

Sygn. akt KIO 1808/17
KIO 1809/17

WYROK
z dnia 15 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Jan Kuzawiński
Małgorzata Matecka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., ul. (...)** (sygn. akt KIO 1808/17),
- B. w dniu 31 sierpnia 2017r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: I. P. & C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o., (...)** (sygn. akt KIO 1809/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: S. Sp. z o. o., S. I. Sp. z o. o., ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1808/17 i KIO 1809/17 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., ul. (...)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: I. P. & C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o., (...)**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr**

(słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

- A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - - **Konsorcjum: I. P.& C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., ul. (...)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: I. P.& C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o., (...)** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...)**, w tym:

- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1808/17),
- B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: I. P. & C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o., (...)** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł., ul. (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1809/17).

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

.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 1808/17

Sygn. akt KIO 1809/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 L. – R., odc. koniec obw. K.- węzeł „S. M. . P.”: Część nr 1: odc. realizacyjny K. (węzeł „S.” obecnie „K. P.” - bez węzła) – J. L. (węzeł „K.” obecnie J. L.. P.” - bez węzła) początek obwodnicy, długości ok.18 km. Część nr 2: odc. realizacyjny obwodnica m. J. L. (węzeł „K.” obecnie J. .L. P.” - węzeł „J.” obecnie J. L.. P.” z węzłami), długości ok. 7 km. Część nr 3: odc. realizacyjny J. L. (węzeł „J.” obecnie „J. Lub. P.” - bez węzła) - węzeł „Ł. O.” obecnie „L. J.” (z węzłem), długości ok. 8 km”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 169-307529 w dniu 2 września 2015 r.

KIO 1808/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum: M. W. S.A., A. C. S.A., z siedzibą lidera w W., wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego, jak i nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez błędne zastosowanie i bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w sytuacji, gdy taka niezgodność nie ma miejsca, i w konsekwencji:
2. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust 1 i 2 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w zakresie badania i oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustawą Pzp,
3. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej,
4. innych przepisów ustawy Pzp wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) dokonania ponownej czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, i w konsekwencji:
- 4) uznania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie, ponieważ złożona przez Odwołującego oferta jest zgodna z wymogami Zamawiającego określonymi w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W świetle kryteriów oceny ofert oczywiste jest, że w przypadku uznania oferty Odwołującego za zgodną z treścią SIWZ, oferta ta uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2017 r., oferta Konsorcjum firm I. P. & C. S. p. A., F. I. Sp. z o. o. z siedzibą lidera w P., zajmująca w rankingu ofert 1 miejsce - została odrzucona. Badaniu i ocenie ofert pod kątem wyboru najkorzystniejszej oferty na tym etapie poddane zostały, jako jedynie ważne złożone dwie oferty firmy B. S.A. z siedzibą w W. oraz Konsorcjum: S. Sp. z o. o., S. I. P. z siedzibą lidera w P..

W przypadku uwzględnienia w procesie oceny ofert - oferty złożonej przez Odwołującego, jako zgodnej z treścią SIWZ, oferta ta uzyskałaby największą liczbę punktów i w konsekwencji powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że w poza-cenowych kryteriach wszyscy wykonawcy uzyskali taką samą punktację.

1. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jest nieprawidłowa, gdyż przeczą temu okoliczności faktyczne zaistniałe w postępowaniu. Wskazał, że w piśmiennictwie utrwalony jest pogląd, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność uzasadniająca odrzucenie oferty powinna się przejawiać przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Tymczasem, oferta Odwołującego, w tym Wykaz Płatności, została przygotowana zgodnie z wymaganiami wskazanymi w treści SIWZ, w tym w sposób odpowiadający warunkom wskazanym w Tomie IV Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty, stanowiącym załącznik do SIWZ.

W złożonej ofercie Odwołujący zapewnia pełną realizację wszystkich potrzeb składających się na przedmiot zamówienia, a wskazanych przez Zamawiającego za cenę określoną zgodnie z przyjętymi w SIWZ zasadami. Za niezgodne zatem z przepisami ustawy Pzp uznać należy podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W piśmie z dnia 21 sierpnia 2017 r., jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wartość podana przez Odwołującego w formularzu Wykaz

Płatności w pozycji „Koszty ogólne Wykonawcy” wynosi 18 430 483,00 PLN, co daje 6,000019282% „sumy ogółem”, a zatem przekracza podany w SIWZ limit 6% dla tej pozycji.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę za pomocą załącznika Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) stanowiącego integralną część SIWZ - Tom IV. Zgodnie z pkt 8.9. SIWZ dla działów I i II Wykazu Płatności, Zamawiający przewidział określone w tym formularzu limity, zaznaczając, że przekroczenie któregośkolwiek z nich w ofercie spowoduje odrzucenie oferty.

W pkt a) Tomu IV „Sposób obliczenia Ceny Oferty” Zamawiający zastrzegł dodatkowo, że „Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” i będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto”.

Odwołujący podniósł, że w dniu 21 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, zaznaczając, że „W zakresie części nr 1

1) W formularzu „Wykaz Płatności” w pozycji „Razem: ryczałt” do 596” było 15 357 736,00 poprawiono na 15 356 736,00.

W konsekwencji dokonanych poprawek:

1. W formularzu „Wykaz Płatności” w pozycji „ogółem cena netto” było 307 174 729,53 poprawiono na 307 173 729,53,

2. W formularzu „Wykaz Płatności” w pozycji „podatek VAT (2396)” było 70 650 187,79 poprawiono na 70 649 957,79,

3. W formularzu „Wykaz Płatności” w pozycji „ogółem cena brutto” było 377 824 917,32 poprawiono na 377 823 687, 32.”

Zamawiający wskazał jednocześnie, że w związku z powyższym ulega zmianie cena podana w Formularzu OFERTA I.

Odwołujący, zakładając profesjonalizm Zamawiającego oraz czytając łącznie informacje zawarte w dokumentach składających się na pełny obraz stanu faktyczno - prawnego postępowania, powziął przekonanie, że poprzez dokonanie poprawy omyłki rachunkowej oraz powiadomienie wykonawcy w powyższym zakresie Zamawiający uwzględnił ofertę Odwołującego w kolejnym etapie badania i oceny ofert, zmierzającym do wyboru oferty najkorzystniejszej. Tymczasem, w dniu 21 sierpnia 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę.

Odwołujący wskazał, że poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w pozycji II Wykazu Płatności w ofercie Odwołującego w konsekwencji zmusiło Zamawiającego (w oparciu o reguły ustalone w SIWZ) do dokonania korekty ceny ogółem netto z kwoty uprzednio wykazanej przez Odwołującego w tym dokumencie, w wysokości 307 174 729,53 PLN na kwotę - 307 173 729,53 PLN.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2017 r., poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej i dokonanie w konsekwencji korekt w pozycjach ceny ogółem netto, stawki VAT i ceny ogółem brutto, stało się podstawą dla Zamawiającego do podjęcia decyzji

o weryfikacji, czy zaproponowany przez Odwołującego poziom Kosztów ogólnych mieści się w limicie 6% ceny ogółem netto. Dlatego też, w pierwszej kolejności Zamawiający wyliczył ile powinien wynosić poziom Kosztów ogólnych w ramach limitu 6%, przyjmując do wyliczeń poprawioną cenę ogółem netto. Poziom ten wyniósł 18 430 423. 77 PLN (co stanowi, przy uwzględnieniu wartości procentowej do 13 miejsca po przecinku: 5.9999999994140%). Wyliczoną tak wysokość Kosztów ogólnych porównał z kwotą Kosztów ogólnych podaną przez Odwołującego w poz. I.1. Wykazu Płatności w wysokości 18 430 483,77 PLN, która została przez Odwołującego obliczona od ceny ogółem netto, sprzed korekty Zamawiającego. W konsekwencji działań Zamawiającego kwota Kosztów ogólnych w poz. I.1. Wykazu Płatności w stosunku do poprawionej przez Zamawiającego ceny ogółem netto stanowi 6,000019282%, i tym samym przekracza wymagany limit procentowy. Powyższe wyliczenia stanowiły podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dokonując korekt będących następstwem dokonania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w poz. II Wykazu Płatności w ofercie Odwołującego ograniczył się do pozycji ceny ogółem netto, stawki Vat oraz ceny ogółem brutto, tymczasem dla weryfikacji poprawności określenia Kosztów ogólnych wykonawcy do porównania wartości przyjął w sposób nieuprawniony kwoty, których z punktu widzenia zasad matematycznych porównać się nie da, a mianowicie: dla zweryfikowania limitu 6% Kosztów ogólnych Odwołującego przyjął poprawioną cenę ogółem netto w wysokości 307 173 729.53 PLN oraz kwotę Kosztów ogólnych wykonawcy w wysokości 18 430 483.77 PLN wyliczoną przez Odwołującego od ceny ogółem netto z Wykazu Płatności Odwołującego w wysokości 307 174 729.53 PLN (przed dokonaniem korekty tej kwoty przez Zamawiającego) i stanowiącą - uwzględniając wartość procentową do 13 miejsca po przecinku - dokładnie 5,9999999994140% tej ceny ogółem netto.

Z powyższego wynika, że Odwołujący, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w Tomie IV stanowiącym załącznik do SIWZ Sposób obliczenia ceny Oferty wyliczył Koszty ogólne w wysokości do 6% ceny ogółem netto wskazanej przez Odwołującego w Wykazie Płatności. Z tym, że wyliczenie kwotowe tych kosztów od wyższej

ceny ogółem netto przed korektą dokonaną przez Zamawiającego spowodowało, że ich wartość wyniosła więcej niż wysokość Kosztów ogólnych wyliczoną przez Zamawiającego od niższej (poprawionej) ceny ogółem netto.

W opisanej sytuacji Zamawiający, dokonując poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w jednym wierszu pozycji w poz. II. Dokumenty Wykonawcy Wykazu Płatności, która ma wpływ na pozostałe, od których wyliczane są z kolei limity procentowe dla pozycji I Koszty ogólne Wykonawcy (do 6%) oraz pozycji II Dokumenty Wykonawcy (do 5%) w Wykazie Płatności, w sposób nieuprawniony przyjął do weryfikacji pozycję (dane z pozycji I.1 Koszty ogólne Wykonawcy), której przeliczenia w stosunku do nowej wysokości kwoty bazowej (skorygowana w wyniku poprawienia przez Zamawiającego wysokość ceny ogółem netto w wysokości 307 173 729.53 zł) nie dokonał. Na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, której treść w konsekwencji uznał za niezgodną z treścią SIWZ, z tym, że niezgodność ta - nie będąca niezgodnością według Odwołującego - jest wynikiem czynności Zamawiającego, a nie skutkiem działania bądź zaniechania Odwołującego.

Zastosowana przez Zamawiającego interpretacja danych liczbowych i jej subsumpcja do normy wyrażonej w art 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, zgodnie z którą „niezgodność” ta musi skutkować odrzuceniem oferty, stanowi w ocenie Odwołującego rażące naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych. Tym bardziej, że jak już wskazano powyżej. Zamawiający dokonując korekt określonych pozycji w Wykazie Płatności zmienił jednocześnie, automatycznie relacje procentowe między poszczególnymi pozycjami tego dokumentu nie uwzględniając ich następnie przy ocenie oferty Odwołującego.

Zamawiający dokonując, w ramach konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, korekty wysokości ceny ogółem netto i mając na uwadze fakt, że stanowi ona podstawę wyliczenia kwoty Kosztów ogólnych, powinien ocenić, czy kwota Kosztów ogólnych podana w Wykazie Płatności, a obliczona od pierwotnej ceny ogółem netto, przed korektą Zamawiającego, powinna zostać uznana za oczywistą omyłkę rachunkową czy też za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i dokonać stosownych czynności w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp.

Ww. czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp, mogą być dokonywane w toku badania i oceny ofert aż do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, omyłka w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp może także dotyczyć wyliczenia ceny, o ile nie powoduje istotnych zmian w aspekcie finansowym.

W tym przypadku poprawienie omyłki dotyczyłoby elementu kwotowo nieistotnego, bowiem różnica między Kosztami ogólnymi podanymi w ofercie przez Odwołującego,

a Kosztami ogólnymi wyliczonymi od poprawionej ceny ogółem netto przez Zamawiającego wynosi jedynie 59.23 PLN netto, a także nieistotnego procentowo w zakresie przekroczenia limitu do 6%, która wynosi 0,000019282%.

Zaniechanie zastosowania w przypadku oferty Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp, a należy uznać za naruszenie przepisów ustawy Pzp, co stanowi dodatkowy zarzut odwołania.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie oczywiste jest, że przyczyną odrzucenia oferty, w tym w szczególności z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ są działania bądź zaniechania wykonawcy sporządzającego ofertę. Tymczasem, w omawianym przypadku, do niezgodności oferty z SIWZ doprowadził swoim działaniem sam Zamawiający, pomimo przysługującego mu uprawnienia do dokonywania określonych zmian w ofercie Odwołującego i towarzyszącemu obowiązkowi wynikającemu z art. 87 ust. 2 Pzp, na każdym etapie badania i oceny ofert. Zamawiający poprzestał na dokonaniu korekt w wybranych przez siebie pozycjach, pomijając skutki tych zmian dla oferty, jako całości.

2. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp

Analiza dokumentacji postępowania wskazuje, że o ile oferty pozostałych wykonawców były badane przez Zamawiającego przez cały czas trwania procedury badania i oceny ofert w trybie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp, to w przypadku Odwołującego procedury kompleksowego badania oferty nie przeprowadził, co wynika z treści pisma z dnia 21 sierpnia 2017 r. - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym Zamawiający szczegółowo opisał podstawy wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia poszczególnych ofert. Przedstawione okoliczności wskazują zatem, że Zamawiający podejmował w postępowaniu decyzje stronniczo, z pominięciem podstawowych zasad sytemu zamówień publicznych.

3. Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp

Oferta Odwołującego, przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, zajmuje drugą pozycję w rankingu ofert złożonych w postępowaniu. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2017 r., w przypadku uwzględnienia oferty Odwołującego w procesie badania i oceny ofert, to jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Mając zatem na uwadze niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: S. Sp. z o.o., S. I. P. należy uznać, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum I. P. & C. S. p. A., F. I. Sp. z o.o. z siedzibą lidera w P. (W.) wnieśli odwołanie wobec czynności:

1. odrzucenia oferty Odwołującego;
2. wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum S..

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przyjęcie że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co skutkowało odrzuceniem oferty pomimo, że odpowiada ona treści specyfikacji;
2. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także, że dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty, pomimo że wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny, z których jednoznacznie wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 7 ust.1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z nierównym traktowaniem wykonawców w postępowaniu oraz brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert;
4. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum S., pomimo że ww. oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów oceny ofert oraz poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego pomimo, że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum S. oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

Nadto, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i załączniki do pism z dnia 12 kwietnia 2017 r. (znajdujące się na str. 4-38 załączników do pisma) oraz z dnia 29 maja 2017 r.. (znajdujące się na str. 4-5, 7-172, 174-175, 215-412 załączników do pisma) są traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust 3 Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z przyczyn określonych w pismach Odwołującego, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 25 lipca 2017 r.

W zakresie Części nr 1: ode. realizacyjny K. (węzeł „S. obecnie „K. P. - bez węzła) – J. L. (węzeł „K. obecnie „J. L. P. - bez węzła) początek obwodnicy, długości ok. 18 km, złożonych zostało 11 ofert - w tym oferta Odwołującego i Konsorcjum S..

Odwołujący wyjaśnił, że zamówienie, wykonywane będzie w oparciu o „*Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę % projektowaniem dla urodzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę*” (tzw. „Żółty FIDIC”). W związku z tym wykonawca realizuje etap projektowania przewidziany dla postępowania zgodnie z postanowieniami Warunków Kontraktu, w tym Żółtego FIDIC, Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz przepisami prawa, w szczególności dokumenty projektowe wykonawcy zawierają rozwiązania techniczne, które łagodzą wpływ kosztów operacyjnych i zarządzania na inwestycję oraz optymalizują koszty jej budowy, co wynika z pkt 1.4.1.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, tj.:

„Parametry planowanych obiektów inżynierskich podane w tabeli nr 1.1 mają charakter informacyjny, niewiążący wykonawcę. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konstrukcji obiektów i posadowienia na dalszym etapie projektowania, wyłącznie pod warunkiem optymalizacji kosztów budowy oraz utrzymania. ”

Odwołujący powołał postanowienia SIWZ, które jego zdaniem, uprawniają wykonawcę do modyfikacji i optymalizacji projektu oraz do uwzględnienia tych modyfikacji i optymalizacji w ofercie, tj. np.:

- pkt 8.7. i 8.8. Tom I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami,
- pkt 1.4. (akapit pierwszy) Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1,4.1.1. C. (akapit ostatni) Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.4.1.2. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.4.1.3.2. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.4.1.4. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.4.1.5. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.4.1.7. (akapit czwarty) Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- pkt 1.5.1.2. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy,
- Subklauzula 1.10- Tom II SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu.

Odwołujący wskazał na pewną swobodę wykonawcy w zakresie rozwiązań projektowych, przyznaną w granicach przepisów prawa, dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego oraz najlepszych standardów zawodowych, jak również na fakt, że finalna odpowiedzialność za owe rozwiązania należy do wykonawcy, który za pośrednictwem projektantów przygotowujących stosowną dokumentację projektową

w ramach powyższych uwarunkowań i ograniczeń tak, aby zapewnić właściwą realizację inwestycji.

Oryginalność zaproponowanych rozwiązań projektowych oraz specyfika przyjętych rozwiązań technicznych, w świetle art. 90 ust. 2 Pzp, mają zasadnicze znaczenie dla wykazania, że cena wskazana ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska, lecz ekonomicznie uzasadniona, jak również, że oferta złożona przez Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że wiele przyczyn podanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, podyktowanych jest takimi okolicznościami, jak gdyby zamówienie miało być wykonywane w oparciu o „Warunki Kontraktu dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (tzw. „Czerwony FIDIC”), gdzie wykonawca powinien być zaangażowany w samą realizację inwestycji, dla której projekt wykonawczy został całkowicie zdeterminowany w dokumentacji przetargowej, a nie, jak w niniejszym postępowaniu, w oparciu o Żółty FIDIC, w przypadku którego, wykonawca ma pewną swobodę w przygotowaniu projektu budowlanego i wykonawczego na podstawie PFU, stanowiącej następnie bazę dla ostatecznych wielkości generujących aktualne koszty realizacji inwestycji.

Odwołujący podkreślił, że pytania, które Zamawiający zadawał Odwołującemu w wezwaniach do wyjaśnień charakteryzowały się dużym stopniem szczegółowości, a udzielenie na nie odpowiedzi było możliwe tylko i wyłącznie dzięki bogatemu doświadczeniu Odwołującego, choć nie udało uniknąć pewnych nieporozumień. Zdaniem Odwołującego, pytania te w przypadku zamówienia, które będzie realizowane w oparciu o Żółty FIDIC, w żadnej mierze nie powinny tak dalece ingerować w etap projektowania, albowiem na etapie ofertowym wykonawcy oprócz wyliczenia ceny w oparciu o poszczególne pozycje kosztowe oraz oszacowane ilości uwzględniające zidentyfikowane zakresy optymalizacji i ceny jednostkowe muszą uwzględnić i oszacować możliwe zakresy ryzyka. Czynniki ryzyka, ich waga oraz prawdopodobieństwo wpływają oczywiście na wysokość ceny ofertowej i są obecne w obliczeniach, stąd też wycena taka wygląda inaczej niż wycena oparta o Przedmiar robót.

Odwołujący, udzielając odpowiedzi na przedmiotowe pytania, podkreślał, że zrealizuje projekt zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami Zamawiającego, będąc jednocześnie gotów do przedkładania wszelkich dokumentów koniecznych do przeanalizowania wyceny Odwołującego. Nawet jeżeli Zamawiający dostrzegł pewne ekonomiczne nieścisłości w ofercie, to Odwołujący gwarantuje, że posiadane przez niego rezerwy finansowe i zdolność techniczna pozwolą na ich wyeliminowanie.

Uzasadnienie zarzutów 1 i 2 odwołania.

Zamawiający w zakresie części 1 zamówienia odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w zakresie części 1 i 3 (Wykonawca zwraca uwagę, że nie składał oferty odnoszącej się do części 3 zamówienia) odrzucił ofertę także na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ wykonawca nie złożył wyjaśnień na pytanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, a dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

A. Zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawca składając ofertę winien był określić cenę oferty na podstawie tabeli pod nazwą Wykaz Płatności zamieszczonej w SIWZ w Tomie IV. Przedmiotowa tabela zawiera 3 pozycje: Wymagania Ogólne (Koszty Ogólne Wykonawcy), Dokumenty Wykonawcy oraz Roboty, przy czym została w niej także zawarta informacja, że Koszty Ogólne nie mogą przekraczać 6% ceny ryczałtowej netto, zaś koszty Dokumentów Wykonawcy nie mogą przekraczać 5% ceny ryczałtowej netto.

Zamawiający, w żadnym miejscu SIWZ, w tym w szczególności w Tomie IV, nie określił enumeratywnie jakie czynniki kosztowo-twórcze winny stanowić podstawę do wyliczenia poszczególnych pozycji, w tym zwłaszcza pozycji Kosztów Ogólnych Wykonawcy. Wręcz przeciwnie, zgodnie z Opisem sposobu obliczenia Ceny Oferty zawartym w Tomie IV SIWZ, cena oferty, jest ceną ryczałtową i ma zostać wyliczona na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w Wykazie Płatności. Co więcej, sam Zamawiający podkreślił w Opisie, że nawet te krótkie opisy pozycji, które zostały wskazane w tabeli w części dotyczącej kosztów dokumentacji, podane są tylko dla celów identyfikacyjnych.

Nie ma zatem uzasadnienia dla postępowania Zamawiającego, zgodnie z którym Zamawiający arbitralnie ustala, jakie czynniki kosztowo-twórcze powinien wziąć pod uwagę wykonawca przy ustaleniu kosztów ogólnych i wywodzi z tego dla wykonawcy niekorzystne skutki. Na uwadze mieć należy, że części składowe kosztów ogólnych, są w różnych przedsiębiorstwach formułowane nieco odmiennie i są wewnętrzną kwestią, specyficzną dla danego przedsiębiorcy. Jeśli zatem Zamawiający nie określił wprost w SIWZ, jakie czynniki mają być uwzględnione w kosztach ogólnych, to wykonawca miał prawo samodzielnie dokonać ich przyporządkowania do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności (zgodnie z własną kalkulacją), z zachowaniem wymaganych limitów procentowych.

W okolicznościach tej sprawy nieuprawnione jest stwierdzenie Zamawiającego, jakoby wykonawca w swojej ofercie przekroczył narzucony w Wykazie Płatności limit. Koszty ogólne oferty, wyliczone w oparciu o własną kalkulację wykonawcy, wynosiły bowiem 4.501.401,27 PLN, co daje 1,61 % ceny ofertowej netto, a więc mniej niż wskazany w Wykazie Płatności 6 % limit ($4.501.401,27 / 278.736.910,53$) PLN net x 100 = 1,61 % <

6%). Powodem odrzucenia oferty nie może być więc przyjęty przez Odwołującego sposób kalkulacji, skoro Zamawiający w SIWZ żadnego sposobu kalkulacji nie narzucał.

Z powyższych względów, zarzut Zamawiającego, jakoby, koszty ogólne wykonawcy zawarte w ofercie przekraczały zastrzeżony limit, i w konsekwencji, jakoby oferta była w tym zakresie niezgodna z SIWZ, należy uznać za nieuzasadniony, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za sprzeczne z tym przepisem oraz treścią SIWZ.

B. W odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż koszty ogólne wykonawcy — pozycja I.1 Wykazu Płatności znacznie przekraczają określony przez Zamawiającego limit wynoszący 6% ceny oferty netto. W pełni znajdują tu zastosowanie rozważania zawarte w pkt A powyżej.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wszystkie dane zawarte w tabeli (załącznik n. 2) są zgodne ze stanem faktycznym. Jedynie kwota dotycząca pozycji „Ochrona środowiska: tymczasowe wygrodenia dla małych zwierząt”, wynosząca w załączniku A. 3 50.000,00 zł, różni się od kwoty 2.778.775,50 zł przewidzianej dla analogicznej pozycji w załączniku nr 2. Powyższe stanowi oczywistą omyłkę interpretacyjną, która wynika z faktu, że owa kwota została wywiedziona z wewnętrznych analiz Odwołującego i wprowadzona dla znacznie szerszego obszaru interwencji. Przedmiotowa omyłka, w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z treścią SIWZ, w związku z czym nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

C. Odwołujący podkreślił niezasadność zarzutu w przedmiocie wysokości środków finansowych, które zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe lub pierwszej faktury zaliczkowej oraz źródła finansowania tychże środków.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2017 r., Odwołujący wyraźnie wskazał, zgodnie z literalną treścią pytania, że zamierza wykorzystać środki z własnych funduszy w szacowanej kwocie 300.000,00 zł. Kolejno, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r., wyjaśnił, że posiada linie kredytowe, w związku z czym ma zapewnione środki finansowe na pokrycie wydatków związanych m.in. z kosztem ustanowienia zaliczki, czy kosztem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący udzielił wyczerpującej odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Sam Zamawiający potwierdził w uzasadnieniu, że Odwołujący ujął koszty ustanowienia zabezpieczenia zaliczki i należytego wykonania umowy, a jedynie ponownie kwestionuje zasadność ich ujęcia w innych miejscach Wykazu Płatności niż koszty ogólne. W odniesieniu do powyższego twierdzenia, Odwołujący zaznaczył, że w pełni znajdują tu zastosowanie rozważania zawarte w pkt A powyżej.

D. W odniesieniu do zarzutu nieudzielenia odpowiedzi na pytanie Zamawiającego

dotyczące podania łącznej orientacyjnej długości dróg obsługujących przyległy teren (dojazdowe, serwisowe), Odwołujący wskazał na postanowienie pkt 1.4.1.3.2. PFU, z którego, a także z faktu, że umowa dotycząca zamówienia oparta jest o tzw. Żółty FIDIC wynika, że wykonawca ma prawo w pewnym zakresie modyfikować i zoptymalizować projekt oraz uwzględnić powyższe modyfikacje i optymalizacje w swojej ofercie.

Pytania Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2017 r. oraz z dnia 18 maja 2017r. zostały sformułowane w sposób nazbyt ogólny, który zasugerował Odwołującemu, że dotyczą one tymczasowych (na czas budowy), a nie docelowych dróg obsługujących przyległy teren. W odpowiedzi na pytania Zamawiającego w przedmiocie orientacyjnych długości dróg obsługujących przyległy teren (dojazdowych i serwisowych), Odwołujący omyłkowo wskazał drogi stanowiące dojazd do budowy o długości wymaganej przez Zamawiającego oraz przedstawił załącznik graficzny pokazujący drogi dojazdowe do budowy. Powyższa omyłka nie oznacza jednak, że w ofercie nie uwzględnił dróg serwisowych, na dowód czego przedstawił tabelę z wyszczególnieniem nazw poszczególnych dróg (gdzie P05 oznacza wewnętrzny numer postępowania, a np. DDPO1a oznacza nazwę drogi), ich typologii, klasy oraz długości.

E. W odniesieniu do zarzutu w przedmiocie ujętych w ofercie obiektów inżynierskich, Odwołujący wskazał na pkt 1.4.1.4. PFU, wedle którego „*parametry planowanych obiektów inżynierskich podane w tabeli nr 1.1 mają charakter informacyjny, niewiążący wykonawcy. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konstrukcji obiektów i posadowienia na dalszym etapie projektowania, wyłącznie pod warunkiem optymalizacji kosztów budowy oraz utrzymania*”, które wskazuje, że wykonawca ma prawo w pewnym zakresie modyfikować i zoptymalizować projekt oraz uwzględnić powyższe modyfikacje i optymalizacje w swojej ofercie.

Odwołujący, jak wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z dnia 29 maja 2017 r., bez dodatkowych badań geotechnicznych dokonał „*analizy krytycznej*” sposobu posadowienia opisanego w dokumentacji projektowej. W efekcie Odwołujący, począwszy od badań w terenie (w szczególności wiercenia i CPT) oraz podanych parametrów gruntów (w szczególności: ID - stopień zagęszczenia, IL — stopień plastyczności, E — moduł Younga (sztywności), c — spójność gruntu, ϕ kąt tarcia wewnętrzny), zbadał i zweryfikował możliwe systemy posadowienia dla prac i robót oraz obiektów, w funkcji interakcji grunt — konstrukcja, stosując klasyczne metody i wzory geotechniczne. Nadto, przestrzegając norm i postanowień Kontraktu Głównego, założył ogólną optymalizację wymiarów obiektów (przęseł), co pozwala na zmniejszenie masy własnej konstrukcji z korzyścią dla posadowienia.

Odwołujący podkreślił, że prawidłowo oznaczył klasę obciążenia obiektów PZDs-I/I (PZDs-I/II) oraz PZDd-2/I (PZDd-2/II) jako A. Z tego powodu zarzut Zamawiającego uznać

należy za nieuzasadniony. Tytułem wyjaśnienia wskazał, że omyłkowo oznaczył jako B (zamiast A) klasę obciążenia obiektów PZDs-1a/I (PZDs-1a/II) and PZDd-2a/I (PZDd-2a/II). Stanowi to jednak niezamierzone powielenie wymagań Zamawiającego sprzed zmiany SIWZ z dnia 10 lutego 2017 r. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowa omyłka, w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż różnica wartości pomiędzy tymi obiektami w klasie A i B wynosi 150.000,00 zł, co stanowi około 0,055% ceny oferty.

F. W zakresie zarzutu w przedmiocie konstrukcji nawierzchni drogi ekspresowej, Odwołujący zaznaczył, że konstrukcja przyjęta do wyceny jest zgodna z Zarządzeniem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, a co za tym idzie - również z PFU. Biorąc pod uwagę, że przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w oparciu o Żółty FIDIC, w formule zaprojektuj i buduj, konieczne jest wskazanie, że szczegółowe opracowanie projektu konstrukcji nawierzchni będzie możliwe dopiero na etapie sporządzania projektu budowlanego i wykonawczego, z uwzględnieniem szczegółowego rozpoznania gruntów, aktualnej prognozy ruchu oraz zapisów PFU i innych dokumentów, umowy oraz przede wszystkim uzyskaniem akceptacji Zamawiającego na zaproponowane rozwiązania.

Odwołujący wskazał, że grubości warstw konstrukcji nawierzchni, jakie podał, odpowiadają dokładnie zapisom PFU (podanie wartości liczbowych w centymetrach zamiast milimetrach stanowi nieznaczącą omyłkę). Zgodnie z zapisami PFU paragraf 2.1.2.3 po modyfikacjach Zamawiającego, dopuszcza się indywidualne projektowanie nawierzchni.

Przez projektowanie indywidualne rozumie się zastosowanie rozwiązań technologicznych powszechnie stosowanych w drogownictwie, ale nie ujętych w Katalogach Typowych Konstrukcji Nawierzchni, stanowiących załączniki do Zarządzeń Generalnego Dyrektora nr 30 i 31, jak również Zastosowanie innowacyjnych rozwiązań i materiałów, Projektowanie indywidualne konstrukcji nawierzchni dopuszcza się pod warunkiem zachowania grubości pakietu warstw konstrukcyjnych określonych w ww. Katalogach.”

Zdaniem Odwołującego, pytania Zamawiającego dotyczące wymiarów kruszyw w mieszankach, są nazbyt szczegółowe na etapie ofertowym.

G. Odnosząc się do zarzutu, jakoby wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał przeniesienia kosztów opracowania Dokumentów Wykonawcy (poz. II Wykazu Płatności) do pozycji III Roboty, i jakoby w konsekwencji przygotował ofertę w sposób niezgodny z SIWZ, co skutkowało jej odrzuceniem, w całości znajdują zastosowanie rozważania zawarte w pkt A. odwołania.

Wykonawca był uprawniony do przyjęcia, że skoro nawet opis pozycji wskazanych w tabeli Wykaz Płatności dotyczący Dokumentacji nie jest wiążący (służą one jedyni celom

identyfikacyjnym), to przy wyliczaniu wartości poszczególnych kosztów wykonawca mógł kierować się wyłącznie własną kalkulacją przy zachowaniu narzuconych przez Zamawiającego limitów procentowych. Nieuprawnione jest zatem stwierdzenie Zamawiającego, jakoby wykonawca w ofercie przekroczył narzucony w Wykazie Płatności limit. Koszty Dokumentów Wykonawcy, wyliczone w oparciu o własną kalkulację wykonawcy wskazane w ofercie wynoszą 3.719.020,92 PLN, co daje 1,33 % ceny ofertowej netto, a więc mniej niż wskazany w Wykazie Płatności 5 % limit. Powodem odrzucenia oferty nie może być więc przyjęty przez Odwołującego sposób kalkulacji, skoro Zamawiający w SIWZ żadnego sposobu kalkulacji nie narzucał.

Z powyższych względów, zarzut Zamawiającego, jakoby wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał przeniesienia kosztów opracowania Dokumentów Wykonawcy (poz. II Wykazu Płatności) do pozycji III Roboty, i jakoby w konsekwencji przygotował swoją ofertę w sposób niezgodny z SIWZ należy uznać za niezasadniony.

H. Odnosząc się do zarzutu nie złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz, że dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, Odwołujący wskazał, że podejście Zamawiającego do kwestii rażąco niskiej ceny w przypadku tego konkretnego zamówienia zaprojektuj i zbuduj, gdzie brak jest dokładnych przedmiarów robót budzi poważne zastrzeżenia. Zamawiający oparł swoją ocenę ceny oferty jako rażąco niskiej na przesłankach art. 90 ust. 3 Pzp. Badanie wystąpienia rażąco niskiej ceny oparł wyłącznie na wrywkowym zbadaniu fragmentu robót stanowiących razem nie więcej niż 25% ceny oferty, i na tej podstawie podjął decyzję o wystąpieniu przesłanki rażąco niskiej ceny. Tymczasem, jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych na podstawie wybranego wycinka z oferty wykonawcy Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, że oferta zawiera rażąca cenę, i w konsekwencji, że podlega odrzuceniu.

Cena żadnej ze złożonych ofert nie jest niższa niż 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przypadku oferty nr 25 wynosi ona 16,3%.

Biorąc pod uwagę wyłącznie ceny ofert nieodrzuconych (nr 1 i nr 21) średnia arytmetyczna zmienia się nieznacząco i wynosi 406 700 358,70 PLN. Wartość ceny oferty Odwołującego w stosunku do średniej arytmetycznej cen nieodrzuconych ofert wynosi 84,3% a zatem nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej. Jest to różnica zaledwie 15,7%.

Zamawiający pismem z dnia 03.04.2017 r. zwrócił się o przedstawienie asortymentu robót wraz z ich wyceną, na podstawie których ustalona została wartość Robót.

Wykonawca w piśmie z dnia 12.04.2017 r. przedstawił asortyment robót wraz z ich wyceną.

Zamawiający uznał, że zestawienie przedstawione przez Odwołującego jest zbyt ogólne, nie obejmuje chociażby takich prac jak roboty nawierzchniowe czy podbudowy.

W związku z tym, Zamawiający pismem z dnia 18.05.2017 r. zwrócił się o przedstawienie kosztów poszczególnych asortymentów robót w podziale wg tabel zaproponowanych przez Zamawiającego, ze wskazaniem kosztu jednostkowego oraz w podziale na drogę ekspresową i pozostałe drogi, a także o wypełnienie w formie tabelarycznej warstw konstrukcji nawierzchni ujętych przez wykonawcę w ofercie wraz z określeniem ich cen jednostkowych, szacunkowej ilości oraz wartości.

Odwołujący w piśmie z dnia 29.05.2017 r. przedstawił tabelę 20a zawierającą wszystkie koszty robót oraz tabelę 20b, zawierającą zestawienie warstw konstrukcyjnych nawierzchni w podziale na kategorie ruchu, ceny jednostkowe, przewidywane ilości i wartość robót. Udzielenie dokładnych odpowiedzi w formacie i w podziale jakiego wykonawca nie używał w swojej wycenie, jest zadaniem trudnym, łatwo o pomyłkę przy transponowaniu informacji do określonego formatu. Format tabel, ilości z cenami jednostkowymi zaproponowany przez Zamawiającego jest właściwy dla przetargów wycenianych w oparciu o Przedmiar Robót, typowych dla kontraktów typu zbuduj w oparciu o projekt Zamawiającego. Pomimo tego, wykonawca udzielił Zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień w pismach z dnia 12 kwietnia 2017r. oraz 29 maja 2017r.

I. Odnosząc się do zarzutu, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ Odwołujący wskazał na zamiar użycia innych materiałów do wykonania gruntowych poboczy dróg, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 03.04.2017 r., zwrócił się o wyjaśnienie, z jakich materiałów zostaną wykonane gruntowe pobocza dróg.

Wykonawca w piśmie z dnia 12.04.2017 r. wyjaśnił, że gruntowe pobocza zostaną wykonane z materiałów wskazanych w pkt 1.4.1.3.1 PFU. Punkt ten nie zawiera jednak żadnych danych dotyczących materiałów. Pismem z dnia 18.05.2017 r. Zamawiający zwrócił się ponownie o wyjaśnienie. Wykonawca w piśmie z dnia 29.05.2017 r. wyjaśnił, że pobocza gruntowe zostaną wykonane z materiałów spełniających wymagania WWIORB (0/31.5 lub inne) o grubości 15 cm. Szczegóły rozwiązania zostaną przedstawione na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, a zatem odpowiedź jest tylko wstępną informacją, albowiem dopiero projekt budowlany jest dokumentem de facto wiążącym. Zamawiający natomiast podniósł, że zgodnie z pkt 1.4.1.3.2 PFU, gruntowe pobocza wszystkich dróg, w tym łącznic i odcinków przebudowywanych, remontowanych należy w górnej strefie umocnić warstwą kruszywa stabilizowanego mechanicznie o grubości warstwy min. 20 cm, zgodnie z WWIORB D.06.03.01, a wyjaśnienia Odwołującego zostały uznane za niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił w odwołaniu, że jego odpowiedź dotyczyła innej części zakresu robót drogowych, natomiast gdy w odpowiedzi Zamawiający wskazał poprawny punkt PFU,

wykonawca zrozumiał, że w dobrej wierze, źle zinterpretował pytanie. Również w przypadku, pierwszego zapytania z dnia 3 kwietnia 2017 r, widać wyraźnie brak zrozumienia przez Odwołującego rzeczywistych intencji drugiej strony.

Odwołujący potwierdził, że w ofercie przewidział i zawarł wszystkie działania, jakie należy podjąć zgodnie z postanowieniami umowy, oraz warunkami określonymi w WWIORB D.06.03.01., w kwestii poboczy i ich umocnienia w górnej strefie. Wykonawca zrozumiał zaistniałe nieporozumienie i potwierdził, że uwzględnił w swojej ofercie wykonanie tych robót w ilościach, jakie będą dokładnie określone w projekcie budowlanym oraz po kosztach jednostkowych wyliczonych według własnej analizy kosztów, a jakiegokolwiek wyjaśnienia składane przez wykonawcę w żadnym wypadku nie mogą być traktowane, jako intencje zmiany zapisów umowy.

J. Odnosząc się do zarzutu, jakoby wykonawca nie ujął w cenie oferty około 0,6 km remontu istniejącej drogi krajowej nr 19, Odwołujący wskazał inne odcinki remontów oraz w innej lokalizacji niż określona w PFU, Odwołujący wyjaśnił:

Zgodnie z pkt 1.4.1.1. PFU należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: *przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową z uwzględnieniem ich przyszłej kategorii, w tym przebudowę istn. DK19/74 w zakresie określonym w Koncepcji Programowej (stanowiącym minimum zakresu) i wynikającym z przyjętych rozwiązań projektowych (podkreślenie Odwołującego)*”.

Z powyższego, wynika zdaniem Odwołującego, że wykonawca ma prawo w pewnym zakresie modyfikować i zoptymalizować projekt oraz uwzględnić powyższe modyfikacje i optymalizacje w swojej ofercie.

K. Odnosząc się do zarzutu, jakoby wykonawca nie ujął w ofercie umocnienia stożków i skarp pod przęsłem przejść dla zwierząt, i jakoby wynikało to z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, *Odwołujący wskazał, że niezrozumiałym jest, na jakiej podstawie Zamawiający wyciągnął taki wniosek. Pytanie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 03.04.2017r. dotyczyło wyłącznie rodzaju umocnienia stożków i skarpy pod przęsłem dla obiektów innych niż przejścia dla zwierząt i zespolonych z przejściem dla zwierząt. Tego też dotyczyła odpowiedź wykonawcy w piśmie z dnia 12 kwietnia 2017r, (zawierała ją punkt ad.4 pisma wykonawcy o następującej treści: Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność umocnienia stożków i skarpy pod przęsłem obiektów inżynierii lądowej i wodnej (z wyłączeniem przejść dla zwierząt). Koszt ten został oszacowany z uwzględnieniem szeregu rozwiązań technologicznych, Wybór technologii zbrojenia zostanie sfinalizowany podczas fazy projektowej, podczas której wykonawca opracuje obiekty inżynierii wodnej i lądowej, w tym stożki i skarpy, zgodnie z dokumentacją przetargową przedstawioną przez Zamawiającego, Kontraktem Głównym (w tym PFU) i normami obowiązującymi w Polsce.*

L. Odnosząc się do zarzutu, jakoby wykonawca w ofercie przewidział inny rodzaj umocnienia stożków i skarp pod przęsłem dla obiektów innych niż przejścia dla zwierząt, niż określony w SIWZ, Odwołujący wskazał, że umowa dotycząca zamówienia oparta jest o tzw. żółty FIDIC "*Projekt i budowa*", w związku z czym, wykonawca ma prawo w pewnym zakresie zoptymalizować projekt oraz uwzględnić powyższe optymalizacje w swojej ofercie.

Zwłaszcza, że w odniesieniu do planowanych obiektów inżynierskich Zamawiający sam wskazał w SIWZ (pkt 1.4.1.4. PFU): „Parametry planowanych obiektów inżynierskich podane w tabeli nr 1.1 mają charakter informacyjny, niewiążący wykonawcę, Zamawiający dopuszcza możliwość Zmiany konstrukcji obiektów i posadowienia na dalszym etapie projektowania, wyłącznie pod warunkiem optymalizacji kosztów budowy oraz utrzymania.”

2. Uzasadnienie zarzutu 3 odwołania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający prowadząc postępowanie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Poszczególni wykonawcy udzielali odpowiedzi na podobnym poziomie ogólności co Odwołujący, a Zamawiający z bliżej nieuzasadnionych przyczyn, jedno z tych odpowiedzi uznawał za wystarczające a inne, w tym Odwołującego, nie.

3. Uzasadnienie zarzutów 4 i 5 odwołania.

Tytułem uzasadnienia zarzutów 4 i 5 odwołania wskazać należy, że w sytuacji, gdy jak wynika z niniejszego odwołania, nie było w rzeczywistości podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, co z kolei oznacza, iż to jego oferta jako najkorzystniejsza, powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Zamawiający, wybierając ofertę Konsorcjum S. naruszył art. 91 ust 1 Pzp.

Pismem z dnia 13 września 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań.

W sprawie odwołania KIO 1808/17, Zamawiający wyjaśnił, że przepis art. 87 ust. 2 zawiera trzy grupy okoliczności związanych z czynnościami zamawiającego, brak wskazania konkretnego punktu regulacji nie pozwala na przyjęcie że mamy do czynienia z zarzutem w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ ze względu na przekroczenie limitu 6% sumy „Ogółem netto”, kosztów ogólnych wykonawcy. Okoliczność ta wynikała z faktu poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w pozycji II Wykazu Płatności. Zamawiający w świetle art. 87 ust. 2 Pzp jest zobowiązany do dokonania korekty drobnych, nieistotnych omyłek w ofercie na co wskazuje sama konstrukcja przepisu. Zamawiający poprawił najłatwiejszą do zdefiniowania omyłkę rachunkową dokonując prostych obliczeń matematycznych, a tym samym wykonując obowiązek ustawy. Z pewnością przedmiotowa omyłka nie była zamierzona przez

Odwołującego, a jej poprawienie rzutowało całą cenę będącą zsumowaniem pozycji zawartych w wykazie, a tym samym na limity ceny netto określone w SIWZ. Dokonana poprawa przywróciła ofercie wewnętrzną spójność w zakresie przedstawionej ceny i jej elementów. Całkowicie nietrafny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał kompleksowego i wnikliwego badania ofert złożonych w postępowaniu, o czym świadczy również dokonanie poprawy m.in. oczywistych omyłek. Zamawiający był zobowiązany do samodzielnego poprawienia omyłki zatem nie mógł zwrócić się w tym zakresie o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejsza oferta została wybrana zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W sprawie odwołania KIO 1809/17 Zamawiający wyjaśnił, jak poniżej:

Niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a także dotyczy sfery niezgodności zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie z treścią SIWZ oraz polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Zdaniem Zamawiającego w SIWZ szczegółowo określono wymagania co do sposobu obliczenia Ceny Oferty, w szczególności w Tomie IV SIWZ w Opisie sposobu obliczenia Ceny Oferty, gdzie Zamawiający zobowiązał wykonawców do przede wszystkim uwzględnienia wszelkich kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz oddzielnej wyceny każdego elementu zryczałtowanego i wyszczególnionego w Wykazie Płatności oraz podania adekwatnej jego wartości, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że kwoty te są co do zasady stałe i nie podlegają zmianom, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w kontrakcie. Zamawiający określił, że Cena Oferty zostanie obliczona przez zsumowanie wszystkich wartości elementów zryczałtowanych. W ocenie Zamawiającego nie było możliwe umieszczenie poszczególnych rodzajów kosztów, w tym np. kosztów ogólnych wykonawcy w innych pozycjach Wykazu Płatności, które dotyczyły kosztów dokumentacji i kosztów wykonania robót. Opracowany przez podział kosztów zaprezentowany w formularzu Wykaz Płatności na etapie SIWZ nie był przez wykonawców kwestionowany. Dodatkowo sposób obliczenia ceny i sposób przedstawienia poszczególnych składników oferty został przez Zamawiającego określony w pkt 8 Instrukcji dla Wykonawców.

W wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r. (na pytanie część A pkt 3 lit.a do p wezwania z 3 kwietnia 2017 r.) Odwołujący potwierdził uwzględnienie poszczególnych kosztów w ofercie podając ich wartość odpowiadającą kosztom ogólnym wskazanym w wykazie płatności. Pytania Zamawiającego dotyczyły jednak tylko pewnej grupy kosztów ogólnych, w związku z czym Zamawiający powziął wątpliwości, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty ogólne i zwrócił się o kolejne wyjaśnienia. W odpowiedzi z dnia 29 maja 2017 r. Odwołujący przedstawił nowe zestawienie kosztów ogólnych, w tym

koszty ogólne ujęte w sposób nieprawidłowy w pozycji III „Roboty” Wykazu Płatności o wartości 16 512 661 PLN netto, co spowodowało, że wykonawca nie przekroczył dopuszczalnego limitu określonego dla pozycji I.1 Wykazu Płatności wynoszącego 6%. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy. wartość kosztów ogólnych w tej pozycji powinna wynosić łącznie 21 014 062,27 PLN netto co stanowi 7,54% Ceny ogółem netto. Powyższe skutkowało uznaniem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względu na przekroczenie wyznaczonego limitu kosztów ogólnych wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający powziął wątpliwości, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, odnosząc ją do bazy cenowej GDDKiA 2013-2017. Po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający uznał, że zaoferowana cena nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wezwany na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca do złożenia wyjaśnień, ma obowiązek złożenia wyjaśnień wyczerpujących i pełnych, które pozwolą Zamawiającego na ocenę rzetelności kalkulacji ceny oferty. Nie są wystarczające wyjaśnienia ogólne nie zawierające omówienia wszystkich aspektów mających wpływ na cenę lub koszt oraz niespójne z oświadczeniami zawartymi w złożonej ofercie, co ma miejsce w przypadku wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego wiele elementów kosztowo-twórczych nie zostało uwzględnionych w ofercie Odwołującego, tak jak np. umocnienie stożków i skarp pod przęsłem przejść dla zwierząt oraz ok. 0,6 km remontu DK nr 19. Wątpliwości Zamawiającego budził też fakt, że Odwołujący w kwocie 300 tys. PLN netto przeznaczonej na realizację zobowiązań umownych do czasu wystawienia pierwszej faktury nie uwzględnił kosztów ustanowienia zabezpieczenia zaliczki, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zorganizowania biura projektowego, wynagrodzeń personelu. Odwołujący wyjaśnił, że koszty te pokryje ze środków dostępnych w ramach linii kredytowej. Sam wykonawca wycenił same koszty należytego wykonania umowy na kwotę 1 570 324 PLN netto, zatem wskazana przez niego kwota 300 tys. PLN netto świadczy jednoznacznie o braku należytego przygotowania oferty.

Przywołane przez Odwołującego postanowienie pkt I.4.I.3.2 PFU, jako uzasadnienie do tezy o możliwości optymalizacji projektu, nie ma nic wspólnego z drogami obsługującymi i ustaleniem ich długości, lecz dotyczy rozwiązań w zakresie węzłów drogowych, tj. długości pasów włączania, wyłączania oraz łącznic. Zamawiający precyzyjnie i jednoznacznie określił w PFU podstawowe wymagania wobec dróg obsługujących, które powinny być uwzględnione w cenie oferty. Pytania zawarte w pismach z dnia 3 kwietnia 2017 r. i 18 maja 2017 r. skierowane do wykonawcy były jasne i oczywiste. Nie budziły też żadnych wątpliwości pozostałych wykonawców.

Zamawiający wskazał, że w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 10 lutego 2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 396 dokonał zmiany klasy obiektów (zmiana nr 4 SIWZ pkt 16),

której Odwołujący również nie uwzględnił w ofercie, co przyznał sam Odwołujący zarówno w wyjaśnieniach, jak i w odwołaniu. Formuła zaprojektuj i buduj nie usprawiedliwia całkowitej dowolności w przyjmowaniu przez wykonawcę rozwiązań projektowych, gdyż swoboda ta jest ograniczona wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ (PFU).

Zamawiający wskazał także, że w zakresie „Konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych” (pkt 2.1.2.1 PFU) precyzyjnie i jednoznacznie określił konstrukcje nawierzchni podatnych i półsztywnych Trasy Głównej, tymczasem Odwołujący w ofercie założył inny rodzaj warstw konstrukcyjnych, zamiast AC 16W przyjął AC22W, a zamiast AC22P przyjął Ac 32P, a także nie uwzględnił warstwy podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym grubości 15cm. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 2.1.2.3 PFU, przez projektowanie indywidualne należy rozumieć zastosowanie rozwiązań nie ujętych w Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni. Zatem stwierdzenie Odwołującego, że przyjął konstrukcje zgodne z katalogiem, zaprzecza idei indywidualnego projektowania. Ponadto, projektowanie indywidualne dopuszcza się na odcinku maksymalnie 1 km jezdni, natomiast na odcinku 17,148 km oraz na całym odcinku drogi długości 18,148 km winien on przyjąć i wycenić konstrukcję nawierzchni opisaną w pkt 2.1.2.1 PFU.

Zamawiający wyjaśnił także, że badanie rażąco niskiej ceny oparte było m.in. na wypełnionym przez Odwołującego zestawieniu robót w układzie wskazanym przez Zamawiającego Zestawienie dotyczyło większości prac budowlanych przewidzianych w ramach zamówienia, nie dotyczyło zatem jedynie fragmentu tj. nie więcej niż 25% całej ceny ofertowej, co podnosi Odwołujący w odwołaniu. Różnica ceny oferty Odwołującego wobec średniej ze wszystkich złożonych ofert wynosi 16,3%, co stanowi jednak kwotę znaczną tj. 66 720 247,25 PLN. Oferta nie została jednak odrzucona ze względu na tę różnicę „automatycznie”, lecz na podstawie szczegółowej analizy, w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Odwołującego. Wycena dla przykładowej pozycji „Oznakowanie dróg i elementy systemu bezpieczeństwa ruchu” stanowi zaledwie 12% wartości tych robót wycenionych przez pozostałych wykonawców, co oznacza, że rażąco odbiega od cen rynkowych, biorąc przy tym pod uwagę wycenę tych robót dokonaną przez Zamawiającego na podstawie cen średnich, jak i cen minimalnych. Odwołujący w tym zakresie nie odniósł się w odwołaniu do twierdzeń Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że przyjęty w postępowaniu układ przedstawienia wyceny poszczególnych grup robót bazuje na powszechnie przyjętym w branży budowlanej, odnoszącym się głównie do podziału robót wynikającego z Warunków Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, stanowiących integralną część PFU, czyli Opisu przedmiotu zamówienia. Ten układ jest też powszechnie stosowany przez Zamawiającego w kontraktach realizowanych w formule zaprojektuj i buduj do celów rozliczeniowych. Nie jest to zatem układ nietypowy w porównaniu do powszechnie przyjętej praktyki.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie odniósł się do zarzutu dotyczącego nie ujęcia w cenie oferty wykonania warstwy podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym o grubości 15 cm, tj. robót, których szacunkowy koszt wynosi ok. 6 630 600 PLN.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, że cena jego oferty jest zgodna z SIWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie uzasadnił też zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który został postawiony jako ogólny, bez powiązania z jakimkolwiek szczególnym przepisem, którego naruszenie uzasadniałoby twierdzenie o niezapewnieniu w postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Ze względu na datę opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w dniu 2 września 2015 r., do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i niniejszego postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 lipca 2016r., tj do dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz, U, 2016, poz. 1020), zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy zmieniającej.

Izba stwierdziła, że Odwołujący się wykonawcy Konsorcjum M. oraz Konsorcjum I. P. wykazali spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących ww. wykonawców do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez Konsorcjum S. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w obu sprawach tj. KIO 1808/17 i KIO 1809/17, które spełniają warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Izba uwzględniła oświadczenie o cofnięciu przystąpienia przez Konsorcjum I. P. w sprawie KIO 1808/17 zgłoszonego po stronie Zamawiającego.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów przedstawionych w obu odwołaniach.

Przedmiotowe zamówienie, zostało podzielone na trzy części. Zgodnie z postanowieniem pkt 5.3 SIWZ, „Szczegółowo przedmiot zamówienia określony został w Tomie III „Program Funkcjonalno-Użytkowy” niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej w dalszej treści również SIWZ lub Specyfikacją”.

Do upływu terminu składania ofert w zakresie Części nr 1 zamówienia: odc. realizacyjny K. (węzeł „Słodków obecnie „K. P.- bez węzła) – J. L.(węzeł „K. obecnie „J. L.. P. - bez węzła) początek obwodnicy, długości ok. 18 km, zostało złożonych 11 ofert.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający ustalił w pkt 8.1, że „Cena oferty dla każdej części odrębnie zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SIWZ – Tom IV”.

W pkt 8.2 SIWZ wskazano, że „Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić Opis Sposobu Obliczenia Ceny zawarty w Tomie IV SIWZ – Wykaz Płatności.”

Zgodnie z pkt 8.3 SIWZ, „Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. 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 Pzp”.

W pkt 8.9 wskazano, że „Dla działów I i II Wykazu Płatności Zamawiający przewiduje określone w tym formularzu limity. W przypadku, gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę”.

W Tomie IV „Sposób obliczenia Ceny Oferty” Zamawiający wskazał, że „W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszystkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości [...]”, a także, że „Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności. W związku z tym Wykaz Płatności należy odczytywać i interpretować łącznie z pozostałymi dokumentami wchodzącymi w skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Tom I-V”.

Ponadto, wyjaśniono, że „Krótkie opisy pozycji, przedstawione w Wykazie Płatności są podane tylko dla celów identyfikacyjnych i w żaden sposób nie modyfikują czy anulują szczegółowych opisów zawartych w Warunkach Kontraktu i Programie funkcjonalno-

użytkowym wraz z załącznikami.”, a „Wartości tych elementów będą wartościami globalnymi dla Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług opisanych w tych pozycjach, uwzględniającymi wszystkie koszty, opłaty i wydatki określone w akapicie trzecim niniejszych zasad obliczenia ceny oferty, przy zachowaniu następujących zasad:

- a) Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” / będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto” [...].”

Wykonawca powinien zatem samodzielnie na podstawie własnej kalkulacji wycenić każdy element zryczałtowany i podać w odpowiedniej pozycji jego wartość, uwzględniając wszystkie wymagania i zobowiązania, wyrażone bezpośrednio czy też sugerowane, objęte każdą częścią SIWZ – Tom I-V.

KIO 1808/17 – odwołanie wniesione przez Konsorcjum M. W. S.A., A.

C. S.A.

Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wartość podana przez Odwołującego w formularzu Wykaz Płatności w pozycji I.1. „Koszty ogólne Wykonawcy” wynosi 18 430 483,00 PLN i stanowi 6,000019282% „Ogółem ceny netto” (po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 21 marca 2017 r.). Kwota powyższa przekracza określony w SIWZ limit „do 6%” dla tej pozycji, zgodnie z wymogiem określonym w pkt a) Tomu IV „Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty” (str. 2).

Jak wynika z treści pisma z dnia 21 marca 2017 r., Zamawiający, dokonując poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w jednej pozycji części II Dokumenty

Wykonawcy Wykazu Płatności w ofercie Odwołującego, dokonał w ramach konsekwencji rachunkowych - poprawy m.in. wartości „Ogółem cena netto”, od wysokości której został ustalony limit do 6% dla pozycji I.1 Koszty ogólne Wykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący nie kwestionował poprawy omyłki rachunkowej dokonanej w dniu 21 marca 2017 r. – wyraził na nią zgodę. Nie wniósł wobec tej czynności odwołania w ramach środków ochrony prawnej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferta Odwołującego, w tym Wykaz Płatności, została przygotowana zgodnie z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SIWZ, w tym - w sposób odpowiadający warunkom wskazanym w Tomie IV Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty, stanowiącym załącznik do SIWZ.

W SIWZ Zamawiający wskazał jednoznacznie i wyraźnie reguły dokonania wyceny i przedstawienia poszczególnych wartości elementów zryczałtowanych oraz ceny oferty, która miała być wyliczona za pomocą załącznika Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) stanowiącego integralną część SIWZ - Tom IV. W ocenie Izby, postanowienia te nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są zatem wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny.

Oferta Odwołującego, w zakresie przedstawienia Wykazu Płatności, została przygotowana w sposób, który nie odpowiada wymaganiam opisanym w Tomie IV Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty, stanowiącym załącznik do SIWZ, gdyż wartość podana przez Odwołującego w formularzu Wykaz Płatności w pozycji „Koszty ogólne Wykonawcy” przekracza podany w SIWZ limit 6% ustalony dla tej pozycji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, niezgodność powyższa nie jest wynikiem czynności Zamawiającego. Zamawiający, w ramach dokonanej poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, przywrócił bowiem w treści Wykazu Płatności wartości, które powinny być zawarte w ofercie, gdyby wykonawca, przygotowując ofertę, prawidłowo dokonał obliczenia rachunkowego w tym zakresie. Nie można zatem twierdzić, że to Zamawiający doprowadził do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż niezgodność ta tkwiła w ofercie od momentu jej złożenia, choć ujawniła się dopiero po dokonaniu czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej.

Kwestie podnoszone przez Odwołującego w związku ze sposobem dokonania poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, o której Zamawiający powiadomił Odwołującego pismem z dnia 21 marca 2017 r., Izba uznała za nieobjęte zarzutami w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zarzuty wobec powyższej czynności należałoby

uznać za wniesione po upływie terminu na wniesienia odwołania. Wobec powyższego Izba nie dokonywała oceny prawidłowości czynności Zamawiającego z dnia 21 marca 2017 r., uznając, że czynność ta nie podlega ocenie ze względu na upływ terminu do jej zaskarżenia.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że dokonanie poprawy omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego w dniu 21 marca 2017 r. było przejawem „uwzględnienia oferty Odwołującego w kolejnym etapie badania i oceny ofert, zmierzającym do wyboru oferty najkorzystniejszej”. Wskazać należy, że czynność „badania i oceny ofert” obejmuje zwykle szereg czynności zamawiającego, które mogą prowadzić ostatecznie zarówno do pozytywnej, jak i negatywnej oceny oferty. Fakt, że na pierwszym etapie badania oferty Zamawiający dokonał poprawy omyłki rachunkowej nie przesądza w żadnym stopniu o tym, że dana oferta będzie ostatecznie oceniona przez zamawiającego, jako niepodlegająca odrzuceniu. Wnioski, które wywodzi w tym zakresie Odwołujący są całkowicie nieuprawnione.

Konsekwencją rachunkową poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w pozycji II Wykazu Płatności w ofercie Odwołującego było dokonanie przez Zamawiającego korekty kwoty „Ogółem cena netto”. Zamawiający poprawił podaną przez Odwołującego w ww. pozycji kwotę w wysokości 307 174 729,53 PLN - na kwotę 307 173 729,53 PLN. Wartość ta uległa zatem zmniejszeniu. Poprawiona wartość jest wartością prawidłową wynikającą z zsumowania kwot podanych w poszczególnych pozycjach części II tabeli Wykaz Płatności. Jest to zatem wartość, która powinna być wyliczona i podana w ofercie Odwołującego, gdyby Odwołujący nie popełnił omyłki rachunkowej. Akceptacja przez Odwołującego omówionej tu poprawy i niezaskarżenie tej czynności w postępowaniu odwoławczym utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że dokonana poprawa doprowadziła do zgodności faktycznej treści oferty z oświadczeniem wykonawcy, które miało być wyrażone w ofercie.

W związku z dokonaną zmianą (zmniejszeniem) wartości „Ogółem cena netto” w Wykazie Płatności Odwołującego, w ramach kolejnych kroków badania oferty, Zamawiający miał obowiązek zweryfikowania prawidłowości (zgodności z wymaganiami Tomu IV SIWZ) wskazanej wartości Kosztów ogólnych Wykonawcy - w zakresie, czy podana kwota nie przekracza limitu 6%.

W świetle postanowień SIWZ, Zamawiający nie miał podstaw, aby dokonać zmiany kwoty „Kosztów ogólnych Wykonawcy”, jako następstwa poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w poz. II Wykazu Płatności w ofercie Odwołującego i kwoty „Ogółem cena netto”.

W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał, że kwotę - Kosztów ogólnych Wykonawcy należało obliczyć jako określony (sztywno) procent od wartości - Ogółem cena netto. Zamawiający nie wskazał, że wartość ta ma stanowić dokładnie 6% lub 5,9% itp. Wręcz przeciwnie, to na wykonawców został wprost nałożony w SIWZ obowiązek obliczenia

tych kosztów według własnej kalkulacji, jako rzeczywistych kosztów, które zostaną poniesione przez wykonawcę przy realizacji zamówienia dla każdej pozycji zryczałtowanej zawartej w Wykazie Płatności.

Dokonując weryfikacji kwoty wskazanej w pozycji I.1 Wykazu Płatności, Zamawiający nie pominął żadnych zasad ustalania poszczególnych pozycji kosztowych, określonych w SIWZ. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wskazał postanowień Specyfikacji, które zostały pominięte przez Zamawiającego w tym zakresie. W sytuacji, gdy wykonawca wskazał wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy na poziomie przekraczających limit 6%, jedyną czynnością Zamawiającego wynikającą z postanowień SIWZ jest odrzucenie oferty.

Fakt, że Odwołujący obliczył wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy - jako ułamek stanowiący 5,999999994140 % od wartości „Ogółem ceny netto” (przed poprawą), a zatem od wartości błędnej, wynikał wyłącznie z samodzielnej decyzji wykonawcy co do sposobu wyliczenia tych kosztów. W świetle postanowień SIWZ, Zamawiający nie mógł przyjąć bez konsultacji z wykonawcą, że skalkulował on pozycję I.1 Wykazu Płatności (koszty ogólne), jako określony procent od wartości „Ogółem cena netto”, a nie jako wartość odpowiadającą rzeczywistym kosztom ponoszonym przez wykonawcę. Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia decyzji za wykonawcę co do określenia ww. kosztów w poz. I.1. Wykazu Płatności.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że niezgodność stwierdzona w ofercie Odwołującego w postaci przekroczenia limitu 6% w poz. I.1 ww. Wykazu jest wynikiem wyłącznie czynności Zamawiającego, a nie skutkiem działania (bądź zaniechania) Odwołującego. Stwierdzona w ofercie Odwołującego niezgodność ujawniła się bowiem po przywróceniu przez Zamawiającego prawidłowości obliczeń rachunkowych w poz. II Wykazu Płatności. Powyższe oznacza, że niezgodność ta de facto tkwiła od początku w ofercie. To nie Zamawiający zmienił relacje procentowe pomiędzy pozycją I.1, a pozycją „Ogółem cena netto”, lecz były one nieprawidłowe w ofercie od początku.

Czy ta niezgodność była zamierzona przez wykonawcę, czy też nie, to nie ma znaczenia w tym przypadku, i nie przesądza o możliwości poprawienia przez Zamawiającego kwoty w pozycji I.1 Wykazu Płatności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp, jako oczywistej omyłki rachunkowej lub jako innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Istotne jest bowiem, że Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego poprawienia tej niezgodności.

Pomimo, że poprawa dotyczyłaby korekty kwoty „Kosztów ogólnych Wykonawcy” o wartość 59.23 PLN netto, co stanowi przekroczenie limitu do 6% o 0,000019282%, nie zaistniały okoliczności, na podstawie których Zamawiający samodzielnie, bez ingerencji wykonawcy (bez dodatkowego oświadczenia woli wykonawcy) mógłby skorygować wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy, obliczoną przez wykonawcę i podaną w ofercie. Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego przyjęcia nowej wartości tej pozycji lub

samodzielnego jej obliczenia, skoro nie przewidział w SIWZ sztywnych reguł dotyczących sposobu obliczenia wartości tej pozycji. Każdy z wykonawców mógł przyjąć wartość skalkulowaną indywidualnie. Jak wynika z treści ofert, wykonawcy przyjęli tę wartość na różnym poziomie. Z powyższych względów nie można w badanej sprawie mówić o oczywistej omyłce rachunkowej co do ustalenia wartości tej pozycji, a zatem nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp do dokonania poprawy tej wartości.

Zamawiający nie był również uprawniony do podjęcia procedury wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż przepis ten nie może mieć zastosowania wówczas, gdy wyjaśnienie prowadziło do wprowadzenia do oferty nowej treści - w tym przypadku – podania nowej wartości pozycji I.1. Jak wskazuje się w orzecznictwie, inna omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści złożonej oferty, to taka, która może być poprawiona przez Zamawiającego samodzielnie, w oparciu o postanowienia SIWZ i treść oferty. Uzgardnianie nowej treści oświadczenia wykonawcy zawartego w złożonej ofercie prowadzi natomiast wprost do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp. Znamienne jest w niniejszej sprawie, że Odwołujący, żądając dokonania poprawy omawianej niezgodności, nie przedstawił sposobu, w jaki Zamawiający miałby dokonać samodzielnie poprawienia kwoty Kosztów ogólnych Wykonawcy czy to w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 2, czy też pkt 3 Pzp.

Nie zostały zatem spełnione przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp, a zatem zarzut zaniechania zastosowania ww. przepisów Izba uznała za niezasadny.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 i 2 Pzp Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający zaniechał, w przypadku oferty Odwołującego, procedury kompleksowego badania oferty, w szczególności w sposób dyskryminujący tego wykonawcę w porównaniu do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący podnosił naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dyskryminacyjne traktowanie Odwołującego w postępowaniu w stosunku do pozostałych wykonawców, co miało przejawiać się w tym, że oferty pozostałych wykonawców były badane przez Zamawiającego przez cały czas trwania procedury badania i oceny ofert - Zamawiający kierował do innych wykonawców wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz dokonywał poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp, natomiast w przypadku oferty Odwołującego nie przeprowadził procedury równie kompleksowego badania oferty.

Zarzuty powyższe, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego w tej sprawie są bezzasadne - Odwołujący nie przeprowadził dowodu na okoliczność powyższych twierdzeń. Sam fakt, że Zamawiający kierował do innych wykonawców wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz dokonywał poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 Pzp nie dowodzi jeszcze dyskryminacji Odwołującego, do którego takich wezwań nie kierował. Odwołujący musiałby na tę okoliczność wykazać, po pierwsze – niezgodne z przepisami Pzp zaniechanie danej czynności przez Zamawiającego, a po drugie - wykazać, że w identycznych okolicznościach Zamawiający inaczej potraktował Odwołującego w porównaniu do innego wykonawcy. Takie okoliczności nie zostały jednak przez Odwołującego wykazane ani nawet uprawdopodobnione.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oczywistym jest, że wybór oferty najkorzystniejszej jest dokonywany spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec stwierdzenia zatem w niniejszym postępowaniu, że oferta Odwołującego została w sposób uzasadniony odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie ma żadnego znaczenia fakt, że w świetle ustalonych kryteriów „zajmuje” ona drugą pozycję wśród złożonych ofert. Oferta Odwołującego, jako odrzucona, nie bierze udziału w ocenie ofert, prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej.

KIO 1809/17 – odwołanie wniesione przez Konsorcjum I. P. & C. S.p.A.,

F. I. Sp. z o.o.

Izba uwzględniła w niniejszym postępowaniu fakt, że Odwołujący w sprawie KIO 1809/17 zastrzegł wyjaśnienia i załączniki do pism z dnia 12 kwietnia 2017 r. (znajdujące się na str. 4-38 załączników do pisma) oraz z dnia 29 maja 2017 t. (znajdujące się na str. 4-5, 7-172, 174-175, 215-412 załączników do pisma) jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust 3 Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stosownie do decyzji Zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 25 lipca 2017 r. Powyższe dokumenty nie podlegały ujawnieniu w toku postępowania odwoławczego.

W stosunku do oferty Odwołującego Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o kryterium arytmetyczne, poprzez odniesienie ceny oferty do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zamawiający stwierdził bowiem, że cena

ww. oferty, która wynosi 342 846 399,95 PLN jest niższa o 42,43% od wartości zamówienia, która wynosi 595 533 697,94 PLN. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zarówno cena oferty ogółem, jak i poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wskazany powyżej procentowy poziom odniesienia wartości oferty do wartości zamówienia uzasadniał podejrzenie, że oferta może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SIWZ lub mogła zostać skalkulowana nienależycie lub zaniżona poniżej kosztów koniecznych do wytworzenia przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, w dniu 3 kwietnia 2017 r. skierował do Odwołującego pierwsze wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający poprosił o przedłożenie przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych dla wskazanych w treści wezwania elementów przedmiotu zamówienia, przedstawiających sposób obliczenia ceny ofertowej, w celu zbadania oraz weryfikacji dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał elementy podlegające wyjaśnieniu w rozbiu wynikającym z treści złożonego w ofercie Wykazu Płatności, tj. w zakresie pozycji I „Wymagania ogólne”, w tym Koszty ogólne Wykonawcy, w zakresie pozycji II. Dokumenty Wykonawcy oraz w zakresie pozycji III. Roboty. Zamawiający sformułował szczegółowe pytania oraz poinformował, że oczekuje wyjaśnień, które pozwolą na sformułowanie oceny zaoferowanej kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać zamówienie, wraz z załączeniem wszelkich informacji i dowodów, które wykonawca uzna za istotne, na temat obliczenia ceny oferty, także tych, które nie zostały wymienione w treści wezwania.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r. wraz z załącznikami, które zostały w części objęte zastrzeżeniem, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał, że powyższe wyjaśnienia i złożone dowody nie wskazują wyczerpująco, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim zakresie mają one wpływ na jej obniżenie. Stwierdził, że niektóre odpowiedzi na pytania są lakoniczne bądź zostały udzielone w sposób niewyczerpujący co do zgodności i prawidłowości treści oferty z wymaganiami określonymi w Specyfikacji. Pismem z dnia 18 maja 2017 r. zwrócił się więc do Odwołującego z ponownym wezwaniem o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienie 36 punktów z poprzedniego wezwania. Poinformował jednocześnie, że niniejsze wezwanie jest ostatnim w procedurze badania ceny oferty kierowanym do Odwołującego.

Odwołujący złożył kolejne wyjaśnienia, pismem z dnia 29 maja 2017 r. Również w tym przypadku załączniki do ww. pisma zostały w części zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe wyjaśnienia Zamawiający dokonał oceny uznając, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba doszła do przekonania, że czynność odrzucenia oferty była prawidłowa. Zarzuty zawarte w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego w postaci złożonej na rozprawie kalkulacji ceny oferty na okoliczność rzetelnego wyliczenia ceny oferty i uwzględnienia w ofercie wszystkich wymagań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznała, że zarzuty mogą być rozpoznane w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w postępowaniu przed Zamawiającym, na podstawie których Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Tym samym, kalkulacja ceny oferty złożona na rozprawie przez Odwołującego jest dowodem de facto spóźnionym, gdyż nie może uzupełniać ani zastępować wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.

Przywołanie przez Odwołującego w odwołaniu postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które jego zdaniem, uprawniają wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu do modyfikacji i optymalizacji projektu oraz do uwzględnienia tychże modyfikacji i optymalizacji w ofercie, w części dotyczą możliwości oferowania materiałów lub rozwiązań równoważnych, które gwarantują realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewniają uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w SIWZ. Wskazać w tym miejscu należy, że stosownie do złożonych wyjaśnień, Odwołujący nie zaoferował materiałów lub rozwiązań równoważnych.

Wskazane przez Odwołującego postanowienie pkt 1.4. (akapit pierwszy) Tom III SIWZ - PFU odnosi się do konsekwencji zmiany ilości lub parametrów, zawartych w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, w odniesieniu do Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Postanowienie pkt 1,4.1.1. C. (akapit ostatni) Tom III SIWZ - PFU dotyczy etapu projektowania w zakresie uwzględnienia rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji.

Postanowienie pkt 1.4.1.2. Tom III SIWZ - PFU dotyczy ilości i parametrów zawartych w OPZ w odniesieniu do Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Podobnie pkt 1.4.1.3.2. Tom III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy.

Powyższe postanowienia nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W szczególności nie dowodzą nieograniczonej swobody wykonawcy co do „modyfikacji” i „optymalizacji” w ofercie rozwiązań projektowych i ich wykonania, w porównaniu z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik do SIWZ.

Jak wynika z treści SIWZ, Program Funkcjonalno-Użytkowy zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zatem wszystkie jednoznaczne wymagania zawarte w tym dokumencie są wiążące dla wykonawcy przy sporządzeniu oferty. Z jednej strony opis przedmiotu zamówienia umożliwia bowiem realizację potrzeb Zamawiającego, a z drugiej - gwarantuje porównywalność ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co służy wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Podkreślić należy, że w ramach wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego w zakresie treści złożonej oferty, wykonawca ma obowiązek wykazać zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ. Nie jest wystarczające złożenie jedynie oświadczenia, poprzez zapewnienie, że wykonawca zrealizuje dany projekt, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami Zamawiającego. Zasada przejrzystości i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga, aby ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie przesłanek obiektywnych, określonych w dokumentacji postępowania, w szczególności w SIWZ, podlegających weryfikacji i porównaniu w złożonych ofertach. Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert stosować subiektywnych ocen i nietransparentnych reguł w odniesieniu do różnych wykonawców. Powyższe stanowiłoby niedopuszczalne naruszenie wskazanych wyżej zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do treści wezwań skierowanych do Odwołującego należy stwierdzić, że zwracając się dwukrotnie o wyjaśnienia, Zamawiający zadawał Odwołującemu pytania szczegółowe lecz dotyczące ściśle elementów przedmiotu zamówienia opisanych w PFU (SIWZ). Pytania te w żadnym wypadku nie wykroczyły poza zakres przedmiotu zamówienia opisanego w ww. dokumencie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przyjęcie że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało odrzuceniem oferty oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co skutkowało odrzuceniem oferty.

Zamawiający, w Tomie IV, określił rodzaje kosztów do wyliczenia poszczególnych pozycji Wykazu Płatności: koszty ogólne wykonawcy, dokumenty wykonawcy, roboty. Powyższe kategorie kosztów nie powinny budzić żadnych wątpliwości, biorąc pod uwagę, że wymagania co do kalkulacji tych kosztów było kierowane do profesjonalnych podmiotów działających w branży robót budowlanych, biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez wykonawców w postępowaniu odwoławczym na etapie formułowania Specyfikacji.

Okoliczność, że zgodnie z Opisem sposobu obliczenia Ceny Oferty, zawartym w Tomie IV SIWZ, cena oferty jest ceną ryczałtową i ma zostać wyliczona przez wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów ryczałtowych, zawartych w Wykazie Płatności, nie zmienia faktu, że koszty realizacji zamówienia należało odpowiednio przyporządkować do danej kategorii kosztów zawartej w ww. tabeli Wykaz Płatności, uwzględniając przy tym wszystkie wymagania i zobowiązania wynikające z dokumentów przetargowych.

Wskazany przez Zamawiającego podział kosztów jest jasny. Fakt, że wykonawca ujął koszty ogólne w postaci: koszt zorganizowania zaplecza wykonawcy, koszt utrzymania zaplecza wykonawcy, koszt wynagrodzeń kadry kierowniczej, koszt wynagrodzeń robotników, w innej pozycji Wykazu Płatności (poz. III.1 Roboty), stanowi niezgodność z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 29 maja 2017 r., formułując ofertę, Odwołujący dokonał innego podziału kosztów, niż Zamawiający określił w postanowieniach SIWZ (Tom IV Wykaz Płatności).

W kontekście wymagania, aby Koszty ogólne Wykonawcy były skalkulowane na poziomie do 6% „Ogółem ceny netto”, przeniesienie tych kosztów przez Odwołującego do innej kategorii (Roboty) stanowi nieuprawnione „obejście” tego wymagania. Zatem, aby zapewnić porównywalność oferty, Zamawiający był zobowiązany doliczyć te koszty do pozycji I.1 Wykazu Płatności. Doliczenie kosztów ogólnych, które zostały ujęte przez Odwołującego w innych pozycjach Wykazu Płatności spowodowało, że rzeczywista kwota w tej pozycji przekroczyła dopuszczony limit dla tych kosztów w ofercie Odwołującego. Koszty ogólne Wykonawcy, wskazane przez Odwołującego w Wykazie Płatności, wynosiły 4.501.401,27 PLN, co daje 1,61 % Ogółem ceny netto. Natomiast po doliczeniu wartości kosztów ogólnych, wskazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r. oraz z 29 maja 2017 r., ujętych w poz. III Roboty (III.1) wysokość kosztów ogólnych, która powinna być wskazana w poz. I.1, wzrosła do poziomu 7,54%, co stanowi przekroczenie dopuszczanego limitu dla tej pozycji – do 6 %. Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że oferta w takim przypadku podlega odrzuceniu. Przekroczenie limitu kosztów ogólnych wykonawcy było powodem odrzucenia oferty, zważywszy fakt, że część tych

kosztów została w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ zakwalifikowana przez Odwołującego do innych pozycji kosztowych.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia założeń i wyliczeń w zakresie ustalenia kosztów ogólnych Wykonawcy z dnia 3 kwietnia 2017 r. Odwołujący przedstawił w dniu 12 kwietnia 2017 r. wyjaśnienia zawierające wyliczenia w załączniku nr 3 poz. a-p, odpowiadające kwocie kosztów ogólnych przedstawionych w ofercie. Ponieważ załącznik ten nie zawierał wszystkich kosztów ogólnych Zamawiający ponownie zwrócił się o wskazanie pozostałych kosztów nie stanowiących kosztów dokumentacji lub robót.

Odwołujący, pismem z dnia 29 maja 2018 r. przedstawił nowe zestawienie przedstawiające koszty ogólne, w tym m.in. koszty odpowiadające kwocie kosztów ogólnych przedstawionych w ofercie, tak jak w załączniku nr 3 wskazanym powyżej oraz dodatkowo koszty kadry zarządzającej i koszty dokumentacji projektowej, rezerwę finansową i wszystkie pozostałe koszty, inne niż koszty dokumentacji lub robót, zamieszczone w poz. III Roboty. Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że Odwołujący w poz. I.1 nie ujął wszystkich Kosztów ogólnych Wykonawcy. Wskazana w tych wyjaśnieniach wartość kosztów ogólnych, wynosi 14,34% Ogółem ceny netto, co stanowi znaczne przekroczenie limitu dopuszczonego przez Zamawiającego dla ww. pozycji.

Wskazać należy także w tym miejscu, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w postępowaniu przed Zamawiającym są niespójne, zawierają liczne sprzeczne ze sobą treści i wyliczenia, co wprost podważa wiarygodność i rzetelność składanych informacji, w tym również odnośnie sposobu kalkulacji ceny oferty.

Fakt, że Odwołujący zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe lub pierwszej faktury zaliczkowej środki, które nie zostały ujęte w cenie oferty stanowi potwierdzenie nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty, a w konsekwencji niedoszacowanie w zaoferowanej kwocie pełnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyraźnie wskazał w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r., że zamierza wykorzystać środki z własnych funduszy w kwocie 300.000,00 zł podanej w ofercie, a w wyjaśnieniach z dnia 29 maja 2017 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r., wskazał, że zamierza wykorzystać także inne środki, tj. z linii kredytowej, na pokrycie wydatków związanych z kosztem ustanowienia zaliczki, kosztem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które nie zostały ujęte w ofercie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego łącznej orientacyjnej długości dróg obsługujących przyległy teren (dojazdowe, serwisowe) (pkt 1.4.1.3.2 PFU), Odwołujący przyznał w odwołaniu, że w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu omyłkowo wskazał drogi stanowiące dojazd do budowy o długości 10 km, zamiast wymaganej przez Zamawiającego długości dróg obsługujących i serwisowych – 26.92 km oraz przedstawił

załącznik graficzny przedstawiający drogi dojazdowe do budowy, w odpowiedzi z dnia 12 kwietnia 2017 r. oraz 29 maja 2017 r. na wezwanie do wyjaśnień.

W ocenie Izby, nie sposób przyjąć, że Zamawiający nieprawidłowo sformułował pytanie o drogi obsługujące i serwisowe. Zamawiający wprost w treści wezwania posłużył się terminologią używaną w PFU. Jak sam Odwołujący podkreślał, jest profesjonalistą w branży robót budowlanych, posiada znaczne doświadczenie na rynku, zatem jako profesjonalny wykonawca powinien zdawać sobie sprawę z tego, że ponosi ryzyko udzielenia nieprawidłowych (nieprzekonujących) wyjaśnień, które nie potwierdzają zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Brak udzielenia pełnej i rzeczowej odpowiedzi, w tym udzielenie odpowiedzi, która dotyczy zupełnie innego zakresu robót, nie potwierdza zgodności oferty z SIWZ.

Biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, nie można uznać, że wykonawca wykazał, że uwzględnił w ofercie wymaganą długość dróg serwisowych i koszt ich wykonania, stosownie do wymagań PFU. Nieuwzględnienie tych kosztów jest jednym z elementów przedmiotu zamówienia, które nie zostały uwzględnione w ofercie, a tym samym w jej wycenie, co skutkowało w konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego klasy obiektów inżynierskich, Izba stwierdziła, że Odwołujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach faktycznie nie wyjaśnił dlaczego przyjął w ofercie niezgodną z wymaganiami SIWZ klasę B obciążenia obiektów inżynierskich PZDs-1/I (PZDs=1/II) oraz PZDd-2/I (PZDd-2/II), dla których zgodnie z PFU wymagana jest klasa A. Nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego w powyższym zakresie, odnośnie możliwości optymalizacji rozwiązań posadowienia oraz kosztów obiektów inżynierskich, założonej przez Odwołującego po wnikliwej analizie dokumentacji przetargowej oraz PFU i z zamiarem obniżenia kosztów Zamawiającego w ramach projektu, a jednocześnie bez zmniejszenia stabilności konstrukcji.

Odwołujący przyznał na rozprawie, że nieprawidłowo oznaczył jako B (zamiast A) klasę obciążenia ww. obiektów. Odwołujący nie wykazał jednak, że uwzględnił w ofercie koszty pozwalające na wykonanie tego elementu robót, zgodnie z wymaganiami PFU. Wykonawca przyznał, że nie uwzględnił zmiany wymagań Zamawiającego z dnia 10 lutego 2017 r. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że różnica wartości pomiędzy tymi obiektami w klasie A i B wynosi 150.000,00 zł, tj. około 0,055% ceny oferty, co miałyby dowodzić nieistotnego znaczenia tego elementu dla wyceny oferty oraz możliwości poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z 29 maja 2017 r., że bez dodatkowych badań geotechnicznych dokonał „analizy krytycznej” sposobu posadowienia opisanego w dokumentacji projektowej. W efekcie Odwołujący, począwszy od badań

w terenie oraz podanych parametrów gruntów, zbadał i zweryfikował możliwe systemy posadowienia dla prac i robót oraz obiektów, w funkcji interakcji grunt — konstrukcja, stosując klasyczne metody i wzory geotechniczne. Nadto, wyjaśnił, że przestrzegając norm i postanowień Kontraktu Głównego, założył ogólną optymalizację wymiarów obiektów (przęseł), co pozwala na zmniejszenie masy własnej konstrukcji z korzyścią dla posadowienia. Powyższe wyjaśnienia prowadzą do wniosku, że oferta Odwołującego jest w tym zakresie niezgodna z wymaganiami SIWZ, w rozumieniu art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu w przedmiocie konstrukcji nawierzchni drogi ekspresowej, Izba zważyła, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r. złożył jedynie ogólne oświadczenie, co do ujęcia w wycenie oferty konstrukcji nawierzchni określonej w PFU. Pismem z dnia 29 maja 2017 r. Odwołujący wskazał rodzaje warstw konstrukcyjnych nawierzchni drogi ekspresowej niezgodne z wymaganiami pkt 2.1.2.1. PFU. Sprzecznie powołał się na możliwość indywidualnego projektowania oraz przyjęcia konstrukcji do wyceny, zgodnie z Zarządzeniem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych.

Kalkulacja oferty w powyższym zakresie nie została sporządzona w sposób rzetelny. Formuła zaprojektuj i buduj nie oznacza dowolności wykonawcy, co do uwzględnienia bądź modyfikacji szczegółowych wymagań zawartych w PFU opisujących przedmiot zamówienia.

Jak wyjaśnił Zamawiający, indywidualne projektowanie nawierzchni drogi dotyczy jedynie 1 km drogi, zatem nie potwierdziła się teza Odwołującego, że Projektowanie Indywidualne polega na stosowaniu rozwiązań technologicznych powszechnie stosowanych w drogownictwie, ale nie ujętych w Katalogach Typowych Konstrukcji Nawierzchni, stanowiących załączniki do Zarządzeń Generalnego Dyrektora nr 30 i 31, jak również Zastosowanie innowacyjnych rozwiązań i materiałów. Projektowanie indywidualne konstrukcji nawierzchni dopuszcza się pod warunkiem zachowania grubości pakietu warstw konstrukcyjnych określonych w ww. Katalogach.

Zarzut dotyczący nazbyt szczegółowego sformułowania pytań przez Zamawiającego dotyczących wymiarów kruszyw w mieszankach nie jest uzasadniony na obecnym etapie. Odwołujący powinien wnieść odwołanie wobec treści wezwania do wyjaśnień, jeśli w jego ocenie wezwanie nie było sformułowane w sposób prawidłowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego przeniesienia kosztów opracowania Dokumentów Wykonawcy (poz. II Wykazu Płatności) do pozycji III. Roboty i w konsekwencji przygotowania oferty w sposób niezgodny z SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący w ofercie przekroczył narzucony w Wykazie Płatności limit 5% dla kosztów Dokumentów Wykonawcy. Koszty te wyliczone przez wykonawcę w oparciu o

własną kalkulację i wskazane w ofercie wynoszą 3.719.020,92 PLN, co daje 1,33 % Ogółem ceny netto (mniej niż 5 % limit). Wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia, że w świetle postanowień SIWZ, przy wyliczaniu wartości poszczególnych rodzajów kosztów, w tym pozycji Dokumenty Wykonawcy mógł swobodnie kalkulować koszty, zachowując jedynie formalny podział kwot, według narzuconych przez Zamawiającego limitów procentowych. Treść postanowień SIWZ w powyższym zakresie (Tom IV Opis sposobu obliczenia ceny, Wykaz Płatności) jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości. Zamawiający nie dopuścił możliwości „pomieszania” kosztów, wobec czego na podstawie wyjaśnień Odwołującego, miał prawo doliczyć do podanej w ofercie kwoty dla poz. II Wykazu Płatności, koszty dokumentacji, które nie zostały ujęte w tej pozycji.

Z powyższych względów, kwestia nieuprawnionego przeniesienia kosztów opracowania Dokumentów Wykonawcy (poz. II Wykazu Płatności) do pozycji III Roboty, stanowi podstawę stwierdzenia niezgodności z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokonanej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, która potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Odwołującego wyjaśnienia. Zamawiający nie odrzucił oferty ze względów jedynie arytmetycznych, co podnosił Odwołujący, lecz dokonał bardzo szczegółowego badania oferty w tym zakresie, ponawiając wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwsze złożone wyjaśnienia nie były wyczerpujące, w ocenie Zamawiającego.

Badanie wystąpienia rażąco niskiej ceny zostało oparte przez Zamawiającego na analizie istotnego zakresu robót, która wskazuje na niedoszacowanie kosztów tych robót w cenie oferty. Brak złożenia wyjaśnień wyczerpujących na ponowne wezwanie, w tym liczne sprzeczności w składanych wyjaśnieniach, błędy w przedstawionych kalkulacjach, pominięcia części kosztów, uprawniały Zamawiającego do negatywnej oceny oferty Odwołującego. Fakt, że cena oferty Odwołującego jest niższa o 16,3% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, nie zwalniał wykonawcy z obowiązku wykazania rzetelności kalkulacji oferty w przypadku zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazywał, że zestawienie asortymentu robót wraz z ich wyceną przedstawione przez Odwołującego w załączniku C1 do wyjaśnień z 12 kwietnia 2017 r. jest zbyt ogólne, nie obejmuje takich prac, jak roboty nawierzchniowe czy podbudowy, istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. W związku z tym, Zamawiający w kolejnym wezwaniu, z dnia 18 maja 2017 r., zwrócił się o przedstawienie kosztów poszczególnych asortymentów robót w tabelach zaproponowanych przez Zamawiającego, ze wskazaniem kosztu jednostkowego oraz w podziale na drogę ekspresową i pozostałe drogi, a także o wypełnienie w formie tabelarycznej warstw konstrukcji nawierzchni ujętych przez

wykonawcę w ofercie wraz z określeniem ich cen jednostkowych, szacunkowej ilości oraz wartości.

Odwołujący w piśmie z dnia 29.05.2017 r. przedstawił tabelę 20a zawierającą koszty robót oraz tabelę 20b zawierającą zestawienie warstw konstrukcyjnych nawierzchni. Jak wynika z porównania tych danych ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami, koszty tych robót zostały zaniżone, poprzez ujęcie w nich kosztów ogólnych i kosztów dokumentacji projektowej. Ponadto, przedstawione przez wykonawcę dane w tym punkcie, odnośnie warstw konstrukcyjnych nawierzchni drogi DK 19 przyjętych do wyceny oferty, są sprzeczne z wyjaśnieniami złożonymi w innym punkcie - dotyczącym konstrukcji nawierzchni oraz są niezgodne z wymaganiami opisanymi w pkt 2.1.2.1 PFU. Odwołujący podnosił w tym zakresie, że udzielanie dokładnych odpowiedzi w wymaganym podziale, jakiego wykonawca nie używał w swojej wycenie, jest trudne i łatwo o pomyłkę przy transponowaniu informacji.

W zaistniałych okolicznościach uprawnione jest zdaniem Izby stwierdzenie, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, których ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Izba nie podzieliła opinii Odwołującego, że badanie ceny oferty Zamawiający oparł na wyrwykowym jedynie zbadaniu fragmentu robót stanowiących nie więcej niż 25% całej ceny ofertowej. Przeprowadzone przez Zamawiającego badanie oferty w ustalonym stanie faktycznym stanowiło jednoznaczną podstawę do podjęcia decyzji o wystąpieniu przesłanki rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonym dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania i udowodnienia, że cena oferty została rzetelnie skalkulowana i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W tym przypadku Odwołujący tego obowiązku nie udźwignął.

W zakresie zarzutu, dotyczącego zamiaru użycia innych materiałów do wykonania gruntowych poboczy dróg, Odwołujący wyjaśnił w piśmie z dnia 12 kwietnia 2017 r., że zostaną one wykonane z materiałów wskazanych w pkt 1.4.1.3.1 PFU, który jak sam przyznał - nie zawiera żadnych danych dotyczących materiałów. Na ponowne wezwanie, wykonawca w piśmie z dnia 29 maja 2017 r. wyjaśnił, że pobocza gruntowe zostaną wykonane z materiałów spełniających wymagania WWIORB o grubości 15 cm, a szczegóły rozwiązania zostaną przedstawione na etapie opracowywania dokumentacji projektowej.

Zgodnie z pkt 1.4.1.3.2 PFU, gruntowe pobocza wszystkich dróg, w tym łącznic i odcinków przebudowywanych, remontowanych należy w górnej strefie umocnić warstwą

kruszywa stabilizowanego mechanicznie o grubości warstwy min. 20 cm, zgodnie z WWIORB D.06.03.01, a zatem wyjaśnienia Odwołującego są niezgodne z treścią SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można przyjąć, że ogólne oświadczenie wykonawcy może konwalidować błędne wyjaśnienia złożone w odniesieniu do kwestii szczegółowych. Składane przez wykonawcę wyjaśnienia są podstawą do oceny oferty i to wykonawca ponosi ryzyko nieudzielenia prawidłowych wyjaśnień i w konsekwencji odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu braku ujęcia w cenie oferty około 0,6 km remontu istniejącej drogi krajowej DK 19, należy podkreślić, że Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r. łączną długość remontów i przebudowy jako 847 m. Na ponowne wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 29 maja 2017 r. wyjaśnił niezgodnie z zapisami PFU, że odcinki remontu drogi wynoszą 2,427 km zaś przebudowywanych – 1,292 km, podczas gdy zgodnie z pkt 1.4 PFU odcinek drogi podlegający remontowi wynosi około 3 km.

Wskazać należy również, że dokładne wymagania PFU narzucają wykonawcy sposób wykonania danych robót, zatem wykonawca nie może według swojego uznania modyfikować i „optymalizować” przedmiotu zamówienia wbrew wymaganiom jasno określonym przez Zamawiającego w PFU. Prowadzi to bowiem do niezgodności przedmiotu oferty z wymaganiami SIWZ oraz do nieporównywalności złożonej oferty.

W zakresie zarzutu braku ujęcia w ofercie umocnienia stożków i skarp pod przęsłem przejść dla zwierząt, Izba ustaliła, że z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień złożonych w dniu 12 kwietnia 2017 r. wynika jasno, że wykonawca „uwzględnił w ofercie konieczność umocnienia stożków i skarp pod przęsłem obiektów inżynierii lądowej i wodnej (z wyłączeniem przejść dla zwierząt)”. Wykonawca zatem stwierdził wprost, że nie przewidział umocnienia stożków i skarp pod przęsłem przejść dla zwierząt. Jest to stwierdzenie, które nie wymaga dalszych wyjaśnień, ponieważ wprost wskazuje na nieuwzględnienie wymagań PFU.

W zakresie zarzutu braku uwzględnienia w ofercie wymaganego w PFU rodzaju umocnienia stożków i skarp pod przęsłem dla obiektów innych niż przejścia dla zwierząt, Izba uznała, że nie ma podstaw także w tym przypadku twierdzenie Odwołującego, że wykonawca ma prawo zoptymalizować projekt oraz uwzględnić pewne optymalizacje w swojej ofercie, a tym samym może nie uwzględnić wymagań jednoznacznie określonych w pkt 2.1.11.3 lit.n PFU. Treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r. potwierdza niezgodność treści oferty Odwołującego z ww. wymaganiami.

W świetle przedstawionych i rozpoznanych powyżej zarzutów, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób uprawniony odrzucił ofertę Odwołującego także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny oraz dotyczy sfery niezgodności zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie z wymaganiami SIWZ, a także polega na

sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, co w konsekwencji skutkuje nieporównywalną tej oferty w postępowaniu. Liczne wzajemne niezgodności składanych wyjaśnień, sprzeczności wyjaśnień składanych na kolejne wezwania, potwierdzają, że treść oferty nie jest jednoznaczna w odniesieniu do wymagań SIWZ oraz nie uwzględnia wszystkich elementów kosztowo-twórczych.

Nie sposób uznać, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego mogą stanowić na etapie oceny ofert jedynie wstępną informację, jak twierdził Odwołujący. Wykonawca w wyjaśnieniach musi bowiem wykazać zgodność treści oferty z treścią SIWZ, nie pozostawiając żadnych wątpliwości, gdyż ponosi ryzyko, że w przypadku niewykazania tej zgodności jego oferta zostanie odrzucona. Jak słusznie zauważył Zamawiający, realizowanie zamówienia w formule zaprojektuj i buduj nie oznacza, że wykonawca posiada pełną dowolność w przyjmowaniu rozwiązań projektowych. Ta swoboda, na którą Odwołujący powołuje się w podnoszonych zarzutach jest ograniczona wymaganiami zawartymi w treści SIWZ, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – w Programie funkcjonalno-użytkowym, opracowanym zgodnie z wytycznymi zawartymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2013, poz.1129).

W ocenie Izby, Zamawiający rzetelnie przeprowadził badanie oferty Odwołującego, dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie złożył wyjaśnień spójnych, rzetelnych i przekonujących, a tym samym dokonana ocena tych wyjaśnień musiała prowadzić do stwierdzenia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Stwierdzone przez Zamawiającego niedoszacowanie oferty Odwołującego w zakresie robót nieujętych w ofercie wynosi około 6 630.600 PLN netto, co stanowi istotną wartość w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, która miała wpływ niewątpliwie na zaniżony poziom ceny tej oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz brak wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał, że odpowiedzi udzielane na podobnym poziomie szczegółowości na te same pytania zadane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 kwietnia 2017 r. były ocenione przez Zamawiającego w różny sposób w przypadku różnych wykonawców. Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek przykładu na zasadność powyższej tezy. Odwołujący sformułował wniosek dowodowy w tym zakresie w sposób

nieskonkretyzowany i bardzo ogólny, wskazując jedynie na „poszczególne pisma w aktach Postępowania”, co nie prowadzi do ustalenia dodatkowych okoliczności w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum S. oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

W ustalonym stanie faktycznym wskazać należy, że w sytuacji, gdy potwierdziły się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego nie podlega ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać wybrana przez Zamawiającego oferta złożona przez Konsorcjum S.. Powyższa decyzja Zamawiającego nie narusza zatem dyspozycji art. 91 ust 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

.....