

Sygn. akt: KIO 2574/17
KIO 2576/17

WYROK

z dnia 21 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**
Anna Osiecka
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TOTO S.p.A. Costruzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy** oraz **ICM S.p.A. Viale dell'Industria 42, 36100 Vicenza, Włochy**,

B. w dniu 4 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa; Porr Bau GmbH Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria; Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S Konya Develetyolu 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara, Turcja** oraz **Energopol-Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Miasto Świnoujście, w której imieniu postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TOTO S.p.A. Costruzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy** oraz **ICM S.p.A. Viale**

dell'Industria 42, 36100 Vicenza, Włochy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2576/17 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa; Porr Bau GmbH Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S Konya Develetyolu 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara, Turcja oraz Energopol-Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2574/17 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Astaldi S.p.A Viale Giulio Vincenzo Bona 65, 00156 Rzym, Włochy oraz Ghella S.p.A Via Pietro Borsieri 2/a 00195 Rzym, Włochy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2574/17 i KIO 2576/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2574/17 obciąża Gminę Miasto Świnoujście i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TOTO S.p.A. Costruzioni Generali oraz ICM S.p.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasta Świnoujście na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TOTO S.p.A. Costruzioni Generali oraz ICM S.p.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

3. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2576/17 obciąża Gminę Miasto Świnoujście i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S oraz Energopol-Szczecin S.A. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Miasta Świnoujście na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ađir Sanayi İnřaat ve Taahhüt A.S oraz Energopol-Szczecin S.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieřcia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2574/17

KIO 2576/17

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-135585. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 2574/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ToTo S.p.A. Costruzioni Generali i ICM S.p.A, zwany dalej „Konsorcjum ToTo” wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy złożona oferta spełnia wszystkie wymogi specyfikacji i jest zgodna z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (dalej jako „PFU”), w tym punktem 1.4.3 PFU, jak i odpowiada przepisom rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (dalej łącznie jako „Rozporządzenia MTiGM”),

2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego odnośnie poglądowego charakteru przedstawionego szkicu, jak i wyjaśnień co do sposobu wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obowiązujących przepisów, wskutek czego Zamawiający błędnie uznał, że

przedstawiony przez Odwołującego szkic wskazuje na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A i Ghella S.p.A. zwanych dalej „Konsorcjum Astaldi”, podczas gdy za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu należało uznać ofertę Odwołującego,

4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co w konsekwencji może doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. Konsorcjum Astaldi, podczas gdy zgodnie z przepisami, jak i powyższymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za najkorzystniejszą należało uznać ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Astaldi jako oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie zostanie zrealizowane w formule „zaprojektuj i zbuduj”. Zgodnie z warunkami kontraktu wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia projektu budowlanego obejmującego roboty określone w Wymaganiach Zamawiającego, zgodnego z Prawem budowlanym, oraz przedłożenia go do zatwierdzenia Zamawiającego (Subklauzula 5.1 Warunków Szczególnych Kontraktu). Do obowiązków wykonawcy należy również uzyskanie wszelkich uzgodnień, pozwoleń oraz opracowanie dokumentacji projektowej. Dopiero w oparciu o te uzgodnienia i zezwolenia wykonawca opracuje kompletny wniosek o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej (ZRID) oraz projekt budowlany. Wyraźnie przy tym zastrzeżono, że przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji ZRID powyższe dokumenty muszą być zatwierdzone przez Zamawiającego.

Na etapie składania ofert Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców załączenia do ofert jakichkolwiek schematów, rysunków, planów czy projektów tunelu, które mogłyby podlegać ewentualnej ocenie pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

wystarczające było wypełnienie samego formularza oferty wraz z Wykazem Płatności. Tym samym wykonawcy nie byli zobowiązani dostarczać jakichkolwiek projektów, bowiem prace projektowe stanowią część udzielanego zamówienia, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na rzekome niezgodności schematu przykładowego rozwiązania rozmieszczenia poszczególnych elementów wewnątrz tunelu (złożonego w ramach wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) z wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego, podczas gdy szkic ten miał charakter jedynie poglądowy i stanowił wyłącznie pewne wyobrażenie co do składowych (elementów) przyszłego projektu tunelu, a nie deklarację odnośnie posiadania określonych cech, zwłaszcza wymiarów. W konsekwencji Zamawiający w sposób błędny poddał weryfikacji pod kątem zgodności z PFU dokument, który takiej ocenie nie powinien podlegać. Dopiero bowiem na etapie realizacji zamówienia Odwołujący ma dostarczyć projekt budowlany, który zostanie zatwierdzony przez Zamawiającego i inne organy administracji publicznej, będące stroną w procesie uzyskiwania decyzji ZRID i zaangażowane w realizację inwestycji.

Zamawiający, w ramach prowadzonej procedury wyjaśniania, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz wyjaśniania treści złożonej oferty, w piśmie z 29 września 2017 r., zwrócił się do Odwołującego z pytaniem „czy wykonawca w swojej ofercie uwzględnił wymagania określone w pkt 1.7.3. PFU w tym wymiary obudowy tunelu określone w Tabeli nr 7.

Pkt 1.7.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego określa minimalne parametry, którym ma odpowiadać tunel drążony metodą TBM, jak i sposób jego wykonania. Przywołane postanowienie określa m. in. lokalizację szybu startowego i końcowego, głębokość, długość i kształt tunelu, wymiary obudowy tunelu (określone w Tabeli nr 7, do której odniósł się w swoim pytaniu Zamawiający), rozmieszczenie wyjść ewakuacyjnych, czy też sposób zagospodarowania urobku. W tym punkcie PFU nie określono minimalnych czy oczekiwanych wymiarów poszczególnych elementów przekroju tunelu, takich jak szerokość jezdni, szerokość pobocza czy szerokość ciągów ewakuacyjnych. Wymogi odnośnie części z tych elementów były natomiast określone w punkcie 1.4.3. PFU, których pytanie Zamawiającego w ogóle nie dotyczyło. Z tego powodu oczywiste jest, że zapytanie Zamawiającego, a tym samym odpowiedź Odwołującego, mogły obejmować jedynie kwestie zgodności z wymogami wyartykułowanymi w punkcie 1.7.3 PFU, które do takich kwestii jak szerokość poszczególnych elementów, w tym odległości pomiędzy krawędzią jezdni a zarysem ściany, w ogóle się nie odnoszą. Natomiast właśnie z uwagi na rzekomą niezgodność parametrów odnoszących się do szerokości elementów (jakkolwiek Odwołujący w istocie ich nie wskazywał) z wymogami Rozporządzeń MTiGM Zamawiający wywiódł niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi (pismo z 13 października 2017 r.) Odwołujący wyjaśnił, że przyjął do oferty minimalne wymagania określone w punkcie 1.7.3 PFU, w tym w Tabeli nr 7. Ponieważ Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie przedłożył koncepcji rozwiązań projektowych (szkice, rysunki itp.), tylko opisał przedmiot zamówienia w PFU i załącznikach do PFU, Odwołujący składając ofertę przyjął, że podane parametry w PFU są minimalnymi wymaganiami Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia. W załączeniu Odwołujący zaprezentował dowód nr 9 zawierający szkice przekroju tunelu, wizualizacje wyjazdu i wjazdu z tunelu oraz zdjęcia z podobnego projektu.

Następnie, pismem z 30 października 2017 r., Zamawiający zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, że projekt tunelu będzie zgodny z obowiązującymi przepisami Rozporządzeń MTiGM. W odpowiedzi Odwołujący podkreślił, że składając ofertę uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w rozporządzeniu MTiGM w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie oraz, że przedstawiony w uprzednio złożonych wyjaśnieniach szkic przekroju poprzecznego tunelu drążonego jest szkicem poglądowym, sporządzanym na etapie opracowywania oferty przetargowej na potrzeby własne wykonawcy w celu oszacowania przedmiotu zamówienia. Wykonawca każdorazowo przy wycenie przetargów sporządza szkice pomocnicze w celu dokładnego oszacowania wartości zamówienia i realnej wyceny przedmiotu zamówienia. Dodatkowym powodem opracowania ww. szkicu był brak jakichkolwiek rysunków koncepcyjnych w dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego. Tak więc intencją wykonawcy było przedstawienie Zamawiającemu poglądowego szkicu rozwiązania, jakie ujął w ofercie. Tym samym Odwołujący w wyjaśnieniach z 6 listopada 2017 r. wyraźnie zaznaczył, że złożony wraz poprzednimi wyjaśnieniami szkic miał charakter poglądowy i pełnił wyłącznie funkcję listy elementów, które należy wycenić w celu oszacowania wartości robót tunelowych, jak i zapewnienia, że wykonawca uwzględnił wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy tunelu.

Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający uwzględnił i zaakceptował wyjaśnienia odnośnie zgodności oferty z punktem 1.7.3 PFU, natomiast odrzucił ofertę podnosząc, że przedstawiony przekrój poprzeczny w tunelu nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie i w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zamawiający odrzucił więc ofertę Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności z punktem 1.4.3 PFU bazując na odpowiedzi w ogóle nie dotyczącej kwestii w tym punkcie PFU ujętej.

Odwołujący złożył kompletną ofertę, zgodną z wymogami Zamawiającego, w której zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 1. i 2. Formularza oferty).

Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie uwzględnia wymogi opisane w punkcie 1.7.3 PFU, a w szczególności wymiary obudowy tunelu, zawarte w Tabeli nr 7 (nie zaś szerokości poszczególnych elementów zawartych wewnątrz przekroju, tj. parametrów, z którymi oferta Odwołującego została następnie uznana za niezgodną przez Zamawiającego). Odwołujący potwierdził, że uwzględnił wszystkie wymagania. Dodatkowo, nie będąc formalnie do tego zobowiązany, w celu przedstawienia przyjętej ogólnej koncepcji Odwołujący przedłożył fotografię przykładowego rozwiązania, które zostało już zrealizowane, a także poglądowy szkic zarysu kształtu tunelu, w tym ogólnego rozmieszczenia poszczególnych elementów oraz wyjść i dróg ewakuacyjnych. Zamawiający dostrzegł, że w poglądowym szkicu przekroju wskazano szkicowe dane elementów przekroju, które mogły być niezgodne z przepisami Rozporządzeń MTiGM, wobec czego zwrócił się z wnioskiem o udzielenie dalszych wyjaśnień w celu potwierdzenia, czy Odwołujący uwzględnił wszystkie wymagania PFU i obowiązujących przepisów i czy zapewnia, że projekt będzie zgodny z tymi normami. W odpowiedzi Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że załączony do wcześniejszych wyjaśnień szkic ma charakter poglądowy i jako taki nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniach MTiGM, bowiem też nie taki był jego cel ani nie było wymogu składania jakichkolwiek rysunków i szkiców wraz z ofertą, natomiast zapewnił, że przygotowując ofertę uwzględnił wszystkie wymagania określone w obowiązujących przepisach, w tym w przywołanych rozporządzeniach. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie na tej podstawie, jakoby złożony wraz z wyjaśnieniami szkic wskazywał na zamiar wybudowania tunelu niezgodnie z wymogami Rozporządzeń MTiGM, jak i punktem 1.4.3 PFU, pomimo że przedmiotowy szkic nie był przez Odwołującego składany w odniesieniu do jakichkolwiek pytań Zamawiającego dotyczących zagadnień objętych w 1.4.3 PFU i wymogów wynikających z przepisów przywołanych rozporządzeń.

Zamawiający wybiórczo przeanalizował złożone wyjaśnienia, w istocie skupiając się na treści samego schematu, załączonego w celach poglądowych, zupełnie nie uwzględniając kontekstu, w jakim został złożony, tj. wskazania na ogólną koncepcję kształtu i sposobu wykonania tunelu. Zamawiający abstrahuje szczególnie od odpowiedzi udzielonej na kolejne pytanie (zawarte w piśmie z 30 października br.), w której zapewniono o zgodności z przepisami rozporządzenia.

Poglądowy szkic przekroju został przedstawiony w wyjaśnieniach dotyczących sposobu wykonania tunelu w zgodności z punktem 1.7.3 PFU, jak i rozwiązań w zakresie wyjść

ewakuacyjnych. Natomiast w żadnym wypadku szkic ten nie był wskazywany w wyjaśnieniach dotyczących zgodności z punktem 1.4.3 PFU, w tym spełniania wymogów odnośnie minimalnej szerokości poszczególnych elementów, na podstawie czego Zamawiający bezprawnie uznał ofertę Odwołującego za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego złożone przez niego wyjaśnienia nie pozostawiały wątpliwości w zakresie zgodności z wymaganiami PFU i Rozporządzeń MTiGM, natomiast decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wynika z całkowitego pominięcia ich opisowej części i oparcia się wyłącznie na poglądowym schemacie. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia, co doprowadziło go do wyciągnięcia nieuprawnionych wniosków odnośnie rzekomej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy niezgodność taka nie zachodzi. Treść złożonych wyjaśnień była jednoznaczna i nie pozostawiała jakichkolwiek wątpliwości co do charakteru przedłożonego szkicu. Jeżeli Zamawiający miał dalsze wątpliwości co do spełnienia wymagań punktu 1.4.3 PFU i Rozporządzeń MTiGM, to powinien kwestię tę ostatecznie wyjaśnić w drodze kolejnego zapytania.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 2576/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S oraz Energopol-Szczecin S.A. zwani dalej „Konsorcjum Porr” wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Astaldi, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie cen za poszczególne pozycje z przekroczeniem wskazanych w formularzu „Wykaz Płatności” limitów procentowych ustanowionych dla poszczególnych elementów ceny, do których przestrzegania Zamawiający zobowiązał wykonawców w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców – IDW),

b) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ToTo ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwagi na zaoferowanie cen za poszczególne pozycje z przekroczeniem wskazanych w formularzu „Wykaz Płatności” limitów procentowych ustanowionych dla poszczególnych elementów ceny, do których przestrzegania Zamawiający zobowiązał wykonawców w treści IDW,

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczaniu ceny, tj. zaoferowana cena została obliczona niezgodnie ze sposobem opisanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ToTo dodatkowo z uwagi na fakt, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, tj. zaoferowana cena została obliczona niezgodnie ze sposobem opisanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy z uwagi na:

a) nierzetelną i odmienną od zasad ustalonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenę zgodności treści ofert Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b) następczą zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. po złożeniu ofert, i uznanie za zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofert wykonawców, którzy skalkulowali oferty z naruszeniem limitu cenowego ustalonego przez Zamawiającego dla Dokumentów Wykonawcy, tj. 5% ceny ogółem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Astaldi jako najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji tego odrzucenie ofert Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo z uwagi na ich niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wystąpienie w nich błędów w obliczeniu ceny, a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum Astaldi oraz odrzucił ofertę Konsorcjum ToTo z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Programem Funkcjonalno-Użytkowym. Odwołujący z takim rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania się nie zgadza, bowiem decyzje Zamawiającego podjęte zostały z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż obie oferty są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zawierają błędy w obliczeniu ceny.

Wskazane nieprawidłowości wynikają z zastosowanej przez Zamawiającego w postępowaniu systematyki Wykazu Płatności, nie sposób bowiem wskazać na sytuację, w której występujące w jednym zestawieniu pozycje 2.1 i 2.2 nie byłyby składowymi (nie zawierały

się) w pozycji 2, tj. byłyby czymś zupełnie odrębnym. Jest to wbrew elementarnym zasadom logiki i rozumowania.

Z powyższą logiką zgodził się także sam Zamawiający, wzywając Odwołującego do wyrażenia zgody na odmienny od opisanego powyżej sposób wypełnienia Wykazu Płatności, tj. wyrażenie zgody na poprawienie innej omyłki w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyzerowanie poz. 2 Wykazu Płatności. Odwołujący nie zgodził się z czynnością Zamawiającego i wniósł odwołanie, które w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego. Immanentną częścią odwołania była prezentowana tu argumentacja. W konsekwencji Zamawiający unieważnił czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego oraz wezwania do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki.

Zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo, dokonuje następczej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która jest w sposób oczywisty niezgodna z pierwotnym brzmieniem dokumentu. Nie budzi wątpliwości, iż Wykaz Płatności stanowi w przedmiotowym postępowaniu część oferty – wprost wskazał na to sam Zamawiający w treści punktu 7.5 IDW: ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz Wykaz Płatności (sporządzone na formularzach stanowiących integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Powyższe jest zgodne także z praktyką zamówień publicznych, gdzie przez treść oferty rozumie się w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które objęte są swobodą kształtowania z jego strony i odnoszą się do zakresu przyszłego świadczenia, wymieniając przy tym jako przykładowe przedmiot umowy, sposób i termin jego realizacji. Za taki element z pewnością należy uznać również cenę oraz sposób jej płatności. Zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a brak wystąpienia przedmiotowej zgodności świadczy bowiem o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 7.8 IDW oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. W punkcie 8.2 IDW ustalono, iż ceny wskazane w Wykazie Płatności nie mogą przekraczać wskazanych tam limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty. Tym samym każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie był zobowiązany do wypełnienia Wykazu Płatności zgodnie z postanowieniami IDW, w szczególności z zachowaniem limitów ceny. Brak przy tym takiego wypełnienia Wykazu Płatności świadczyć będzie nie tylko o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale także – z uwagi, iż przywołane postanowienia dotyczą ceny – o błędach w jej obliczeniu (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przedłożone przez Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo Wykazy Płatności zostały sporządzone w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zawierają błędy w obliczaniu ceny. Zamawiający oczekiwał bowiem tego, aby w Wykazie Płatności wykonawcy przedstawili cenę łączną za Dokumenty Wykonawcy (nie więcej niż 5% ceny ogółem) w poz. 2, jak również, aby wykonawcy przedstawili cenę za elementy składające się na poz. 2, tj.: w poz. 2.1. Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich (nie więcej niż 3% ceny ogółem); w poz. 2.2. pozostałe Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1., w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich.

Takie ujęcie (dokument a, dokument b etc. w punkcie 2.1 i „pozostałe, nieobjęte punktem 2.1”) tworzy podział dychotomiczny kategorii „Dokumenty Wykonawcy”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (www.sjp.pwn.pl) podział dychotomiczny to w logice: podział, w którym pewna klasa przedmiotów zostaje rozdzielona na dwie podklasy wyłączające się. Skutkiem podziału dychotomicznego, co wynika tak z ww. definicji, jak i podręczników do logiki, jest podział całej klasy, tj. wszystkich „Dokumentów Wykonawcy”. Nie ma więc takiego Dokumentu Wykonawcy, który nie znajduje się w kategorii opisanej w punkcie 2.1 lub 2.2. Zatem w poz. 2. wykonawca działający z należytą starannością mógł ująć jedynie sumę tych pozycji.

Tym samym obowiązkiem wykonawców działających z należytą starannością było odrębne wycenienie poz. 2.1. i 2.2. oraz zsumowanie tych dwóch pozycji w poz. 2. Wykazu Płatności. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazuje bowiem, iż poz. 2.1. i poz. 2.2 są częściami składowymi poz. 2, a nie odrębnymi pozycjami Wykazu Płatności.

Dodatkowo na taki sposób rozumienia Wykazu Płatności wskazuje przyjęta systematyka numeracji pozycji zamieszczonych w Wykazie Płatności. Zamawiający numeruje poszczególne pozycje numerami: poz. 1. Koszty ogólne Wykonawcy; poz. 2. Dokumenty Wykonawcy; poz. 3. Roboty.

Pozycje pn. „Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich” oraz „Pozostałe Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1., w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich” zostają oznaczone numerami „2.1.” i „2.2.”, co ewidentnie wskazuje, iż zawierają się one w poz. 2. Dokumenty Wykonawcy. Jeżeli pozycje 2.1. i 2.2. stanowiłyby odrębne pozycje od poz. 2., to Zamawiający nie numerowałby ich poprzez przypisanie im numerów 2.1. i 2.2., tylko

ponumerowałby je odpowiednio jako poz. 3. i poz. 4., a pozycja „Roboty” miałaby numer 5. Przeporządkowanie im podrzędnej strukturalnie numeracji „2.1”. i „2.2” stanowi natomiast rozwinięcie pozycji nr 2, a nie odrębne i niezależne od tej pozycji elementy czynności wykonawcy do wyceny. Z doświadczenia życiowego wynika, że przy numeracji wielopoziomowej (2, 2.1 i 2.2) grupa wyższego poziomu nie zawiera kategorii odrębnych niż podgrupy.

Kolejną okolicznością, która potwierdza zasadność stanowiska Odwołującego jest treść opisu poz. 2.2. Wykazu Płatności. Opis ten brzmi „Pozostałe Dokumenty Wykonawcy; nieobjęte poz. 2.1., w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich”, w którym Zamawiający wyraźnie odsyła do ogólnego brzmienia pojęcia Dokumentów Wykonawcy wskazanych w poz. 2. Wykazu Płatności oraz wskazuje, że w poz. 2.2. należało wycenić pozostałe, czyli wszystkie inne aniżeli Dokumenty Wykonawcy wymienione w poz. 2.1. Wykazu Płatności. Tym samym, wynika z tego, iż nie ma żadnych innych Dokumentów Wykonawcy poza tymi, które można zakwalifikować albo pod poz. 2.1 albo 2.2. Jest to logiczna i nie budząca żadnych wątpliwości konsekwencja użycia zwrotu „nieobjęte poz. 2.1”. Jeśli bowiem nie zostały objęte poz. 2.1, należało je zakwalifikować pod poz. 2.2. Gdyby miało być inaczej, Zamawiający musiałby opisać poz. 2.2. wskazując nie tylko Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1, ale też nieobjęte poz. 2 i 2.1. Brak tego oznacza, iż Zamawiający traktował pierwotnie poz. 2.1. i poz. 2.2. jako składową poz. 2 Wykazu Płatności. Zamawiający nie może przy tym kwoty ujętej w punkcie 2. zapłacić obok kwot płatnych w punktach 2.1 i 2.2.

Z relacji treści poz. 2.1. do poz. 2.2. Wykazu Płatności wynika więc, iż tworzą one zupełny (dychotomiczny) podział Dokumentów Wykonawcy (wymienionych w punkcie 2.) na Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID (wymienione w poz. 2.1.) oraz na pozostałe Dokumenty Wykonawcy (wymienione w poz. 2.2.).

Ponieważ poz. 2.1. i poz. 2.2. Wykazu Płatności obejmują wszystkie Dokumenty Wykonawcy, to jest oczywistą konsekwencją, iż poz. 2 Wykazu Płatności pn. Dokumenty Wykonawcy obejmować musi sumę kwot wskazanych w poz. 2.1. i w poz. 2.2. Odnosi się to także do opisanych w Wykazie Płatności limitów procentowych, ustalonych przez Zamawiającego dla poszczególnych pozycji Wykazu. Trzyprocentowy limit przyjęty dla projektu budowlanego oraz innych dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich, należy tym samym traktować jako składową zawartą w limicie 5% dla Dokumentów Wykonawcy.

Za słusznością powyższego stanowiska dodatkowo przemawia również cel, dla którego przedmiotowe limity zostały przez Zamawiającego ustanowione. Traktowanie bowiem poz. 2.1 i poz. 2.2 jako niestanowiących części składowych poz. 2. przeczy widocznemu na

podstawie Wykazu Płatności zamiarowi określenia limitów kwotowych na części wynagrodzenia należnego Wykonawcy za świadczenia nie będące Robotami. Limity takie Zamawiający wprowadził dla Kosztów ogólnych (nie więcej niż 6% ceny ogółem) oraz dla Dokumentów Wykonawcy (nie więcej niż 5% ceny ogółem). Limitu takiego nie przewidziano natomiast dla Robót, co stanowi instrument ochrony Zamawiającego przed wygórowanym określeniem części wynagrodzenia należnych w pierwszych okresach realizacji Kontraktu.

Gdyby uznać, że poz. 2.2. Wykazu Płatności nie jest częścią składową poz. 2 Wykazu Płatności (Dokumenty Wykonawcy), to dla wynagrodzenia przypadającego na ten zakres przedmiotu umowy Zamawiający nie przewidział żadnego limitu kwotowego. Taka interpretacja Wykazu Płatności przeczy racjonalności działań Zamawiającego, który wprowadzając limity ewidentnie chciał się zabezpieczyć przed zawyżonymi płatnościami za świadczenia nie będące Robotami.

Konsorcjum Astaldi i Konsorcjum ToTo wypełnili wszystkie trzy pozycje z obszaru Dokumenty Wykonawcy, tj. poz. 2, 2.1. i 2.2., przy czym wskazana przez nich kwota w poz. 2 nie stanowi sumy poz. 2.1. i 2.2., o czym świadczy nie tylko bezpośredni brak sumowania poz. 2.1. i 2.2. do wartości w poz. 2, ale także wartość sumy końcowej, która obejmuje również cenę wyrażoną w poz. 2. Już sam ten sposób wypełnienia Wykazów Płatności świadczy o zasadności odrzucenia ofert obu konsorcjów.

Zgodnie z poglądami orzecznictwa o błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli wykonawca, mimo wytycznych zamawiającego podanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obliczył cenę oferty w sposób błędny, to nawet gdy jest to cena umowna, która nie będzie stanowiła rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Do opisanego powyżej sposobu wypełnienia Wykazu Płatności przyznało się w swoim piśmie z 6 listopada 2017 r. konsorcjum ToTo. W odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie dotyczące wskazanego zagadnienia, wykonawca ten bowiem odpowiedział: „potwierdzam, że koszt wykonania wszelkiej niezbędnej dokumentacji dla potrzeb realizacji

przedmiotowego zadania określonej w Subklauzuli 1.1.6.1 Szczególnych Warunków Kontraktu, tj. Dokumentacja Projektowa i Inne Dokumenty Wykonawcy został zawarty w pozycjach 2, 2.1. i 2.2". Tym samym należy uznać, iż konsorcjum ToTo wypełniło Wykaz Płatności wbrew treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeśli zsumować wszystkie trzy pozycje (2, 2.1., 2.2.) składające się na Dokumenty Wykonawcy, zarówno w przypadku Konsorcjum Astaldi, jak i Konsorcjum ToTo, przekroczony zostaje określony przez Zamawiającego limit 5% ceny ogółem dla Dokumentów Wykonawcy. Dowodzi to z kolei, iż zaoferowane przez tych wykonawców świadczenie jest niezgodne z tym, jakiego oczekiwał od wszystkich wykonawców Zamawiający.

Uznanie przez Zamawiającego ofert Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo za zgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niezawierające błędów w obliczaniu ceny, mimo niezasadności takiego stanowiska, jawnie narusza również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak niejednokrotnie podkreślała w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, a zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie traktuje wszystkich wykonawców w sposób jednakowy i równy. Brak odrzucenia przez Zamawiającego ofert Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum ToTo ze względu na niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wypełnienie Wykazu Płatności i przekroczenie dozwolonego limitu 5% dla Dokumentów Wykonawcy świadczy nie tylko o nierzetelnej ocenie złożonych w postępowaniu ofert, lecz jest także dowodem na odmienne (uprzywilejowane) traktowanie niektórych wykonawców.

Co więcej, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia ofert obu wykonawców, mimo przekroczenia wyraźnie ustanowionego w Wykazie Płatności limitu cen dla poszczególnych jego pozycji, świadczy o niedozwolonej (i nieopublikowanej) zmianie pierwotnego brzmienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie zamawiającego polegające na dokonaniu oceny zgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji

istotnych warunków zamówienia w inny sposób niż sam dopuścił to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niedopuszczalne i narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Skoro w pozycji 2. nie mogą występować Dokumenty Wykonawcy, to możliwa jest jedna z trzech sytuacji: 1) punkt 2. zawiera cenę za elementy nie objęte zamówieniem; 2) punkt 2. zawiera cenę za koszty ogólne – wówczas wykonawca przekroczył limit kosztów ogólnych; 3) punkt 2. zawiera wynagrodzenie za Roboty – a więc wykonawcy dokonali niedozwolonej manipulacji ceną.

III Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 2574/17

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Stosownie do treści punktu 1.3 PFU w zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi głównej ruchu przyspieszonego oraz tunelu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w tym w związku z planowanym włączeniem wyjazdu z tunelu do projektowanej drogi ekspresowej S3 na wyspie Wolin. Szczegółowy zakres rzeczowy robót koniecznych do wykonania w ramach obowiązków wykonawcy jest przedstawiony w dalszej części Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Dokumenty przedstawione w PFU stanowią opis przedmiotu zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

W punkcie 1.4 PFU Zamawiający określił charakterystyczne parametry projektowanych obiektów budowlanych i zakres robót. Zgodnie z tym punktem wykonawca dla tunelu drążonego TBM winien był przyjąć do projektowania następujące parametry:

- przekrój poprzeczny tunelu o średnicy wewnętrznej min. 12,00 m składającego się z:
 - > dwukierunkowej jezdni składającej się z dwóch pasów ruchu o szerokości 3,50 m każdy;
 - > obustronnych poboczy o szerokości 0,55 m;
 - > dwóch ciągów ewakuacyjnych o szerokości 1,20 m dla każdej ze stron jezdni (chodniki zapewniające dojście do najbliższego wyjścia ewakuacyjnego);
 - > galerii zlokalizowanej w przekroju poprzecznym tunelu poniżej konstrukcji jezdni podzielonej na trzy części: środkowa stanowiąca tunel ewakuacyjny o wysokości min 2,50 m i szerokości min.3,00 m;
 - > dwóch kanałów na instalacje techniczne możliwie do zabudowy w przyszłości;

> zejść do galerii ewakuacyjnej klatkami schodowymi po stronie północnej tunelu w postaci zewnętrznej bocznej nadbudowy tunelu.

W Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „WWiORB”) stanowiących rozdział III Zamawiający w pkt. 1.7 Skrajnie tunelu wskazał, że wewnętrzny przekrój tunelu musi spełniać następujące wymagania geometryczne i posiadać następujące skrajnie wewnętrzne:

- skrajnię pionową (nad jezdnią) o minimalnej wysokości 5,00 m;
- dwa pasy ruchu o szerokości 3,50 m każdy;
- utwardzone pobocze o minimalnej szerokości 0,55 m;
- dwa niewyniesione chodniki o minimalnej szerokości 1,20 m, położone po przeciwnych stronach jezdni;
- podziemne wyjścia ewakuacyjne łączące główną jezdnię z galerią ewakuacyjną, która zostanie wykopana metodą konwencjonalną i obudowana elementami betonowymi wykonanymi na miejscu, muszą posiadać minimalne skrajnie. Wykonanie wyjść ewakuacyjnych zostanie zrealizowane z zastosowaniem procedur takich jak zamrażanie gruntu, aby zapewnić bezpieczeństwo i stabilność w warunkach gruntowych i wód gruntowych.

Powyżej przywołane zapisy w sposób jednoznaczny opisują najbardziej charakterystyczne elementy przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dopuścił wprowadzanie zmian wykraczających poza zakres wymagań określony w PFU, przy czym zastrzegł, że mogą one zostać wprowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktu. Tryb dokonywania zmian Zamawiający zawarł w Subklauzuli 13. Szczególnych warunków kontraktu, zgodnie z którą każda zmiana wymaga uzyskania akceptacji Zamawiającego. Żaden z wykonawców, w trybie wynikającym z ustawy, nie zaskarżył postanowień PFU.

Zamawiający, w toku badania ofert, w związku z powzięciem wątpliwości, co do realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień i wykazania prawidłowości dokonanej wyceny oraz wykazania okoliczności, które wpłynęły na uzyskanie ceny istotnie niższej od oszacowanej przez Zamawiającego i pozostałych oferentów.

Treść odpowiedzi, zawarta w wyjaśnieniach z 13 października 2017 r., pkt 2, dotycząca wykazania szczegółowego uwarunkowania i czynników pozwalających na realizację zamówienia w zaoferowanej cenie, w której wskazuje się „zapropozowane rozwiązanie obudowy tunelu” oraz załączony do pisma szkic poglądowy mający zobrazować to rozwiązanie, nasunęły Zamawiającemu wątpliwości co do zgodności treści złożonej oferty z wymaganiami PFU.

Na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał od wykonawców załączania do ofert schematów, rysunków, planów czy projektów. Powyższe nie oznacza jednak, że szkice czy innego rodzaju dokumenty, składane przez wykonawców w związku z wyjaśnieniami udzielanymi w toku badania i oceny ofert jako niestanowiące części oferty, nie mogą być przedmiotem oceny Zamawiającego. Sam Odwołujący wskazuje w treści odwołania, że szkic ten posłużył wykonawcy „do realnej wyceny opisu przedmiotu zamówienia”, a intencją wykonawcy było przedstawienie poglądowego szkicu rozwiązania, jakie ujął w ofercie. Analogiczne stwierdzenie zawarte zostało w piśmie z 6 listopada 2017 r. w pkt. 8.

Treść oferty kreuje oświadczenie wykonawcy w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów. Tym samym każde oświadczenie wykonawcy, które określa istotne elementy umowy, w tym zatem również i te, które zawarte są w składanych wyjaśnieniach, bez względu na formę, jaką one przybierają, uznać należy za część oferty.

Przez treść oferty należy uznać w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które objęte są swobodą kształtowania z jego strony i odnoszą się do zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy (np. przedmiotu umowy, sposobu i terminu jego realizacji). Niewątpliwie rozwiązanie, które przyjmuje wykonawca i z którego wyprowadza twierdzenia dotyczące przyjętych kosztów, muszą być uznane za istotny element zaoferowanego produktu, szczególnie takiego, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Dokonując oceny charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach i schemacie, należy mieć na względzie fakt, że dotyczą one tej części tunelu, który wykonywany będzie metodą drążoną przy użyciu metody TBM. Przyjęte rozwiązanie ma w tej części decydujące znaczenie dla ostatecznych kosztów wykonania tych prac. Niespornym jest, że wykonawca oszacował koszt wykonania tunelu metodą drążoną według rozwiązania przedstawionego na szkicu. Okoliczność tę przyznaje Odwołujący wprost w treści odwołania stwierdzając, że szkic ten pełnił funkcję listy elementów, które należy wycenić w celu oszacowania wartości robót tunelowych, jak również w treści pisma z 14 listopada 2017 r., w którym stwierdza że w celu zapewnienia Zamawiającemu komfortu wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca na etapie przygotowania Dokumentów Wykonawcy (etap projektowania) wykona równoległe do ujętego w ofercie rozwiązania alternatywną propozycję z wyjściami poza obudowę tunelu. Projekt alternatywnego rozwiązania zostanie dostarczony bez dodatkowych kosztów dla Zamawiającego, jednak realizacja alternatywnego rozwiązania jest droższa od uwzględnionego w ofercie o około 35 mln zł netto.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, natomiast literalna wykładnia przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zakres

świadczenia wykonawcy nie może zostać zmieniony zarówno przed podpisaniem umowy, jak i po jej podpisaniu.

Zatem, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie dokonał oceny zgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia schematu poglądowego jako elementu odrębnego od pozostałych dokumentów, a przedmiotem jego oceny było ustalenie treści złożonej oferty rozumianej jako całość i której merytoryczny zakres i przyjęte w tej ofercie rozwiązanie określone zostały przez wykonawcę łącznie ze wszystkimi dokumentami, w tym przedłożonymi wyjaśnieniami i dowodami złożonymi dla wzmocnienia argumentacji. Ustalenie zobowiązania zawartego w ofercie ma decydujące znaczenie dla ustalenia zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy, albowiem zakresy te muszą być tożsame. Wykonawca złożył oświadczenie o zgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisami Rozporządzeń MTiGM. Wydaje się ono obecnie pozostawać w oczywistej sprzeczności z twierdzeniem odwołania, w którym stwierdza się, że załączony do wyjaśnień szkic nie spełnia wymagań wynikających z tych rozporządzeń. Złożenie takiego oświadczenia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania oferty. Gdyby bowiem przyjąć, że Zamawiający nie musi być przekonany, że wybiera ofertę, która zgodna jest merytorycznie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w ustawie nie byłoby przepisu obligującego Zamawiającego do odrzucenia oferty, która jest niezgodna z tą specyfikacją. Zatem Zamawiający, bez względu na treść składanych w toku postępowania zapewnień w kwestii zgodności złożonej oferty z wymaganiami, zobligowany jest do dokonania rzetelnego badania i oceny oferty pod względem zgodności zaoferowanego produktu oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza opinia biegłego.

Sam Odwołujący w treści odwołania przyznaje, że przyjęte przez niego rozwiązanie, który przedstawione zostało Zamawiającemu dla wyjaśnienia realności oszacowania kosztów wykonania tunelu metodą drążoną, nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniach MTiGM. Jednocześnie jednak Odwołujący oświadcza, że nie ma zamiaru wykonać tunelu niezgodnie z ww. rozporządzeniami, co w konsekwencji nakazywałoby przyjąć, że wykonawca przyznaje w odwołaniu, że w rzeczywistości zamierza wybudować tunel według założeń odmiennych od przyjętych do szacowania ceny zawartej w ofercie.

Zamawiający nie zgadza się, że treść udzielonej odpowiedzi odnoszona winna być wyłącznie do zakresu zadanego pytania, co w ocenie Odwołującego oznaczać ma, że wyjaśnienia i sam schemat załączony do odpowiedzi na pytanie dotyczące punktu 1.7.3 PFU nie mogą zostać odniesione do wymagań z punktu 1.4.3. PFU. Wszystkie dokumenty i wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku postępowania, które służą ustaleniu, jaki produkt oferuje wykonawca, winny być traktowane jako oferta.

W odpowiedzi Odwołującego wykonawca ten podał nie tylko przyjęte w ofercie parametry średnicy wewnętrznej tunelu i jego długości, ale również wskazał na korzyści płynące z przyjęcia takiego rozwiązania.

Częścią przedmiotu zamówienia jest wykonanie tunelu metodą drążoną. W obrębie jego średnicy ma zostać umieszczona jednojezdniowa droga klasy GP o szerokości 7,00 m (dwa pasy ruchu po 3,50 m). Budowa spełniać musi wymogi wynikające z przepisów prawa, w tym w szczególności rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie oraz z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie. Analiza wymogów Zamawiającego zawartych w punkcie 1.4.3 PFU, zapisów ww. rozporządzeń i zawartych w nich wymogów dot. min. odległości poszczególnych elementów drogi od krawędzi jezdni, a następnie odniesienie ich do przyjętego przez Odwołującego rozwiązania, wskazują w sposób jednoznaczny na brak możliwości ich zachowania w założonej średnicy tunelu, bez konieczności uzyskania odstępstwa, o którym mowa w art. 9 ust. 1 ustawy Prawo budowlane. (Odwołujący, udzielając odpowiedzi na pytanie 21. „Czy wykonawca w swojej ofercie założył i uwzględnił potrzebę uzyskiwania odstępstw od warunków technicznych?” podał, że uwzględnił konieczność uzyskania odstępstwa tylko w jednym przypadku tj. w zakresie odległości między skrzyżowaniami ul. Duńskiej z ul. Fińską i rondem”.

Przyjęte przez Odwołującego założenia projektowe uzewnętrznione zostały również w treści zapytania skierowanego przez Odwołującego do producenta maszyny TBM. Z przedstawionej przez Odwołującego odpowiedzi udzielonej przez firmę Herrenknecht AG, dotyczącej ceny maszyny TBM, wynikają jej wymiary, w tym średnica wewnętrzna. Rzeczywisty wygląd tunelu nie będzie więc różnić się od zaprezentowanego na schemacie. Za sformułowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego uznać należy twierdzenie Odwołującego, że schemat użyty jest tylko dla wyobrażenia co do przyszłego kształtu tunelu, a nie jego wymiarów. Przedmiotowy schemat nie jest dokumentem samym dla siebie i oderwanym od pozostałych oświadczeń Odwołującego. Wymiary tunelu, którego „kształt” obrazuje schemat, przedstawione zostały w punkcie 4. odpowiedzi z 13 października 2017 r., a w samym schemacie wskazane zostały wymiary, jezdni, poboczy i galerii ewakuacyjnych. Zatem za chybiony uznać należy zarzut Odwołującego, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wynika z pominięcia opisowej części wyjaśnień i oparcia się wyłącznie na poglądowym schemacie.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego, przy czym treść oferty musi być

jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią specyfikacji. Zgodność oferty z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści złożonych przez wykonawcę dokumentów można stwierdzić, że istotne postanowienia zawarte w ofercie (dokumentach składających się na nią) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień specyfikacji. O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści. Gdyby przyjąć pogląd przeciwny, to treść oferty można byłoby sprowadzić do posłużenia się ogólnikowymi sformułowaniami zamieszczanymi zwyczajowo przez zamawiających we wzorach formularzy ofert, co pozbawiałoby racji bytu szereg procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenia takie mogą nabrać większego znaczenia w sytuacjach, w których opis przedmiotu zamówienia nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania.

IV Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 2576/17

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu złożone zostały 4 oferty, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący wywodzi, że tylko w jego ofercie wykaz ten został wypełniony prawidłowo, co oznacza też, że tylko ona zgodna jest ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a konsekwencją powyższego winno być odrzucenie wszystkich pozostałych ofert.

Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający unieważniając dokonaną 8 listopada 2017 r. czynność poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego oraz wezwania go do wyrażenia zgody na dokonanie czynności poprawienia Wykazu Płatności, zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że tylko jego oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia stanowi nieuprawnioną interpretację działań Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił zarzuty i wnioski Odwołującego sformułowane w sprawie sygn. KIO 2423/17, ale z innych powodów niż wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zgodnie z zapisami pkt 8.1. IDW wykonawca zobowiązany był do wyliczenia ceny oferty w oparciu o Wykaz Płatności sporządzony na formularzu stanowiący integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykaz płatności zawierał następujące elementy: 1. Koszty ogólne Wykonawcy (nie więcej niż 6% ceny ogółem) – ryczałt; 2. Dokumenty Wykonawcy (nie więcej niż 5% ceny ogółem) – ryczałt; 2.1 Projekt Budowlany

i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich (nie więcej niż 3% ceny ogółem) – ryczałt; 2.2 Pozostałe Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1 w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich – ryczałt; 3. Roboty – ryczałt; Pozycja: Razem netto; Pozycja: Podatek VAT; Pozycja: Razem brutto.

Zgodnie z definicją określoną w Warunkach Szczególnych (Subklauzula 1.1.1,6 (a)) „Wykaz Płatności” oznacza wypełniony przez Wykonawcę Wykaz, sporządzony zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego opisem sposobu obliczenia ceny zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierający ceny ryczałtowe elementów rozliczeniowych wyrażone w Walucie Miejscowej i stanowiący integralną część Umowy.

W związku z powyższym każdy z Wykonawców miał obowiązek respektować zawarte w opisie sposobu obliczenia ceny, uwagi i wymogi tj.:

- wykonawca obliczając Cenę Oferty winien był uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. Ceny za poszczególne pozycje wskazane w formularzu Wykazu Płatności nie mogły przekraczać wskazanych tam limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty. Co nie jest sporne, limity wskazane zostały przez Zamawiającego dla poz. 2 i 2.1;
- ceny ryczałtowe określone przez wykonawcę nie mogą być zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanych w Warunkach Kontraktu;
- cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, wykonawca powinien był ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

Trzech wykonawców wypełniło Wykaz Płatności w taki sam sposób, tj. uwzględniając w wykazie płatności w kolumnie pn. Wartość netto (bez podatku VAT) wszystkie podane tam i opisane pozycje tj. poz. 1, 2, 2.1, 2.2 i 3. i w ten sposób obliczając cenę oferty. Ceny za poszczególne pozycje wskazane w formularzu Wykazu Płatności (tj. odpowiednio dla poz. 2 – nie więcej niż 5% ceny ogółem oraz dla poz. 2.1 – nie więcej niż 3% ceny ogółem) nie przekraczały w żadnej z tych ofert, wskazanych limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty. Odwołujący natomiast wypełnił Wykaz Płatności w ten sposób, że kwota wskazana w poz. 2 jest sumą kwot z poz. 2.1 i 2.2., a cena ofertowa jest sumą poz. 1, 2 i 3. Również i w tej ofercie nie zostały przekroczone limity określone w Wykazie Płatności.

Pozycje 2, 2.1 oraz 2.2 wskazane zostały jako odrębne składowe ceny, gdzie pozycje 2.1 i 2.2 obejmują Dokumentację Projektową (2.1 – projekt budowlany zaś 2.2 – dokumentację wykonawczą i powykonawczą), natomiast pozycja 2. obejmuje inne Dokumenty Wykonawcy.

Niniejsze zapisy zgodne są z definicją określoną w Warunkach Szczególnych (Subklauzula 1.1.6.1): tam gdzie Warunki Kontraktu odnoszą się do „Dokumentów Wykonawcy” należy czytać jako „Dokumentacja Projektowa i Inne Dokumenty Wykonawcy”. W skład Dokumentacji Projektowej i innych Dokumentów Wykonawcy wchodzi w szczególności: Projekt budowlany oraz specyfikacje techniczne, projekty wykonawcze o stopniu szczegółowości niezbędnym do prawidłowego wykonania Robót i umożliwiające prawidłową ich weryfikację, przegląd, sprawdzenie lub zatwierdzenie przez Inżyniera w tym obliczenia, rysunki, podręczniki, modele, dokumenty o charakterze technicznym i prawnym wymienione w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz inne dokumenty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia, dostarczane przez Wykonawcę według Kontraktu, jak to opisano w Subklauzuli 5.1 [Ogólne zobowiązania projektowe] i Subklauzuli 5.2 [Dokumenty Wykonawcy].

Zamawiający, przy tak sformułowanych dokumentach, nie oczekiwał, tak jak wskazuje to Odwołujący, aby w Wykazie Płatności wykonawcy przedstawili cenę łączną za dokumenty Wykonawcy w poz. 2., a jej elementy składowe w poz. 2.1. i 2.2. Oczekiwanie takie byłoby uprawnione w sytuacji jednoznacznego wskazania takiego żądania w opisie sposobu obliczenia ceny. W takiej sytuacji również formularz Wykazu Płatności musiałby zostać sporządzony i opisany w inny sposób, a mianowicie Zamawiający albo pominąłby poz. 2 jako zbędną lub też w pozycji 2. pominąłby charakter wynagrodzenia tej pozycji jako ryczałt – bo wynika on wprost z charakteru wynagrodzenia opisanego w poz. 2.1 i 2.2. i wskazał dodatkowo, że kwota z poz. 2 stanowić musi sumę poz. 2.1. i 2.2.

Zamawiający nie podziela również stanowiska Odwołującego w zakresie limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty. Należy zauważyć, że Wykaz Płatności zawiera limity procentowe dla poz. 2 – nie więcej niż 5% ceny ogółem i dla poz. 2.1 – nie więcej niż 3% ceny ogółem. Z treści formularza, jak i innych dokumentów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie sposób zatem wywieść, że limit 5% odnosić się ma do sumy poz. 2.1 i poz. 2.2 Wykazu Płatności. Z Wykazu Płatności nie wynika również, aby dla pozycji 2.2 ustalony został jakikolwiek limit. Limity procentowe w Wykazie Płatności zostały określone dla poz. 2 i 2.1, a w opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, iż „ceny za poszczególne pozycje wskazane w formularzu Wykazu Płatności nie mogą przekraczać wskazanych tam limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty”.

W konsekwencji prawidłowo wykonawcy przyjęli, że dla tej pozycji 2.2 limit nie został ustalony. Nie można zgodzić się z wywodem Odwołującego, że do wniosku takiego wykonawcy winni byli dojść poprzez dokonywanie wykładni. W utrwalonym orzecznictwie przyjmuje się, że nie jest obowiązkiem wykonawcy tak ustalanie intencji Zamawiającego, jak i poszukiwanie błędów w sporządzonej przez niego dokumentacji.

Jak należy zauważyć Zamawiający w punkcie 7.8. IDW wskazał, że oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Dodatkowo w poz. 8.2 IDW Zamawiający wprowadził wprost zakaz samodzielnego wprowadzania przez wykonawców zmian do Wykazu Płatności.

Rację ma Odwołujący, że ustalenie limitu stanowić ma instrument ochrony Zamawiającego przed wygórowanym określeniem części wynagrodzenia należnego w pierwszych okresach realizacji Kontraktu. Ochronę tę zapewnia jednak Zamawiającemu ustalenie limitu dla dokumentacji, o której mowa z w poz. 2.1. „Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich.” Złożenie wniosku o wydanie decyzji ZRID uznaje się w Kontrakcie za osiągnięcie Kamienia Milowego 1 i z datą jego osiągnięcia Wykonawca uprawniony jest do wystąpienia o wydanie Przejściowego Świadectwa Płatności (pkt. 14.3 Danych Kontraktowych) i uzyskania płatności z poz. 2.1. Wszystkie pozostałe płatności dokonywane są na etapie realizacji umowy, zgodnie z zapisami Kontraktu.

Za wyjątkiem Odwołującego, wszyscy pozostali wykonawcy dokonali wyceny oferty dokładnie w oparciu o zapisy sporządzonego przez Zamawiającego Wykazu Płatności w taki sam sposób, tj. poprzez podanie wartości netto dla poz. 2, 2.1 i 2.2 jako odrębnych składowych ceny. Dodatkowo Konsorcjum Toto S.p.A, ICM S.p.A potwierdziło powyższe w udzielonej odpowiedzi.

Zamawiający przyznał, że sposób sporządzenia formularza Wykazu Płatności oraz niespójność w nomenklaturze przyjętej w Wykazie Płatności i Danych Kontraktowych mogły spowodować różne podejście do sposobie wypełnienia Wykazu Płatności. Potwierdził to sposób, w jaki formularz wypełniony został przez Odwołującego, jak również jego twierdzenia zawarte w odwołaniu oparte na antycypacji „oczekiwań” Zamawiającego, które Odwołujący próbuje określić posiłkując się zasadami podziału dychotomicznego Dokumentów Wykonawcy, systematyki numeracji i numeracji wielopoziomowej.

Jak przyjmuje się w utrwalonym orzecznictwie, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera jakiegokolwiek niejednoznaczności, to należy tłumaczyć je na korzyść wykonawcy. Orzecznictwo zgodne jest również w kwestii braku podstaw dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie są wyartykułowane w sposób jednoznaczny. Z tych też powodów Zamawiający, uznając, że sporządzonym przez niego dokumentom brak jest przymiotu jednoznaczności, unieważnił czynność wezwania Odwołującego do poprawienia oferty.

Wykaz Płatności przedstawia kalkulację ceny, która w ma charakter ceny ryczałtowej, a wybrany wykonawca będzie zobowiązany sporządzić Szczegółowy Wykaz Płatności, który zgodnie z definicją określoną w Warunkach Szczególnych (Subklauzula 1.1.4.14) stanowi uszczegółowienie Wykazu Płatności i służy do celów rozliczenia realizowanych Prac i Robót oraz nie ma żadnego wpływu na Cenę Kontraktową należną na mocy Kontraktu.

Nawet zatem, gdyby podzielić stanowisko Odwołującego, że Wykazy Płatności sporządzone przez wszystkich pozostałych wykonawców zawierają błędy, brak jest podstaw do odrzucenia tych ofert. Co do zasady błędy w kosztorysie ofertowym, w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego ceny ryczałtowej, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.

Zamawiający nie podzielił też stanowiska Odwołującego w kwestii zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy do naruszenia zasad zawartych w tych przepisach, doszłoby w sytuacji odrzucenia którejkolwiek z ofert.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. KIO 2574/17

Odwołujący – Konsorcjum ToTo postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy złożona oferta spełnia wszystkie wymogi specyfikacji i jest zgodna z Programem Funkcjonalno-Użytkowym, w tym punktem 1.4.3 PFU, jak i odpowiada przepisom rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r.

w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, a także nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującego odnośnie poglądowego charakteru przedstawionego szkicu, jak i wyjaśnień co do sposobu wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obowiązujących przepisów, wskutek czego Zamawiający błędnie uznał, że przedstawiony przez Odwołującego szkic wskazuje na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum ToTo następująco uzasadniając swoją decyzję: po dokonaniu analizy przedłożonych wyjaśnień i dowodów otrzymanych od wykonawcy w związku z wezwaniem w sprawie złożenia wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia tom III Program Funkcjonalno-Użytkowy Rozdział II. „część informacyjna” punkt 3. Przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego, podpunkt 3.1. Przepisy, pozycja nr 133 i 134. Przedłożony w ofercie sposób realizacji przedmiotowego zamierzenia budowlanego nie spełnia wymagań w zakresie warunków technicznych – sprowadza się do wykonania wewnątrz obudowy tunelu wszystkich niezbędnych elementów związanych z przeprowadzeniem ruchu drogowego wewnątrz tunelu, wszelkiej infrastruktury technicznej niezbędnej do prawidłowego funkcjonowania tunelu, wyjścia ewakuacyjne do galerii ewakuacyjnej zlokalizowanej poniżej jezdni oraz bariery zabezpieczające wyjścia ewakuacyjne. Zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU punkt 1.4.3. Tunel drążony TBM należy przyjąć do projektowania następujące charakterystyczne parametry przekroju poprzecznego w tunelu tj.: dwukierunkowa jezdnia składająca się z dwóch pasów ruchu o szerokości 3,50 m każdy; obustronne pobocza o szerokości 0,55 m; dwa ciągi ewakuacyjne o szerokości 1,20 m każdy po obu stronach jezdni; skrajnia pionowa 5,00 m.

Zamawiający stwierdził, że przedłożony rysunek (dowód nr 9) do pisma z 13 października 2017 r., przedstawiający przekrój poprzeczny w tunelu, nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie i w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zgodnie z § 60 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie tunel powinien zapewnić przeprowadzenie elementów drogi, o których mowa w § 88 ust. 1 tego rozporządzenia tj. w szczególności jezdnię,

utwardzone pobocza itp. Zgodnie z § 262 ust. 1 odległość prowadnicy bariery stalowej lub pionowego elementu zarysu ściany bocznej bariery betonowej od elementów przekroju poprzecznego drogi należy rozumieć w sposób wskazany w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, co oznacza, że zgodnie z § 129 ust. 2 rozporządzenia odległość lica prowadnicy lub podstawy bariery powinna wynosić nie mniej niż: 0,50 m licząc od krawędzi pasa awaryjnego albo utwardzonego pobocza; 1,00 m licząc od krawędzi pasa ruchu drogi klasy Z i dróg wyższych klas. Zgodnie z § 129 ust. 3 dopuszcza się odległość zmniejszoną do 0,50 m, jeżeli na krawędzi pasa ruchu znajduje się krawężnik. Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie w § 89 ust. 2 dopuszcza w zależności od długości tunelu zmniejszenie szerokości elementów drogi w tunelu w przypadku, gdy długość tunelu jest większa niż 100 m i dotyczy to drogi klasy technicznej GP. Niemniej jednak odnosząc się do wymagań określonych w punkcie 1.4.3 PFU tunel drażony TBM w zakresie charakterystycznych parametrów przekroju poprzecznego w tunelu, to są one obligatoryjne i Zamawiający nie dopuszcza wprowadzenia zmian w tym zakresie. W tym przypadku warunki techniczne określone w § 89 ust. 3 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie jasno również określają odległość między krawędzią jezdni a prowadnicą bariery stalowej lub pionowym elementem zarysu ściany bocznej bariery betonowej na drodze klasy GP wynoszącą nie mniej niż 1,00 m, a w przypadku jezdni ograniczonej krawężnikiem nie mniej niż 0,50 m.

W rozwiązaniu przedstawionym przez Konsorcjum ToTo nie zostały zachowane odległości pomiędzy krawędzią jezdni a pionowym elementem zarysu ściany bocznej bariery betonowej, która w tym przypadku powinna wynosić 1,00 m z uwagi na brak ograniczenia jezdni w tunelu krawężnikiem. Odległość pomiędzy krawędzią jezdni a pionowym elementem zarysu ściany bocznej bariery betonowej od krawędzi jezdni wynosi 0,55 m w związku z czym nie został spełniony warunek minimalnej odległości. Proponowane rozwiązanie jest zatem niezgodne z rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie oraz z rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera sankcję niedochowania ww. wymogu, z której wynika obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, tj. możliwości dokonania jej korekty.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ustępie 1a wskazano, że w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ustępie 2. określono zasady korekty ofert: zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zasadę wyrażoną w art. 87 ust. 1 uzupełnia – *a contrario* – art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wskazano, że wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, ale przed upływem terminu do składania ofert.

Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty. Oczywiście zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ramach części tzw. „merytorycznej” oferty żądał jedynie złożenia formularza ofertowego, który standardowo zawiera ogólne zapewnienia o woli wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oraz formularza „Wykaz Płatności”. Nie żądał natomiast przedstawienia, nawet ogólnego, koncepcji wykonawcy, w jaki sposób te wymagania zostaną zrealizowane.

Zamawiający miał prawo sformułować założenia oferty w taki sposób. Jednak oznacza on faktycznie, że Zamawiający zawierzył wykonawcom, jako profesjonalistom w danej dziedzinie, których weryfikował na wcześniejszych etapach postępowania, że spełnią oni jego wymogi, nie widząc potrzeby (przynajmniej w chwili sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia) kontroli ich oświadczeń poprzez zawarcie w ofercie dokładniejszego opisu sposobu wykonania zamówienia.

Taka forma oferty odznacza się zaletą w postaci niewielkiego jej skomplikowania, ale też wadą – w postaci braku możliwości jej weryfikacji na podstawie treści w przypadku, gdy

zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie rzeczywistych założeń wykonawcy przy sporządzaniu oferty.

Zamawiający może oczywiście, jak w przypadku każdej oferty, skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty. Wyjaśnienia te mogą też, przy spełnieniu pewnych warunków, stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – mogą być bowiem traktowane jako dowód, że oferta w rzeczywistości nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego.

Jednak w przeciwieństwie do treści oferty wyjaśnieniom treści oferty nie nadano rygoru niezmienności, tak jak zrobiono to w stosunku do samej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie oznacza to oczywiście, że wykonawca w ramach wyjaśnień może dowolnie zmieniać swoje oświadczenia lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne – świadczyłoby to bowiem o tym, że jego oferta nie jest „poważna”. Może jednak wyjaśnienia korygować, doprecyzowywać itd.

W stanie faktycznym będącym podstawą sporu wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia w ofercie koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że na etapie składania ofert nie musieli mieć gotowych wszystkich i niezmiennych założeń tej koncepcji – mogli ograniczyć się właśnie do wstępnej, niedopracowanej w szczegółach, wersji służącej do wyceny ofert. Koncepcja ta, co najmniej do chwili zatwierdzenia projektu budowlanego przez odpowiednie organy budowlane albo innego momentu określonego w umowie z zamawiającym, może więc być dowolnie zmieniana m.in. w celu spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego – przynajmniej póki jej realizacja mieści się we wskazanej cenie.

Tym samym nawet jeżeli przedstawiona przez Konsorcjum ToTo na spornym schemacie koncepcja rozwiązań wewnątrz tunelu nie była zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy przepisów, to wykonawca może tę koncepcję zmienić na zgodną z wymaganiami i przepisami.

Izba zauważa tu, że powyższego rozstrzygnięcia nie należy interpretować jako stwierdzenia, że Zamawiający powinien przyjąć ofertę niezgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo ofertę, której cena nie pozwoli zamówienia prawidłowo zrealizować – wręcz przeciwnie, Izba podziela tu stanowisko Zamawiającego, że w każdym przypadku, nawet przy tak ogólnie sformułowanych ofertach, po stwierdzeniu niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo innych podstaw obligatoryjnego odrzucenia, ma obowiązek ją odrzucić.

Muszą być jednak ku temu odpowiednie podstawy – tak merytoryczne, jak i formalne. Między innymi Zamawiający powinien odpowiednio ukierunkować wyjaśnienia treści oferty, jak też uzyskać od wykonawcy odpowiednio szczegółowe i konkretne informacje. Nie może bowiem zaskakiwać wykonawcy swoimi rozstrzygnięciami w momencie, kiedy swoich wątpliwości na etapie wyjaśnień oferty nie ujawnił i prawidłowo nie zweryfikował.

Zrozumiałe jest, że po otrzymaniu w trakcie wyjaśnień informacji o średnicy tunelu, schematu rozwiązań jego wnętrza oraz stwierdzenia, że przy sporządzaniu schematu wykonawca nie uwzględnił wymogów wskazywanych rozporządzeń, Zamawiający powziął przedmiotowe wątpliwości. Jednak, w ocenie Izby, jego reakcją nie powinno być natychmiastowe odrzucenie oferty, lecz kontynuacja wyjaśnień w celu uzyskania informacji, czy Odwołujący jest w stanie, w ramach zaoferowanej ceny, zbudować koncepcję zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisów prawa. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie był bowiem związany przedstawionym schematem, co do którego zresztą podkreślał w wyjaśnieniach, że jest to wyłącznie rysunek poglądowy i tylko do celów wyceny, a nie „technicznych”. Odwołujący zapewniał też, że ostateczna koncepcja z tymi przepisami i innymi wymaganiami będzie zgodna.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach stwierdził zresztą, że może wykonać dla Zamawiającego również odmienną koncepcję rozwiązania. Zaznaczył przy tym co prawda, że jej realizacja będzie droższa, jednak Zamawiający nie kontynuował w wyjaśnieniach tego wątku pod kątem możliwości jej wykonania w ramach zaoferowanej ceny.

Również sam Zamawiający podczas rozprawy przyznał, że założona przez Odwołującego średnica tunelu, która jest znaczącym czynnikiem kosztotwórczym, sama w sobie nie wyklucza realizacji zadania zgodnie z wymaganiami – przy innych złożeniach co do lokalizacji niektórych elementów wewnątrz tunelu. Nie wie też dokładnie, o ile droższe byłoby ewentualne zwiększenie średnicy tunelu.

Tym samym na obecnym etapie postępowania Zamawiający – uważając, że za zaoferowaną cenę oferta nie będzie zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przy zmianie koncepcji, nowa koncepcja będzie droższa, zatem oferta stanie się ofertą z rażąco niską ceną – powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum ToTo na wskazanej podstawie i kontynuować wyjaśnienia treści oferty w obu tych kierunkach. Powinien jednak kierować do wykonawcy konkretne i bezpośrednie pytania w tym zakresie dotyczące założeń oferty, tak, aby wykonawca wiedział, w jakim kierunku zmierzają wątpliwości Zamawiającego i był w stanie na nie odpowiednio reagować. Jeśli bowiem Zamawiający ma weryfikować ofertę nie na podstawie jej treści albo oferty wraz

z wyjaśnieniami (co byłoby działaniem *lege artis*), lecz wyłącznie samych wyjaśnień, to nie mogą być to wyłącznie ogólne zapytania.

Odwołanie o sygn. KIO 2576/17

Odwołujący – Konsorcjum Porr postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi oraz oferty Konsorcjum ToTo, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zaoferowanie cen za poszczególne pozycje z przekroczeniem wskazanych w formularzu „Wykaz Płatności” limitów procentowych ustanowionych dla poszczególnych elementów ceny, do których przestrzegania Zamawiający zobowiązał wykonawców w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli, odpowiednio, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: inne (niż oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W rozdziale 8. IDW „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

8.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

8.2. Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności, Ceny za poszczególne pozycje wskazane w formularzu Wykazu Płatności nie mogą przekraczać wskazanych tam limitów procentowych w odniesieniu do Ceny Oferty. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę Cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8.5. Ceny ryczałtowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanych w Warunkach Kontraktu (w tym – waloryzacji, zgodnie z Subklauzulą 13.8 Warunków Szczególnych).

8.6. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

W Wykazie Płatności Zamawiający zawarł następujące pozycje (wersy tabeli):

1. Koszty ogólne Wykonawcy (nie więcej niż 6% ceny ogółem),
2. Dokumenty Wykonawcy (nie więcej niż 5% ceny ogółem),
 - 2.1. Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID (nie więcej niż 3% ceny ogółem),
 - 2.2. Pozostałe Dokumenty Wykonawcy, nieobjęte poz. 2.1, w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich,
3. Roboty.

Przy każdej z tych pozycji, w kolumnie „Forma rozliczenia” znajduje się informacja „ryczałt”.

Na końcu tabeli znalazły się wersy podsumowujące: „Razem netto”, „Podatek VAT” i „Razem brutto”.

Konsorcjum ToTo w spornych pozycjach 2., 2.1 i 2.2. w kolumnie „Wartość netto (bez podatku VAT)” zawarło następujące kwoty: poz. 2: 14.584.430,82; poz. 2.1: 9.555.316,75; poz. 2.2: 4.526.202,67.

Konsorcjum Astaldi odpowiednio: poz. 2: 28.965.698,45; poz. 2.1: 17.142.964,39; poz. 2.2: 23.645.468,12.

W obu ofertach podsumowanie kwot („Razem netto” i „Razem brutto”) wskazuje, że obliczając sumę pozycji 1-3 wykonawcy zsumowali również wartość pozycji 2., czyli zawiera ona osobną wycenę w stosunku do pozycji 2.1 i 2.2.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępujących oraz analizie przywołanych przez nich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że z racjonalnego i logicznego punktu widzenia za prawidłowe należy uznać stanowisko Odwołującego. Natomiast nie znalazła żadnych logicznych i racjonalnych podstaw do przyjęcia interpretacji, którą przedstawili Zamawiający i Przystępujący. Izba nie znalazła też żadnego logicznego i racjonalnego wyjaśnienia, dlaczego aż trzech wykonawców wypełniło

tabelę Wykazu Płatności w taki sposób, w jaki to zrobiło – poza ewentualną chęcią uzyskania za część „Dokumenty Wykonawcy” kwoty wyższej niż przypisane przez Zamawiającego 5% wynagrodzenia (co byłoby działaniem racjonalnym). Izba jest jednak daleka od przypisywania wykonawcom z założenia złej wiary, tym samym kwalifikuje to jako pomyłkę z ich strony polegającą na braku analizy całej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie odstępowała tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wprawdzie odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że z logicznego i racjonalnego punktu widzenia obiektywnie wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Natomiast tutaj, zdaniem Izby, taka sytuacja nie zaistniała, gdyż, jak już stwierdzono powyżej, Izba nie znalazła logicznych i racjonalnych podstaw do wypełnienia pozycji 2. tabeli jako pozycji odrębnej od pozycji 2.1 i 2.2, a nie jako sumy tych pozycji.

Należy przyznać rację Odwołującemu, że założeniem Zamawiającego był (a przynajmniej powinien być) podział wyceny prac na trzy części: koszty ogólne, dokumentacja i roboty budowlane, czemu odpowiadała numeracja w tabeli: 1, 2 i 3.

W powszechnie przyjętym użyciu jest też, że podpunkty stanowią rozwinięcie treści punktów, zatem podpunkty 2.1. i 2.2 opisują w bardziej szczegółowym podziale punkt 2. Potwierdza to także treść tych punktów i podpunktów oraz koncepcja podziału procentowego ceny. Wskazano w nich bowiem „Dokumenty Wykonawcy” (pkt 2) oraz podział tych dokumentów na części (także chronologicznie i funkcjonalnie): „Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich” (pkt 2.1) oraz „Pozostałe Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1, w tym dokumentacja wykonawcza i powykonawcza, w tym wartość praw autorskich” (pkt 2.2).

Pojęcie Dokumentów Wykonawcy zostało zdefiniowane w rozdziale 5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki Szczególne Kontraktu” punkt 1.1.6.1 zmieniający treść Subklauzuli 1.1.6.1. Wskazano w nim, że „Dokumenty Wykonawcy” należy czytać jako „Dokumentację Projektową i inne Dokumenty Wykonawcy”, w skład których wchodzi w szczególności: projekt budowlany oraz specyfikacje techniczne, projekty wykonawcze, dokumenty dla Inżyniera, w tym obliczenia, rysunki, podręczniki, dokumenty o charakterze technicznym i prawnym oraz inne dokumenty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia dostarczane przez wykonawcę według kontraktu, jak opisano w Subklauzuli 5.1. i 5.2.

Nie wymieniając już nawet, jakie dokumenty poza wskazanymi z nazwy należałoby zaliczyć do pozycji 2.1 i 2.2, co jest mniej istotne, trzeba wskazać, że już samo uznanie, że pozycja 2. jest pozycją odrębną od poz. 2.1. i 2.2, oznaczałoby, że takie dokumenty – wręcz podstawowe – jak projekt budowlany, dokumenty konieczne do złożenia wniosku o ZRID, czy dokumentacja wykonawcza i powykonawcza nie wchodzi w skład Dokumentów Wykonawcy. Jest to założenie zupełnie nie do przyjęcia i przeczy definicji Dokumentów Wykonawcy.

Poza tym ujęcie punktu 2. jako sumy podpunktów 2.1 i 2.2 logicznie wiąże się z dokonaniem przez Zamawiającego podziałem procentowym ceny. Logiczny jest bowiem podział, w którym całość wynagrodzenia w pozycji Dokumenty Wykonawcy nie przekracza 5% ceny ogółem, z czego maksymalnie 3/5, czyli nie więcej niż 3% ceny ogółem, może być przeznaczona na projekt budowlany i dokumenty do złożenia wniosku o ZRID, a pozostała część na resztę dokumentów – dlatego też w pozycji 2.2 nie została określona wartość procentowa, bowiem będzie ona zmienna w zależności od wartości pozycji 2.1, gdyż „niewykorzystaną” część z 3% wykonawca będzie mógł ująć w tej pozycji dopełniając ją do 5%.

Wartość 5% na całą dokumentację też jest logiczna, gdyż jest prawdopodobnie najczęściej stosowanym przez zamawiających progiem.

Przy przyjęciu odrębności pozycji 2, 2.1 i 2.2 i zastosowanych tam progów procentowych, działania Zamawiającego przestają wykazywać się racjonalnością, gdyż nie dość, że określają wysoki, bo aż 8% próg (raczej nie stosowany w praktyce) za pozycje 2. i 2.1, to zupełnie nie wprowadzają ograniczeń w pozycji 2.2.

Taką logikę podziału prac (pkt 1, pkt 3 i pkt 2 jako suma podpunktów 2.1 i 2.2) potwierdzają również postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące płatności. Podział taki i narzucenie progów procentowych ma bowiem na celu ograniczenie wysokości wynagrodzenia za ten zakres po pierwsze przy rozliczeniach po rozwiązaniu umowy (aby nie płać kwot wyższych niż wartość wykonanych prac), a po drugie w trakcie realizacji umowy (aby nie stosować ukrytego zaliczkowania wykonawcy).

Pozycja 14.3 rozdziału 3. „Dane Kontraktowe” specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotycząca występowania o Przejściowe Świadectwa Płatności wskazuje m.in. na zasady rozliczania i odnosi się wyłącznie do pozycji: 1, 2.1, 2.2 i 3 nie obejmując pozycji 2.

Również wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępujących, jakie dokumenty wchodzi w skład Dokumentów Wykonawcy, nie wchodząc równocześnie w skład dokumentów wymienionych w poz. 2.1 i 2.2, w najmniejszym stopniu nie są przekonujące.

To bowiem, że zgodnie z przepisami prawa czy praktyki dane dokumenty nie muszą wchodzić w skład projektu budowlanego, dokumentacji wykonawczej czy powykonawczej albo wniosku o ZRID, czy też nie zostały w tych podpunktach wymienione z nazwy, nie oznacza, że nie wchodzi w zakres określony podpunktami 2.1 i 2.2. Należy się bowiem zgodzić z Odwołującym, że otwarte określenie „pozostałe Dokumenty Wykonawcy nieobjęte poz. 2.1” wyczerpuje zakres dokumentów, które musi lub powinien złożyć wykonawca.

Również lista dokumentów, które miałyby wchodzić w skład poz. 2 nie wchodząc w zakres dokumentów, o których mowa w poz. 2.1 i 2.2, nie przekonała Izby (str. 8 i 9 pisma procesowego z 20 grudnia 2017 r.) – a wręcz przeciwnie – nawet utwierdziła ją w powziętym przekonaniu. Nie przytaczając już całej listy dokumentów należy zauważyć, że na pierwszym miejscu wykonawca zawarł pozycję „umowy podwykonawcze”, a na kolejnych harmonogram rzeczowo-finansowy, Przejściowe Świadczenia Płatności, uzgodnienia koncepcji z Urzędem Wojewódzkim, kosztorysy, plan BiOZ, plan zarządzania jakością, raporty o ochronie bezpieczeństwa i higienie pracy, wnioski o wyłączenie z upraw leśnych lub rolnych gruntów przewidzianych pod inwestycję, dokumenty na zjazd z drogi publicznej, operat zagadnień obrony cywilnej i terytorialnej, operat na temat zabezpieczeń ppoż. oraz zabezpieczeń i systemów alarmowych, materiały reklamowe i promocyjne.

Nie negując faktu, że takie dokumenty rzeczywiście się podczas realizacji umowy pojawiają, to raczej nie jest przyjęte, żeby płacić wykonawcy za wykonanie obowiązku dostarczenia umów z podwykonawcami, przedłożenie Przejściowych Świadczeń Płatności czy harmonogramów. Oczywiście zamawiający może odrębnie płacić wykonawcy za sporządzenie kosztorysów, analiz, planów i raportów, nawet jeśli są one wymagane przepisami prawa i stanowią część innej dokumentacji, np. projektów albo sporządzane są na użytek wewnętrzny wykonawcy. Jednak w przekonaniu Izby wymienione powyżej dokumenty nie potwierdzają poglądu o istnieniu osobnego punktu 2. do ich wyceny, a w dużej części mogą wchodzić w zakres „dokumenty o charakterze technicznym i prawnym oraz inne dokumenty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia dostarczane przez wykonawcę według kontraktu”.

Co zaś do samego wyglądu tabeli i nakazu jej wypełnienia – tu rzeczywiście można przyznać, że wizualnie tabela mogła być sporządzona w lepszy sposób, czy też nie posiadała takiego samego ułożenia jak w innych postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA (które też się między sobą różnią). Nie zmienia to jednak faktu, że należy ją czytać logicznie oraz przy uwzględnieniu także innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których była mowa powyżej. Dlatego sam układ tabeli czy uwaga „ryczałt” nie

przeszkadzał w jej wypełnieniu, w którym pozycja 2. stanowiłaby sumę pozycji 2.1 i 2.2, przy uwzględnieniu wymogu wypełnienia wszystkich pozycji oraz bez wprowadzania zmian do Wykazu Płatności.

Tym samym Izba uznała, że wypełnione przez obu Przystępujących formularze „Wykaz Płatności” nie zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta jest w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niezgodna. Nie ma tu wątpliwości, że „Warunki Płatności” stanowią tzw. „merytoryczną” treść oferty, a nie wyłącznie wymóg formalny, który nie wchodziłby w zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Błąd w obliczeniu ceny, do którego odwołuje się Konsorcjum Porr, polega właśnie na owej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, konsumuje się więc w tym zakresie i dzieli jego los (tzn. że w przypadku możliwości korekty oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych on również przestawałby istnieć).

Zakres sporu pomiędzy Stronami oraz argumentacja Stron i Przystępujących nie odnosiły się do możliwości zastosowania korekty oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do której odwołuje się art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tego jednak powodu Izba, ustalając wpływ orzeczenia na wynik postępowania, wzięła pod uwagę również możliwość takiej korekty.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z technicznego (arytmetycznego) punktu widzenia poprawienie Wykazu Płatności jest proste: wartość pozycji 2. (w rozumieniu jej jako sumy kwot w wersach dotyczących pozycji 2., 2.1 i 2.2.) należy zredukować do 5% nie zmieniając całkowitej ceny oferty. Nie ma też powodu, by nie uznać działania wykonawców za omyłkę, a nie celowe przekroczenie ustalonego przez Zamawiającego limitu. Czy omyłka ta jest istotna, skoro nie wpływa na cenę globalną oferty ani termin płatności (Zamawiający sam stwierdził, że nie ma podstaw do wcześniejszego rozliczenia kwot z poz. 2), musiałby ocenić Zamawiający.

We wcześniejszych latach w swoich orzeczeniach Izba wielokrotnie na takie poprawianie omyłek zezwalała. Problemem jest jednak fakt, że w swoich ostatnich orzeczeniach (np. wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., wyrok z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14

Esaprojekt) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraża restrykcyjnie zasadę niezmienności oferty i możliwości dokonywania w niej wyłącznie bardzo drobnych korekt. Tym samym, przy uwzględnieniu poglądów Trybunału, Izba nie widzi możliwości poprawienia Wykazów Płatności w ofertach Konsorcjum ToTo i Konsorcjum Astaldi, a co najmniej go nie zaleca.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Izba w sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert nie nakazując mu dokonania konkretnych czynności, które zostały opisane w uzasadnieniu wyroku, co jest konsekwencją równoczesnego uwzględnienia obu odwołań, a tym samym czynności te mogą nie być konieczne do równoczesnego wykonania. Jeśli bowiem Zamawiający odrzuci ofertę Konsorcjum ToTo w wyniku nieprawidłowego wypełnienia „Wykazu Płatności”, może uznać za niecelowe wzywanie go do wyjaśnień; lub też może uznać, że przydatne jest wskazanie większej liczby podstaw do odrzucenia oferty, np. przy wniesieniu skargi do sądu.

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

Przewodniczący:

.....

.....