

WYROK

z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Wojciechowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg**

Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi:
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę
3.860 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy ośmiuset sześćdziesięciu złotych zero
groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (w imieniu którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie), zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „projekt i budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 grudnia 2020 r., nr 2020/S 237- 582004.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 12 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez wadliwą, wybiórczą i oderwaną od treści wezwań skierowanych do niego przez Zamawiającego interpretację wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
a w konsekwencji;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty oraz powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający niesłusznie odrzucił jego ofertę.

Co do zarzucanej przez zamawiającego niezgodności swej oferty z pkt. 2.1.16.1.1 PFU odwołujący podniósł, że w Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

Zamawiający prosi o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, wysokości (skrajnia drogowa, skrajnia kolejowa, wysokość przejść ekologicznych dołem), szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu i kosztu posadowienia obiektu. W której pozycji przedłożonego rozбивienia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały ujęte koszty posadowienia obiektów.

Zamawiający prosi, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.

Odwołujący podniósł, że zdaniem Zamawiającego, udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie, Odwołujący wskazał na niezgodny z pkt. 2.1.16.1.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego („PFU”) rodzaj konstrukcji obiektu inżynierskiego. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty, Zamawiający miał wymagać, aby obiekty wieloprzęsłowe projektować o schemacie statycznym belki ciągłej, natomiast Odwołujący miał przyjąć *(zastrzeżenie tajemnicy)*.

Po pierwsze, odwołujący wskazał, że rozwiązanie oferowane przez niego jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego - zastosowano schemat statyczny obiektów wieloprzęsłowych w formie belki ciągłej. Odwołujący podkreślał, że przywołane przez Zamawiającego postanowienie 2.1.16.1.1 PFU nie wyklucza uwzględnienia *(zastrzeżenie tajemnicy)*. Jedyne obostrzenie, które narzucił w treści PFU Zamawiający w odniesieniu do obiektów wieloprzęsłowych brzmi następująco:

2) obiekty wieloprzęsłowe należy projektować o schemacie statycznym belki ciągłej.

Odwołujący argumentował, że zaoferował rozwiązanie zgodne z tym oczekiwaniem. Wskazał, że obiekty wieloprzęsłowe mogą być konstruowane przy zastosowaniu schematu:

- a) belki ciągłej, lub
- b) belki przegubowej, lub
- c) zestawu przęseł wolnopodpartych.

Różnicę pomiędzy tymi rozwiązaniami zaprezentował na rysunku załączonym do odwołania.

Zdaniem odwołującego, oczekiwanie Zamawiającego, wyrażone w pkt. 2.1.16.1.1 PFU, ogranicza się zatem do belki ciągłej i nie dopuszcza belki przegubowej lub zestawu belek wolnopodpartych. Odwołujący argumentował, że belka ciągła jest pomostem (ustrój nośny), która cechuje się charakterem ciągłym (bezprzegubowym) na całej swojej długości. *(zastrzeżenie tajemnicy)*.

Zdaniem odwołującego, zastosowanie zaoferowanego rozwiązania nie oznacza, iż konstrukcja mostu nie będzie oparta o schemat belki ciągłej. A zatem stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie rozwiązania w postaci belki ciągłej, jest zdaniem odwołującego nieuzasadnione.

Po drugie odwołujący argumentował, że fakt, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie nie stoi w sprzeczności z oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie wymogu z pkt. 2.1.16.1.1 PFU wynika nie tylko z tego postanowienia (w którym Zamawiający nie wykluczył – *zastrzeżenie tajemnicy*), ale wprost wynika z innego postanowienia PFU. Wskazał, że w postanowieniu 2.1.16.2.3 PFU, odnoszącym się do konstrukcji nośnej przęseł, Zamawiający wskazał:

2.1.16.2.3 Konstrukcja nośna przęseł - wymagania szczegółowe

- 1) *Minimalne grubości monolitycznych płyt pomostów powinny wynosić:*
 - a) *24 cm dla obiektów drogowych,*
 - b) *30 cm dla obiektów kolejowych,*
 - c) *21 cm dla obiektów dla pieszych.*
- 2) *Ustroje nośne wieloprzęsłowe należy projektować jako konstrukcje ciągłe bezprzegubowe, oparte na podporach na 1 rzędzie łożysk lub jako ramownice.*
- 3) *Konstrukcje belkowe należy projektować z poprzecznkami podporowymi umożliwiającymi rektyfikację i wymianę łożysk.*

Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że (... *zastrzeżenie tajemnicy*) było jednym z dwóch wprost wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań.

Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego, iż niedopuszczenie rozwiązania zaoferowanego przez niego jest uzasadnione w świetle wiedzy technicznej, jest błędne. Zamawiający stwierdza, że przemawiać mają za tym „problemy eksploatacyjne” (zarysowania rygli). Odwołujący podkreślał, że zarysowania rygli w zaoferowanym rozwiązaniu mogą wystąpić jedynie przy wadliwie wykonanym lub zaprojektowanym obiekcie. Wskazał, że zaoferowane rozwiązania są z powodzeniem stosowane w obiektach mostowych na całym świecie. W realizowanych w Polsce inwestycjach drogowych są one najczęściej stosowanym sposobem wykonywania obiektów z uwagi na niski koszt utrzymaniowy i szybki czas realizacji (brak łożysk w podporach pośrednich, możliwość prefabrykacji belek). Co więcej, rozwiązanie to z powodzeniem stosowane jest przy licznych inwestycjach prowadzonych przez GDDKiA. Gdyby zatem prawdą było, że sporne rozwiązania generują istotne problemy eksploatacyjne, to należałoby zadać pytanie o racjonalność wydatkowania środków publicznych przez GDDKiA w tych inwestycjach, w których tego typu rozwiązania są stosowane.

Co do drugiej podstawy odrzucenia swej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący argumentował, że okoliczności tej dotyczy przywołane przez Zamawiającego pytanie nr 57 (część C Wykaz płatności poz. III Roboty) z Wezwania 1. Zamawiający zapytał: „Czy wykonawca założył w ofercie kolizję drogi DW17 z wysypiskiem śmieci? Jaką ilość śmieci Wykonawca założył do utylizacji, oraz gdzie będą utylizowane

(dokładny adres). W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte". (zastrzeżenie tajemnicy).

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający stwierdził, że *(zastrzeżenie tajemnicy)*. Skoro tak, to rodzi się pytanie dlaczego Zamawiający (i) otrzymawszy jednoznaczną informację, iż oferta Odwołującego *(zastrzeżenie tajemnicy)*, (ii) mając świadomość braku możliwości zmiany oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zdecydował się na prowadzenie dalszej korespondencji w tym zakresie. Jeśli bowiem oferta Odwołującego jest niezgodna z uwagi na *(zastrzeżenie tajemnicy)*, to powinna zostać odrzucona już po udzieleniu przez Odwołującego Wyjaśnień 1. Zdaniem odwołującego, skierowanie do niego kolejnego pytania odnośnie wyjaśnionego już zagadnienia, odczytywać należy jako działanie niekonsekwentne i zaprzeczające tezie o rzekomej, znajdującej oparcie w PFU, niezgodności rozwiązania oferowanego przez niego z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w Wezwaniu 2 Zamawiający skierował do niego kolejne pytanie (nr 11). W treści tego pytania Zamawiający nie odniósł się do jego deklaracji o *(zastrzeżenie tajemnicy)*. Wskazuje na możliwość nie uzyskania odstępstwa i konieczności wykonania zamówienia zgodnie z Koncepcją Programową, prosząc o przytoczenie kosztów realizacji inwestycji w takim wariantcie. *(zastrzeżenie tajemnicy)*.

Odwołujący argumentował, że treść tego pytania sugeruje jednoznacznie, że (i) obrane przez niego rozwiązanie generuje konieczność uzyskania odstępstwa, natomiast (ii) realizacja zamówienia zgodnie z Koncepcją Programową (tj. *zastrzeżenie tajemnicy*) powoduje, że uzyskanie takiego odstępstwa nie będzie konieczne. Zdaniem odwołującego jest to teza nieprawdziwa, na co zwracał uwagę już w Wyjaśnieniach 2.

Zdaniem odwołującego, umiejscowienie skrzyżowania dróg DW17 oraz DW11 z ulicą Pilską w sposób zaprezentowany w Koncepcji Programowej generuje konieczność uzyskania odstępstwa (wbrew sugestii Zamawiającego). Jak wynika bowiem z Koncepcji Programowej, skrzyżowanie zaprojektowane zostało w odległości ok 265 m od ronda na ul. Pilskiej. Tymczasem, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (§ 9 ust. 1 pkt. 4) minimalne wymaganie w tym zakresie wynosi 600 m. A zatem teoria, zgodnie z którą wadliwość stanowiska Odwołującego sprowadzać ma się do tego, że *(zastrzeżenia tajemnicy)* generuje (nieistniejącą wcześniej) konieczność uzyskiwania odstępstw, jest nieuzasadniona.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający nie odnosi się w żaden sposób do tego argumentu, stwierdza natomiast, że wymóg uwzględnienia *(zastrzeżenie tajemnicy)* wynika z PFU. Jako argument mający przemawiać za tą koncepcją

Zamawiający wskazuje pkt 1.1.1 ppkt 28 PFU. Odwołujący podkreślał jednak, że nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że postanowienie to formułuje obowiązek uwzględnienia (*zastrzeżenie tajemnicy*) w ofertach wykonawców.

Odwołujący argumentował, że inwestycja realizowana ma być w formule „Zaprojektuj i wybuduj” (żółty FIDIC). Zdaniem odwołującego, konsekwencją wybranej przez Zamawiającego formuły realizacji zamówienia jest, wynikający z art. 31 ust. 2 Pzp, obowiązek w postaci opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego.

Zdaniem odwołującego, celem PFU nie jest zastąpienie dokumentacji projektowej. Ta bowiem opracowana zostanie przez wykonawcę na etapie realizacji umowy. Konstatacja ta w istotny sposób wpływa na prawa i obowiązki wykonawców. Już bowiem z ogólnego charakteru formuły „Zaprojektuj i wybuduj” wywieść należy, że wykonawcy mają prawo do uwzględnienia w swoich założeniach takiego sposobu realizacji zamówienia, który, nie naruszając bezwzględnie obowiązujących postanowień PFU, pozwoli zrealizować zamówienie w optymalny sposób.

Według odwołującego, PFU, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie formułuje obowiązku w postaci uwzględnienia w ofercie (*zastrzeżenie tajemnicy*). Założenie (*zastrzeżenia tajemnicy*) zaczerpnięto z Koncepcji Programowej dla niniejszego zadania (m. in. na rysunkach 1.3.5 oraz 2.8.1). Jednakże Koncepcja ta nie ma charakteru wiążącego. Zamawiający wskazał w treści PFU (pkt 1.2), które dokumenty mają wiążący charakter, wśród dokumentów tam wymienionych nie ma Koncepcji Programowej. Co więcej, w tym samym punkcie PFU Zamawiający stwierdza: „*Podstawą dla docelowych rozwiązań projektowych jest udostępniona koncepcja programowa dla zadania „Budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”*”. A zatem Zamawiający poprzez:

- a) brak wymienienia Koncepcji Programowej wśród dokumentów wiążących, oraz
- b) jednoznaczne wskazanie, że dokument ten ma być podstawą dla dalszych (docelowych) rozwiązań.

Zdaniem odwołującego, potwierdzeniem takiego charakteru Koncepcji Programowej jest szereg postanowień PFU, które wprost referują do tego dokumentu, np. tabela nr 1.1 (str. 22), gdzie kilometrą obiektów inżynierskich został wskazany jako „kilometrą orientacyjny wg Koncepcji programowej”. Zdaniem odwołującego, przywołane przez zamawiającego postanowienia (*zastrzeżenie tajemnicy*), które w swojej treści nawiązują do założenia wynikającego z Koncepcji Programowej, uznać należy za mające zastosowanie jedynie w sytuacji, w której rzeczywiście dojdzie do (*zastrzeżenie tajemnicy*). W przeciwnym razie obowiązek ten nie zaistnieje.

Odwołujący wywiódł także, że nie kwestionuje konieczności uwzględnienia w treści oferty parametrów, o których mowa w pkt. 1.1.3.2 PFU. Zgodnie bowiem z pkt. 1.1.2 PFU, w przypadku modyfikacji projektowych skutkujących zmianą parametrów, o których mowa w pkt 1.1.3, zastosowanie znajdują Warunki Kontraktu. Oznacza to, że zmiany w tym zakresie dopuszczalne będą po zawarciu umowy. Odwołujący podkreślał jednak, że nie twierdził i nie twierdzi, że *(zastrzeżenie tajemnicy)* spowoduje rzeczoną zmianę parametrów. Co więcej – wprost potwierdził to w Wyjaśnieniach 2, wskazując na zachowanie wymagań wynikających z PFU. Odwołujący wskazał, że wywód Zamawiającego w tym zakresie nie spełnia wymogów odnoszących się do uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Zamawiający ogranicza się bowiem do przywołania postanowienia pkt. 1.1.3.2 PFU, nie wskazuje jednak, ani dlaczego uważa, że oferta Odwołującego nie przewiduje dochowania tego postanowienia, ani które wymogi mają zostać (rzekomo) niedochowane.

Zdaniem odwołującego z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku przywołanych przez Zamawiającego porozumień z samorządami. Wobec braku jakiegokolwiek uszczegółowienia informacji w tym zakresie, odwołujący oświadczał, że jego oferta nie przewiduje, że którekolwiek z postanowień tych porozumień nie zostanie dochowane.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że szczegółowe rozwiązania projektowe opracowane zostaną na etapie realizacji inwestycji. Tytułem przykładu wskazać należy chociażby na pkt 1.2.3.1 ppkt 12 PFU, gdzie Zamawiający stwierdza wprost, że *„w celu opracowania rozwiązań projektowych dla innych dróg przewidzianych przez Zamawiającego do przebudowy w ramach niniejszego zadania, należy podjąć współpracę z zarządcami tych dróg”*. Z kolei w odniesieniu do konstrukcji nawierzchni Zamawiający wprost wskazuje, że należy ją wykonać zgodnie z przywołanym postanowieniem PFU.

Do analogicznych wniosków prowadzą odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w trakcie postępowania. Dnia 31 grudnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 93, które dotyczyło początków i końców dróg obsługujących (wykonawca prosił o potwierdzenie, że zakres prac obejmował wyłącznie elementy wymienione w dokumentacji). Odwołujący argumentował, że Zamawiający potwierdzał zakres prac, który powinien zostać wykonany przez wybranego wykonawcę, jednocześnie w sposób jednoznaczny wskazywał, że to na etapie prac nad dokumentacją projektową (projekt budowlany i wykonawczy) ustalone zostaną ostateczne rozwiązania. Gdyby Zamawiający wykazał się konsekwencją i analogiczne stanowisko przyjął w odniesieniu do wyjaśnień udzielanych przez niego, jego oferta nie zostałaby odrzucona.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający miał świadomość, że rozwiązania projektowe w

zakresie dróg będą szczegółowo opracowywane na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej. Wykonawcy mieli zatem swobodę w uwzględnieniu w swojej ofercie takich rozwiązań, które:

- a) nie ingerują w bezwzględnie wiążące postanowienia PFU;
- b) nie wymuszają podejmowania czynności administracyjnych nieprzewidzianych w dokumentacji Postępowania (np. zmiana decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych).

Zatem rozwiązania zgodne z tymi wymogami mogły zostać przyjęte przez wykonawców na etapie opracowywania oferty. Poczynienie odmiennych założeń na tym etapie nie czyni ofert nieporównywalnymi tak długo, jak założenia te nie naruszają wskazanych powyżej reguł.

Zdaniem odwołującego, skoro:

- a) przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnica Szczecinka;
- b) przedmiotem zamówienia nie jest (*zastrzeżenie tajemnicy*);
- c) Odwołujący planuje wykonać budowę drogi zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego, zgodnie z dokumentacją Postępowania, to upieranie się przez Zamawiającego, iż (*zastrzeżenie tajemnicy*) jest działaniem pozbawionym logiki.

Według odwołującego, zamawiający dopuszcza się nadinterpretacji sporządzonej przez siebie SIWZ (w szczególności w odniesieniu do jej części – PFU). Z sytuacją taką mamy do czynienia zarówno w odniesieniu do:

- a) konstrukcji obiektów mostowych, gdzie Zamawiający na obecnym etapie wprowadza dodatkowe obostrzenie (*zastrzeżenie tajemnicy*), które nie tylko nie zostało ujęte w PFU, ale i wprost zostało przez ten dokument dopuszczone, jak i
- b) wymogów w zakresie (*zastrzeżenie tajemnicy*) śmieci, której uwzględnienie, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie było obowiązkiem wykonawców składających ofertę w Postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, obowiązkiem zamawiającego, jako autora dokumentacji postępowania, jest wykładanie tej dokumentacji w sposób literalny, a ponadto, w sposób przychylny dla wykonawcy. Według odwołującego, jedynie poprzez literalne i ściśle egzekwowanie katalogu wymagań sformułowanych w specyfikacji zamawiający jest w stanie zagwarantować, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zachowane zostaną reguły, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zdaniem Zamawiającego na kilka pytań Odwołujący udzielił odpowiedzi niepełnej.

W odniesieniu do pytania nr 5 (dot. części B Wykazu Płatności: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”), zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie podał szczegółowych cen jednostkowych. Według odwołującego, przedstawił Zamawiającemu wszelkie wymagane informacje.

Odwołujący argumentował, że w Wezwaniu 1 Zamawiający nie prosił o wskazanie cen jednostkowych, lecz wysokości kosztów:

5. Czy w cenie ofertowej Wykonawca przewidział wykonanie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem oraz budowę SZR zgodnie z opracowaną przez siebie i uzgodnioną z Zamawiającym Koncepcją, w tym elementów SZR zlokalizowanych poza odcinkiem objętym Kontraktem, niezbędnych do właściwego funkcjonowania systemu (np. połączenie z SZR z S-11)? W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

Odwołujący wskazał, że w Wyjaśnieniach 1 odpowiedział:

(zastrzeżenie tajemnicy)

W Wezwaniu 2 Zamawiający zażądał wskazania cen jednostkowych (nie doprecyzowując w żaden sposób swojego wezwania):

3. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 5 (B. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych. W Wyjaśnieniach 2 Odwołujący odpowiedział: *(zastrzeżenie tajemnicy)*.

Zdaniem odwołującego, przedstawił żądaną informację. Argumentował, że zamawiający nigdy nie wzywał do rozbitcia kwoty z analizowanej pozycji do określonego (narzuconego) poziomu szczegółowości. Jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat cen jednostkowych według zdefiniowanego poziomu szczegółowości, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do odwołującego.

W odniesieniu do pytania nr 16 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał szczegółowych informacji, „które pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczną analizę np. wskazując cenę jednostkową za wzmocnienie podłoża nie dzieląc na rodzaje wzmocnień oraz podając wykonanie dróg technologicznych jako komplet”.

Odwołujący argumentował, że przedstawił Zamawiającemu wszelkie wymagane informacje. W Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

16. Jaki założono całkowity koszt netto robót ziemnych (z uwzględnieniem zdjęcia warstwy humusu z przymowaniem/odwozem na odkład, wymian gruntu, wzmocnień podłoża, wzmocnienia skarp wykopów i nasypów, wywozu materiałów nieprzydatnych i ich utylizacji,

budowy nasypu z materiału pochodzącego z wykopu/dokopu, uszlachetnienia materiałów do budowy nasypów, wykopu do wbudowania na nasyp/wywiezienia na odkład, itd.)? Zamawiający prosi o rozbicie całkowitego kosztu netto robót ziemnych na poszczególne asortymenty robót oraz pokazanie ich w przedłożonym rozbiću ceny, o którym mowa w pkt II.

Zdaniem odwołującego, z przywołanego pytania wynika, że Zamawiający zażądał:

- a) rozbicia całkowitego kosztu robót ziemnych na poszczególne asortymenty;
- b) pokazania ich w przedłożonym rozbiću ceny, o którym mowa w pkt II.

Odwołujący podniósł, że w Wyjaśnieniach 1 odpowiedział:

(zastrzeżenie tajemnicy...)

Według odwołującego, wyodrębnił on poszczególne asortymenty robót ziemnych (zdjęcie warstwy humus wraz z hałdowaniem, wykopy, nasypy, wzmocnienie podłoża wraz z wymianami gruntu). Ponadto spełnione zostało również drugie z wymagań Zamawiającego, przedstawione zostało jak koszty te zostały wyodrębnione w rozbiću ceny.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający nigdy nie wzywał go do wykazania cen za wzmocnienie podłoża (z podziałem na rodzaje wzmocnień oraz z wyodrębnieniem dróg technologicznych). Jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat tych elementów, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do niego.

W odniesieniu do pytania nr 18 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał szczegółowych informacji, „które pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczną analizę np. wskazując cenę jednostkową za wzmocnienie podłoża nie dzieląc na rodzaje wzmocnień oraz podając wykonanie dróg technologicznych jako komplet”.

Zdaniem odwołującego, przedstawił on Zamawiającemu wszelkie wymagane informacje. W Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

18. Z jakich materiałów Wykonawca zamierza wykonać nasypy obwodnicy (z wykopu/z dokopu)? Proszę o podanie technologii wznoszenia nasypów. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbiću ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

Zamawiający poprosił zatem o:

- a) przedstawienie kosztów wykonania nasypów obwodnicy;
- b) wskazanie pozycji z rozbiću ceny, w której koszty te zostały ujęte.

W Wyjaśnieniach 1 Odwołujący odpowiedział:

(zastrzeżenie tajemnicy)

Odwołujący uważał, wbrew stanowisku Zamawiającego, że przedstawił żądane informacje. Zamawiający nigdy nie wzywał do wykazania cen za wzmocnienie podłoża (z podziałem na rodzaje wzmocnień oraz z wyodrębnieniem dróg technologicznych). Zdaniem odwołującego, jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat tych elementów, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do niego.

W odniesieniu do pytania nr 17 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał szczegółowych informacji, „które pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczną analizę np. wskazując cenę jednostkową za wzmocnienie podłoża nie dzieląc na rodzaje wzmocnień oraz podając wykonanie dróg technologicznych jako komplet”.

Zdaniem Odwołującego przedstawił Zamawiającemu wszelkie wymagane informacje. W Wezwaniu 2 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

7. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 16 i 18 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał, że w Wyjaśnieniach 2 odpowiedział:

Wykonawca przedstawia w tabeli poniżej przyjęte ceny jednostkowe:

(zastrzeżenie tajemnicy)

Zdaniem odwołującego, Zamawiający nigdy nie wzywał go do wykazania cen za wzmocnienie podłoża (z podziałem na rodzaje wzmocnień oraz z wyodrębnieniem dróg technologicznych). Jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat tych elementów, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do niego.

W odniesieniu do pytania nr 57 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), Zamawiający wskazuje na (zastrzeżenie tajemnicy). Odwołujący wywiódł, że do tej okoliczności odniósł się we wcześniejszej części odwołania.

W odniesieniu do pytania nr 60 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie podał cen jednostkowych za materiały i roboty.

Odwołujący podniósł, że w Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

60. Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie budowę kanału technologicznego? Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

Zdaniem odwołującego, zamawiający wezwał zatem go do:

- a) wskazania wysokości kosztów z tytułu budowy kanału technologicznego;
- b) wskazania pozycji z rozбивa ceny, w której koszty te zostały ujęte.

W Wyjaśnieniach 1 Odwołujący odpowiedział: *(zastrzeżenie tajemnicy)*

Zdaniem odwołującego, odniósł się zatem do obu wątpliwości Zamawiającego (wskazał wysokość kosztów oraz przywołał pozycję z rozбивa ceny).

W Wezwaniu 2 Zamawiający sformułował pytanie:

12. *W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 60 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.*

W Wyjaśnieniach 2 Odwołujący odpowiedział:
(zastrzeżenie tajemnicy)

Zdaniem odwołującego, udzielił zatem odpowiedzi zgodnej z żądaniem Zamawiającego (przedstawił ceny jednostkowe). Zamawiający nigdy nie wzywał go do wykazania cen jednostkowych w rozбивu na materiały i roboty. Jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat tych elementów, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do niego.

W odniesieniu do pytania nr 62 (dot. części C Wykazu Płatności: poz. III „Roboty”), Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie podał cen jednostkowych za materiały i roboty. Odwołujący argumentował, że w Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował następujące pytanie:

62. *Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie bramownic i konstrukcji wsporczych. Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozбивa ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wezwał zatem go do:

- a) wskazania wysokości kosztów z tytułu bramownic i konstrukcji wsporczych;
- b) wskazania pozycji z rozбивa ceny, w której koszty te zostały ujęte.

W Wyjaśnieniach 1 Odwołujący odpowiedział:
(zastrzeżenie tajemnicy)

Zdaniem odwołującego, odniósł się zatem do obu wątpliwości Zamawiającego (przywołał pozycję z rozбивa ceny, w której ujęte zostały koszty, o której pytał Zamawiający).

W Wezwaniu 2 Zamawiający sformułował pytanie:

13. *W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 62 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.*

W Wyjaśnieniach 2 Odwołujący odpowiedział:
(zastrzeżenie tajemnicy)

Odwołujący wskazał, że udzielił zatem odpowiedzi zgodnej z żądaniem Zamawiającego (przedstawił ceny jednostkowe). Zamawiający nigdy nie wzywał do wykazania cen jednostkowych w rozbiciu na materiały i roboty. Jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat tych elementów, to elementarnym obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie tej okoliczności w treści wezwania kierowanego do niego.

Odwołujący podniósł, że na wykonawcy, udzielającym odpowiedzi na wezwanie „gospodarza postępowania”, spoczywa obowiązek udzielania odpowiedzi precyzyjnych i odnoszących się do pytań, tak Zamawiający zobligowany jest do formułowania pytań jednoznacznie wskazujących na jego oczekiwania. Za zupełnie niezrozumiałe uznać należy odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rzekomych braków w wyjaśnieniach, w sytuacji, gdy wezwanie do złożenia wyjaśnień nie wskazuje na wolę zamawiającego w otrzymaniu konkretnych informacji. Zdaniem odwołującego, czynność odrzucenia oferty jest (obok wykluczenia wykonawcy z postępowania) czynnością najdalej ingerującą w prawa każdego wykonawcy. Podjęcie zatem tak radykalnej decyzji możliwe jest jedynie w przypadku braku jakichkolwiek wątpliwości w zakresie ocenianych aspektów.

Odwołujący argumentował, że konsekwentnie udzielał Zamawiającemu rzetelnych informacji (szanując Jego prawo do zadawania nawet tych pytań, które trudno uzasadnić z uwagi na formułę Postępowania czy zakres opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej). W toku Postępowania Zamawiający zadał mu ponad 100 pytań. Znamienne jest, że pomimo tak bogatego materiału, jakim dysponował Zamawiający, jedyne argumenty, które przeciwko jego cenie ofertowej był w stanie sformułować Zamawiający, oparte są na oczekiwaniach, które nigdy nie zostały wyartykułowane. Odwołujący argumentował też, że na etapie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający zobligowany jest do szczegółowego wykazania, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą zostać uznane za wystarczające.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **Budimex S.A. w Warszawie**. Złożył pismo procesowe, w

którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół z szacowania wartości zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwania zamawiającego skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 31 marca 2021 r., załączniki do pisma procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 2) *jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,*
- 4) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 90 ustawy Pzp stanowi, że

1. *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o*

udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 12 kwietnia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20.

Ustalono ponadto, że w postanowieniu 2.1.16.1.1. programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) - *Wymagania dotyczące schematów statycznych obiektów mostowych*, Zamawiający wskazał:

- 1) wymaga się, aby obiekty jednoprzęsłowe projektowane były o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej lub ramownicowym;
- 2) obiekty wieloprzęsłowe należy projektować o schemacie statycznym belki ciągłej.
- 3) uciąglenie ustrojów wieloprzęsłowych powinno być projektowane jako pełne. Nie dopuszcza się projektowania uciąglenia tzw. pozornego, tj. tylko poprzez płytę pomostową,
- 4) nie dopuszcza się stosowania konstrukcji wstęgowych,
- 5) nie dopuszcza się schematu statycznego obiektu z przegubami w przęśle,
- 6) obiekty mostowe zintegrowane powinny mieć długość mniejszą lub równą 50 m,
- 7) obiekty o konstrukcji gruntowo-powłokowej powinny być projektowane o schemacie statycznym łukowym lub ramownicowym. Obiekty o konstrukcji gruntowo-powłokowej, zlokalizowane w ciągu obwodnicy, należy zaprojektować jako jednoprzęsłowe (jednootworowe).

Ustalono także, że w postanowieniu 2.1.16.2.3 programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) - *Konstrukcja nośna przęseł - wymagania szczegółowe*, Zamawiający wskazał:

2.1.16.2.3 Konstrukcja nośna przęseł - wymagania szczegółowe

- 1) *Minimalne grubości monolitycznych płyt pomostów powinny wynosić:*
 - a) *24 cm dla obiektów drogowych,*
 - b) *30 cm dla obiektów kolejowych,*
 - c) *21 cm dla obiektów dla pieszych.*
- 2) *Ustroje nośne wieloprzęsłowe należy projektować jako konstrukcje ciągłe bezprzegubowe, oparte na podporach na 1 rzędzie łożysk lub jako ramownice.*
- 3) *Konstrukcje belkowe należy projektować z poprzecznkami podporowymi umożliwiającymi rektyfikację i wymianę łożysk.*

Ustalono ponadto, że w postanowieniu programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) pkt 1.1.1. - *Charakterystyczne parametry określające zakres Robót* - Zamawiający wskazał, że: *Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:*

- 28) *w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać dla drogi DW17 od km 1+713 do km 1+773 wzmocnienie podłoża gruntowego na obszarze dawnego wysypiska śmieci w rejonie ul. Piłskiej w Szczecinku,*

29) w zakresie likwidacji składowisk odpadów będących w kolizji z planowanym przedsięwzięciem Wykonawca zobowiązany jest do:

- wykonania w terenie wstępnej inwentaryzacji składowisk odpadów w tym tzw. mogilników znajdujących się w kolizji z planowanym przedsięwzięciem na etapie projektowania,
- sporządzenia procedury likwidacji składowisk odpadów na etapie projektowania,
- wykonania zabezpieczenia terenu na czas likwidacji zarówno przeciw przenikaniu zanieczyszczeń do środowiska, jak również przed dostępem osób trzecich,
- wykonania oczyszczenia terenu, odkrywek pozwalających na jednoznaczna lokalizację i zakres likwidacji składowiska na etapie robót przygotowawczych,
- zapewnienie kadry oraz sprzętu, środków ochrony, itp. w celu zabezpieczenia terenu, wydobycia, załadunku i wywozu materiałów niebezpiecznych (np. substancje chemiczne) poza teren budowy,
- wykonania likwidacji składowisk odpadów niebezpiecznych jak np. mogilniki wraz z wywiezieniem ich poza teren budowy wraz z ich utylizacją.

Ustalono również, że w PFU zamawiający dodatkowo wskazał:

1.2 Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia

Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego:

- 1) prognozy ruchu - uzgodnionej przez właściwy Departament GDDKiA pismem nr DSS.WSD-ZI-ZMR.4084.75.2020.AN z dnia 14.07.2020r.,
- 2) wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w:
 - Dokumentacji geologiczno – inżynierskiej dla określenia warunków geologiczno – inżynierskich na potrzeby projektowanej drogi DK 20, zadania pn.: „Projekt i budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”,
 - Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne w związku z zamierzonym wykonaniem przedsięwzięcia mogącego potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko na potrzeby projektowanej drogi DK 20, zadania pn.: „Projekt i budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”,
 - Dokumentacja badań podłoża gruntowego określająca warunki gruntowo – wodne dla potrzeb projektowanej drogi DK 20, pn.: „Projekt i budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”,

- 3) decyzji nr 19/2012 Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 30.10.2012 znak: WST-K.4200.3.2010.ML.24 (DŚU) z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko,
- 4) wyników Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR),
- 5) decyzji/opinii Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków,
- 6) raportu oceny oddziaływania na środowisko,
- 7) informacja o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień zawartych w poniższej tabeli.

Podstawą dla docelowych rozwiązań projektowych jest udostępniona koncepcja programowa dla zadania „Budowa obwodnicy miejscowości Szczecinek w ciągu drogi krajowej nr 20”

Tabela nr 1.6. Informacja o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień np. z samorządami lub uzgodnień z gestorami sieci.

Z uwagi na różne terminy i szczegółowość opracowania powyższych dokumentów wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach.

W dalszej kolejności ustalono, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 135.292.787,14 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- a) odwołujący – cena: 89.697.154,29 zł brutto,
 - b) przystępujący Budimex S.A. - cena: 106.634 850,00 zł brutto,
 - c) wykonawca Polbud-Pomorze Sp. z o.o. – cena: 107.482.852,25 zł brutto,
 - d) wykonawca Strabag sp. z o.o. - cena: – 131.952.985,54 zł brutto,
 - e) wykonawca Colas Polska sp. z o.o. – cena: 148.836.704,41 zł brutto
- (por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 28 stycznia 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, oraz elementów oferty mających

wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wezwaniu zamawiający zadał m.in. następujące pytania:

- Część B WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II „Dokumenty Wykonawcy” Pytanie nr 5:

Czy w cenie ofertowej Wykonawca przewidział wykonanie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem oraz budowę SZR zgodnie z opracowaną przez siebie i uzgodnioną z Zamawiającym Koncepcją, w tym elementów SZR zlokalizowanych poza odcinkiem objętym Kontraktem, niezbędnych do właściwego funkcjonowania systemu (np. połączenie z SZR z S-11)? W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbiecia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- Część B Wykaz płatności: poz. II Dokumenty Wykonawcy Pytanie nr 13:

Zamawiający prosi o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, wysokości (skrajnia drogowa, skrajnia kolejowa, wysokość przejść ekologicznych dołem), szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu i kosztu posadowienia obiektu. W której pozycji przedłożonego rozbiecia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały ujęte koszty posadowienia obiektów.

Zamawiający prosi, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.

- Część C, WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 16:

Jaki założono całkowity koszt netto robót ziemnych (z uwzględnieniem zdjęcia warstwy humusu z przykowaniem/odwozem na odkład, wymian gruntu, wzmocnień podłoża, wzmocnienia skarp wykopów i nasypów, wywozu materiałów nieprzydatnych i ich utylizacji, budowy nasypu z materiału pochodzącego z wykopu/dokopu, uszlachetnienia materiałów do budowy nasypów, wykopu do wbudowania na nasyp/wywiezienia na odkład, itd.)? Zamawiający prosi o rozbiecie całkowitego kosztu netto robót ziemnych na poszczególne asortymenty robót oraz pokazanie ich w przedłożonym rozbieciu ceny, o którym mowa w pkt II.

- Część C WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 18:

Z jakich materiałów Wykonawca zamierza wykonać nasypy obwodnicy (z wykopu/z dokopu)? Proszę o podanie technologii wznoszenia nasypów. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbiecia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- Część C Wykaz Płatności: poz. III. Roboty Pytanie nr 57:

Czy wykonawca założył w ofercie kolizję drogi DW17 z wysypiskiem śmieci? Jaką ilość gruntu założono do wymiany. Jaką ilość śmieci Wykonawca założył do utylizacji, oraz gdzie będą utylizowane (dokładny adres). W jakiej wysokości koszty z tego tytułu

Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- Część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 60 :

Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie budowę kanału technologicznego? Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- Część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 62:

Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie bramownic i konstrukcji wsporczych. Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, oraz zgodnie z art. 55 ust. 1 dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (dalej „dyrektywa klasyczna”) Zamawiający oceniając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny będzie brał pod uwagę m.in.:

- ekonomiczność danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
- techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, którymi dysponuje Wykonawca w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów lub usług;
- oryginalność robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez Wykonawcę;
- zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te będą realizowane,
- możliwość uzyskania przez Wykonawcę pomocy państwa.

Zamawiający dokonując oceny weźmie również pod uwagę wszelkie inne czynniki, wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże Wykonawca, jeżeli będą zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji.

Wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia, które umożliwią ich ocenę pod ww. kątem.

Jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy, przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że wyjaśnienia nie mogą być ogólnikowe i powinny zawierać dowody dla umożliwienia oceny.

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej zagadnień. Zamawiający wnosi o podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie Wykonawca wycenił w ofercie. Prosimy o przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość Państwa Oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, dla oceny sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 17 lutego 2021 r. wraz z załącznikami. Wyjaśnienia zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 5 marca 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonych wyjaśnień. W wezwaniu zamawiający zadał m.in. następujące pytania:

- Pytanie nr 3 - W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 5 (B. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.
- Pytanie nr 7. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 16 i 18 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.
- Pytanie 11. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 57 (C. Wykaz Płatności: poz. III „Roboty”) w przypadku nie uzyskania odstępstwa, bądź wykonania przedmiotowego połączenia dróg zgodnie z Konsepcją Programową Zamawiający ponownie wnosi o wskazanie w jakiej wysokości koszty z tytułu kolizji drogi DW17 z wysypiskiem śmieci Wykonawca uwzględnił w ofercie, oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny zostały one ujęte.

- Pytanie nr 12. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 60 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.
- Pytanie nr 13. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 62 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 15 marca 2021 r. wraz z załącznikami. Wyjaśnienia zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 31 marca 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz
- 2) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art.90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Uzasadnienie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W toku badania i oceny oferty Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w wezwaniu prosił Wykonawcę o wyczerpującą i szczegółową informację dotyczącą sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wycenę oraz sposób realizacji zamówienia, w szczególności w kwestiach wskazanych w pytaniach. Z otrzymanych w powyższym zakresie wyjaśnień (pismo z dnia 17.02.2021r., znak ID/DC/079/2021 oraz z dnia 15.03.2021 r., znak ID/DC/125/2021.) wynika, że Wykonawca zaproponował niezgodne z zapisami Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) technologie.

- *Cześć B Wykaz płatności: poz. II Dokumenty Wykonawcy Pytanie nr 13: Zamawiający prosi o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasa obciążenia, wskazanie długości obiektu, wysokości (skrajnia drogowa, skrajnia kolejowa, wysokość przejść ekologicznych dołem), szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu i kosztu posadowienia obiektu. W której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały ujęte koszty posadowienia obiektów. Zamawiający prosi, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.*

W odpowiedzi na powyższe pytanie Wykonawca wskazał niezgodny z zapisami PFU z punktem 2.1.16.1.1 (treść zastrzeżona).

- Część C Wykaz Płatności: poz. III. Roboty Pytanie nr 57: Czy wykonawca założył w ofercie kolizję drogi DW17 z wysypiskiem śmieci? Jaką ilość gruntu założono do wymiany. Jaką ilość śmieci Wykonawca założył do utylizacji, oraz gdzie będą utylizowane (dokładny adres). W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

(treść zastrzeżona)

Ze względu na dalsze wątpliwości Zamawiającego, ponownie wezwano Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

- Pytanie 11. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 57 (C. Wykaz Płatności: poz. III „Roboty”) w przypadku nie uzyskania odstępstwa, bądź wykonania przedmiotowego połączenia dróg zgodnie z Koncepcją Programową Zamawiający ponownie wnosi o wskazanie w jakiej wysokości koszty z tytułu kolizji drogi DW17 z wysypiskiem śmieci Wykonawca uwzględnił w ofercie, oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny zostały one ujęte.

W odpowiedzi na powyższe pytanie Wykonawca podtrzymał swoją odpowiedź, którą złożył w pierwszym wyjaśnieniu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami określonymi w PFU. Taka oferta staje się nieporównywalna w stosunku do pozostałych, prawidłowych ofert i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadnienie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 28.01.2021r., znak GDDKiA O.Sz.D-3.2412.52.2020.14.ek oraz pismo z dnia 05.03.2021r., znak GDDKiA O.Sz.D-3.2412.52.2020.16.ek) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający w wezwaniu prosił Wykonawcę o wyczerpującą i szczegółową informację dotyczącą sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wycenę oraz sposób realizacji zamówienia, w szczególności w kwestiach wskazanych w pytaniach. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożył swoje wyjaśnienia w dniu 17.02.2021r., znak ID/DC/079/2021 oraz w dniu 15.03.2021 r., znak ID/DC/125/2021.

Z analizy przedłożonych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca udzielił odpowiedzi niepełnych w poniższym zakresie:

- Część B WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II „Dokumenty Wykonawcy” Pytanie nr 5 :Czy w cenie ofertowej Wykonawca przewidział wykonanie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem

oraz budowę SZR zgodnie z opracowaną przez siebie i uzgodnioną z Zamawiającym koncepcją, w tym elementów SZR zlokalizowanych poza odcinkiem objętym kontraktem, niezbędnych do właściwego funkcjonowania systemu (np. połączenie z SZR z S-11)? W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbięcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 5 (B. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawca nie podał szczegółowych cen jednostkowych, (treść zastrzeżona)

- Część C, WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 16: Jaki założono całkowity koszt netto robót ziemnych (z uwzględnieniem zdjęcia warstwy humusu z przymowaniem/odwozem na odkład, wymian gruntu, wzmocnień podłoża, wzmocnienia skarp wykopów i nasypów, wywozu materiałów nieprzydatnych i ich utylizacji, budowy nasypu z materiału pochodzącego z wykopu/dokopu, uszlachetnienia materiałów do budowy nasypów, wykopu do wbudowania na nasyp/wywiezienia na odkład, itd.)? Zamawiający prosi o rozbięcie całkowitego kosztu netto robót ziemnych na poszczególne asortymenty robót oraz pokazanie ich w przedłożonym rozbięciu ceny, o którym mowa w pkt II.
- Część C WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 18: Z jakich materiałów Wykonawca zamierza wykonać nasypy obwodnicy (z wykopu/z dokopu)? Proszę o podanie technologii wznoszenia nasypów. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbięcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.
- Pytanie nr 7. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytania 16 i 18 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawca nie wykazał szczegółowych informacji, które pozwoliły by Zamawiającemu na jednoznaczną analizę (treść zastrzeżona)

- Część C Wykaz Płatności: poz. III. Roboty Pytanie nr 57: Czy wykonawca założył w ofercie kolizję drogi DW17 z wysypiskiem śmieci? Jaką ilość gruntu założono do wymiany. Jaką ilość śmieci Wykonawca założył do utylizacji, oraz gdzie będą utylizowane (dokładny adres). W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbięcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.

- Pytanie 11. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 57 (C. Wykaz Płatności: poz. III „Roboty”) w przypadku nie uzyskania odstępstwa, bądź wykonania przedmiotowego połączenia dróg zgodnie z Koncepcją Programową Zamawiający ponownie wnosi o wskazanie w jakiej wysokości koszty z tytułu kolizji drogi DW17 z wysypiskiem śmieci Wykonawca uwzględnił w ofercie, oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny zostały one ujęte.

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawca wskazał, (treść zastrzeżona)

- Część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 60 : Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie budowę kanału technologicznego? Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.
- Pytanie nr 12. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 60 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawca nie podał szczegółowych cen jednostkowych w rozbitciu na materiały i roboty.

- Część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” Pytanie nr 62: Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie bramownic i konstrukcji wsporczych. Proszę o wyszczególnienie jakie założenia w przedmiotowym zakresie przyjął Wykonawca w ofercie. W jakiej wysokości koszty z tego tytułu Wykonawca uwzględnił w ofercie oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny, o którym mowa w pkt II, zostały one ujęte.
- Pytanie nr 13. W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 62 (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty”) Zamawiający wnosi o wskazanie przyjętych cen jednostkowych.

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawca nie podał szczegółowych cen jednostkowych w rozbitciu na materiały i roboty.

Wykonawca lakonicznie odpowiedział na część zadanych pytań, często powołując się, że będą to rozwiązania zgodne z SIWZ lub stwierdzając, że rozwiązania projektowe zostaną szczegółowo opisane w Projekcie Budowlanym. Powyższe braki w wyjaśnieniach powodują, iż Zamawiający nie ma możliwości analizy i odniesienia się do prawidłowości wyceny oferty w podanych, w wezwaniu do wyjaśnień zakresach. Wykonawca nie wykazał zatem, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należało odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności jej treści z pkt 2.1.16.1.1 PFU.

Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności jej treści z pkt 2.1.16.1.1 PFU dokonał błędnej wykładni postanowień SIWZ.

Postanowienie pkt 2.1.16.1.1 PFU przewidywało rzeczywiście, że *obiekty wieloprzęstowe należy projektować o schemacie statycznym belki ciągłej*. Rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego okazało się sprzeczne z tym wymogiem. Świadczyły o tym dowody nr 1 i 2 złożone przez przystępującego przy piśmie z dnia 20 maja 2021 r. Z dowodu nr 1 – wyciągu z opracowań naukowych wynikało, że belką ciągłą jest belka wsparta na więcej niż dwóch podporach (Witold Nowacki [w] *mechanika Budowli*, wydanie trzecie zmienione, Warszawa 1974, str. 268). Pierwszą i najbardziej rozpowszechnioną grupę wyodrębnianą w ramach statyki płaskich układów prętowych stanowią belki. Drugą grupę stanowią układy ramowe (Andrzej Chudzikiewicz [w:] *Statyka Budowli*, część pierwsza, wydanie III, Warszawa 1976). Analogiczny wniosek wynikał z dowodu nr 2 – opinii technicznej dr inż. G. R., R&B – Konsulting z dnia 18 maja 2021 r., załączonej do pisma procesowego przystępującego. Z powyższych dowodów wynikało niezbicie, że rozwiązanie oferowane zarówno w literaturze fachowej jak i przez praktyków nie jest kwalifikowane jako belka ciągła. Odwołujący zaś na poparcie swych twierdzeń, że zaoferowane przez niego rozwiązanie jest jednak oparte na schemacie statycznym belki ciągłej nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu.

Jednakże dostrzeżenia wymagało, że w postanowieniu pkt 2.1.16.2.3. PFU zamawiający wskazał także, że:

2) *Ustroje nośne wieloprzęstowe należy projektować jako konstrukcje ciągłe bezprzegubowe, oparte na podporach na 1 rzędzie łożysk lub jako ramownice.*

Na uwagę zasługiwał fakt, że w drugim z przywołanych postanowień PFU wymieniono dwa alternatywne rozwiązania a mianowicie konstrukcje ciągłe bezprzegubowe, oparte na podporach na 1 rzędzie łożysk lub ramownice. Jakkolwiek odczytywane samodzielnie postanowienie pkt 2.1.16.1.1. PFU zdawało się sugerować jedynie możliwość zaprojektowania obiektów wieloprzęsłowych o schemacie statycznym belki ciągłej, to jednak analiza obydwu postanowień SIWZ czytanych łącznie prowadziła do wniosku, że SIWZ ostatecznie nie wykluczała możliwości zaoferowania przez odwołującego spornego rozwiązania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 maja 2021 r. argumentował wprawdzie, że postanowienie pkt 2.1.16.2.3. PFU miało rzekomo znaleźć zastosowanie jedynie na wypadek gdyby w trakcie uzgadniania projektu budowlanego zamawiający miał wyrazić zgodę na odstępstwa od PFU. Izba wzięła pod uwagę, że taka argumentacja zamawiającego nie znalazła jakiegokolwiek oparcia w postanowieniach SIWZ. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynikało, że przywołane postanowienie pkt 2.1.16.2.3. PFU będzie stosowane jedynie na wypadek wyrażenia przez zamawiającego zgody na odstępstwo od PFU.

W konsekwencji skoro obydwie postanowienia pkt 2.1.16.1.1. oraz 2.1.16.2.3 PFU znalazły miejsce w treści SIWZ, to oba musiały stanowić podstawę przy dokonywaniu wykładni treści SIWZ. Nawet zatem jeśli były ze sobą sporne, to zgodnie z niekwestionowaną w orzecznictwie Izby zasadą, niejasne lub wewnętrznie sprzeczne postanowienia SIWZ należało interpretować na korzyść wykonawcy. Powyższe było tym bardziej uzasadnione w sytuacji, gdy sporne rozwiązanie, zaoferowane przez odwołującego zostało w jednym z postanowień wprost wymienione jako dozwolone. Wykonawca miał prawo działać w zaufaniu do postanowień SIWZ. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z powodu zaoferowania rozwiązania, które było sprzeczne z pkt 2.1.16.1.1. PFU w sytuacji, gdy z innego postanowienia SIWZ wynikało jednoznacznie, że rozwiązanie to zostało dopuszczone.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności jej treści z postanowieniami pkt 1.1. ppkt 28 oraz pkt 1.1. ppkt 29 PFU.

Ustalono, że w postanowieniu programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) pkt 1.1.1. - *Charakterystyczne parametry określające zakres Robót* - Zamawiający wskazał, że: *Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:*

- 28) *w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać dla drogi DW17 od km 1+713 do km 1+773 wzmocnienie podłoża gruntowego na obszarze dawnego wysypiska śmieci w rejonie ul. Piłskiej w Szczecinku,*
- 29) *w zakresie likwidacji składowisk odpadów będących w kolizji z planowanym przedsięwzięciem Wykonawca zobowiązany jest do:*
- *wykonania w terenie wstępnej inwentaryzacji składowisk odpadów w tym tzw. mogilników znajdujących się w kolizji z planowanym przedsięwzięciem na etapie projektowania,*
 - *sporządzenia procedury likwidacji składowisk odpadów na etapie projektowania,*
 - *wykonania zabezpieczenia terenu na czas likwidacji zarówno przeciw przenikaniu zanieczyszczeń do środowiska, jak również przed dostępem osób trzecich,*
 - *wykonania oczyszczenia terenu, odkrywek pozwalających na jednoznaczna lokalizację i zakres likwidacji składowiska na etapie robót przygotowawczych,*
 - *zapewnienie kadry oraz sprzętu, środków ochrony, itp. w celu zabezpieczenia terenu, wydobywania, załadunku i wywozu materiałów niebezpiecznych (np. substancje chemiczne) poza teren budowy,*
 - *wykonania likwidacji składowisk odpadów niebezpiecznych jak np. mogilniki wraz z wywiezieniem ich poza teren budowy wraz z ich utylizacją.*

Zdaniem Izby przywołane postanowienia SIWZ okazały się jasne, jednoznaczne i precyzyjne. Zamawiający użył wszak słów: „*w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać (...)*”. Wynikało z nich niezbicie, że obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie i w konsekwencji uwzględnienie w cenie ofertowej zaprojektowania i wykonania wzmocnienia podłoża gruntowego na obszarze dawnego wysypiska śmieci w rejonie ul. Piłskiej w Szczecinku oraz likwidacja składowisk odpadów będących w kolizji z planowanym przedsięwzięciem.

Przywołane postanowienia PFU świadczyły również o tym, że wbrew stanowisku odwołującego wyrażonemu w odwołaniu, obowiązek ten nie wynikał zatem jedynie z koncepcji programowej. Owszem koncepcja programowa również przewidywała taki obowiązek, ale został on przez zamawiającego transponowany również do przywołanych postanowień pkt 1.1. 28 i pkt 29 PFU w sposób, z którego wynikało, że jest to postanowienie bezwzględnie wiążące. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że już w postanowieniu pkt 1.1. PFU zamawiający wskazał, że *Szczegółowy zakres rzeczowy Robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy jest przedstawiony w dalszej treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwanego dalej „PFU”*.

Wbrew stanowisku odwołującego, do możliwości niezastosowania się do omawianego obowiązku nałożonego przez zamawiającego w PFU nie uprawniała przyjęta

przez zamawiającego formuła postępowania „projektuj i wybuduj”. W tego rodzaju postępowaniach zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Jednakże, jak wielokrotnie wskazywano również w orzecznictwie Izby, trafnie przywołanym w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym przystępującego, w tego rodzaju postępowaniach zamawiający również ma prawo do określenia czy ograniczenia rozwiązań projektowych czy technicznych. Z tego prawa – jak wskazano wcześniej - zamawiający skorzystał w analizowanej sprawie w odniesieniu do spornego obowiązku.

Bezzasadne było powoływanie się także na postanowienie pkt 1.2. PFU, jako na ewentualną podstawę do odstąpienia od zastosowania się od postanowienia pkt 1.1. pkt 28 i ppkt 29 PFU. Nic takiego nie wynikało z przywoływanego przez odwołującego postanowienia. Wręcz przeciwnie, w postanowieniu tym zamawiający podkreślił wagę PFU wyraźnie przesądając, że *„wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach.”*

Bezzasadne okazało się odwoływanie się przez odwołującego do odpowiedzi na pytanie nr 93 z dnia 31 grudnia 2020r. Dokładna analiza pytania i udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi prowadziła do konieczności wyciągnięcia dokładnie odwrotnych wniosków, od tych które przedstawił odwołujący w odwołaniu. Po pierwsze pytanie dotyczyło określenia początków i końców (miejsc włączeń) dróg obsługujących. Już z pierwszego zdania w udzielonej odpowiedzi wynikało, że zakres przewidzianych do realizacji dróg obsługujących tereny przyległe (DW, DG) wskazany wg planu sytuacyjno-wysokościowego koncepcji programowej zamawiający nakazał uznawać jako „minimalny zakres przewidzianych do realizacji dróg”.

Stwierdzono również, że odwołujący nadinterpretował w odwołaniu treść pytania nr 11 z wezwania nr 2 z dnia 5 marca 2021 r. Zamawiający w pytaniu tym wskazał: *W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych na pytanie 57 (C. Wykaz Płatności: poz. III „Roboty”) w przypadku nie uzyskania odstąpienia, bądź wykonania przedmiotowego połączenia dróg zgodnie z Koncepcją Programową Zamawiający ponownie wnosi o wskazanie w jakiej wysokości koszty z tytułu kolizji drogi DW17 z wysypiskiem śmieci Wykonawca uwzględnił w ofercie, oraz w której pozycji przedłożonego rozbitcia ceny zostały one ujęte.* Jak wynikało wyraźnie z treści wezwania, zamawiającemu nie chodziło o odstąpienie od warunku usytuowania drogi, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, ale o to, gdzie ujęto koszty w razie nieuzyskania ewentualnego odstąpienia od PFU na etapie wykonywania umowy. Zamawiającemu nie chodziło zatem o odstąpienie od warunków technicznych, ale

ewentualne odstępstwo od PFU przy realizacji umowy. Wobec powyższego argumentacja odwołującego w tym zakresie okazała się niezasadna i bezprzedmiotowa.

W konsekwencji uznano, że niezastosowanie się odwołującego do wiążącego go postanowienia pkt 1.1. ppkt 28 i ppkt 29 PFU musiało zostać zakwalifikowane jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo skierowania do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowanej ceny oferty. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp ma obowiązek wyjaśnić wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę, w tym również okoliczności przykładowo wymienione przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc i koszty pracy, rozwiązania techniczne, warunki wykonywania zamówienia, metody wykonywania zamówienia, oryginalność projektu, itd. Skoro zamawiający zdecydował się skierować wezwanie to obowiązkiem wykonawcy było złożenie szczegółowych, precyzyjnych, konkretnych, weryfikowalnych i popartych dowodami wyjaśnień. Na konieczność złożenia takich właśnie wyjaśnień zamawiający zwracał uwagę odwołującemu w obydwu wezwaniach.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie.

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, w odniesieniu do spornych elementów robót.

W pierwszej kolejności zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca odpowiadając na pytanie nr 57 z wezwania 1, dotyczące kosztów wzmocnienia podłoża i utylizacji odpadów z terenu dawnego składowiska odpadów w Szczecinku potwierdził, że nie doszacował kosztów ww. robót. Obowiązek wykonania takich robót przewidziano w SIWZ, na co Izba wskazała już wcześniej. Wykonawca w odpowiedzi na ww. pytanie potwierdził niedoszacowanie tego elementu w cenie ofertowej. Koszty wzmocnienia podłoża i utylizacji odpadów z terenu składowiska odpadów w Szczecinku niewątpliwie mogą być wysokie. Świadczył o tym dowód nr 6 złożony przez przystępującego przy piśmie procesowym z 20 maja 2021 r. Z dowodu tego wynikało, że na inwestycji realizowanej przez miasto Poznań

wykryto niezinwentaryzowane wysypisko śmieci, zawierające nawet 50 tys. ton śmieci, które należało usunąć. Koszt robót oszacowano nawet na 51 mln zł. Dostrzeżenia wymagało, że w analizowanej sprawie szacowano do usunięcia z terenu kolidującego składowiska odpady w ilości nawet 25 tys. ton. Nieuwzględnienie kosztu spornych robót w ofercie stanowiło niewątpliwie o jej istotnej niezgodności z treścią SIWZ jak również o istotnym zaniżeniu ceny ofertowej. Uchybienia te uczyniły w konsekwencji ofertę odwołującego nieporównywalną z ofertami innych wykonawców, którzy zastosowali się do wiążących postanowień SIWZ.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła także, że odwołujący, pomimo wezwań zamawiającego nie sprostął obowiązkowi wykazania realności ceny ofertowej także w odniesieniu do oferowanych robót ziemnych i nasypów, budowy kanału technologicznego, systemu zarządzania ruchem, wykonania bramownic i konstrukcji wspornych. Pomimo dwukrotnego wezwania zamawiającego skierowanego do odwołującego odnośnie tych elementów robót, w kolejnych wyjaśnieniach wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania w sposób dostateczny realności cen za te roboty. Podkreślenia wymagało, że w wezwaniu 1 (wezwanie z dnia 28 stycznia 2021 r.) zamawiający wyraźnie poprosił odwołującego o przedstawienie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem i dowodami, w tym odnoszących się w szczególności do kwestii wyspecyfikowanych w pytaniach przedstawionych w wezwaniu. Zamawiający wymagał także przedstawienia rozbicia wszystkich cen ryczałtowych wskazanych w wykazie płatności, w stopniu szczegółowości pozwalającym na weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wyraźnie wskazał również, że prosi o wyczerpującą i szczegółową informację do przedstawionych w wezwaniu zagadnień.

Również w drugim wezwaniu (wezwanie z dnia 5 marca 2021 r.) zamawiający poprosił odwołującego o złożenie wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień. Zamawiający sprecyzował, że wyjaśnienia muszą obejmować m.in. informacje na temat zaangażowania osobowego, rzeczowego, sprzętowego, finansowego i związanych z tym nakładów. Następnie zamawiający po raz kolejny wymienił elementy robót podlegające wyjaśnieniom, w tym m.in. roboty ziemne i nasypy, budowę kanału technologicznego, system zarządzania ruchem, wykonanie bramownic i konstrukcji wspornych. Zamawiający nałożył także na wykonawcę obowiązek podania cen jednostkowych. Skoro zamawiający prosił odwołującego o umożliwienie przesłania zaangażowania rzeczowego, osobowego, sprzętowego i finansowego i związanych z tym nakładów, to rolą wykonawcy było odpowiedzenie na tak sformułowane wezwanie. Zdaniem Izby odwołujący nie zastosował się do tak sformułowanych wezwań zamawiającego w sposób, który uniemożliwił zamawiającemu weryfikację prawidłowości ceny oferowanej za sporne elementy robót.

Jeśli chodzi o wykonanie systemu zarządzania ruchem (pytanie 5 z wezwania 1 i pytanie 2 z wezwania 2), to odwołujący rozbił cenę jedynie na trzy grupy kosztów, podając ceny za komplet. Mimo wezwania, nie podał zamawiającemu cen jednostkowych. Powyższe zaniechanie uniemożliwiło zamawiającemu weryfikację zaangażowania rzeczowego, osobowego, sprzętowego, finansowego i związanych z tym nakładów na ten element robót.

W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 16 i 18 z wezwania 1 i odpowiedzi na pytanie nr 7 z wezwania 2, (tj. robót ziemnych i nasypów) wykonawca z analogicznych względów nie sprostał obowiązkowi reakcji na wezwanie. Nie może być żadną miarą uznane za wykonanie obowiązku podania cen jednostkowych przedstawienie ceny za „komplet dróg technologicznych”. Brak było również informacji o cenach jednostkowych za poszczególne rodzaje podłoża. Uchybienia te uniemożliwiały zamawiającemu zbadanie zaangażowania osobowego, rzeczowego i sprzętowego, a to było celem wezwania nr 2 z dnia 5 marca 2021 r.

W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 60 z wezwania 1 i odpowiedzi na pytanie nr 12 z wezwania 2 (roboty dotyczące kanału technologicznego) odwołujący nie podał zamawiającemu cen z rozbiem na materiały i roboty. Zaniechanie to uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie realności ceny. Analogiczna sytuacja dotyczyła robót w zakresie bramownic i konstrukcji wsporczych (odpowiedź na pytanie nr 62 z wezwania 1 i odpowiedź na pytanie nr 13 z wezwania 2). Brak cen za roboty i materiały uniemożliwiał zamawiającemu zbadanie zaangażowania osobowego, rzeczowego i sprzętowego, a to było celem wezwania nr 2 z dnia 5 marca 2021 r.

Reasumując należało stwierdzić, że wbrew stanowisku odwołującego wezwania zamawiającego były dostateczne, precyzyjne, a to odwołujący nie zastosował się do ich treści. Wobec powyższego uznano, że czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odpowiadała prawu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym

(pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyrażające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu zaoferowania rozwiązania niezgodnego z pkt 2.1.16.1.1 PFU nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Jak wynikało bowiem z przebiegu rozprawy i rozstrzygnięcia Izby, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z pozostałych powodów wskazanych w uzasadnieniu czynności odrzucenia tej oferty.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz koszty stawiennictwa na posiedzenie Izby w wysokości 260 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....