

Sygn. akt: KIO 1906/16

WYROK
z dnia 27 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez Odwołującego – **Porr Polska Infrastructure Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewska 50A (02-672 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych**, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa,

przy udziale

wykonawcy **Skanska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Gen. Zajączka 9 (01-518 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Porr Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Porr Polska Infrastructure S.A z/s w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Odwołującego – Porr Polska Infrastructure S.A z/s w Warszawie na rzecz Zamawiających: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w trybie przetargu nieograniczonego na *opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. budowa ul. Nowolazurowej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym zadanie C. – odcinek od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej* (nr sprawy ZP/2/PN/1/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 19.04.2016 r., 2016/S 076-133040, wobec zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofertach Skanska S.A, Strabag Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia tych ofert i dokonania wyboru oferty Skanska S.A., wykonawca – Porr Polska Infrastructure S.A. wniósł w dniu 10 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1906/16).

O wyniku ponowionych w postępowaniu czynności Odwołujący dowiedział się w dniu 30 września 2016 r. z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej mailem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem:

1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Skanska SA oraz wykonawcę Strabag Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (odpowiedzi na wezwania Zamawiającego skierowane w dniach 21.09.2016 r. oraz 28.09.2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty), pomimo iż zastrzeżenia takie nie były skuteczne, gdyż ww. wykonawcy w terminie nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Skanska SA oraz wykonawcę Strabag sp. z o.o., pomimo iż zaistniały ku temu ustawowe przesłanki;
3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy Skanska SA oraz wykonawcy Strabag sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców;
4. art. 87 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie przez Zamawiającego zmiany treści wyjaśnień wykonawcy Skanska SA oraz wykonawcy Strabag sp. z o.o. w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny ich ofert (kluczowej części tych wyjaśnień odnoszących się do ryzyka uwzględnienia w cenie oferty pełnego zakresu zabezpieczeń ekologicznych względnie alokacji środków potrzebnych na pokrycie ryzyka ich wykonania), odbiegających od poprzednio złożonych wyjaśnień i złożonych ofert;

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie tego przepisu wobec wykonawcy Skanska SA, którego oferta powinna zostać odrzucona, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie uwzględnia w ogóle wykonania wymaganych w SIWZ zabezpieczeń akustycznych w postaci ekranów akustycznych;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skanska SA jako najkorzystniejszej oferty, brak odrzucenia oferty Strabag sp. z o.o., a także poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Skanska SA oraz wykonawcę Strabag Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiedzi na wezwania Zamawiającego skierowane w dniach 21.09.2016 r. oraz 28.09.2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i ujawnienia zastrzeżonych informacji Odwołującemu;
3. nakazanie Zamawiającemu wykonanie zaniechanej czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Skanska SA oraz wykonawcy Strabag Sp. z o.o.,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

O naruszeniu interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia świadczy to, że gdyby nie działania Zamawiającego jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym odniósłby on korzyść z wykonania zamówienia.

Niniejsze odwołanie dotyczy powtórzonych w postępowaniu czynności, które Zamawiający dokonał w związku z wyrokiem Izby z dnia 12 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1596/16 i KIO 1604/16), a którym Izba przywróciła do oceny oferty Skanska S.A. i Strabag Sp. z o.o., wcześniej odrzucone. W wyroku Izba wskazała m.in., iż nie przesądza o tym, czy oferty Strabag i Skanska podlegają odrzuceniu, a wyrok ma mieć ten skutek, że zamawiający jest zobowiązany powtórzyć swoje działania. Wykonując wyrok Zamawiający w dniu 21 i 28 września 2016 r. wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny. W oparciu o złożone wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż wykonawcy są w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz osiągając przy tym zysk. Ryzyko związane z formułą zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, w tym w szczególności z obowiązków, które będą wynikały z pozyskanej na etapie realizacji decyzji środowiskowej zostały przez wykonawców uwzględnione.

1. zarzut naruszenia art. 8 Ustawy.

Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do wyjaśnień złożonych przez Skanska i Strabag w odpowiedzi na wezwania z 21 i 28 września 2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny i ich ofert, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, obaj wykonawcy nie wykazali w momencie składania wyjaśnień, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, co czyniło zastrzeżenie nieskutecznym, a Zamawiający był zobowiązany do ujawnienia pełnej treści wyjaśnień. Wykonawcy mogli uchybić obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w postaci przedłożenia stosownych dowodów, co uprawdopodobniają m.in. poprzednie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Strabag z 08.07.2016 r. W sytuacji gdy obaj wykonawcy nie wykazali, aby podjęli jakiegokolwiek kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności, to należałoby całość wyjaśnień odtajnić. Wykazanie takich działań jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł, aby Izba dokonała weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazania zastrzeżenia, w tym czy zostały złożone dowody potwierdzające podjęte przez wykonawców działania w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący z przebiegu rozprawy odwoławczej jaka odbyła się w dniu 7 września 2016 r. wywiódł, iż Zamawiający pierwotnie odrzucił obie oferty z uwagi na rażące niedoszacowanie ofert w pozycji 9 kosztorysów „Zabezpieczenia ekologiczne”. W obu ofertach wykonawcy przyjęli olbrzymią redukcję ekranów, sięgającą 98% w ofercie Skanska i 80% w ofercie Strabag. Gdyby wykonawcy ci musieli wykonać, po uzyskaniu zamiennej decyzji środowiskowej, 100% ekranów, które były przewidziane w pierwotnym projekcie, oznaczałoby to, że w ryzykach projektu musieli przewidzieć na wykonanie ekranów co najmniej 2.861.450,00 zł (oferta Skanska) i 2.336.200,00 zł (oferta Strabag). W ocenie Odwołującego żadna z pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TED) nie pokrywałaby wyliczonego ryzyka. Odwołujący przywołał stanowisko Zamawiającego jakie prezentował ten w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na skutek odwołań wykonawców, których

oferty odrzucił, a w którym odnosił się do przyjętego w PFU rozwiązania (pkt 2.1). Zamawiający wskazywał m.in., że podstawą nowej decyzji środowiskowej będzie analiza sporządzona na etapie realizacji umowy w związku z powyższym dopiero wtedy będzie można ustalić jakie ilości ekranów są wymagane i to po wydaniu decyzji środowiskowej. Założenia czynione przez wykonawców na tym etapie bez oceny ryzyka na etapie wykonania są niewystarczające. Również w ocenie Odwołującego kluczową jest ocena, czy w ofertach wykonawcy zabezpieczyli cenę wykonania ekranów akustycznych w pełnym zakresie, określonym w aktualnej decyzji środowiskowej, zgodnie z pierwotną intencją Zamawiającego. Obecnie stanowisko Zamawiającego uległo zmianie i uznaje on możliwość odmiennego niż określone w siwz (pkt 2.1 PFU) wykonania przedmiotu zamówienia i całkowitej zrezygnacji z ekranów akustycznych. W wezwaniu z dnia 21 września 2016 r. Zamawiający dopytywał się o koszt wykonania ekranów uwzględniony w ofercie Skanska i Strabag i możliwość osiągnięcia zysku, jeżeli nowa decyzja środowiskowa nakładać będzie obowiązek wykonania ekranów akustycznych w ilości nie mniejszej niż uwzględniona w projekcie budowlanym i decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z 2006 r. W ocenie Odwołującego koniecznym jest sprawdzenie, czy w udzielanych wyjaśnieniach wykonawcy nie dopuścili się zmiany dotychczasowych wyjaśnień prowadzącej do zmiany treści oferty w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odbiegających od poprzednio złożonych wyjaśnień. Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia złożone w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert potwierdziły, że wykonawcy są w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymogami zawartymi w siwz osiągając przy tym zysk, a ryzyko związane z formułą zamówienia "zaprojektuj i wybuduj", w tym w szczególności z obowiązków, które będą wynikały z pozyskania na etapie realizacji decyzji środowiskowej, zostały przez wykonawców uwzględnione.

Odwołujący wskazał na dodatkowe pozycje TER w obu ofertach znacznie odbiegające od średniej ceny ofertowej, tj. "sieci elektorenergetyczne" (oferta Skanska zaniżone 10-krotnie) i "mury" (oferta Strabag – zaniżona 5-krotnie).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy Strabag i Skanska.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych

ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęte zostały zaniechania w przedmiocie odrzucenia ofert konkurencyjnych wobec oferty Odwołującego, stwierdzenie uchybienia przepisom art. 89 i 90 i 91 Ustawy wskazywałoby na konieczność uchylenia czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Konsekwencje wadliwych czynności Zamawiającego dotyczyły zatem bezpośrednio Odwołującego, którego oferta nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, uniemożliwiając temu wykonawcy uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, ofert i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - Skanska S.A. i Strabag Sp. z o.o. oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców Skanska SA oraz Strabag Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (odpowiedzi na wezwania Zamawiającego skierowane w dniach 21.09.2016 r. oraz 28.09.2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty), pomimo iż zastrzeżenia takie nie były skuteczne, gdyż ww. wykonawcy w terminie nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - Izba oddaliła.

Zasadniczo podstawę zarzutu stawianego wobec zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień składanych przez Skanska i Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący opierał na stwierdzeniu, iż wykonawcy nie dopełnił obowiązku wykazania zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 26 i 29 września 2016 r. zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy. Odwołujący nie kwestionował samego charakteru informacji dotyczących wyceny pozycji kosztorysowej, których złożenia Zamawiający żądał również od Odwołującego.

Izba oddalając w tym zarzucie odwołanie miała na uwadze przede wszystkim okoliczność, iż stanowiące przedmiot zarzutu wyjaśnienia wykonawców Strabag i Skanska były kolejnymi dotyczącymi wykazania braku podstaw do stwierdzenia, że ceny nosiły znamiona rażąco niskich. Pierwsze wyjaśnienia wykonawców składane w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane na wezwania z lipca i sierpnia 2016 r. również zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie budziło zastrzeżeń przy pierwszej czynności oceny ofert zakończonej decyzją o odrzuceniu ofert Skanska i Strabag. Można oczywiście rozważać, czy w sytuacji odrzucenia oferty podnoszenie zarzutu wobec zaniechania ujawnienia części informacji z tej oferty (wyjaśnień), wnoszenie odwołania byłoby celowe. Nie można natomiast pominąć tego, że informacje związane z wyjaśnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny od początku stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców Skanska i Strabag. Miało to takie znaczenie, że późniejsze wyjaśnienia, w których wykonawcy byli dopytywani o kwestie związane z kalkulacją kosztów i ryzyk związanych ze zmianą decyzji środowiskowej, również nie mogły być ujawnione, tak aby nie narażać na możliwość ujawnienia informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przy wcześniejszych wyjaśnieniach. Odnosząc się do zasadniczej argumentacji Odwołującego, w której odnosił się do obowiązku wykazania zasadności utajnienia informacji za pomocą dowodów prezentujących działania podjęte przez wykonawcę w celu ochrony informacji przed nieuprawnionym dostępem, Izba uznała, iż dowody te nie zawsze będą miały postać dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich. Zazwyczaj są nimi oświadczenia własne wykonawcy zawierające opis procedur i podjętych działań, na jakie powołuje się wykonawca w wyjaśnieniach. Ponadto, w niniejszej sprawie wyjaśnienia, do których odnosi się Odwołujący w podstawie zarzutu zawierały zasadniczo odpowiedzi na pytania Zamawiającego związane z pierwszymi wyjaśnieniami i nie musiały zawierać powtórzenia uzasadnienia dla zastrzeżenia tych informacji, które przyjął Zamawiający oceniając pierwsze z wyjaśnień. Wystarczającym było odwołanie się do uzasadnienia i dokumentów załączonych przy piśmie z dnia 8 lipca 2016 r., jak uczynił wykonawca Skanska. W przypadku Strabag uzasadnienia sprowadza się do okoliczności znanych już Zamawiającemu z wcześniejszej korespondencji związanej z badaniem ceny.

W ocenie Izby dla wykazania zasadności zarzutu nie było wystarczającym, również na gruncie znowelizowanych przepisów art. 8 ust. 3 Ustawy, stwierdzenie przez Odwołującego, iż wykonawca nie podołał ciężarowi dowodowemu na etapie składania wyjaśnień. Również na Odwołującym, który inicjuje postępowanie odwoławcze spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z jakich wywodzi podstawę formułowanych zarzutów. Odwołujący tymczasem wyłącznie skupił uwagę na brakach uzasadnienia, jakie miały dotyczyć przesłanek dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek refleksji nad charakterem informacji,

które nie wymagały szczegółowego wykazywania dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadniczo już ustalenie zakresu pytań w oparciu o wezwania Zamawiającego z dnia 21 i 28 września 2016 r. pozwalało na stwierdzenie, że informacje dotyczyć miały informacji o sposobie kalkulacji kosztów i ich wysokości, uzależnionych od koncepcji opracowanej indywidualnie przez każdego wykonawcę dla postępowania prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W ocenie Izby, dalsze pisma obu wykonawców, obecnie stanowiące przedmiot sporu, dotyczące wybranych elementów wyjaśnień składanych na wcześniejszym etapie postępowania nie mogły być ujawnione Odwołującemu z uwagi na konieczność ochrony informacji zastrzeżonych od początku jako tajemnica przedsiębiorstwa przez te podmioty. W świetle powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

2. Zarzut naruszenia art. 7. Ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Skanska SA oraz wykonawcę Strabag sp. z o.o., błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy Skanska SA oraz wykonawcy Strabag sp. z o.o. i zaakceptowanie zmiany treści wyjaśnień odnoszących się do ryzyka uwzględnienia w cenie oferty pełnego zakresu zabezpieczeń ekologicznych względnie alokacji środków potrzebnych na pokrycie ryzyka ich wykonania), odbiegających od poprzednio złożonych wyjaśnień i złożonych ofert.

Zasadniczo zarzuty te Odwołujący opierał na ustaleniu, że w obu ofertach nie uwzględniono w cenie kosztów wykonania pełnej ilości ekranów akustycznych ujętych w projekcie i wynikających z obowiązującej decyzji środowiskowej, a także nie uwzględniono ryzyka konieczności ich wykonania, jeżeli zmieniona decyzja utrzyma potrzebę ich postawienia bez korekty ich ilości. Stanowisko to pierwotnie było przyczyną, dla której Zamawiający odrzucił obie oferty, które na skutek wyroku Izby z dnia 12 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1596/16 i KIO 1604/16) zostały przywrócone do oceny, bez jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy oferty na tej podstawie podlegały odrzuceniu.

Istotną przy tak zakreślonym przedmiocie sporu była treść Projektu Funkcjonalno Użytkowego (PFU), w tym zapis z pkt 2.1, w którym Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy w kalkulacji uwzględnili ryzyko wprowadzenia zmian w stosunku do nowej decyzji środowiskowej, która ma zakładać zaproponowanie alternatywnych form zabezpieczeń akustycznych. Zamawiający w projekcie budowlanym określił wysokość ekranów, która nie wynika z obowiązującej decyzji środowiskowej, przewidując potrzebę wystąpienia o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę. Powyższe kwestie wymagały odniesienia do tezy stawianej w odwołaniu o konieczności uwzględnienia w cenie pozycji 9 kosztorysów – zabezpieczenia

ekologiczne, ilości ekranów opisanej w projekcie budowlanym, którego zmianę Zamawiający przewidział w siwz.

Należy zauważyć, iż wycena pozycji kosztorysowej miała charakter ryczałtowy, a tym samym wynagrodzenie za ten element prac ustalony w ofercie nie będzie podlegał zmianom, niezależnie od rzeczywistej ilości wykonanych ekranów. Tym samym jedynie w tej pozycji powinny być ujęte koszty związane z zabezpieczeniem przed hałasem, jakie pokryje wynagrodzenie wykonawcy. Istotnym z punktu widzenia racjonalności wydatków jest, aby Zamawiający nie musiał ponosić nadmiernych kosztów za element prac, zakładany do zmiany w stosunku do projektu przygotowanego z dużym wyprzedzeniem czasu (przed zmianą przepisów z października 2012 r.). Co istotne w siwz zostało to wyraźnie wskazane w przywoływanym punkcie 2.1 PFU. Jak wynika z wyjaśnień Skanska oraz Strabag obaj wykonawcy w ofercie przyjęli inne rozwiązania, alternatywne do projektowanych ekranów akustycznych, co było przedmiotem wyjaśnień prowadzonych w trybie art. 90 Ustawy i stanowiło element stanu faktycznego badanego w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na skutek odwołań tych wykonawców od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ich ofert. Pomimo uwzględnienia odwołań Izba nie odniosła się wówczas wprost do kwestii zgodności ofert z siwz, w kontekście przywołanych postanowień PFU. Obecnie zatem koniecznym było zajęcie stanowiska w tej materii.

Istotnym pozostaje również wskazanie, iż inwestycja prowadzona ma być w konwencji „zaprojektuj i wybuduj” w oparciu o żółty FIDIC, zatem nie było prawidłowym stwierdzenie przeciwne Odwołującego, który próbował wykazać, iż zamówienia wykonywane będzie w oparciu o projekt budowlany Zamawiającego. Stanowiska prezentowane na rozprawie skłoniły Izbę do przyjęcia, iż faktycznie to po stronie wykonawcy leżało przyjęcie rozwiązania odpowiadającego założeniom projektowym Zamawiającego z dopuszczalnymi odstępstwami. Takim odstępstwem mogły być objęte zabezpieczenia ekologiczne, na co wskazywał zapis 2.1 PFU, sygnalizujący konieczność uwzględnienia alternatywnych form zabezpieczenia przed hałasem, wymaganych po zmianie przepisów. Niezależnie zatem od decyzji środowiskowej jaką posiada obecnie Zamawiający, która co nie było spornym, będzie wymagać zmiany przed przystąpieniem do prac, zgodnym z zapisami siwz było przyjęcie innych rozwiązań, które przełożyły się na wysokość kosztów zabezpieczenia przed hałasem. Co istotne, Zamawiający nie przewidział kalkulacji kosztorysowej dla tej pozycji, co wymagałoby określenia wprost ilości obmiarowej ekranów akustycznych w m², pozostawiając do decyzji wykonawcy przygotowującego ofertę ustalenie ceny za ten element prac. Stąd Izba pomięła dowody prezentowane przez Odwołującego na okoliczność wykazania poziomu cen za m² ekranu akustycznego, jako nie związane z przedmiotem wyceny. Ponadto, strony wskazywały, iż rzeczywista ilość metrów będzie uzależniona od

wysokości ekranów, której nie można obecnie ustalić w oparciu o decyzję środowiskową (nadal obowiązującą). Powyższe powodowało, iż kalkulacja również Odwołującego była wynikiem indywidualnych założeń wykonawców, uzależnionych od przyjętej koncepcji wykonania zabezpieczenia. To po stronie wykonawców spoczywać będzie przygotowanie dokumentacji celem uzyskania zgody na budowę według założeń przyjętych przy kalkulacji ceny ofertowej. Niniejsze postępowanie nie jest zatem postępowaniem „pod gotowy projekt” i wymagało uwzględnienia zmian koncepcyjnych, które poprzedzała analiza własna wykonawcy co do dostępnych rozwiązań alternatywnych możliwych do zastosowania dla tej konkretnej inwestycji. Dokumenty takie były składane w wyjaśnieniach Zamawiającemu i potwierdzały rzetelność kalkulacji ceny ofertowej.

Konsekwencją powyższych ustaleń i wywodów było oddalenie zarzutów powiązanych z podstawą faktyczną zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Skanska i Strabag i oddalenie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążała nimi Odwołującego.

Przewodniczący: