu drążonego w technologii TBM pod Martwą Wisłą w Gdańsku. Zakres tych specyfikacji opisuje wszystkie roboty, które wystąpią podczas budowy tunelu w Świnoujściu. W obu inwestycjach występuje bardzo zbliżony zakres tematyczny robót budowlanych,

zbliżone technologie ich wykonania identyczny sposób drążenia tunelu. Opracowanie specyfikacji dla inwestycji w Świnoujściu będzie polegało na dostosowaniu specyfikacji wykonanych dla tunelu w Gdańsku do formuły "zaprojektuj i wybuduj" z uwzględnieniem naszych doświadczeń z realizacji robót budowlanych podczas drążenia tego tunelu oraz wymogów Zamawiającego i lokalnych uwarunkowań terenowych. Nasza firma prowadzi nadzór autorski nad budową tunelu w Gdańsku (wraz z dojazdami do tunelu). Wnioski płynące z doświadczeń związanych z samą fazą realizacji robót zostaną przez nas uwzględnione przy opracowaniu specyfikacji dla tunelu w Świnoujściu. Z naszego doświadczenia wynika, że niezbędnym będzie opracowanie około 125 sztuk odrębnych specyfikacji technicznych w celu opisanie całego zakresu robót wykonywanych w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wykonanie każdej ze specyfikacji będzie wymagało 3-5 godzin pracy (przyjęto średnio 4 h). Nakład pracy związany z wykonaniem w ten sposób wszystkich specyfikacji został oszacowany na 500 roboczo godzin (125 sztuk x 4 h). Koszt każdej roboczo godziny został ustalony na kwotę 20 zł (netto). Po przeliczeniu daje to łącznie kwotę 10 000 zł (netto).

Załączniki: 1) oferta nr 1 dot. robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu, 2) oferta nr 2 dot. robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu.

Dwie załączone oferty przedstawiają zakresy i wycenę: odwiertów i sondowania na wodzie, otworów i sondowania na lądzie - ceny zbliżone do wskazanej w wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych wykonawcy złożonym wraz z ofertą.

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez EUROPROJEKT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako niezgodną z treścią SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podając następujące uzasadnienie. „Zamawiający w dniu 03.09.2014 r. wezwał Wykonawcę w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny następujących elementów oferty: roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu, specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót; które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Wykonawca w dniu 08.09.2014 r. złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie.

Do wyjaśnień dotyczących robót geologicznych załączył dwie oferty na wykonanie robót geologicznych: z dnia 11.08.2014 r. nr 528/G/14 CONECO-BCE Sp. z o.o., oraz GEOPROJEKT-POZNAŃ Przedsiębiorstwo Geotechniczne i Geologiczne s.c.

W obu ofertach określono, że dotyczą one zakresu robót geologicznych wymaganych dla wykonania koncepcji programowej, projektu budowlanego i wykonawczego zgodnie z:

ustawą z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 163, poz. 981 z późn. zm.), rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2011 w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących projektów robót geologicznych, w tym robót których wykonywanie wymaga uzyskania koncesji (Dz. U. Nr 288, poz. 1696), rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 23 grudnia 2011 r. w sprawie dokumentacji hydrogeologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (Dz. U. Nr 291, poz. 1714).

Z przedstawionych wyjaśnień, nie wynika, by zakres robót obejmował roboty geologiczne w zakresie niezbędnym dla prawidłowego przyjęcia parametrów maszyny drążącej tunel, jak określono w punkcie 8 załącznika do SIWZ pn. „Opis Przedmiotu Zamówienia.” Powyższe potwierdza również treść oferty (strona 42), gdzie Wykonawca opisuje przyjęty przez siebie zakres robót geologicznych: (...) zakres objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Powyższe w sposób jednoznaczny czyni treść oferty sprzeczną z treścią SIWZ w zakresie wymogu Zamawiającego zawartego w punkcie 8 załącznika do SIWZ pn. „Opis Przedmiotu Zamówienia.”

Zamawiający stwierdza, że oferta w tym zakresie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wskutek nieuwzględnienia w ofercie znacznego zakresu prac geologicznych niezbędnych dla doboru typu maszyny drążącej, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca złożył również wyjaśnienia dotyczące robót związanych ze sposobem wyceny specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót. Wykonawca oświadczył, że dostosuje specyfikacje wykonane dla tunelu w Gdańsku w ilości 125 sztuk w czasie 4 godzin pracy na specyfikację zakładając koszt pracy na godzinę 20 zł netto, co daje łącznie netto koszt 10 000,00 zł.

Zamawiający w powyższym zakresie stwierdza, że wskazany nakład czasu pracy oraz wynagrodzenie, jednoznacznie wskazują na zamiar Wykonawcy dokonania kosmetycznej, a nie merytorycznej przeróbki STWiOR metodą „kopiuj-wklej” wykonaną przez tzw., średni personel biurowy, a nie osoby z uprawnieniami projektowymi i doświadczeniem projektowym; ponieważ wynagrodzenia 20 zł/godz. * 176 godzin pracy/m-c, daje kwotę miesięcznego wynagrodzenia netto 3520 zł, które to wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem projektanta z uprawnieniami i wieloletnim doświadczeniem.

Spośród 10 ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający odrzucił 5 ofert. Wykluczył trzech innych wykonawców z postępowania i uznał ich oferty za odrzucone. Łącznie wyeliminował z postępowania 8 wykonawców. W końcowym etapie badania i oceny ofert, zakończonym wyborem oferty najkorzystniejszej, pozostały 2 oferty: wybrana

jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. (oferta nr 3, szósta w rankingu ofert pod względem ceny - 3 281 676, 90 zł) i druga oferta wykonawcy Halcrow Group Limited (oferta nr 4, dziewiąta w rankingu ofert pod względem ceny - 5 471 650,35 zł).

Kwota, jaka zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, podana bezpośrednio przed otwarciem ofert wynosiła 5 500 000 zł (w protokole DRUK ZP-PN podano omyłkowo kwotę 5 500, zł brutto), wartość zamówienia została ustalona na kwotę 4 464 831,07 zł.

Wykonawcy złożyli oferty z cenami: w granicach ok. 2 mln zł 5 ofert, w tym trzech odwołujący; jedna oferta w granicach ok. 3 mln zł (wybrana jako najkorzystniejsza); dwie w granicach ok. 4 mln zł; jedna ok. 5,5 mln zł; jedna ok. 10 mln zł. Łączna kwota cen ofert wyniosła 36 998 070,45 zł, średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 3 699 807 zł. Stosunek cen ofert wykonawców do kwoty zamawiającego wynosi: TECHNITAL 37,99%, TRANSPROJEKT 31,69%, EUROPROJEKT 31,64%, oferty wybranej 59,67 zł. Stosunek cen ofert wykonawców do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi: TECHNITAL 56,48%, TRANSPROJEKT 47,11%, EUROPROJEKT 47,04%, oferty wybranej 88,70 zł.

Zawiadomienia o odrzuceniu ofert zamawiający przesyłał, wykonawcom wnoszącym rozpoznawane odwołania, w trzech terminach:

- pierwsze 12 września 2014 r.: wykonawcy TECHNITAL (oferta nr 9, czwarta w rankingu ofert pod względem ceny ubruttowionej dla czynności porównania ofert - 2 089 573,00 zł) oraz wykonawcy TRANSPROJEKT (oferta nr 2, druga w rankingu ofert pod względem ceny - 1 742 910,00 zł);
- drugie 15 września 2014 r. wykonawcy EUROPROJEKT (oferta nr 1, pierwsza w rankingu ofert pod względem ceny - 1 740 450,00 zł);
- trzecie 22 września 2014 r. jednocześnie wszystkim wykonawcom o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych.

II. Odwołujący: wykonawcy TECHNITAL, TRANSPROJEKT i EUROPROJEKT - spełniają przesłanki wymagane do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp - przez złożenie ofert wyrazili zainteresowanie uzyskaniem zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zastosowane kryteria oceny ofert - cenowe 50% i pozacenowe 50% (jakość 20% i wartość techniczna 30%) - mogą spowodować różnicowaną punktację ofert, które nie były poddane tej procedurze w toku pierwotnej oceny ofert, poprzedzającej wybór oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołania na rozprawie w granicach przedstawionych w nich zarzutów - art. 192 ust. 7 Pzp (za wyjątkiem zarzutu wykonawcy TRANSPROJEKT zamieszczonego

w drugim odwołaniu, dotyczącego odrzucenia oferty tego wykonawcy - ze względu na upływ terminu od zawiadomienia o odrzuceniu oferty w dniu 12 września 2014 r. i rozpoznaniu tego zarzutu w ramach pierwszego odwołania - zarzut ten nie był rozpoznawany ponownie) - oraz uwzględniając zasadę kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 Pzp), Izba uznała, jak niżej.

Izba wskazuje, że ocena czynności zamawiającego zakwestionowanych w odwołaniach dokonywana jest na podstawie dowodów potwierdzających te czynności. Stąd ocena zarzutów dotyczących czynności i zaniechania wobec odwołujących i ich ofert, dokonywana jest na podstawie złożonych ofert, wezwań zamawiającego z dnia 3 września 2014 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen, złożonych przez wykonawców wyjaśnień oraz zawiadomień o odrzuceniu ofert.

Stanowiska stron, których treść wykracza poza treść wynikającą z podanych dokumentów, w tym poszerzona argumentacja zamawiającego w odpowiedziach na odwołania w stosunku do uzasadnień przedstawionych w zawiadomieniach o odrzuceniu ofert, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia odwołań.

Podnoszony przez wykonawców zarzut naruszenia zasady koncentracji środków ochrony prawnej, będącej skutkiem regulacji zamieszczonej w art. 92 ust. 1 Pzp, znajduje uzasadnienie.

Zgodnie z tym przepisem - niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania - zamieszczając w zawiadomieniu informacje określone w przepisie, dotyczące wykonawców i ich ofert.

Przywołane przez zamawiającego stanowiska p. Józefa Edmunda Nowickiego i p. Włodzimierza Dzierżanowskiego w komentarzach dotyczących tego przepisu wskazujące, że rozdzielenie czynności, o których stanowi przepis art. 92 ust. 1 Pzp nie stanowi naruszenia prawa - *Komentarz do art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych* - System informacji prawnej Lex (Lex Omega), należy, co do zasady, przyjąć. Bo w istocie żaden przepis ustawy Pzp nie określa sankcji z tego tytułu, np. nieważności czynności zamawiającego z mocy prawa, czy jako przesłanki skutkującej uprawnieniem organu orzekającego w sprawie, uznania tej czynności za nieważną, a tym samym nie stwarza podstaw do uwzględnienia odwołania wyłącznie z tego tytułu.

Izba wskazuje, że w toku czynności badania i oceny ofert, nielimitowanych w czasie,

zamawiający może podejmować czynności sukcesywnie według własnego uznania. Jednakże nakaz jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania co do wszystkich ofert i wykonawców, którzy je złożyli, ma znaczenie dla tzw. koncentracji środków ochrony prawnej i postępowania odwoławczego, w szczególności terminów wnoszenia odwołań, możliwości uczestniczenia wykonawców jako uczestników postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania - ponoszonych przez odwołujących i zamawiającego.

Uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie budzi najmniejszych wątpliwości, pomimo podniesionego zarzutu o braku ku temu podstaw faktycznych, w kontekście postanowień SIWZ i treści oferty.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13 wskazał, że uprawnienie wynikające z przepisu stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na decyzję zamawiającego w tym zakresie nie mogą mieć wpływu wykonawcy. W stanie prawnym mającym zastosowanie do oceny czynności zamawiającego w rozpoznawanym postępowaniu, ocena, czy zachodzą przesłanki zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, należy do uprawnień zamawiającego.

W wyniku zmiany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mającej zastosowanie do postępowań wszczętych po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp (19 października br.) przepis ten stanowi: *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że: *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Wskazany przepis stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach: -wykonawca nie złożył wyjaśnień lub -ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami

potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku złożenia wyjaśnień, nie mogą być stosowane konsekwencje niezłożenia wyjaśnień. Izba nie podziela poglądu, że wyjaśnienia nierozwiewające wątpliwości zamawiającego należy uznać jako niezłożone, powodujące konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. Przeczy temu treść art. 90 ust. 3 Pzp oraz właściwa interpretacja przepisu przedstawiona w orzecznictwie, chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 - *brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”, a także kierunek interpretacji przepisów art. 90 Pzp w kontekście postanowień art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, przedstawiony w opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 r. pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia” - „Zamawiający może zatem odrzucić ofertę wykonawcy dopiero po uzyskaniu wyjaśnień i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) *Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę została uregulowana w przepisach p.z.p. w sposób jednoznaczny - działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.”*

W wyroku z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt KIO 785/14, Izba uznając, że czynności wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zostały zakończone przed wyborem oferty najkorzystniejszej, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokończenie czynności wyjaśnienia wysokości ceny, opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Drugi przypadek odrzucenia oferty wynikający z art. 90 ust. 3 Pzp ma miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają rażąco niską cenę.

Potwierdzenie rażąco niskiej ceny, to rzadkie przypadki, gdyż wykonawcy zazwyczaj nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, w większości zaprzeczają istnieniu takich okoliczności.

Znane potwierdzenia rażąco niskiej ceny, to np. wskazanie ceny oferty jako wyniku błędu, skutkującego niemożnością wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp nie wynika obowiązek wykonawcy obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż przepis ust. 1 art. 90 Pzp nie ustanawia takiego domniemania. Przepis wskazuje wyłącznie (przed nowelizacją ustawy) uprawnienie zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, którego podstawę stanowią wyłącznie wątpliwości zamawiającego. Ponadto, że z treści art. 90 ust. 1-3 Pzp w brzmieniu obowiązującym dla oceny czynności zamawiającego w tym postępowaniu, nie wynika, że zamawiający zwracając się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie wzywa do załączenia dowodów. Kwestia dowodów pojawia się w ust. 3 przepisu - w toku oceny wyjaśnień. Wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie, że załączenie dowodów, jest jak najbardziej wskazane, jednakże z powodu ich braku nie można formułować zarzutu naruszenia któregośkolwiek z przepisów art. 90 Pzp, brak może stanowić co najwyżej wpływ na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10 odnośnie art. 55 ust. 2 dyrektywy 2004/18 wskazano, że:

- *instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty,*
- *żądanie udzielenia wyjaśnienia oferty powinno odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania.*

Wobec określenia w wezwaniach elementów ofert podlegających wyjaśnieniom, bez sprecyzowania na czym polega oczekiwany przez zamawiającego sposób wyceny elementów oferty, biorąc pod uwagę, że z opisu sposobu obliczenia ceny oferty wynikał obowiązek przedstawienia ceny ryczałtowej mającej swoje odzwierciedlenie wyłącznie w wycenie elementów rozliczeniowych opisanych przez zamawiającego (załącznik nr 1 do umowy), zamawiający zobowiązany był ocenić wyjaśnienia wykonawców zgodnie z ich treścią z uwzględnieniem okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp. W przypadku wątpliwości, zobowiązany był do ich dalszego wyjaśnienia.

Zamawiający odrzucił oferty wykonawców na podstawie wyjaśnień złożonych na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powołując się na przepisy:

- TECHNITAL art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp,
- TRANSPROJEKT art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp,
- EUROPROJEKT art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, wskazując w tym ostatnim przypadku niezgodność treści oferty z treścią SIWZ wynikającą bezpośrednio z treści oferty (str. 42).

Izba uznała wyjaśnienia za porównywalne w zakresie ich opisowych części.

TECHNITAL przedstawił obszerną część opisową, bez kalkulacji szczegółowej elementów podanych w wezwaniu;

TRANSPROJEKT obok części opisowej przedstawił kalkulację oraz zakres i wycenę prac geologicznych opracowaną przez inny podmiot, jako odpowiedź na zapytanie wykonawcy;

EUROPROJEKT przedstawił część opisową, odsyłając - w zakresie pierwszej części wyjaśnień - do pozyskanych na ten cel ofert innych podmiotów załączonych do wyjaśnień (2 oferty), w drugiej części wyjaśnień wskazał na możliwość wykorzystania specyfikacji wykonania i odbioru robót, które zostały przygotowane i zastosowane w innym postępowaniu, z odpowiednim dostosowaniem do potrzeb tego postępowania.

Z porównania wyjaśnień wynika, w ocenie Izby, że co do zasady, zamawiającego usatysfakcjonowały te wyjaśnienia, w których przedstawiono zakresy prac geologicznych na podstawie, których zamawiający oceniał zgodność treści ofert z treścią SIWZ, a więc zakresy oferowanego zamówienia z oczekiwaniami zamawiającego, doprecyzowanymi w odpowiedziach na pytania dotyczące postanowień SIWZ, w tym w szczególności odpowiedzi z dnia 20 sierpnia 2014 r. na pytanie nr 1. W zawiadomieniach o odrzuceniu ofert zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawców TRANSPROJEKT i EUROPROJEKT za złożone, lecz potwierdzające rażąco niskie ceny oraz niezgodność treści ofert z treścią SIWZ, natomiast w odpowiedziach na odwołania wskazał na niewystarczającą treść wyjaśnień wraz z dowodami w postaci szczegółowej kalkulacji TRANSPROJEKT i ofert ewentualnych podwykonawców załączonych do wyjaśnień przez obu wskazanych wykonawców - TRANSPROJEKT i EUROPROJEKT.

Wykonawcy - trzej odwołujący - złożyli wyjaśnienia, więc zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp, nie można uznać, że nie złożyli wyjaśnień skutkującym odrzuceniem ofert. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu pogląd, że złożenie wyjaśnień niepełnych, odmiennych od oczekiwanych, jeżeli w wezwaniu nie wskazano precyzyjnie oczekiwań, skutkuje odrzuceniem oferty. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany dokonać dalszych wyjaśnień stosownie do orzecznictwa i wykładni przepisu, zgodnie ze

wskazaniem przedstawionym wyżej. Odrzucenie oferty następuje wyłącznie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę.

W wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”.

Ten sam Sąd w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł: „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. (...) Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

Brak jest podstaw w ocenie Izby, by uznać, że wyjaśnienia TECHNITAL dotyczące trzech pozycji z wykazu wycenionych elementów rozliczeniowych, potwierdziły rażąco niską cenę oferty za przedmiot zamówienia, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 października 2014 r.(str. 2 pisma), że „Zamawiający nie miał możliwości sprawdzenia, czy oferta Odwołującego zawiera realną cenę”. Zakres rzeczowy związany z pracami geologicznymi może być wyjaśniony z wykorzystaniem uprawnień zamawiającego wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Natomiast przedstawienie arytmetyczne (rachunkowe) wyceny elementów rozliczeniowych - poz. 3, 4 i 5 załącznika nr 1 do umowy (doprecyzowane oczekiwanie zamawiającego na rozprawie) możliwe jest do uzyskania w toku dalszych wyjaśnień wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Wyjaśnienia TECHNITAL nie stanowiły podstawy do uznania, że wykonawca nie złożył

wyjaśnień w zakresie ogólnikowo sformułowanego żądania - sposobu wyceny elementów oferty, przy oczekiwanym w istocie wyliczeniu arytmetycznym trzech spośród sześciu wycenionych elementów rozliczeniowych (projekt robót geologicznych, roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu i dokumentacja hydrologiczna oraz geologiczno-inżynierska), składających się na ryczałtową cenę oferty, w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, które powinny być ocenione z uwzględnieniem przesłanek, o których stanowi przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a w razie dalszych wątpliwości zamawiającego dotyczących w szczególności wyceny zakresu geologicznego, wątpliwości powinny być wyjaśnione w toku ewentualnego uzupełniającego postępowania wyjaśniającego. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający uznał, że nie miał możliwości sprawdzenia, czy oferta odwołującego zawiera realną cenę, stanowi w okolicznościach sprawy naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu - art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Skutkiem oceny wyjaśnień - TRANSPROJEKT - było uznanie zamawiającego, że w piśmie Pracowni Geologiczno-Inżynierskiej P. J. Sp.j., w tabeli w pozycji 2 - wiercenia geologiczne z powierzchni wody wykazano „0” mb i „0” cenę za tę czynność, a podane mb wierceń i cena za wiercenia dotyczyły wyłącznie wierceń z łądu.

Wykonawca, po zawiadomieniu w dniu 12 września 2014 r. o odrzuceniu oferty, pismem z dnia 16 września 2014 r., w toku trwających jeszcze czynności badania i oceny ofert, zawiadomił zamawiającego o omyłce - błędzie edytorskim - co do wierceń z łądu i z wody, przesyłając zamawiającemu poprawioną tabelę, w której w poz. 1 wiercenia z łądu i z wody podał właściwą wg zamawiającego głębokość oraz tę samą, co uprzednio ilość 1620 mb i tę samą cenę 377500 zł.

Izba oceniła, że istotnie wyszczególnienie w wierszu 1 wierceń z łądu w ilości i za cenę wskazaną w tabeli oraz podanie w wierszu 2 wierceń z wody jako „0”, nosi znamiona omyłki w zakresie opisu obu wierceń i ich głębokości. Wskazuje na to jednoznacznie poprawiony opis z 15 września 2014 r. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma miejsce wyłącznie po uwzględnieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (zastrzeżenie zamieszczone w treści przepisu), a więc po niemożności obligatoryjnego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującego istotnych zmian w treści oferty. Mając na uwadze przedmiot zamówienia, nie ulega wątpliwości w ocenie Izby, że wskazanie wierceń tylko z łądu ma omyłkowy charakter oraz, że poprawienie omyłki nie ma charakteru istotnej zmiany treści oferty.

Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga

102/09: „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co, w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że powyższe poprawienie jest złożeniem nowej oferty. Oferta wykonawcy, co do zasady pozostała niezmieniona, gdyż takie dane (zakres i wycena) nie zostały zamieszczone w ofercie wykonawcy, wobec braku wymagań ze strony zamawiającego. Są to wyłącznie wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, do których załączono opis zakresu i wycenę czynności dokonaną przez podmiot, ewentualnego podwykonawcę. Wyjaśnienia zostały przyjęte przez zamawiającego jako złożone przez wykonawcę na skutek wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Następnie opracowanie to posłużyło do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, skutkującej odrzuceniem oferty.

Cena rażąco niska oferty została ustalona na podstawie wskazanego przez wykonawcę wynagrodzenia projektanta wiodącego p. W. K. w wysokości 7000 zł/m-c, przez porównanie tej kwoty z wynagrodzeniem otrzymywanym w Niemczech (wydruk jednostronicowy z opracowania pt. „Ile zarabiają inżynierowie w Niemczech”), w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał dysponowania projektantem wiodącym z wynagrodzeniem na określonym (minimalnym) poziomie obowiązującym w innych krajach, w tym w Niemczech oraz, że wykonanie zamówienia ma miejsce w warunkach krajowych.

Przedmiot wyjaśnień TRANSPROJEKT przedstawiających zakres rzeczowy zobowiązania wykonawcy, w postaci oferty innego podmiotu (przyszłego podwykonawcy) oraz uznanie przez zamawiającego, że zakres ten stanowi część oferty wykonawcy, zobowiązuje zamawiającego do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odrzucenie oferty z pominięciem czynności, w okolicznościach uzasadniających zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wynagrodzenie projektanta wiodącego w kwocie odpowiadającej realiom rynkowym, nie stanowi podstawy do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. W okolicznościach sprawy, wybór najkorzystniejszej oferty, stanowi w konsekwencji naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

Wyjaśnienia EUROPROJEKT.

W załączniku nr 2 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 8 zamawiający opisał wymagania wobec wykonawców następująco:

„8. Wykonawca ponadto:

- sporządzi projekt robót geologicznych mający na celu określenie warunków geologiczno-inżynierskich projektowanego tunelu w celu prawidłowego rozpoznania podłoża gruntowego dla zaprojektowania tunelu w technologii drążonej TBM. Wyniki badań, zestawione w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, będą stanowiły podstawę do zagospodarowania przestrzennego, posadowienia obiektów budowlanych oraz prawidłowego przyjęcia parametrów maszyny drążącej tunel. Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania zezwoleń na wykonywanie prac na terenach zamkniętych,
- wykona roboty geologiczne na podstawie sporządzonego projektu,
- sporządzi dokumentację hydrogeologiczną oraz geologiczno-inżynierską.

Prace geologiczne należy wykonać zgodnie z:

- ustawą z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z dnia 5 sierpnia 2011 r., Nr 163, poz. 981 z późn. zmianami),
- rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących projektów robót geologicznych, w tym robót, których wykonywanie wymaga uzyskania koncesji (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2011 r., Nr 288, poz. 1696),
- rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 23 grudnia 2011 r. w sprawie dokumentacji hydrogeologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (Dz. U. z dnia 30 grudnia 2011 r., nr 291, 1714).”

Przedstawiony opis był przedmiotem pytań zadanych zamawiającemu i udzielonych wyjaśnień wykonawcom: - odpowiedź z dnia 13.08.2014 r. na pytanie nr 1, - pytanie z dnia 14.08.2014 r. w związku z udzieloną odpowiedzią oraz - odpowiedź z dnia 20.08.2014 r. wraz z zadaniem pytaniem: „Pytanie nr 1. W nawiązaniu do udzielonej dn.13.08.2014 r. na pytanie nr 1 odpowiedzi:

„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu oraz sporządzenia dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno-inżynierskiej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Rozpoznanie gruntu ma umożliwić wykonanie ostatecznego projektu budowlanego i wykonawczego przedsięwzięcia w formule „projektuj-buduj”.

Prosimy o potwierdzenie czy Wykonawca ma przy przedmiotowym rozpoznaniu gruntu i wymaganych do wykonania badaniach i dokumentacjach kierować się wytycznymi „Instrukcji badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych” GDDP i czy ilość i głębokość wykonywanych badań ma być z tymi wymaganiami zgodna. Czy też badania należy wykonać w oparciu o inne wytyczne wówczas proszę o ich wskazanie. Ponadto proszę

o potwierdzenie dla jakiego zakresu ma być wykonane rozpoznanie gruntu i wymagane do wykonania badania i dokumentacja geotechniczna, dla jednej rury tunelu czy dla docelowych dwóch?

Odpowiedź. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie m.in.: projektu robót geologicznych, wykonanie robót geologicznych na podstawie sporządzonego projektu i sporządzenie dokumentacji hydrogeologicznej oraz geologiczno inżynierskiej. To rolą Wykonawcy jest zaproponowanie Zamawiającemu optymalnego rozwiązania badania gruntu. Całość prac należy wykonać dla tunelu jednorurowego.”

Mimo odpowiedzi na pytanie, która nie wyjaśniła wątpliwości wykonawców, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że odpowiedź zamawiającego zmieniła treść pkt 8 OPZ, z której wynika, że projekt robót geologicznych ma na celu m.in. rozpoznanie podłoża gruntowego, którego wyniki będą służyły do prawidłowego przyjęcia parametrów maszyny drążącej tunel.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W orzecznictwie i doktrynie został ukształtowany pogląd co do zgodności oświadczeń woli zamawiającego w SIWZ i wykonawcy w ofercie, przesądzającej o zgodności treści oferty z treścią. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczyć może sfery niezgodności zobowiązania wykonawcy zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; też może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do merytorycznej treści oferty).

Można generalnie przyjąć, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (wyrok z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1801/14).

W wyroku z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 663/09, Izba wskazała, że: „Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa

się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy... itp.)”.

W opisie koncepcji programowej (str. 42 oferty - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) wykonawca przedstawił ograniczony zakres wykonania badań w stosunku do opisu zamieszczonego w pkt 8 OPZ, wskazujący na niezgodność opisu przedstawionego w ofercie z wymaganiami zamawiającego.

W odwołaniu wskazał na inną koncepcję wykonania spornego zakresu. Powołując się na pkt 8 OPZ i odpowiedź nr 1 z dnia 20.08.2014 r. na pytanie dotyczące tego punktu, na rozprawie potwierdził, że opis oznacza obowiązek wykonawcy przeprowadzenia badań geologicznych na podstawie, których wykonawca wyłoniony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, będzie mógł zaprojektować parametry maszyny drążącej. Stanowisko swoje uzasadnił tym, że na tym etapie, według oceny odwołującego, nie było możliwości przedstawienia badań, które by pozwoliły zaprojektować maszynę drążącą TBM.

Stwierdzenie odwołującego, że w żadnej ofercie nie zamieszczono żadnych opisów badań geologicznych, które by pozwoliły na wskazanie parametrów technicznych maszyny drążącej, nie jest podstawą do uznania, że jego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Takiego zarzutu nie podniesiono w żadnym odwołaniu w stosunku do innej oferty. Wobec przyznania faktu przez odwołującego, Izba nie znalazła podstaw, by uwzględnić odwołanie wykonawcy w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba wskazuje, że przedmiotem oceny zarzutu jest niezgodność oferowanego zakresu i sposobu realizacji zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Stąd też nie mogło być podstawą innej oceny Izby przekonanie wykonawcy, że oferowany zakres ograniczonych badań jest korzystniejszy dla zamawiającego na tym etapie realizacji zamówienia.

Również zgłaszane aspekty ekonomiki prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i uniknięcia przez zamawiającego ryzyka kosztem przyszłego wykonawcy wyłonionego w przyszłym przetargu, nie mogły stanowić podstawy uznania, że zakres badań odpowiada wymaganiom SIWZ, w sytuacji, gdy wykonawca sam temu zaprzeczył. Aktualny etap postępowania nie jest etapem do kwestionowania postanowień SIWZ, lecz etapem oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Powyższe uznanie czyni bezprzedmiotowym ocenę ustaleń zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, dokonanych na podstawie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Należy jednak podkreślić, że gdyby czynność ta miała znaczenie

dla rozstrzygnięcia odwołania, należałoby uwzględnić, że wykonawca oferując najniższą cenę za wyceniony element rozliczeniowy - specyfikacje techniczne zawierające warunki wykonania i odbioru robót budowlanych - 12 300 zł, powołał się w wyjaśnieniach na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne tylko temu wykonawcy - dysponowanie bazowym opracowaniem. Wątpliwości zamawiającego co do skrótownego dostosowania specyfikacji do warunków aktualnego zamówienia na zasadzie „kopiuj-wklej przez średni personel biurowy, podlegałoby wyjaśnieniu w dalszym postępowaniu uzupełniającym na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Jednak wobec przyznanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (fakt niewymagający dowodu) brak jest uzasadnienia przeprowadzenia dalszych czynności wyjaśniających w przedmiocie dostosowania specyfikacji technicznych zawierających warunki wykonania i odbioru robót budowlanych, gdyż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zasadny jest zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp (podniesiony w odwołaniu i wykazany na rozprawie) przez dokonanie oceny zgodności treści ofert z treścią SIWZ tylko w stosunku do niektórych wykonawców, na podstawie wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz odwołujących, których odwołania uwzględniono, poniesione przez nich koszty, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: