

**Sygn. akt: KIO 2472/16**

**WYROK**

**z dnia 11 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 grudnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum firm: 1. NDI S.A. (Lider Konsorcjum); 2. Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Vizcaya, Hiszpania (Partner); 3. Balzola Polska sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum firm: 1) ZUE S.A. (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbieskidzkie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów, 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Energopol Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30-109 Kraków z adresem dla lidera konsorcjum: ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1. NDI S.A. (Lider Konsorcjum); 2. Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Vizcaya, Hiszpania (Partner); 3. Balzola Polska sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum firm: 1. NDI S.A. (Lider Konsorcjum); 2. Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Vizcaya, Hiszpania (Partner); 3. Balzola Polska sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Rozbudowa ul. Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - Etap 2, wraz z infrastrukturą w Krakowie*” znak sprawy: 13/VI11/2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 166-299191 z 30.08.2016 r., przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 16.12.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum firm: 1) ZUE S.A. (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbieskidzkie Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów, 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Energopol Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30-109 Kraków z adresem dla lidera konsorcjum: ul. K. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków zwane dalej: „*Konsorcjum ZUE*” albo „*Przystępującym*” oraz o odrzuconiu oferty – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” - Konsorcjum firm: 1. NDIS.A. (Lider Konsorcjum); 2. Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Vizcaya, Hiszpania (Partner); 3. Balzola Polska Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zwane dalej: „*Konsorcjum NDI*” albo „*Odwołującym*”. Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji przetargowej, jednak przy założeniu zastosowania tańszych rozwiązań równoważnych (str. 11 wyjaśnień). Wykonawca założył również optymalizację projektu zamawiającego, (str. 11 wyjaśnień). Wykonawca założył powtórne wykorzystanie materiałów pochodzących z rozbiórki nawierzchni istniejących w szczególności podbudów z kruszyw drogowych, do budowy projektowanych nasypów drogowych wraz z ewentualnym doprowadzeniem parametrów technicznych materiału do wymagań określonych w SIWZ i STWiORB. Założono również wykorzystanie materiałów pochodzących z rozbiórek nawierzchni istniejących do wykonania nawierzchni tymczasowych dróg dojazdów do posesji i objazdów w ciągu ul. Igołomskiej dla celów budowy obiektów inżynierskich (str. 16 wyjaśnień).

Wykonawca zaproponował konkurencyjną cenę realizacji obiektów inżynieryjnych przy założeniu rozwiązań równoważnych i skalkulowania ich przez Wykonawcę w szczególności:

a. Tunelu drogowego T-09 - założono zoptymalizowanie rozwiązania projektowego w zakresie wykonania ścian szczelinowych i konstrukcji obiektu.

b. Posadowienia wszystkich obiektów mostowych - w miejsce pali wielkośrednicowych Wykonawca założył wykonanie wzmocnienia gruntu kolumnami DSM (obiekt W-02), jak i wykonanie pali wierconych CFA (Obiekt mostowy M-03 i W-08);

c. Przepust P-07 - założono wykonanie przepustu w technologii ViaCON (str. 17 wyjaśnień). Wykonawca uwzględnił w wycenie oferty zastosowanie materiałów równoważnych przy budowie sieci wodociągowej Dn 200 takich jak elementy armatury, kształtki, rury przewodowe i sieci wodociągowej i kanalizacyjnej - pochodzące z kraju europejskiego nie należące do Unii Europejskiej (str. 17 wyjaśnień). A ponadto:

• Zgodnie z SIWZ punktem 3 Opis przedmiotu zamówienia (akapit 4):

*„Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem rozwiązań równoważnych, nie gorszych w przypadku, w którym Zamawiający opisując niniejszy przedmiot zamówienia użył znaków towarowych, norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Każdorazowa zmiana musi zostać przedstawiona i uzyskać akceptację Zamawiającego”.* Zakładanie do oferty przetargowej zmienionych tańszych rozwiązań w stosunku do przyjętych w dokumentacji projektowej stanowiącej opisu przedmiotu zamówienia bez uzyskania zapewnienia Zamawiającego, iż takie zostaną zaakceptowane jest bezpodstawne. Na etapie ogłoszenia Zamówienia Wykonawca nie zadał stosownego zapytania do przedmiotu zamówienia w zakresie zaakceptowania zaproponowanych rozwiązań.

• Sprawę optymalizacji wyjaśniono w odpowiedzi na pytanie (Pytanie firmy IMB PODBESKIDZIE z dnia 27-09-2016 roku Znak pisma Lp.3/A/IX/16):

Na pytanie: W jaki sposób Zamawiający będzie rozliczać wykonanie robót wynikających z przeprowadzenia optymalizacji? Czy przewidziany jest podział oszczędności między zamawiającego a wykonawcę? Zamawiający wyjaśnił: W warunkach kontraktowych brak instytucji optymalizacji - pytanie w tym zakresie jest nieściśle, jednakże Zamawiający informuje, że nie przewiduje optymalizacji oraz podziału oszczędności pomiędzy Zamawiającego a Wykonawcę. Na pytanie oferenta: Czy koszty robót, które nie zostaną wykonane w związku z zastosowaną optymalizacją, będą odejmowane od wartości ryczałtowej oferty? Udzielono odpowiedzi: Warunki zmian w zakresie robót zamiennych określono w klauzuli 13.3 Kontraktu, wskazując, iż rozliczenie robót zamiennych, dodatkowych, zaniechanych nastąpi na podstawie odpowiednich kosztorysów, które będą stanowić załącznik do Protokołu Konieczności. Rozliczenie robót zamiennych nastąpi na podstawie kosztorysu różnicowego.

• Zgodnie z zapisami Umowy w sprawie zamówienia publicznego punkt 4.18 akapit 7: Materiały z rozbiórki nie mogą być używane przez Wykonawcę do wykonywania Robót.

Uwzględnienie w wycenie ofertowej faktu powtórnego wykorzystania materiałów pochodzących z rozbiórki jest sprzeczne zapisami umowy.

- Zgodnie z zapisami Umowy w sprawie zamówienia publicznego pkt 7.2 akapit 2 :

Zamawiający dopuszcza stosowanie urządzeń/materiałów równoważnych do wskazanych materiałów w dokumentacji projektowej i/lub STWiORB, pod warunkiem faktycznego wykazania przez Wykonawcę równoważności w odniesieniu do kluczowych wskazanych w dokumentach parametrów (ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy). W przypadku opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca nie wykazał równoważności w stosunku do zaproponowanych materiałów zamiennych i uwzględnionych w wycenie ofertowej.

- Zgodnie z zapisami Umowy w sprawie zamówienia publicznego punkt 13.1 PRAWO DO ZMIAN przewidziano możliwość zmiany postanowień Kontraktu w przypadku:

f) zmian poprawiających sprawność wykonywania Robót (w tym zmiana technologii ich wykonywania), pod warunkiem że nie spowoduje to wzrostu Ceny Kontraktowej; w przypadku zaniechania wykonania Robót wynagrodzenie ulegnie pomniejszeniu.

Zapisy dotyczą kwestii organizacyjnej w czasie trwania budowy obejmujących również technologię wykonywania robót. Nie stanowi to podstawy do zmiany konstrukcji i parametrów wykonania obiektów inżynierskich zaproponowanych w wyjaśnieniu na str. 17. m) konieczności zrealizowania jakiegokolwiek części robót, objętych przedmiotem Umowy, przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych i technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, a wynikających ze stwierdzonych wad tej dokumentacji lub zmiany stanu prawnego lub z innych okoliczności w oparciu, o który je przygotowano, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wykonaniem nienależytym przedmiotu Umowy (w tym zmianę ilości, jakości, poziomu, pozycji, wymiarów i innych cech charakterystycznych którejkolwiek części prac objętych Kontraktem).

Na chwilę złożenia oferty brak podstaw do stwierdzenia, iż zaproponowane przez Wykonawcę wykonanie obiektów inżynierskich na podstawie odmiennych rozwiązań konstrukcyjnych jest spowodowane wadą dokumentacji projektowej, bądź zaproponowanie rozwiązań zamiennych wynika z zagrożenia niewykonania lub wykonania nienależytego przedmiotu umowy.

W dniu 27.12.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum NDI wniosło odwołanie na w/w czynności i zaniechania z 16.12.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.12.2016 r. (e-mail). Polegające na:

- 1) dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz błędnym uznaniu przez Zamawiającego, iż oferta Odwołujący zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) zaniechaniu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w tym zaniechaniu podania podstaw faktycznych uznania, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i z tego względu powinna podlegać odrzuceniu;
- 3) dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz zaniechaniu ewentualnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
- 4) dokonaniu wyboru oferty konsorcjum w składzie: ZUE S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Energopol sp. z o.o. („Konsorcjum ZUE”) pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w Postępowaniu oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji błędnym uznaniu, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w tym zaniechaniu podania podstaw faktycznych uznania, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i z tego względu powinna podlegać odrzuceniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie wynikające z błędnego uznania przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ;
- 5) ewentualne naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności oferty Odwołującego z SIWZ;
- 6) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ZUE pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu oraz poprzez

zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;

7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym, wnosił o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;
- 3) na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp wnoszę o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, w tym w szczególności wyjaśnień Odwołującego z 09.11.2016 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze oferty Konsorcjum ZUE jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 6) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

1.1. Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa ulicy Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - Etap 2, na odcinku od km 331+944,85 do skrzyżowania z ulicą Giedroycia (Jeżynową) w km 339+359,37 wraz z budową, rozbudową, przebudową obiektów inżynierskich oraz infrastruktury (odwodnienia, oświetlenia, sygnalizacji świetlnej) oraz kolidującego uzbrojenia (kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazociągowej, sieci elektroenergetycznych, teletechnicznej oraz sieci przemysłowych związanych z sąsiedztwem kombinatu hutniczego) w Krakowie.

1.2. Zgodnie z pkt. IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 17 SJWZ kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiła cena (waga 60%) oraz termin gwarancji (40%).

/Dowód: ogłoszenie o zamówieniu nr 2016/S 166-299191 z 30.08.2016 r. (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania); SIWZ (Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania)/.

1.3. Do dnia upływu terminu składania ofert tj. do 28.10.2016 r. oferty złożyli następujący wykonawcy:

Poz. / Nazwa wykonawcy / Cena oferty / Okres gwarancji (miesiące) / Numer oferty

1. Konsorcjum: NDI S.A., Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones S.A. (Odwołujący) netto: 138 153 300,10 zł brutto: 169 928 559,12 zł 132 2
2. Konsorcjum: ZUE S.A., Inżynieryjne IMB Podbeskidzie sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Energopol sp. z o.o. netto: 145 487 804,88 zł brutto: 178 950 000,00 zł 132 5
3. Skanska S.A. netto: 158 758 390,39 zł brutto: 195 272 820,18 zł 132 4
4. Mota-Engil Central Europe S.A. netto: 174 440 446,00 zł brutto: 214 561 748,58 zł 132 3
5. Konsorcjum: Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o., Strabag sp. z o.o. netto: 176 693 464,31 zł brutto: 217 332 961,10 zł 132 6
6. Budimex S.A. netto: 177 767 000,00 zł brutto: 218 653 410,00 zł 132 1

/Dowód: pismo Zamawiającego - informacja z otwarcia ofert (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania)./

1.4. W dniu 16.12.2016 r., pismem z 16.12.2016 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach badania i oceny ofert w postępowaniu oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o ofertach odrzuconych. Zgodnie z treścią w/w pisma Zamawiający, jako najkorzystniejsza wybrał ofertę Konsorcjum ZUE. natomiast oferta Odwołującego, jako jedyna w postępowaniu, została odrzucona. /Dowód: pismo Zamawiającego z 16.12.2016 r. - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania)./

2. Uzasadnienie dla zarzutu naruszenia art. 90 ust 1, 2 i 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp

1) Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego

2.1. W piśmie Zamawiającego z 16.12.2016 r., stanowiącym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2.2. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający odrzuca ofertę nr 2, tj. Konsorcjum Firm: Lider - NDI S.A. 81-718 Sopot, ul. Powstańców Warszawy 19, Partner - Construcciones y Promociones Baizola S.A. Avenida Sabino Arana, 20-3, 48013 Bilbao, Hiszpania, Partner - Baizola Polska Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Aleja Jana Pawła U 12 zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4) Pzn ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (podkr. wł)”. /Dowód: pismo Zamawiającego z 16.12.2016 r. - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania)./



2.3. Jak wynika z powyższego, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania podstawy prawnej, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp oraz stwierdzenia, iż „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia W piśmie tym nie ma natomiast żadnego innego odniesienia się przez Zamawiającego do podstaw uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską.

2.4. W tym miejscu wskazał, iż w toku postępowania - z uwagi na różnicę pomiędzy szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego na kwotę: 324 427 417,83 zł brutto a cenami ofertowymi (wskazanymi w tabeli w pkt. 1.3 niniejszego odwołania) wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli wzywani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny.

2.5. Również Odwołujący, pismem z 3.11.2016 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących kalkulacji ceny. Należy podkreślić, iż wezwania nie zawierało żadnych konkretnych pytań dotyczących treści oferty, a Zamawiający jako przyczynę wezwania wskazał wyłącznie różnicę pomiędzy ceną oferty Odwołującego a szacunkową wartością zamówienia. /Dowód: pismo Zamawiającego z 3.11.2016 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania)/.

2.6. W piśmie z 09.11.2016 r. („Wyjaśnienia”), stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego Odwołujący w sposób kompleksowy wyjaśnił, jakie elementy i czynniki miały znacznie dla ustalenia ceny oferty Odwołującego, Odwołujący przedstawił zarówno szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów ogólnych budowy, kosztów bezpośrednich i kosztów pośrednich realizacji inwestycji jak również przedstawił stosowne dowody dotyczące kalkulacji ceny w postaci ofert podwykonawców, dostawców i producentów. Powyższe wyjaśnienia miały zatem charakter wyczerpujący i poparte zostały dowodami, które potwierdzały jednoznacznie poprawność kalkulacji oraz rynkowy charakter ceny ofertowej Odwołującego, Powyższe wyjaśnienia stanowiły zatem wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską. (Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego z 09.11.2016 r. – dokument objęty klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” /Załącznik nr 14 - dokument w aktach postępowania/).

2.7. Celem wykazania, iż Odwołujący jednoznacznie wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska a złożone przez niego wyjaśnienia miały charakter kompletny i wyczerpujący. Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania tj. wyjaśnień Odwołującego z 09.11.2016 r. dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty.

2.8. Zważywszy, że wyjaśnienia Odwołującego zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, z ostrożności procesowej, na podstawie art. 189 ust 6 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp, Odwołujący wnosi o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorcy”.

2.9. Wniosek o wyłączenie jawności części rozprawy uzasadniony jest z tego względu, iż przy rozpoznaniu zarzutów dotyczących zastrzeżonych przez Odwołującego dokumentów mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

3) Dodatkowo okoliczności świadczące o rynkowej kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego

2.10. Jak wynika z treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty jedyną przyczyną wystosowania wezwania było stwierdzenie przez Zamawiającego, iż cena oferty Odwołującego, tj. 169 928 559,12 zł brutto jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania na kwotę: 324 427 417,83 zł brutto. W tym miejscu należy wskazać, iż ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu były niższe o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia.

2.11. O ile jednak powyższa różnica może stanowić wyznacznik dla wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, to nie stanowi ona jednak w żaden sposób dowodu czy potwierdzenia, że oferta danego wykonawcy jest rażąco niska. Z powyższego względu, zarówno z różnic pomiędzy szacunkową wartością zamówienia czy też z różnic pomiędzy cenami ofert złożonych przez wykonawców w danym postępowaniu nie można automatycznie wywodzić wniosku jakoby najtańsza oferta nie miała charakteru rynkowego.

2.12. Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO: *„Różnica pomiędzy szacunkowa wartością zamówienia powiększona o podatek VAT, jak również różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert w postępowaniu nie przesadza o tym, że cena zaoferowana przez uczestnika postępowania odwoławczego stanowi cenę rażąco niska, natomiast normalnym przejawem konkurencji jest występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu.”* (wyrok KIO 436/15). *„W dwóch wypadkach wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, ale mogą istnieć też takie sytuacje uzasadnione specyfiką zamówienia, że wątpliwości powinny u zamawiającego budzić również ceny wyższe niż 30% od wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej ofert, wówczas również zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Natomiast w żadnym przepisie p.z.p. nie ma regulacji nakazującej odrzucić z postępowania wykonawcę, którego cena spełnia tak przesłankę ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”* (wyrok KIO 858/15).

2.13. Wycena oferty jest zawsze kwestią indywidualną, w szczególności w przypadku zamówień realizowanych w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Cena oferty jest bowiem wypadkową zarówno doświadczenia, wiedzy jak i dostępnych danemu wykonawcy środków i czynników, które pozwalają obniżyć koszty wykonania zamówienia. Różnice występujące pomiędzy najniższą ceną ofertową, a

uśrednionymi cenami ofert konkurencyjnych czy wartością zamówienia oszacowaną przez zamawiającego nie przesądza zatem o zaferowaniu wykonania zamówienia za rażąco niską cenę i nierealną cenę, ale jest przejawem konkurowania wykonawców o uzyskanie zamówienia.

2.14. W powyższym kontekście podkreślenia wymaga również fakt, iż różnice pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejnymi ofertami złożonymi w Postępowaniu, nie przekraczają progu 30%, a różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a ofertą wybraną przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza (Konsorcjum ZUE) wynosi zaledwie 5,31%.

Poz.	Nazwa wykonawcy/	Cena oferty (brutto)/	% budżetu /	% najniższej oferty
1.	Odwołujący	169 928 559,12 zł	52,38%	100%
2.	Konsorcjum ZUE	178 950 000,00 zł	55,16%	105,31%
3.	Skanska S.A.	195 272 820,18 zł	60,19%	114,91%
4.	Mota-Engil Central Europe S.A.	214 561 748,58 zł	66,14%	126,27%
5.	Konsorcjum Strabag	217 332 961,10 zł	66,99%	127,90%
6.	BudimexS.A.	218 653 410,00 zł	67,40%	128,67%

2.15. W dalszej kolejności należy wskazać, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty, poza ogólnym powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt. 4) Pzp Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlaczego w jego ocenie cena oferty Odwołującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Zgodnie zaś art. 92 ust. 1 Pzp zamawiający, przekazując wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowaniu jest zobowiązany podać m.in. informacje o ofertach odrzuconych, podając zarówno uzasadnienie prawne jak i uzasadnienie faktyczne swojego rozstrzygnięcia.

2.16. W tym miejscu należy również wskazać, że o ile zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska to zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp jest uprawniony odrzucić ofertę tylko wówczas gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub *„jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

2.17. Tym samym, w toku badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny również na zamawiającym spoczywa ciężar dowodowy, polegający na wykazaniu z jakich względów zamawiający uznaje, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

2.18. W tym miejscu należy zauważyć, iż zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie KIO, który Odwołujący podziela, treść art. 90 ust. 3 Pzp, w tym w szczególności stwierdzenie: *„Jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę”* prowadzi do wniosku, iż to Zamawiający, w przypadku uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę musi wyczerpująco uzasadnić i umotywić swoje

rozstrzygnięcie. Brak takiego uzasadnienia w badanej sprawie prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, ani też nie miał żadnych podstaw faktycznych do odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO, w tym m.in.:

1) *„Jeżeli zamawiający przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty wykonawcy ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to takie uzasadnienie odrzucenia oferty nie mieści się w regulach określonych w art. 90 ust 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).” „Brak podania motywacji przez zamawiającego przy podejmowaniu czynności odrzucenia oferty jest równoznaczny z dokonaniem uznaniowej decyzji wykraczającej poza ramy dyspozycji przepisu art.90 ust.2 i 3 ustawy” - wyrok KIO z 05.04.2011 r., sygn. akt KIO 610/11.*

2) *„Zastosowanie art. 90 ust 1 ustawy winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy” - wyrok KIO z 19.02.2014 r., sygn. akt: KIO 219/14.*

1) *„W obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje ciężar wskazania przez zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie popartych dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane).” - wyrok KIO z 24.03.2015 r., sygn. akt: KIO 436/15;*

2) *„Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, [art. 90 ust. 3 PZP - przypis własny] zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał, że dokonał oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast jako pierwszoplanową podstawę jej odrzucenia wskazał art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał spełnienia tej przesłanki.” - wyrok z 22.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2640/12.*

3) *„Odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Zamawiający nie może opierać się na przypuszczeniach, musi natomiast wykazać, że za dana cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, co może wskazywać na to, że jest ona rażąco niska. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić Zamawiający. Nie wystarczy przy tym sama*

*deklaracja, że dana cena wydaje się zaniżona lub nierealistyczna. O cenie rażąco niskiej nie przesądzą też fragmentaryczne, niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy. Ogłaszający przetarg takie braki powinien zestawić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Dopiero brak wytłumaczenia się wykonawcy z wyceny określonych robót i nieuwzględnienie kosztów części zamówienia może stanowić podstawę do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną" - wyrok KIO z 16.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11.*

2.19. Należyte uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty przez Zamawiającego oraz umotywowanie, dlaczego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest rażąco niska należy do podstawowych obowiązków Zamawiającego. Powyższy obowiązek wynika nie tylko z art. 90 ust. 3 Pzp, ale również z art. 7 Pzp, tj. zasady zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy mają prawo poznać uzasadnione motywy działania zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców - podając nie tylko uzasadnienie prawne - prawidłową podstawę prawną swojej czynności, ale także pełne uzasadnienie faktyczne. Taki obowiązek wynika również z treści art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp, który stanowi, iż Zamawiający jest obowiązany podać nie tylko podstawę prawną odrzucenia oferty, ale również jest obowiązany uzasadnić i wskazać podstawy faktyczne swojego rozstrzygnięcia. Powyższe zasady niewątpliwie zostały przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu naruszone, co dodatkowo potwierdza trafność zarzutów Odwołującego.

2.20. Brak uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego świadczy nie tylko o tym, iż brak było podstaw do uznania, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, ale stanowi istotne naruszenie zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, podczas którego zamawiający ma obowiązek informować wykonawców w sposób wyczerpujący o podwodach podjęcia określonych czynności, w szczególności czynności takich jak odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy z postępowania. Uzasadnienie takie stanowi bowiem podstawę m.in. do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

2.21. KIO wielokrotnie podkreślała w swoim orzecznictwie, iż *„Uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy.”* (wyrok KIO z 06.03.2014 r. sygn. KIO 340/14). *„Przepis art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) nie określa, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie jest sporne, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu*

*oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia winna wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego." (wyrok KIO z 17.03.2014 r., sygn. akt: KIO 413/14). „Brak precyzyjnego wskazania z czego wynika wykluczenie wykonawcy, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie kwestionowanej czynności. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające, dla wykazania, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, czy też, że na ich podstawie, zamawiający dojdzie do przekonania, że wykazane usługi odbiegają od oczekiwań zamawiającego przedstawionych w SIWZ. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji." (wyrok KIO z 30.04.2013 r., sygn. akt: KIO 918/13).*

2.22. Podsumowując powyższe wskazał, iż:

- 1) kompleksowe i wyczerpujące Wyjaśnienia Odwołującego dotyczące kalkulacji ceny oferty nie pozostawiały żadnych wątpliwości, co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Odwołującego oraz tego, że zaoferowana cena jest została skalkulowana w sposób rzetelny. Odwołujący odniósł się do wszystkich czynników oraz elementów oferty, mających wpływ na cenę ofertową, oraz przedstawił, dowody, w tym oferty dostawców i podwykonawców, które potwierdzają faktyczną możliwość zrealizowania zamówienia po zaoferowanych cenach;
- 2) różnica pomiędzy ceną ofertową a szacunkową wartością zamówienia nie uzasadnia automatycznego uznania ceny ofertowej Odwołującego za rażąco niską, w szczególności, że w niniejszym postępowaniu ceny wszystkich ofert znacząco odbiegały od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, natomiast wyłącznie oferta Odwołującego została uznana za rażąco niską;
- 3) znikome różnice pomiędzy wysokością ceny ofertowej Odwołującego o kolejnymi ofertami złożonymi w postępowaniu wskazują, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego (169 928 559,12 zł brutto) a ceną oferty Konsorcjum ZUE (178 950 000,00 zł brutto), wybranej jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu (ccc) wynosi zaledwie: 5%;
- 4) Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego rozstrzygnięcia w zakresie uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską, co świadczy nie tylko o naruszeniu przepisów art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp, ale również dowodzi, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania ceny oferty za rażąco niską.

Powyższe potwierdza zatem zasadność zarzutów Odwołującego, iż dowodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3

Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, uznając, iż zaofferowana cena jest rażąco niska, a w konsekwencji bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

3. Zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ.

3.1. Zgodnie z treścią uzasadnienia z 16.12.2016 r., podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w ocenie Zamawiającego stanowił również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - Zamawiający uznał bowiem, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

3.2. W przeciwieństwie do zarzuty rażąco niskiej ceny, Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne rzekomej niezgodności z SIWZ, przy czym wnioski Zamawiającego należy uznać za całkowicie błędne i nieuzasadnione.

3.3. Po pierwsze, wnioski co do rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ zostały oparte nie na treści oferty Odwołującego, ale zostały błędnie „wyinterpretowane” przez Zamawiającego z treści Wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

3.4. Zamawiający zupełnie pominął przy tym oświadczenia Odwołującego zawarte w ofercie, zarówno w treści oferty pkt 5 formularza ofertowego, w którym Odwołujący oświadczył, że wykona zamówienia w pełnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ: *„5. Deklarujemy spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jednocześnie oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i przyjmujemy warunki tam określone do stosowania i ścisłego przestrzegania”* jak również pominął oświadczenia złożone w treści Wyjaśnień dotyczących ceny: *„Cena oferty Wykonawcy („Oferta”) została skalkulowana na podstawie SIWZ / uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ (podkr. wt.) wraz z załącznikami, z uwzględnieniem wszelkich zmian, wyjaśnień i uzupełnień oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku Postępowania” „Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wszystkie wymagania zawarte w SIWZ oraz wszystkie związane z nimi koszty, tym samym, zaofferowana przez Wykonawcę cena uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej (podkr. wt.), rozsądny zysk oraz wyceną ryzyk związanych z prowadzeniem procesu inwestycyjnego zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego”,*

3.5. Co istotne, o przygotowaniu oferty zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SIWZ świadczą nie tylko przywołane powyżej oświadczenia, ale również dowody (oferty podwykonawców/ dostawców/ producentów) załączone do Wyjaśnień dotyczących ceny oferty, które potwierdzają, iż cena ofertowa została sporządzona w oparciu i w pełnej zgodności z SIWZ. (Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego z 09.11.2016 r. - dokument objęty klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” (Załącznik nr 14 - dokument w aktach postępowania).

3.6. W kontekście zarzuty rzekomej niezgodności oferty z SIWZ nie można również pominąć faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez wykonawców ma charakter ceny ryczałtowej. Zgodnie z pkt. 15.1 SIWZ Zamawiający zaznaczył, iż: „Cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową i nie podlega negocjacom. Cena ryczałtowa oznacza, że Wykonawca nie może żądać jej podwyższenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, za wyjątkiem przypadków opisanych w klauzuli 13 Warunków Szczególnych Kontraktu.”

3.7. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia został również podkreślony w definicji w pkt. 1.1.4.1 Warunków Szczególnych Kontraktu, zgodnie z którą: *„Zatwierdzona Kwota Kontraktowa” oznacza ryczałtowa kwotę zatwierdzona w Akcie Umowy, zgodna z kwota wskazana w Formularzu Oferty, należna do zapłaty za wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad. Na potrzeby Kontraktu przyjmuje się/ że Wykonawca uwzględnił w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej w szczególności wszelkie koszty operacyjne, stałe, ubezpieczenia, koszty związane z organizacją biura na terenie budowy, koszty robót budowlanych, robót stałych, robót tymczasowych, usług, dostaw jakie są niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, koszty wynikłe na etapie realizacji prac wynikających z Kontraktu, a potrzebne do zakończenia Robót, koszty wydruków, koszty personelu jaki Wykonawca zapewni do obsługi umowy, zysk, ryzyko związane z wystąpieniem robót, uzyskaniem zezwoleń lub licencji, a koniecznych do zakończenia i oddania do użytkowania Robót będących przedmiotem umowy. Zatwierdzona Kwota Kontraktowa obejmuje VAT w wysokości określonej w Akcie Umowy.”*

3.8. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Odwołujący jednoznacznie potwierdził, iż cena oferty została obliczona na podstawie wymagań określonych w SIWZ oraz obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, co dodatkowo potwierdza ryczałtowy charakter wynagrodzenia przyjęty w SIWZ oraz projekcie Kontraktu.

3.9. Niezależnie jednak od powyższego, odnosząc się do argumentacji podniesionej w piśmie Zamawiającego z 16.12.2016 r., tj. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz tzw. „uzasadnieniu” odrzucenia oferty Odwołujący wskazuje jak poniżej.

3.10. Po pierwsze, z przygotowanego przez Zamawiającego tzw. „uzasadnienia” niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ można wnioskować, iż w ocenie Zamawiającego rzekoma niezgodność oferty miałyby polegać na:

1) Posłużenie się przez Odwołującego w treści Wyjaśnień pojęciem „optymalizacji”.

3.11. W ocenie Zamawiającego samo użycie przez Odwołującego pojęcia „optymalizacja” ma stanowić o rzekomej niezgodności z SIWZ - w tym zakresie należy wskazać, iż Odwołujący posłużył się w treści Wyjaśnień pojęciem „optymalizacji” dla zobrazowania sposobu zarządzania realizacją całego procesu inwestycyjnego, w sposób, który ma na celu



zapewnienie najwyższej efektywności oraz osiągnięcie najlepszych rezultatów przy założeniu dostępnych Odwołującemu nakładów oraz sposobu organizacji pracy. Nie sposób zatem wyciągać z takich wyjaśnień wniosku, jak czyni to Zamawiający, o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, w szczególności że SIWZ nie posługuje się pojęciem „optymalizacji”.

3.12. Dodatkowo, uzasadniając rzekomą niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ Zamawiający odwołał się do pytania jednego z wykonawców: *„W jaki sposób Zamawiający będzie rozliczać wykonanie robót wynikających z przeprowadzenia optymalizacji? Czy przewidziany jest podział oszczędności między zamawiającego a wykonawcę?”* oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi: *„(...) W warunkach kontraktowych brak instytucji optymalizacji - pytanie w tym zakresie jest nieściśle, jednakże Zamawiający informuje, że nie przewiduje optymalizacji oraz podziału oszczędności pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę.”*

3.13. Jak wynika z przytoczonej powyżej odpowiedzi sam Zamawiający wskazał, iż pytanie zadane przez jednego z wykonawców jest nieściśle oraz podkreślił, iż w *„W warunkach kontraktowych brak instytucji optymalizacji”*. Odwołujący może się wyłącznie domyślać, w jakim kontekście i czego mogło dotyczyć zadane pytanie i jak interpretował je Zamawiający, odnosząc się *„optymalizację”* do podziału oszczędności pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę. Jednakże z samego użycia przez Odwołującego w treści wyjaśnień sformułowania „optymalizacja” w znaczeniu ogólnym nie można wywieść, jak czyni to Zamawiający, jakiegokolwiek niezgodności z SIWZ, skoro sam Zamawiający takiego pojęcia w SIWZ nie zdefiniował.

2) Zarzut dotyczący braku równoważności 3.14. W dalszej kolejności, Zamawiający dopatruje się rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w stwierdzeniu, iż Odwołujący rozważy zastosowanie rozwiązań równoważnych dotyczących:

- a) tunelu drogowego T-09 w zakresie wykonania ścian szczelinowych i konstrukcji obiektu;
- b) posadowienia wszystkich obiektów mostowych - w miejsce pali wielkośrednicowych założono wykonanie wzmocnienia gruntu kolumnami DSM (obiekt W-02) jak i wykonanie pali wierconych CFA (Obiekt mostowy M-03 i W-08);
- c) przepust P-07 - założono wykonanie przepustu w technologii ViaCON;
- d) zastosowanie materiałów równoważnych przy budowie sieci wodociągowej Dn 200 takich jak elementy armatury, kształtki, rury przewodowe i sieci wodociągowej i kanalizacyjnej - pochodzące z kraju europejskiego nie należące do Unii Europejskiej;

3.15. Jednocześnie, - uzasadniając rzekomą niezgodność z SIWZ - Zamawiający stwierdził, iż: *„Zakładanie do oferty przetargowej zmienionych tańszych rozwiązań w stosunku do przyjętych w dokumentacji projektowej stanowiącej opisu przedmiotu zamówienia bez uzyskania zapewnienia Zamawiającego iż takie zostaną zaakceptowane jest*

*bezpodstawne. Na etapie ogłoszenia Zamówienia Wykonawca nie zadał stosownego zapytania do przedmiotu zamówienia w zakresie zaakceptowania zaproponowanych rozwiązań.*" Z przytoczonego stwierdzenia nie wynika jednak w żaden sposób, iż wymienione powyżej rozwiązania nie są równoważne, a Zamawiający wskazał wyłącznie, że zastosowania rozwiązań równoważnych będzie wymagać, co naturalne, akceptacji Zamawiającego.

3.16. W tym zakresie Odwołujący zaznacza, iż zgodnie z pkt. 3 SIWZ (akapit 4) Zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych: *„Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem rozwiązań równoważnych, nie gorszych w przypadku, w którym Zamawiający opisując niniejszy przedmiot zamówienia użył znaków towarowych, norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Każdorazowa zmiana musi zostać przedstawiona i uzyskać akceptację Zamawiającego”.*

3.17. Co istotne w przedmiotowej sprawie, poza ogólnym stwierdzeniem, że dopuszczalne jest stosowanie rozwiązań równoważnych, sam Zamawiający nie określił w SIWZ warunków równoważności oraz to czy i w jaki sposób będzie badał równoważność.

3.18. Jednocześnie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający odwołał się do postanowień wzoru Kontraktu - część 2 Warunki Szczególne Kontraktu - subklauzula 7.2., w której zostało zawarte stwierdzenie: *„Zamawiający dopuszcza stosowanie urządzeń /materiałów równoważnych do wskazanych materiałów w dokumentacji projektowej i/tub STWiORB, pod warunkiem faktycznego wykazania przez Wykonawcę równoważności w odniesieniu do kluczowych wskazanych w dokumentach parametrów (ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy). W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.”*

3.19. Skoro zatem w SIWZ nie określono warunków badania równoważności, a sam Zamawiający wyraźnie wskazuje, powołując się na subklauzulę 7.2. Warunków Szczólnych Kontraktu, że zastosowanie rozwiązań równoważnych będzie oceniane i dopuszczane przez Zamawiającego, pod warunkiem wykazania przez wykonawcę takiej równoważności na etapie realizacji zamówienia, na warunkach określonych w Kontrakcie, to nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż oferta Odwołującego w jakikolwiek sposób może być niezgodna z SIWZ. W istocie Zamawiający nie wskazał bowiem na czym taka niezgodność miałaby polegać. Takie rozumienie postanowień SIWZ i kontaktu potwierdza nie tylko brak opisu sposobu badania warunków równoważności w SIWZ, ale również brak wezwania Wykonawcy do wykazania równoważności na etapie postępowania przetargowego.

3.20. W tym zakresie warto odwołać się do wyroku KIO z 31.03.2016 r., sygn. akt: KIO 396/16, w którym Izba wyjaśniła, iż: *„Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia*

*z zastosowaniem art. 29 ust 3 p.z.p., musi mieć na względzie, że samo wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu wraz z dodaniem wyrazów "lub równoważne<sup>11</sup> jest niewystarczające. Zamawiający, który nie określi w specyfikacji warunków równoważności, nie będzie mógł odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferty, która w jego ocenie owej równoważności nie spełnia. (...) Skoro SIWI nie określa, jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów, to nie może na etapie oceny ofert powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p."*

3.21. Analogicznie, w wyroku KIO z 24.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1074/10 Izba stwierdziła, że: *„Zamawiający, dopuszczając produkt równoważny, powinien tak przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej postawione wymagania, aby mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Dopiero po szczegółowym określeniu stawianych produktowi wymagań zamawiający jest uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty jako równoważnej bądź nie, a w konsekwencji zdecydować o jej odrzuceniu. Zamawiający, który takich wymogów nie określił w SIWZ, nie może ich uszczegółowiać dopiero na etapie badania oceny ofert."*

3.22. Z powyższych względów, zarzuty dotyczące rzekomej niezgodności oferty z SIWZ należy uznać za chybione.

### 3) Zastosowanie materiałów dotyczących dróg tymczasowych

3.23. W dalszej kolejności, Zamawiający odwołując się do treści Wyjaśnień Odwołującego wskazał, iż niezgodność oferty z SIWZ miałyby polegać na twierdzeniu, iż Odwołujący zakłada powtórne wykorzystanie materiałów pochodzących z rozbiórki nawierzchni istniejących. Zamawiający wskazał przy tym, iż zgodnie z pkt. 4.18 Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit 7, *„Materiały z rozbiórki nie mogą być używane przez Wykonawcę do wykonywania Robót."*, a tym samym założenie powtórnego wykorzystania materiałów pochodzących z rozbiórki jest sprzeczne z zapisami umowy.

3.24. Odnosząc się do powyższego zarzutu Odwołujący wskazuje, iż oferta Odwołującego w zakresie branży drogowej została sporządzona w pełnej zgodności z wymaganiami SIWZ, co potwierdza zarówno treść złożonych Wyjaśnień z 09.11.2016 r. jak i dokumenty załączone do Wyjaśnień Odwołującego (oferty podwykonawców). Jednocześnie, w Wyjaśnieniach Odwołującego, wyraźnie zaznaczono, że materiały będą wykorzystane po ich doprowadzeniu do wymagań określonych w SIWZ i STWiORB (Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych), a tym samym przy wykorzystaniu materiałów o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający

wskazując na rzekomą niezgodność z SIWZ pominął istotny fakt, iż ewentualne wykorzystanie materiałów z rozbiórek nawierzchni nie dotyczy wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia, ale może dotyczyć wykonania robót o charakterze pomocniczym i tymczasowym tj. wykonania tymczasowych dróg dojazdowych do posesji oraz wykonanie objazdów w ciągu drogi Igołomskiej do celów budowy obiektów inżynierskich. Roboty te nie stanowią elementu robót składającego się na przedmiot zamówienia, a mają wyłącznie charakter pomocniczy podczas prowadzonych prac związanych z wykonaniem zamówienia właściwego. Mając zatem na uwadze zarówno konieczność wykorzystania materiałów, które posiadają parametry określone w SIWZ i STWiORB oraz tymczasowy charakter obiektów nie sposób wywodzić, jak czyni to Zamawiający, że oferta Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami SIWZ i z tego względu powinna podlegać odrzuceniu.

3.25. Wskazał przy tym, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji (wyrok SO w Kielcach z 19.12.2008 r., sygn. akt: VII Ga 147/08). Co więcej, dokonując wykładni oświadczenia woli jakim jest oferta, w pierwszej kolejności oceniać należy intencje i wolę wykonawcy, co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Co istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ewentualna rozbieżność pomiędzy wymaganiami SIWZ a wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie, co do zaoferowania innego świadczenia, niż oczekuje zamawiający musi być wykazana ponad wszelką wątpliwość. Co więcej, musi wystąpić zupełna rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ a zobowiązaniem wykonawcy wynikającym z treści oferty (tak m.in. KIO 354/13, KIO 1100/15), co niniejszej sprawie nie ma miejsca. Dodatkowo, Zamawiający opiera swoją tezę o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ nie na treści oferty, ale na treści wyjaśnień dotyczących czynników mających wpływ na wysokość ceny.

3.26. Podsumowując powyższe, uznając ofertę Odwołującego za niezgodną z SIWZ Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3.27. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, iż zobowiązanie Odwołującego, jako wykonawcy w Postępowaniu, dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia określa złożona przez niego oferta. Tym samym, jeżeli Zamawiający mógł powziąć jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty, przed dokonaniem jej odrzucenia, w pierwszej kolejności winien był wezwać Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Należy podzielić pogląd wyrażony w wyroku KIO z 15.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2777/14; KIO 2811/14 zgodnie z którym: *„W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający jest zobligowany do wyjaśnienia tych wątpliwości. Obowiązek taki należy wywieść między innymi z obowiązku prowadzenia postępowania z należytą starannością*

*i dlatego zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że art. 87 ust 1 p.z.p. przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany, (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień". Bez przeprowadzenia procedury wyjaśnienia oferty wykonawcy, w warunkach istnienia wątpliwości, co do treści oświadczenia woli Zamawiający nie ma prawnej możliwości przyjęcia, że występują okoliczności sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający zaniechał takiego wezwania, co stanowi o naruszeniu przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.*

Zamawiający w dniu 29.12.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.12.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) przez „Konsorcjum ZUE” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ z 24.08.2016 r., treści Kontraktu, czyli przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zmiany SIWZ z 30.09.2016 r., zmiany treści ogłoszenia z 05.10.2016 r., odpowiedzi na pytania (pismo z 12.10.2016 r.), jak i odpowiedzi na pytania (pismo z 20.10.2016 r.), informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, wezwania z 03.11.2016 r. w trybie art. 90 ust.1 Pzp skierowanego do Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego z 09.11.2016 r. wraz z załącznikami A, B i C /całość - tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz informacji z 16.12.2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dodatkowo Izba, jako dowód w sprawie zaliczyła przedłożone przez Odwołującego na rozprawie: oferty podwykonawców załączone w ramach załącznika nr C do wyjaśnień z 09.11.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa – w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964)./.

Względem opinii technicznej GEOSET S.C. ze stycznia 2017 r. złożonej przez Przystępującego na posiedzeniu wraz z załącznikiem do protokołu Przystępującego, czyli de facto pismem Przystępującego uznać należy, że jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem strony w sprawie, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Izba uznaje ją za część argumentacji Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożoną przez Zamawiającego na posiedzeniu, załącznik do protokołu Przystępującego, czyli de facto pismo Przystępującego także złożoną na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji błędnym uznaniu, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w tym zaniechaniu podania podstaw faktycznych uznania, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i z tego względu powinna podlegać odrzuceniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie wynikające z błędnego uznania przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ;
- 5) ewentualne naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności oferty Odwołującego z SIWZ;
- 6) art. 90 ust. 1 Pzp / raczej art. 91 ust.1 Pzp – w odwołaniu omyłka pisarska/ poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ZUE pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma Przystępującego.

W konsekwencji uznając, że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego, tj. wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp skierowanego do Odwołującego, jego zaniechań – względem braku wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp wobec Odwołującego po wyjaśnieniach z 09.11.2016 r. oraz uzyskanych w wyniku wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp dokumentów – czyli przywołanych powyżej wyjaśnień z 09.11.2016 r., jak i załączników do niego: A, B i C /tajemnica przedsiębiorstwa/, jak ich oceny przez Zamawiającego w kontekście oferty Odwołującego oraz jej odrzucenia, tak na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2, jak i pkt 4 Pzp. Powyższemu Zamawiający dał wyraz

w informacji z 16.12.2016 r. cytowanej na wstępie uzasadnienia orzeczenia, gdzie upublicznił część informacji zawartych w wyjaśnieniach z 09.11.2016 r., które miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddaliła zarzut pierwszy, drugi oraz trzeci.

W tym zakresie, Izba uznała brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jednakże z uwagi na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, powyższe skutkuje oddaleniem zarzutów, z uwagi na brak wpływu na wyniki (art. 192 ust. 2 Pzp). W tym zakresie, należy uznać, iż Zamawiający błędnie zastosował niniejszą podstawę prawną, nawet jeśli uznawał ją jako dodatkową. W tym zakresie argumentacja Zamawiającego z rozprawy, że było to spowodowane tym, że zaproponowano sposób wyceny, który nie dotyczył wymagań wynikających z SIWZ, tym bardziej kwalifikował odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Podobnie, Izba odnosi się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Mimo bowiem braku uzasadnienia faktycznego, nie ma to, tak jak we wcześniejszym wypadku wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut czwarty oraz piąty.

W zakresie kwestii odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej, Izba uznała, że mimo iż z punktu widzenia formalnego wezwanie do wyjaśnień co do treści oferty jest postępowaniem docelowym i ewentualne odrzucenie na podstawie tak uzyskany wyjaśnień, jeśli dają one ku temu podstawę Zamawiającemu, jest właściwe, to należy także wziąć pod uwagę na możliwość zaistnienia różnych okoliczności faktycznych.

Powyższe zaistniało w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba wzięła również pod uwagę ekonomikę postępowanie, jak i okoliczność tego rodzaju, że tryb art. 87 ust.1 Pzp mimo, że zbliża się do obligu według orzecznictwa Izby, nie jest nim jeszcze według przepisu. Nadto, uzyskane wyjaśnienia przez Zamawiającego z 09.11.2016 r. były



nadzwyczaj klarowne i jednoznaczne, czy też stanowcze jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, nie licząc kwestii optymalizacji, dawały one Zamawiającemu podstawę do formułowania określonych wniosków, którym dał wyraz w piśmie z 16.12.2016 r. Przy czym, Zamawiający musi zdawać sobie sprawę z wszystkich konsekwencji swoich działań lub zaniechań. Zamawiający musi także być w stanie wykazać, w wypadku braku wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp zasadności odrzucenia oferty Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Względem optymalizacji, w tym wypadku kwestia niniejsza w wyjaśnieniach z 09.11.2016 r. nie była dostatecznie jasno sformułowana. Mogła być ona na ich podstawie różnie interpretowana, tak jako optymalizacja konkretnego rozwiązania projektowego, albo jako optymalizacja całego procesu inwestycyjnego. Sam Zamawiający nie zdefiniował powyższego pojęcia, jednakże wykluczył jedynie wariant wynikający z zadanego pytania (odpowiedź na pytanie – pismo z 12.10.2016 r.). W tym wypadku, w ocenie Izby, istniały uzasadnione podstawy do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jednakże, z uwagi na potwierdzenie się innych okoliczności faktycznych dających podstawę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, powyższa okoliczność nie ma wpływu na wynik.

Względem rozwiązania równoważnego wskazanego przez Zamawiającego w piśmie z 16.12.2016 r. za informacją wynikająca z wyjaśnień Odwołującego z 09.11.2016 r., Izba uznała, że w SIWZ brak jest warunków równoważności, czyli substratu równoważności, i że nie ma takiego charakteru sformułowanie z pkt 3 SIWZ (akapit 4). W rezultacie, wobec braku substratu równoważności, brak było możliwości wypełnienia ciążącego na nim obowiązku z mocy art. 30 ust. 5 Pzp, czyli wykazania równoważności zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań w ofercie. W konsekwencji, Izba uznała, że ta okoliczność nie mogła być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Jednakże, z uwagi na potwierdzenie się okoliczności tego rodzaju, tj. założenia wykorzystania przez Odwołującego materiałów z rozbiórki wbrew wyraźnemu zakazowi Zamawiającego do wykonywania robót przewidzianych do realizacji w przedmiotowym zamówieniu publicznych, dało uzasadnioną podstawę Zamawiającemu do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, okoliczność zaś braku warunków równoważności i niemożności odrzucenia z uwagi na założenie zastosowania rozwiązań równoważnych, nie ma wpływu na wynik.

Względem materiałów z rozbiórki, w ocenie Izby powyższa okoliczność faktyczna została potwierdzona. Odwołujący założył wykorzystanie materiałów z rozbiórki, wbrew wyraźnemu zakazowi Zamawiającego, do wykonywania robót przewidzianych do realizacji w przedmiotowym zamówieniu publicznym, co dało wystarczającą podstawę

Zamawiającemu do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami Warunków Ogólnych Kontraktu część 2 Kontraktu, tj. przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (str. 5), Roboty będące przedmiotem niniejszego Kontraktu będą wykonywane zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, pierwsze wydanie w języku angielskim 1999, przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC oraz czwarte wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 r., dostępne pod adresem SIDIR zwane dalej: „*Warunki Kontraktu FIDIC*”.

Zgodnie z klauzulą 4.18 (akapit 7) Warunków Szczególnych Kontraktu części 3 Kontraktu, tj. przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego zwanej dalej: „*WSK*” „*Materiały z rozbiórki nie mogą być używane przez Wykonawcę do wykonywania Robót*”. Taki warunek został postawiony wszystkim wykonawcom składającym oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z definicjami Ogólnych Warunków FIDIC: Klauzula 1.1.5.4 wprowadza pojęcie „*Roboty Stałe*”, które oznaczają roboty stałe, które Wykonawca ma wykonać na mocy Kontraktu. Klauzula 1.1.5.7 wprowadza pojęcie „*Roboty Tymczasowe*”, które oznaczają wszelkie roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza Sprzętem Wykonawcy, potrzebne na Terenie Budowy dla wykonania i ukończenia Robót oraz usunięcia wad. Klauzula 1.1.5.8 wprowadza natomiast pojęcie „*Roboty*”, które oznaczają Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe, lub którekolwiek z nich według potrzeb.

W konsekwencji zasadnie uznał tak Zamawiający oraz Przystępujący w swoich pismach złożonych na posiedzeniu, że nie ma żadnych przesłanek interpretacyjnych ani faktycznych, aby zapisy klauzuli 4.18 WSK odnosić tylko do Robót Stałych i nie stosować tych zapisów do Robót Tymczasowych. Z tego powodu oświadczenie Odwołującego, iż materiały pochodzące z rozbiórek istniejących nawierzchni wykorzystane do wykonania nawierzchni tymczasowych dróg stanowi niewątpliwie o sprzeczności z zapisami SIWZ. Nie ma znaczenia fakt, iż chodzi o wykonanie robót o charakterze pomocniczym i tymczasowym w świetle zapisu klauzuli 4.18 WSK.

Dodatkowo zasadnie uznali tak Zamawiający, jak i Przystępujący, iż Odwołujący wprost oświadczył w piśmie z 8.11.2016 r. (str. 16 - ostatni akapit), że: „*Wykonawca założył powtórne wykorzystanie materiałów pochodzących z rozbiórki nawierzchni istniejących, w szczególności podbudów z kruszyw drogowych, do budowy projektowanych nasypów drogowych wraz z ewentualnym doprowadzeniem parametrów technicznych materiału do wymagań określonych w SIWZ i STWiORB.*” Inaczej mówiąc, poprzez wskazanie wykorzystania materiałów z rozbiórki do budowy projektowanych nasypów drogowych, Odwołujący de facto potwierdził zastosowanie materiałów z rozbiórki do wykonania nie tylko

jak wskazywano wcześniej robót tymczasowych, ale również robót stałych, gdyż stanowią one element robót, które Wykonawca obowiązany jest do wykonania w ramach kontraktu, zgodnie z treścią projektu architektoniczno – budowlanego. Odwołujący podczas rozprawy, nie zanegował powyższego. Stwierdzając w odpowiedzi w tym kontekście, że na etapie realizacji każdy materiał musi być zaakceptowany przez inspektora nadzoru inwestorskiego, w tym także dotyczący materiału z rozbiórki. Izba podnosi, że powyższa argumentacja abstrahuje od punktu odniesienia, gdyż jak zasadnie podnosił na rozprawie Zamawiający procedura akceptacji z klauzuli 7.2 (akapit 2) WSK nie dotyczy materiałów z rozbiórki, skoro z góry wyłączył Zamawiający możliwość ich wykorzystania.

Dodatkowo Izba wskazuje na klauzulę 7.8 ppkt b WSK /zgodnie z treścią nadaną przez Zamawiającego/ uznając, że zasadnie Przystępujący wskazywał że Zamawiający kwalifikuje materiały z rozbiórki, jako odpady, które winny zostać usunięte i wywiezione na odpowiednie składowisko odpadów /klauzula 4.18 WSK, akapit 4 oraz klauzula 4.21 WSK/ albo jeśli stanowią one własność Zamawiającego na miejsce wskazane przez Inżyniera.

Izba dodatkowo wskazuje na marginesie względem ofert podwykonawców dotyczy robót drogowych, że oferta ze str. 49-50 wyjaśnień z 09.11.2016 r. (w ramach załącznika nr C) nie jest tak jednoznaczna i dotyczy nie tylko nowych materiałów budowlanych (brak precyzji spowodowany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa). Złożone zaś dodatkowo na rozprawie oświadczenie podwykonawcy przez Odwołującego nie znajdowała się w dyspozycji Zamawiającego i nadal winno być odczytywane łącznie z pierwotną ofertą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, a w szczególności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp oraz art. 90 ust. 1 /raczej art. 91 ust.1 Pzp – w odwołaniu omyłka pisarska/ Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....