

Sygn. akt: KIO 1642/14

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław, Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław** w imieniu i na rzecz której działają **Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System (Lider Konsorcjum), ISB Budownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), NEXUS Nowe Technologie S.A. (Partner Konsorcjum) oraz Biuro Ochrony RANGER Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** na rzecz **Gminy Wrocław, Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław** w imieniu i na rzecz której działają **Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50—59 Wrocław** kwotę **3 730 zł 19 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści złotych dziewiętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przygotowanie infrastruktury sportowej w związku z *World Games - renowacja Stadionu Olimpijskiego*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 16 maja 2014 r. pod nr 2014/S 094-163919.

W postępowaniu tym wykonawca M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 11 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 31 lipca 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 12 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 13 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System (Lider Konsorcjum), ISB Budownictwo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), NEXUS Nowe Technologie S.A. (Partner Konsorcjum) oraz Biuro Ochrony RANGER Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 25 sierpnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego, a także na zaniechaniu odrzucenia ofert wskazanego wykonawcy oraz wykonawcy Budimex S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), a zatem powinna podlegać odrzuceniu;
- 3) art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, iż oferta ta budziła wątpliwości Zamawiającego, które doprowadziły go do błędnej decyzji o odrzuceniu oferty;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez niesłuszne stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a także poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Przystępującego oraz Budimex S.A;
- 5) art. 90 ust. 2, poprzez niezastosowanie się do normy wynikającej z tego przepisu, tj. ocenę wyjaśnień bez uwzględnienia wskazanych przez Odwołującego obiektywnych czynników mających wpływ na skalkulowanie ceny oferty;
- 6) art. 90 ust. 3, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez niesłuszne stwierdzenie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) art. 92 ust. 1 pkt 2, w związku z brakiem szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, wskazującego, które elementy ceny oferty Zamawiający uznał za rażąco niskie;

oraz innych przepisów wymienionych w treści odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

1. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji Zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej Przystępującego;
2. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 31 lipca 2014 r. o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
3. nakazania Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, a w tym nakazanie odrzucenia ofert złożonych przez Przystępującego oraz

Budimex S.A., powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zgodności z SIWZ oraz nakazanie uznania, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wystarczające i potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny oferty Odwołującego,

4. alternatywnie wniósł o - o ile dotychczas złożone wyjaśnienia nie zostaną uznane za wystarczające - nakazanie powtórzenia czynności wezwania, wraz ze zobowiązaniem Zamawiającego do wskazania w treści wezwania elementów treści oferty, które budzą wątpliwości Zamawiającego celem ustalenia, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. nakazanie wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał stan faktyczny dotyczący niniejszej sprawy. Wskazał m.in., że Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny do 30 lipca 2014 r. godz. 15:00. Podkreślił też, że treść pisma Zamawiającego stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień nie wskazywała elementów oferty w zakresie cen, co do których Zamawiający powziął wątpliwości i w związku z tym Odwołujący w dniu 28 lipca 2014 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o doprecyzowanie wezwania celem w pełni oczekiwanego przez Zamawiającego ustosunkowania się Odwołującego do kwestii szczegółowych wycen, budzących wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt: V Ga 122/2010), w którego treści Sąd wskazał, że pytanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy, dotyczące wyjaśnienia zaoferowanej ceny, powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania ofert wzbudziły wątpliwości, i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Jednocześnie w ww. piśmie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego, na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, z wnioskiem o udostępnienie protokołu z przedmiotowego postępowania potwierdzającego jaką kwotę faktycznie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bowiem na sesji otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 66.756.000,00 zł brutto, natomiast w treści wezwania do złożenia wyjaśnień poinformował, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 98.061.364,60 zł. Wskazał, że w dniu 29 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego odpowiedź na ww. pismo informujące, że prosi o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz, że podtrzymuje termin 30 lipca 2014 r. na złożenie wyjaśnień. Zatem wniosek Odwołującego o wskazanie elementów ceny budzących wątpliwości Zamawiającego oraz o udostępnienie kopii protokołu z postępowania nie został przez Zamawiającego w żadnym stopniu uwzględniony. Odwołujący wskazał, że w dniu 30 lipca 2014 r., dochowując wyznaczonego terminu, przesłał pismo stanowiące odpowiedź

na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w ramach swoich wyjaśnień przedstawił obszerną argumentację, według niego wskazującą, że kalkulacja ceny jego oferty została dokonana w sposób rzetelny i prawidłowy. Przywołał też szczegóły dotyczące jego wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny udzielonych Zamawiającemu. Odwołujący podkreślił, że gdyby Zamawiający uszczegółowił swoje wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej Odwołującego wówczas mógłby on skoncentrować wyjaśnienia na wskazanych elementach oferty i w efekcie przedstawiłby Zamawiającemu oczekiwany zakres informacji. Jednak Zamawiający nie przychylił się do wniosku Odwołującego złożonego w tym zakresie, co - w ocenie Odwołującego - było wadliwe i niezgodne z zasadami ustawy Pzp. Powołał się na regulację wynikającą z art. 55 Dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem ofert z powodu rażąco niskiej ceny zwraca się do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Podkreślił, że szczegóły te mogą dotyczyć głównie: ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług, technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów lub usług, oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta, zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane, możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwowej. Powyższe, według Odwołującego, wskazuje, że Zamawiający powinien w wezwaniu podać szczegóły dotyczące elementów ceny, które uważa za istotne. Powołał się w tym zakresie na stanowisko wyrażone w orzecznictwie. Wskazał na wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2329/13, gdzie Izba m.in. stwierdziła, że w sytuacji braku przejrzystości wezwania nie można uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest prawidłowa, a ponadto, iż w świetle art. 90 ustawy Pzp należy brać pod uwagę, że jego celem jest obiektywne wyjaśnienie, czy cena oferty nie jest rażąco niska, a nie ustalenie podstaw oferowanej ceny, która wzbudza wątpliwość Zamawiającego, z uwagi na jej niską wartość. Powołał się także na wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14, gdzie Izba stwierdziła, że zamawiający może oczekiwać od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, których szczegółowość zależna jest od szczegółowości pytań zamawiającego. Przywołał też wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10), gdzie Trybunał stwierdził, że zamawiający powinien w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do wykonawców, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty oraz na wyrok SO w Olsztynie, sygn. akt: V Ga 122/10, gdzie sąd stwierdził, że pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty

wzbudziły wątpliwości i, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał też na wątpliwe przesłanki, którymi kierował się Zamawiający podejmując decyzję o zwróceniu się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana bezpośrednio przed otwarciem ofert, to 66.756.000,00 zł, natomiast w piśmie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen Zamawiający poinformował, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia, powiększona o VAT, ustalona przez Zamawiającego wynosi: 98.061.364,60 zł. Tym samym Odwołujący stwierdził, że kwota wynikająca z jego oferty (86.381.537,63 zł) stanowi 88% wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, oraz jest wyższa o ponad 19 mln zł od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym jego zdaniem pojawia się pytanie, czy w zaistniałej sytuacji istnieją podstawy do podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Zwrócił też uwagę na fakt, iż wszczęcie postępowania przetargowego bez zabezpieczonych środków na sfinansowanie zamówienia może stanowić przesłankę do postawienia zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest o ponad 30 mln zł niższa od szacunkowej wartości zamówienia). W związku z tym wskazał też, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób, który wskazuje na właściwy punkt odniesienia dla wartości przedmiotowych robót (przy założeniu, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Przywołał opis warunków z pkt 9 ppkt 9.1.3.2 Instrukcji Dla Wykonawców (dalej: „IDW”) w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, z pkt 9 9.1.1.4 IDW co do wiedzy i doświadczenia i pkt 9.1.2.1-9.1.2.3 IDW dotyczących potencjału kadrowego. W świetle powyższego Zamawiający przyjął, że doświadczenie w realizacji inwestycji polegających na budowie, przebudowie, remoncie stadionów o wartości oscylującej wokół 60-70 mln zł, jest odpowiednie dla realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem wartość tych inwestycji i ich zakres jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (podobnie warunek dotyczący dysponowania potencjałem finansowym i ekonomicznym). Uwzględniając powyższe – jego zdaniem – brak jest podstaw, aby uznać, że jego oferta z ceną brutto: 86.381.537.63 zł jest nierealistyczna, a fakt ten potwierdza także okoliczność, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę niższą od ceny oferowanej przez Odwołującego o prawie 20 mln zł. Wskazał na podstawy oceny, że mamy do czynienia z ceną nierealistyczną. Powołał się na Słownik Języka Polskiego PWN, a także na decyzję Prezesa UOKiK Nr RWR-29/2008 z odwołaniem do wyr. ETS z 17 lipca 1997 r. w sprawie C-242/95GT-Link A/S przeciwko De Danske Statsbaner (DSB) oraz wyrok SN

o sygn. akt: III SK 50/04). Przywołał także orzeczenia KIO w sprawach: KIO 453/13, KIO 869/13 i 1078/12 oraz wyrok SO z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07), wskazując, że ceny jego oferty nie należy rozpatrywać w kategoriach nieekwiwalentności, nieopłacalności lub nierealności skoro jest najbardziej zbliżona do wartości przedmiotu zamówienia oraz do planowanego budżetu, zaś w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił zestawienie cen, podał informacje o wysokościach przyznanych mu upustów, zawarł informacje o ofertach dostawców i podwykonawców, z którymi zawarł porozumienia odnośnie realizacji przedmiotowej inwestycji i załączył oferty i potwierdzenia oferowanych cen przez poszczególnych kontrahentów. Jego zdaniem Zamawiający w piśmie z wynikiem postępowania nie przedstawił szczegółowych zarzutów co do ceny Odwołującego, przy czym podkreślił, że utajnienie przez niego wyjaśnień nie spowodowało utajnienia treści oferty, a zatem wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie miał on przeszkód by szczegółowo opisać faktyczne przesłanki odrzucenia oferty.

Odwołujący ponadto stwierdził, że jeśli Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca nie złożył wyjaśnień co do wszystkich elementów, które budziły wątpliwości Zamawiającego, to winien wezwać do uzupełnienia złożonych wyjaśnień, gdyż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zabrania kilkukrotnego wzywiania, o ile złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego. Wskazał na ciężar dowodowy w tym zakresie, podkreślając, że na obecnym etapie ciężar wykazania przyczyn, dla których Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień leży po stronie Zamawiającego. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie KIO w sprawie KIO 2704/11 i KIO 2707/11, gdzie Izba odwołuje się też do wyroku SO w Katowicach w sprawie o sygn. akt. XIX Ga 3/07.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty, tj.: oferta Odwołującego z ceną: 86 381 537, 63 zł brutto, oferta Przystępującego z ceną: 123.899.928,73 zł brutto, (cena po dokonaniu poprawek przez Zamawiającego) oraz oferta Budimex S.A. z ceną: 126.109.949,59 zł brutto. Wskazał, że jego oferta zawiera cenę niższą od pozostałych dwóch ofert, i w najmniejszym stopniu odbiegającą od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, bowiem: cena oferty Przystępującego jest wyższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego o 25.838.564 zł (około 26% wartości zamówienia) oraz o ponad 57 mln zł przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, cena oferty Budimex S.A. jest natomiast wyższa od wartości zamówienia 28.048.586 zł (około 28% wartości zamówienia), oraz jest wyższa o ponad 59 mln zł od kwoty odczytanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Wątpliwości Zamawiającego zaś dotyczą oferty Odwołującego, która jest niższa od wartości zamówienia o 11.679.826 zł (11,9% wartości zamówienia). W tym zakresie zwrócił uwagę na to, że ceny przewyższające planowany budżet o ponad 20% jego wartości powinny budzić

zastrzeżenia co do celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, a Zamawiający nie podjął żadnych kroków w celu ustalenia, czy kwoty w pozostałych ofertach zostały ustalone na racjonalnym, wiarygodnym i odpowiadającym realiom rynkowym poziomie, co stanowiło, w ocenie Odwołującego, naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.

Co do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego podkreślił, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego w tym zakresie wskazano, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ, ponieważ Odwołujący w Tabeli jakościowej dla oferowanych materiałów dotyczących prac renowacyjnych i naprawczych żelbetowych elementów konstrukcji pokrycia korony stadionu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania zaoferował użycie materiałów StoCrete Be Mortel grob - warstwa naprawcza oraz StoCrete TF200 - szpachlówka naprawcza, dla których temperatura układności mieści się w przedziale 5-30 °C, co jest niezgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w pkt 14.3.1.8 IDW.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na zaniechanie po stronie Zamawiającego wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo, iż budziła wątpliwości Zamawiającego, które doprowadziły go do błędnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż co prawda art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wzywania do wyjaśnień, jednakże, w przypadku stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niejasna lub budzi wątpliwości Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści jego oferty i w tym zakresie powołał się na orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO 1514/11 i wyrok SO w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r. UZP/Z010-936/03. W konsekwencji Odwołujący podkreślił, iż został pozbawiony możliwości ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego odnośnie treści oferty, które legły u podstaw decyzji o jej odrzuceniu jako niezgodnej z SIWZ i w ten sposób Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu skuteczną obronę swoich racji. Podkreślił, że gdyby miał możliwość udzielenia wyjaśnień, poinformowałby, że zaoferowana warstwa naprawcza - StoCrete Be Mortel grob oraz szpachlówka naprawcza - StoCrete TF200 mogą być aplikowane w zakresie od +3°C do 35°C, a zatem w pełnym zakresie spełniają wymogi Zamawiającego.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz przez wykonawcę Budimex S.A., jako niezgodnych z treścią SIWZ Odwołujący powołał się na zapisy pkt 3.2 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”), zgodnie z którymi w zakresie wymogów Zamawiającego w stosunku do nawierzchni boiska (sztuczna trawa III generacji) zaproponowana przez wykonawcę i producenta nawierzchnia musi spełniać m.in. następujące wymagania (potwierdzone dostarczonymi dokumentami) - producent trawy musi posiadać aktualny status IRB PTP (IRB Preferred Turf Producer) potwierdzony stosownym

dokumentem. Powyższy wymóg – jego zdaniem – był konieczny do spełniania na etapie składania ofert i powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 135 do treści SIWZ z dnia 27 czerwca 2014 r. Według niego zapis w pkt 3.2 PFU dotyczący wymogu posiadania przez producenta trawy aktualnego statusu IRB PTP (IRB Preferred Turf Producer) potwierdzonego stosownym dokumentem pozostał obowiązujący, tymczasem Przystępujący zaoferował sztuczną trawę, której producentem jest Ricco Polski Producent Sztucznej Trawy i do oferty ww. wykonawca załączył kartę techniczną oferowanej trawy, jednakże z jej treści nie wynika, że producent posiada wymagany aktualny status IRB PTP. Analogiczny zarzut Odwołujący podniósł w stosunku do oferty wykonawcy Budimex S.A., który zaoferował trawę produkowaną przez Saltex i w tym zakresie z karty technicznej dla tego produktu również nie wynika, że producent posiada wymagany aktualny status IRB PTP. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podkreślił, że ww. wykonawcy nie wykazali, że oferowane przez nich materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej i złożone przez nich oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią SIWZ. Podniósł też, że posiadanie lub nie wskazanego aktualnego statusu można dodatkowo zweryfikować na stronie internetowej <http://www.irbplaverwelfare.com/?subsection=69>. Przeprowadzona przez niego weryfikacja wskazuje, że zarówno nawierzchnia proponowana przez Przystępującego, jak i Budimex S.A. nie znajduje się w wykazie prezentowanych tam nawierzchni.

Swoje stanowisko Odwołujący podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo jako dowody w sprawie złożył do akt sprawy oświadczenie z dnia 5 sierpnia 2014 r. producenta zaprawy naprawczej i szpachlówki naprawczej potwierdzające, jego zdaniem, spełnianie wymagań SIWZ, co do aplikacji tych materiałów w określonych temperaturach. Na tę okoliczność złożył on również certyfikat z 21 sierpnia 2014 r. producenta wskazanych materiałów w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 sierpnia 2014 r. złożonym do akt sprawy przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Do odpowiedzi na odwołanie zostało załączone zestawienie tabelaryczne porównania niektórych elementów wyceny z oferty Odwołującego z przywołaniem wyceny poszczególnych pozycji dokonanej w oparciu o oferty podwykonawców Odwołującego, na które powoływał się on w swoich wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu co do rażąco niskiej ceny. Załącznik ten został złożony do акта sprawy z zastrzeżeniem, iż zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Jednocześnie też pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania, przedstawił on w piśmie procesowym z dnia 21 sierpnia 2014 r. złożonym do akt sprawy.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności dotyczą czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz oferty drugiego wykonawcy, sklasyfikowanego na drugiej pozycji rankingowej. Wskazane przez Odwołującego czynności i zaniechania wprost pozbawiały go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia dokonanego w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego, uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego wypełnione.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 16 maja 2014 r. Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest na udzielenie robót budowlanych obejmujących zarówno wykonanie projektowania, jak i robót budowlanych w trybie przetargu nieograniczonego.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 30 czerwca 2014 r. Do jego upływu do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu swoje oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Odwołujący z ceną: 86 381 537,63 zł brutto;
2. Przystępujący z ceną: 118 961 581,14 zł brutto;
3. Budimex S.A. z ceną: 126 109 949,50 zł brutto.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazał m.in., że Odwołujący w złożonej ofercie celem spełniania wymagań określonych w załączniku nr 8 do IDW – Tabela jakościowa dla oferowanych materiałów dotyczących prac renowacyjnych i naprawczych żelbetonowych elementów konstrukcji przykrycia korony stadionu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania zaoferował użycie materiałów w zakresie warstwy naprawczej i szpachłówki naprawczej, dla których temperatura układności mieści się w przedziale 5-30°C, w związku z czym wskazane materiały nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 14.3.1.8 IDW (temperatura układności: 5-35°C), co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający odnosząc się do drugiej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego wskazał m.in., że w piśmie Odwołującego stanowiącym udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy brak jest informacji dotyczących elementów cenotwórczych, a Odwołujący nie posiada szczególnych rozwiązań technicznych do wykonania prac objętych niniejszym postępowaniem, jak też oryginalnego projektu mającego wpływ na taką cenę. W tym zakresie co do udzielanych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podkreślił, iż nie jest

wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna. Podkreślił, że udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny być szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do jej prawidłowego wyliczenia, zaś ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym. Zamawiający wskazał też m.in., że cena oferty Odwołującego jest nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a wyjaśnienia tego wykonawcy nie dały Zamawiającemu ani przekonania o tym, że jego cena została w sposób rzetelny skalkulowana i nie jest rażąco niska, ani pewności, że przedmiot zamówienia będzie wykonany w sposób należyty. Wykazanie wykonania większości robót budowlanych potencjałem podmiotów trzecich nie dowodzi – zdaniem Zamawiającego – że oferta nie jest rażąco niska, a potwierdza jedynie fakt, że wykonanie przedmiotu zamówienia przez Odwołującego nie gwarantuje zakończenia procesu inwestycyjnego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut odwołania dotyczący braku zasadności uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w pkt 21 IDW określił, że cena ofertowa ma zostać określona przez wykonawcę w formie ryczałtu za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, zaś na cenę ofertową składa się koszt wykonania projektowania i robót budowlanych. Zamawiający określił w Załączniku nr 1a do IDW wzór wykazu cen ryczałtowych, gdzie wyszczególnił konkretne roboty budowlane wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, co do których odrębnie należało wskazać ich wycenę ryczałtową, zaś cena ofertowa łączna powinna wynikać ze wskazanego załącznika.

W oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-PN), Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 119 587 000,01 zł netto, co stanowi równowartość 28 305 285,33 euro. W ramach tej wartości zamówienia Zamawiający wskazał wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę: 39 862 343,34 zł netto, co stanowi równowartość 9 916 992,57 euro. Przed otwarciem ofert, w dniu 30 czerwca 2014 r., Zamawiający podał kwotę na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości: 66 756 000,00 zł brutto.

W wyjaśnieniach złożonych Izbie przez Zamawiającego w toku rozprawy, wskazał on, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, pomijając wartość zamówień uzupełniających i powiększając tę wartość o wartość podatku VAT (23%), stanowi kwotę: 98 061 364,60 zł brutto.

Wartość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu to:

1. 86 381 537,63 zł brutto – oferta Odwołującego;
2. 118 961 581,14 zł brutto – oferta Przystępującego;
3. 126 109 949,50 zł brutto – oferta Budimex S.A.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2014 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, wskazując w nim termin na złożenie wyjaśnień: do dnia 30 lipca 2014 r. godz. 15.00.

Przystępujący pismem z dnia 28 lipca 2014 r. złożył do Zamawiającego pismo, w którym wniósł o doprecyzowanie wezwania Zamawiającego z dnia 24 lipca 2014 r., celem umożliwienia ustosunkowania się przez niego do kwestii szczegółowych wycen, które budzą wątpliwości Zamawiającego. Wskazał tam też na stwierdzoną przez siebie rozbieżność kwoty na sfinansowanie zamówienia podanej na otwarciu ofert (66 756 000,00 zł brutto) i kwoty wskazanej przez Zamawiającego w treści wezwania do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny (98 061 364,60 zł), wnosząc jednocześnie o udostępnienie mu protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 29 lipca 2014 r. ponownie wskazując na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wniósł o udzielenie przez Odwołującego wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie i podtrzymał pierwotny termin udzielenia wyjaśnień, tj. do dnia 30 lipca 2014 r. godz. 15.00.

Przystępujący pismem z dnia 30 lipca 2014 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia te zostały objęte zastrzeżeniem przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu odwołania podniesionego we wskazanym zakresie w pierwszej kolejności stwierdzić należało, że Zamawiający w sposób zasadny wystąpił do Odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Cena ta bowiem w sposób znaczący odbiegała od ustalonej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, jak też od cen rynkowych. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy określona oferta

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie przez niego stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Podstawą takiego wystąpienia są zatem uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do wyceny konkretnej oferty. W obowiązującym stanie prawnym odnoszącym się do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca nie określił żadnego progu wartościowego, przy którym takiego rodzaju wezwanie zamawiający ma prawo i obowiązek wystosować do wykonawcy, stąd też każdorazowo w takich sytuacjach należy dokonać zindywidualizowanej oceny, że w danym przypadku mamy do czynienia z podejrzeniem rażącego zaniżenia wyceny ofertowej wykonawcy. Takiej oceny należy dokonywać, odnosząc wartość badanej ceny ofertowej do wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez zamawiającego z należytą starannością (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „*czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*”). Takiej wyceny zamawiający dokonuje zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 32-35 ustawy Pzp) w sposób staranny, przed wszczęciem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wycena ta nie obejmuje podatku VAT i stanowi całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za cały przedmiot zamówienia. Wartość ta powinna być uwidoczniona w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 2 druków ZP stanowiących załączniki do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458)). W przypadku zamówienia na roboty budowlane ustawodawca dodatkowo wymaga od zamawiającego (art. 33 ust. 1 ustawy Pzp), aby wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (co do wykonawstwa robót budowlanych) albo planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (co do robót budowlanych polegających jednocześnie na zaprojektowaniu i wykonaniu tych robót). Przepisy dotyczące ustalania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wprowadzają także dodatkowe, szczegółowe rygory w tym zakresie. Jeśli bowiem zamawiający w przypadku danego zamówienia planuje udzielać zamówień uzupełniających powinien – zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp - doliczyć do wartości tego zamówienia także wartość zamówień uzupełniających, choć te mogą być dopiero przedmiotem odrębnego zamówienia (odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki i odrębnej umowy w sprawie zamówienia publicznego). Z tych też względów dla adekwatności porównania danej ceny ofertowej z wartością przedmiotu zamówienia, który faktycznie zostanie udzielony w wyniku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ustalenia,

czy cena ta nie jest rażąco niska, istotne jest odliczenie od wartości szacunkowej zamówienia wartości przewidywanych prac uzupełniających.

Po takim odliczeniu wartości robót uzupełniających w niniejszym postępowaniu w oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskujemy wartość: 79 724 656,67 zł netto wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Aby uzyskać porównywalną i faktyczną wartość przedmiotu zamówienia dla ustalenia czy cena ofertowa nie zawiera rażąco niskiej ceny koniecznym jest także doliczenie do tej wartości przewidywanego podatku od towarów i usług, który łącznie z wyceną netto przedmiotu zamówienia zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcy za realizację danego zamówienia publicznego. Po dodaniu tej wartości w niniejszym postępowaniu uzyskujemy faktyczną wycenę brutto przedmiotu zamówienia, dokonaną przez Zamawiającego z należytą starannością. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wartość ta to kwota: 98 061 364,60 zł. Tak więc podając tę wartość w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, kierowanym do Odwołującego, Zamawiający postąpił prawidłowo, wskazując także na wartość oferty Odwołującego (86 381 537,64 zł brutto). Samo porównanie tych kwot wskazuje, że wycena tych samych robót budowlanych dokonana przez Odwołującego odbiegała o ponad 11 mln zł od wyceny dokonanej przez Zamawiającego. Powyższe, w ocenie Izby, uzasadniało przy niniejszym przedmiocie zamówienia (roboty budowlane obejmujące zarówno wykonawstwo, jak i projektowanie) wątpliwości Zamawiającego co do ceny ofertowej Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, iż dla wskazanego porównania nie ma znaczenia kwota podawana na otwarciu ofert przez Zamawiającego, tj. kwota na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta stanowi jedynie o środkach finansowych zabezpieczonych w budżecie danej jednostki zamawiającej na sfinansowanie konkretnego przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Cel podawania tej kwoty tuż przed otwarciem ofert, kiedy jeszcze zamawiający nie mógł zapoznać się z konkretnymi wycenami ofertowymi dokonanymi przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związany jest z zabezpieczeniem interesów wykonawców, aby nie dochodziło do nieuprawnionych działań po stronie zamawiającego związanych z unieważnianiem postępowania o zamówienia publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie danego zamówienia. Kwota ta w praktyce najczęściej stanowi odzwierciedlenie wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej zgodnie z art. 32 i następne ustawy Pzp powiększonej o wartość podatku VAT, ale nie zawsze musi to być faktycznie ta kwota. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieliśmy właśnie do czynienia taką właśnie sytuacją, że Zamawiający w trakcie otwarcia ofert podał kwotę na sfinansowanie zamówienia inną (niższą), niż wynikałoby to z wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia. I choć takie działanie Zamawiającego, jak wskazywał

Odwołujący, można by różnie oceniać, także z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych - do oceny czego jednak Izba w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie posiada uprawnień (Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp), to powyższe jednak w żadnej mierze nie może stanowić punktu odniesienia dla oceny, czy cena ma charakter rażąco niskiej. W tym zakresie – jak wskazano powyżej – znaczenie ma wycena przedmiotu zamówienia dokonana z należytą starannością przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Drugim punktem odniesienia dla zamawiającego w takich sytuacjach są wyceny przedmiotu zamówienia dokonane przez innych wykonawców. Powyższe ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy przykładowo wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego została „przeszacowana”, tj. zamawiający dokonał szacunku w sposób wygórowany. Przyczyną powyższego mogą być same błędne założenia zamawiającego przy wycenie przedmiotu zamówienia, nie uwzględniające faktycznych cen rynkowych na danego rodzaju usługi, czy produkty jak też zmiana tej wyceny na rynku w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności, że ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonuje się przed wszczęciem postępowania, w przypadku robót budowlanych nawet z wyprzedzeniem sześciomiesięcznym.

Porównanie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wyceną innych ofert złożonych w postępowaniu w żadnej mierze nie daje podstaw do twierdzeń, że wycena Zamawiającego została zawyżona. Odwołujący zaś w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnych dowodów na podważenie wiarygodności wyceny dokonanej przez Zamawiającego ani też dowodów, które potwierdzałyby aktualnie (na moment upływu terminu składnia ofert) zupełnie inny poziom wyceny prac objętych przedmiotem zamówienia na rynku tego rodzaju zamówień, niż dokonany przez Zamawiającego oraz konkurentów Odwołującego, składających oferty w niniejszym postępowaniu. Tym samym zatem to wycena dokonana przez Odwołującego mogła budzić poważne wątpliwości i zastrzeżenia i tym samym to Odwołujący, ustalając cenę na takim, a nie innym poziomie, powinien był wykazać Zamawiającemu w udzielonych mu wyjaśnieniach, że znajduje się w szczególnej dla siebie sytuacji, czy też korzysta ze szczególnych, dogodnych dla niego warunków związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, które pozwalają mu na ustalenie ceny ofertowej na tak obniżonym poziomie, co w efekcie daje mu możliwość należytego wykonania zamówienia, bez ponoszenia strat i w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji.

Z tych też względów, zdaniem Izby, zarówno wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością, jak też ceny innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, dawały Zamawiającemu podstawę do wystąpienia

z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zakres żądania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego także był prawidłowy. Twierdzenia Odwołującego o tym, że Zamawiający szczegółowo nie doprecyzował treści wezwania skierowanego do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, są zdaniem Izby nieuzasadnione. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp, jeśli powstaną uzasadnione wątpliwości co do wyceny ofertowej wykonawcy zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazany przepis nie nakłada na zamawiającego obowiązku uzasadniania wezwania kierowanego we wskazanym zakresie do wykonawcy, ani też wskazywania konkretnych elementów ceny ofertowej budzących jego wątpliwości, czyli nie określa żadnego, konkretnego stopnia szczegółowości treści takiego wezwania. To wykonawca w oparciu o powyższe, w trybie udzielanych zamawiającemu wyjaśnień, powinien wskazać owe elementy ceny ofertowej, które mają wpływ na jej wysokość ustaloną na określonym poziomie. Za wycenę oferty odpowiada bowiem w pełni wykonawca i z tych też względów to on ma najlepszą wiedzę, które elementy ceny ofertowej (jej wyceny jednostkowe) wpłynęły na jej zniżenie. Zamawiający w treści wezwania może co najwyżej wskazywać na kierunek swoich wątpliwości, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak to wykonawca w wyniku udzielanych wyjaśnień może szczegółowo odnieść się do wyceny swojej oferty i wykazać zamawiającemu, że cała cena jego oferty odbiega od warunków rynkowych z przyczyn właściwych obiektywnie dla danego wykonawcy, a także - w sytuacji gdy określone wyceny jednostkowe mają wpływ na obniżenie całościowej ceny ofertowej, czy też stanowią istotny przedmiotowo element tej wyceny, stanowiący wyodrębnioną całość przedmiotu zamówienia - przykładowo wykazać, że określone elementy jego wyceny znalazły się w innym miejscu niż obiektywnie powinny się znajdować, czy też, że wycena konkretnych, jednostkowych elementów oferty na niższym niż rynkowy poziom jest uzasadniona obiektywnymi czynnikami. W treści wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający powinien określić minimalne elementy wynikające z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc swoje uzasadnione obiektywnie przypuszczenie rażąco niskiej ceny oraz wskazanie terminu, w którym wykonawca ma obowiązek udzielić zamawiającemu wskazanych wyjaśnień. Zdaniem Izby w świetle wskazanego przepisu nie można wymagać od Zamawiającego wskazania konkretnych elementów jednostkowej wyceny oferty budzących wątpliwości Zamawiającego, w szczególności jeśli cena w postępowaniu ma charakter ryczałtowy. W takiej sytuacji w treści wezwania Zamawiający powinien jedynie wykazać swoje przypuszczenie co do rażąco niskiej ceny w ofercie konkretnego wykonawcy, a więc powinien wskazać wartość, czy wartości, do których należy odnosić porównanie

badanej pod kątem rażąco niskiej ceny ofertowej. Jeśli zamawiający uszczegóławia treść wezwania to jest to jego prawo, a nie obowiązek i rozważnie korzystając z tego prawa ma szansę na szybkie – bez konieczności dodatkowego dopytywania wykonawcy - pozyskanie odpowiedzi i konkretnych informacji co do swoich sprecyzowanych wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wskazał w treści wezwania na rażące zaniżenie ceny ofertowej Odwołującego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, określając termin na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień. Powyższe, jednocześnie przy ustaleniu w niniejszym postępowaniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia umownego, zdaniem Izby, było wystarczające dla właściwego ustosunkowania się przez Odwołującego co do ustalenia swojej ceny ofertowej na takim, a nie innym poziomie. Odwołujący zresztą w tym zakresie złożył dość obszerne wyjaśnienia, tak więc na etapie udzielania wyjaśnień, wobec wskazania mu przez Zamawiającego wyceny niniejszego przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego i stanowiącej punkt odniesienia do ceny ofertowej Odwołującego, nie mógł on mieć szczególnych wątpliwości, z czego wynika konieczność zapytania Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, skierowanego do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba, odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, odniosła się także do treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień. Izba dokonała oceny tych wyjaśnień, które zostały zastrzeżone przez Odwołującego jako jego tajemnica przedsiębiorstwa i uznała, że oferta Odwołującego zasadnie została odrzucona przez Zamawiającego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba, nie odnosząc się szczegółowo w treści niniejszego uzasadnienia do konkretnych zapisów wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego z racji zastrzeżenia przez niego w tym zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdziła, że nie są one wiarygodne. Odwołujący, uzasadniając znaczące zaniżenie swojej ceny ofertowej, opierał się przede wszystkim na ofertach swoich podwykonawców w zakresie wykonawstwa robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Udzielone wyjaśnienia, zdaniem Izby, nie były spójne z treścią oferty tego wykonawcy, a tym samym okazały się niewiarygodne. Izba nie mogła pominąć istotnej okoliczności, iż w ramach niniejszego zamówienia konkretny zakres zleconych prac na podstawie treści oferty Odwołującego konkretnym firmom podwykonawczym nie odpowiada wskazanym zakresom prac i innym firmom podwykonawczym, na które powoływał się Odwołujący w swoich wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które miały uzasadniać znaczące obniżenie jego ceny ofertowej. Powyższe dotyczyło m.in. prac dotyczących wykonania systemów zabezpieczenia technicznego. Wskazanie w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach innych firm podwykonawczych niż określone przez Odwołującego w treści zobowiązań podmiotów

trzecich, w których wyraźnie określono zakres zleczanych prac i okoliczność zlecenia tych właśnie prac w ramach podwykonawstwa innej firmie, czyni udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia niewiarygodnymi i podważającymi zasadniczy argument Odwołującego wskazywany jako uzasadnienie do zniżenia jego ceny ofertowej.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, iż powoływanie się na podwykonawców jako podstawę uzasadnienia obniżenia swojej ceny ofertowej, jest ogólnie nieuprawnione. Wykonawca – w ocenie Izby – w sytuacji braku zastrzeżenia w danym postępowaniu osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę, może powoływać się na szczególne warunki realizacji przedmiotu zamówienia zaoferowane mu przez jego podwykonawców. Informacja o powyższym jednak powinna być spójna z treścią oferty tak, aby poprzez udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia nie prowadzić do zmiany treści oferty. Ponadto sami podwykonawcy, na których wskazuje wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinni być także wiarygodni. Wiarygodne i uzasadnione powinny być także oferty tych podwykonawców, w szczególności, jeśli są to oferty dotyczące wykonania przez podwykonawcę konkretnych robót budowlanych, a nie dotyczące zakupów konkretnych materiałów czy produktów. Twierdzenie, że sama tylko oferta na wykonanie danych robót, przykładowo dotyczących robót w zakresie korony stadionu z ich konkretną ceną łączną za ich relację dokonaną przez podwykonawcę, bez jakiegokolwiek rozbitcia i uzasadniania takiej, a nie innej wyceny, uzasadnia zniżenie dokonanej przez wykonawcę wyceny, prowadziłoby do konstatacji, że istotne znaczenie dla obniżenia ceny ofertowej ma tylko fakt podzlecenia wykonania konkretnych robót, a to w istocie stanowiłoby daleko idące uproszczenie. Taki sposób procedowania prowadziłby do uznania za prawidłową sytuację zniżenia ceny ofertowej przez wykonawcę, jedynie w sytuacji podzlecenia większości robót budowlanych innym firmom budowlanym. Taki sposób oceny ceny ofertowej z podejrzeniem jej rażącego zniżenia prowadziłby do nadużyć i naruszenia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zamawiający, weryfikując cenę ofertową wykonawcy, wycenioną na rażąco niskim poziomie, musi posiadać uzasadnienie wskazujące na obiektywną realność tej wyceny. Na powyższe mogą składać się przykładowo takie okoliczności, jak to, że określona firma budowlana podwykonawcza korzysta ze szczególnych dla niej warunków realizacji danego przedmiotu zamówienia, co pozwoli jej i wykonawcy na nie ponoszenie strat w tym zakresie, a Zamawiającemu da gwarancje należytego wykonania zamówienia. Samo wskazanie, że określone prace będą zlecone podwykonawcy za konkretną kwotę, nie uzasadnia samo w sobie „legalnego” zniżenia ceny ofertowej. W przedstawionych w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej przez Odwołującego oferty podwykonawców dotyczą zlecenia wykonawstwa konkretnych robót budowlanych, a nie zakupów materiałów przy uzyskaniu przez wykonawcę

określonych, oferowanych przez producentów tych materiałów upustów na ich zakup, a te sytuacje należy z natury rzeczy odróżnić.

Przywołana przez Odwołującego okoliczność, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu podania w niej rażąco niskiej ceny została podjęta zaraz następnego dnia po udzieleniu przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma żadnego znaczenia dla ważności i słuszności wskazanej decyzji Zamawiającego. Istotne znaczenie ma jedynie treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień i ich ocena dokonana przez Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują konieczności określonej karencji czasowej pomiędzy udzieleniem przez wykonawcę wyjaśnień, a decyzją Zamawiającego co do odrzucenia oferty wykonawcy. Zdaniem Izby nie jest też niemożliwe w sposób obiektywny zapoznanie się z treścią udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień i ich ocena dokonana przez Zamawiającego w ciągu jednego dnia.

Nie ma także znaczenia w tym postępowaniu fakt, iż przedmiot niniejszego zamówienia objęte jest zarówno wykonawstwo robót budowlanych, jak i ich zaprojektowanie. Usługi projektowe ze swojej natury jako prace intelektualne, opierające się na *know-how* wykonawcy, mogą stanowić przedmiot indywidualnej wyceny każdego z wykonawców, jednakże w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w ofercie Odwołującego wycena tych prac – jak zresztą podkreślił to sam Odwołujący – nie stanowiła problemu dla Zamawiającego; nie była zaniżona w stosunku do wyceny dokonanej w tym zakresie przez innych wykonawców, a więc wyceny rynkowej. Problem stanowiła wycena wykonania przez Odwołującego robót budowlanych, a w tym zakresie łatwo można ustalić ceny rynkowe wykonawstwa konkretnych prac oraz zakupu niezbędnych w tym zakresie materiałów. Zaniżenie ceny przez Odwołującego nie zostało w sposób wiarygodny uzasadnione przez Odwołującego.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył w tym zakresie tak przepisów dotyczących wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp), jak i przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wystraszające dla usprawiedliwienia tak znaczącego zaniżenia wyceny ofertowej, tak w stosunku do ustalonej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wyceny przedmiotowego zamówienia publicznego (wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o wartość podatku VAT), jak i w stosunku do wartości innych ofert złożonych w postępowaniu, potwierdzających wartość rynkową tego rodzaju robót budowlanych.

Co do drugiego zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się, ale z uwagi na brak jego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – stosownie

do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mógł stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w SIWZ jako załącznik nr 8 do IDW określił wzór Tabeli jakościowej wymagań Zamawiającego w stosunku do oferowanych materiałów, gdzie wskazał kilka istotnych wymagań co do przedmiotu zamówienia, co do których wykonawcy mieli złożyć swoje oświadczenia w zakresie proponowanego produktu ze wskazaniem nazwy producenta, rodzaju, typu materiału, symbolu. Wśród tych wymagań Zamawiający wskazał też wymaganie dotyczące prac renowacyjnych i naprawczych żelbetowych elementów konstrukcji pokrycia korony stadionu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania o parametrach nie gorszych niż:

1. Dla zaprawy szczepnej o przyczepności do podłoża z betonu $\geq 2,0$ MPa;
2. Dla zaprawy naprawczej - m.in. wymóg dotyczący warunków układalności: 5°C-35°C;
3. Dla szpachłówki naprawczej - m.in. wymóg dotyczący warunków układalności: 5°C-35°C.

Pod Tabelą jakościową Zamawiający zawarł wymóg obowiązkowego przedstawienia przez wykonawców kart materiałowych dla proponowanych produktów, potwierdzających spełnienie określonych w tej tabeli wymagań.

Zgodnie z pkt 14.3.1.8 IDW do oferty należało załączyć wypełnioną Tabelę jakościową wraz z kartą materiałową dla proponowanych produktów, potwierdzających spełnienie wymagań.

Odwołujący na str. 77 – 79 swojej oferty zamieścił wypełnioną Tabelę jakościową co do oferowanych materiałów. W pozycji dotyczącej zaprawy naprawczej wskazał na produkt StoCrete BE Mortel grob - warstwa naprawcza do betonu, zaś w pozycji dotyczącej szpachłówki naprawczej wskazał na produkt StoCrete TF 200 - szpachłówka naprawcza. Jednocześnie też na str. 127-132 zamieścił karty materiałowe (Instrukcje techniczne) dotyczące tych materiałów, w których wskazano na ich temperaturę obróbki: od +5°C do +30°C (str. 128 i 130 oferty Odwołującego).

Odnosząc się do wskazanego zarzutu Izba potwierdziła we wskazanym zakresie, że załączone do oferty Odwołującego karty materiałowe nie potwierdzają spełniania wymogu SIWZ co do materiałów dotyczących prac renowacyjnych i naprawczych żelbetowych elementów konstrukcji pokrycia korony stadionu, dla których temperatura układności mieści się w przedziale: 5-35°C (wymóg zawarty w pkt 14.3.1.8 IDW). Zaoferowane przez Odwołującego we wskazanym zakresie materiały to StoCrete Be Mortel grob – warstwa naprawcza oraz StoCrete TF200 – szpachłówka naprawcza, dla których temperatura układności mieści się w przedziale: 5-30°C, a więc nie spełnia wskazanego wymogu SIWZ.

Powyższe jednak zasadniczo nie powinno – zdaniem Izby - skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z wymogami SIWZ wykonawcy co do wskazanego parametru mieli obowiązek złożyć w ofercie – w Tabeli jakościowej (załącznik nr 8 do IDW) - oświadczenie dotyczące konkretnego, oferowanego materiału. Jednocześnie też powyższe należało potwierdzić konkretnym dokumentem przedmiotowym – kartą materiałową. W ofercie Odwołującego wskazany parametr temperatury, odnoszący się do oczekiwanych przez Zamawiającego materiałów, nie został potwierdzony zgodnie z wymogami SIWZ przywołanym dokumentem przedmiotowym; wprost przeciwnie załączony przez niego dokument potwierdzał inne parametry co do temperatury, nieodpowiadające wymogom SIWZ. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego. Niezłożenie w ogóle wymaganego w SIWZ dokumentu przedmiotowego, ale też złożenie dokumentu, który nie potwierdza spełniania wymogów SIWZ, w świetle orzecznictwa, stanowi wypełnienie się dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że karta materiałowa, którą należało załączyć do oferty na potwierdzenie spełniania określonych parametrów przez oferowane materiały, nie podlega zmianie. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że Tabela jakościowa, której złożenia wymagał Zamawiający stanowi treść oferty, która nie podlega zmianie. W Tabeli tej w pozycji dotyczącej prac renowacyjnych i naprawczych żelbetowych elementów konstrukcji pokrycia korony stadionu Odwołujący złożył oświadczenie woli o zaoferowaniu określonego materiału konkretnego producenta - StoCrete Be Mortel grob – warstwa naprawcza oraz StoCrete TF200 – szpachlówka naprawcza. Ten element oferty przedmiotowo istotny w żadnej mierze nie podlega zmianie przez wykonawcę. Zgodnie z wymogami SIWZ określone parametry żądanych materiałów należało potwierdzić dokumentem karty materiałowej, czyli dokumentem przedmiotowym. Tylko ten dokument podlegałby uzupełnieniu we wskazanym trybie jako dokument składany na potwierdzenie tego, że określone dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania SIWZ. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca mógłby przedłożyć ewentualnie, gdyby takowa istniała, nową kartę katalogową, z której wynikałoby, że temperatura układności, dla wskazanych w ofercie materiałów mieści się w przedziale: 5-35°C. Takim dokumentem - w świetle wymagań SIWZ – nie mogłyby być informacja, czy też certyfikat, złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, a pochodzące od producentów bądź dystrybutorów tych materiałów. Zamawiający bowiem w sposób wyraźny i konkretny żądał w tym postępowaniu od wykonawców przedłożenia kart materiałowych, które to dokumenty tworzone są i weryfikowane na określonych zasadach i w sposób obiektywizowany, przy udziale podmiotów niezależnych od producentów materiałów, a także zawierają szereg danych technicznych, które wskazywane łącznie potwierdzają w sposób obiektywny określone parametry oferowanych materiałów.

Niemniej jednak w tym przypadku żądanie uzupełnienia tego dokumentu przez Zamawiającego byłoby nieuzasadnione z uwagi na brak potwierdzenia się zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Stosownie zaś do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w tym dokumentów przedmiotowych (o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający może pominąć, jeśli mimo uzupełnienia tych dokumentów, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Skoro w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne wskazana okoliczność odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziła się, nakazywanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania.

Nie potwierdził się w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zaniechania skierowania wezwania do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień co do stwierdzonych niegodności treści oferty z treścią SIWZ. Sama treść wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego skierowane we wskazanym trybie nie mogłaby konwalidować oferty wykonawcy, bowiem takiego rodzaju wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty wykonawcy i tym samym niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą co do treści oferty. Zamawiający w SIWZ żądał potwierdzenia określonych parametrów materiałów konkretnym dokumentem przedmiotowym i tylko wymiana tego dokumentu na właściwy, potwierdzający wymóg temperatury w trybie przywołanym powyżej (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), mogłaby konwalidować brak w ofercie Odwołującego. Złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp skutkowałoby złożeniem przez wykonawcę nowego oświadczenia woli, które miałyby zastępować wymagany w SIWZ dokument przedmiotowy, obiektywnie potwierdzający wymogi użytkowe określonych materiałów. Taki sposób procedowania w świetle regulacji ustawy Pzp jest niedopuszczalny. Ponadto podkreślić należy, że z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika prawo dla Zamawiającego żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty wykonawcy, a nie obowiązek, stąd też wywodzenie z powyższego przepisu żądania konwalidacji oferty Odwołującego, także jest nieuprawnione.

Co do trzeciego zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty Budimex S.A. z powodu ich sprzeczności z treścią SIWZ Izba uznała zarzut ten za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach pkt 3.2 PFU określił swoje wymagania co do budowy boiska ze sztuczną nawierzchnią. Wśród szeregu wymogów odnoszących się do sztucznej nawierzchni wskazał też na wymóg posiadania przez producenta trawy aktualnego statusu IRB PTP (IRB Preferred Turf Producer), co miało być potwierdzone

stosownym dokumentem (tire czwarte na str. 71 PFU). W Tabeli jakościowej wymagań Zamawiającego w stosunku do oferowanych materiałów (załącznik nr 8 do IDW) Zamawiający określił także swoje wymagania odnoszące się do nawierzchni boiska poprzez zastosowanie sztucznej trawy III generacji, wskazując na parametry nie gorsze niż:

1. Wysokość włókna (mm) min. 60,
2. Gęstość (ilość pęczków na 1 m²) min. 8 800,
3. Grubość włókien (mikrony) min. 220 w jednym pęczku,
4. Ciężar włókna (DTEX) min. 14 000.

Powyższe wymagania zostały ukształtowane ostatecznie na podstawie odpowiedzi na zapytanie dotyczące postanowień SIWZ, w tym odpowiedź na pytanie nr 135 udzieloną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 czerwca 2014 r. Odpowiedzią na to pytanie Zamawiający także skreślił niektóre wymagania dotyczące nawierzchni określone pierwotnie w pkt 3.2 PFU.

Pod Tabelą jakościową Zamawiający zawarł wymóg obowiązkowego przedstawienia przez wykonawców kart materiałowych dla proponowanych produktów potwierdzających spełnienie określonych w tej tabeli wymagań. Zgodnie z pkt 14.3.1.8 IDW do oferty należało załączyć wypełnioną Tabelę jakościową wraz z kartą materiałową dla proponowanych produktów, potwierdzających spełnienie wymagań.

Przystępujący w swojej ofercie zaoferował sztuczną trawę III generacji RICCOEXPERT 60-152 (140) producenta Ricco Polska Sp. z o.o. (str. 109 oferty Przystępującego) zaś Budimex S.A. trawę MFQ6009 producenta Saltex Oy z siedzibą w Sahatie w Finlandii (str. 120 oferty tego wykonawcy).

Odwołujący wywodził, że oferowane przez tych wykonawców nawierzchnie nie wypełniają wymogu posiadania aktualnego statusu IRB PTP (IRB Preferred Turf Producer) z potwierdzeniem powyższego stosownym dokumentem. Powyższe Odwołujący wywodził z zapisów pkt 3.2 PFU oraz z odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści SIWZ (pytanie nr 135) z dnia 27 czerwca 2014 r., jak również treści informacji zawartych na stronie internetowej, gdzie można potwierdzić aktualny status nawierzchni różnych producentów. Zdaniem Izby żadne ze wskazanych okoliczności nie potwierdzają zasadności zarzutu odwołania. Izba, dokonując analizy przywołanych postanowień SIWZ, jak i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania dotyczące treści SIWZ, nie potwierdziła funkcjonowania w SIWZ wymogu konieczności wykazania przez wykonawców na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (w toku postępowania, w treści składanych ofert) co do oferowanych nawierzchni aktualnego statusu IRB PTP. Zamawiający dla realizacji przedmiotowego zamówienia określił szereg wymogów, które wykonawcy mieli wykazać Zamawiającemu na etapie ubiegania się o niniejsze zamówienie, w tym też co do

nawierzchni. W tym zakresie Zamawiający określił cztery konkretne wymogi (co do wysokości włókna, jego gęstości, grubości włókien i ciężaru włókna). Wymogi te zostały przez niego określone w Tabeli jakościowej (załącznik nr 8 do IDW). Inne wymogi, w tym także szereg wymogów dotyczących nawierzchni, w tym również wymóg dotyczący aktualnego statusu IRB PTP, Zamawiający zapisał w PFU. Wymogi te należy traktować jako wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które będą przez Zamawiającego weryfikowane na etapie realizacji niniejszego zamówienia publicznego. Dopiero po instalacji oczekiwanej przez Zamawiającego nawierzchni wykonawca będzie zobowiązany uzyskać wskazany status producenta dotyczący tej nawierzchni i przedstawić w tym zakresie dla odbioru zrealizowanych prac stosowny dokument. Wymaganie takiego dokumentu, jak też samego statusu dla oferowanej póki co Zamawiającemu nawierzchni, na tym etapie jest nieuzasadnione, bowiem nie wynika z postanowień SIWZ. Z tych też względów także okoliczność przywoływania przez Odwołującego określonej strony internetowej, na której brak jest potwierdzenia aktualnego statusu IRB PTP dla oferowanych przez Przystępującego i Budimex S.A. nawierzchni nie ma żadnego znaczenia.

W związku z powyższym Izba stwierdziła we wskazanym zakresie, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba oddaliła też zarzut odnoszący się do naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, wskazującego, które elementy ceny oferty Zamawiający uznał za rażąco niskie. Izba dokonała w tym zakresie oceny informacji o wynikach postępowania, gdzie Zamawiający zawarł uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby przedstawione uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową nie narusza normy art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis, nie określając stopnia szczegółowości uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy, wskazuje ogólnie na taki obowiązek zamawiającego, który w niniejszej sprawie - zdaniem Izby - został wypełniony. Zawarte uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego pozwoliło temu wykonawcy na złożenie odwołania i sformułowanie jego zarzutów, zaś okoliczność, iż istotne treści wyjaśnień Odwołującego udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostały objęte przez tego wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa i nie mogły być ujawnione przez Zamawiającego pozostałym wykonawcom, nie może obciążać Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, jak również art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł;

oraz na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę Izby w wysokości 132,44 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.597,75 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....