

Sygn. akt: KIO 1932/16

**WYROK**

**z dnia 27 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Włocławku przy ul. Płockiej 164 (87-800 Włocławek) - Lider, **M. Spółka Akcyjna** z siedzibą w Chodczu przy ul. Kaliskiej 11 (87-860 Chodecz), **Husar Budownictwo Inżynieryjne Spółka Akcyjna** z siedzibą we Włocławku przy ul. Płockiej 15 (87-800 Włocławek)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna**, Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **IDS-BUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowska 87 (00-844 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Porr Polska Construction Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Poleczki 35 (02-822 Warszawa) – Lider, **Porr Polska Infrastructure Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewska 50A (02-672 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, M. S.A. z siedzibą w Chodczu, Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, M. S.A. z siedzibą w Chodczu, Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, M. S.A. z siedzibą w Chodczu, Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na *zadanie IV.1 Budowa zbiornika retencyjnego na terenie O.Ś. „Czajka”* (nr sprawy 00733/WS/PW/PRO-JRP-TI/B/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20.04.2016 r., 2016/S 077-137878, wobec czynności oceny ofert zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej IDS-BUD S.A., wykonawca – konsorcjum w składzie: M. Sp. z o.o. (Lider), M. S.A., Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. wniosło w dniu 13 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1932/16).

O wynikach oceny ofert, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 30.09.2016 r. przesłanym w dniu 03.10.2016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDS-BUD;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IDS-BUD, Konsorcjum Porr, Inżynieria Rzeszów S.A., w sytuacji gdy oferty tych podmiotów są ofertami z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto złożone wyjaśnienia nie stanowią dostarczającego dowodu na realność i rynkowość cen wskazanych w ofertach;
3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że złożył ofertę zawierającą prawidłowo obliczoną cenę, co potwierdzają wyjaśnienia wraz z dowodami w formie kalkulacji przedstawionej w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę złożone w dniu 24 czerwca 2016 r. oraz w dniu 4 sierpnia 2016 r.;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z a art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na bezpodstawnym nie ujawnieniu oświadczeń wykonawców wykazujących konieczność utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz na bezpodstawnym nie ujawnieniu (utajnieniu) ofert wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazania dokonania ponownej jej oceny;
3. dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert: IDS-BUD, Konsorcjum Porr, Inżynieria Rzeszów S.A., jako zawierających rażąco niskie ceny,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

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

I. Brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący kwestionuje decyzję o odrzuceniu jego oferty uzasadnioną podstawą prawną z art. 90 ust. 3 Ustawy, wynikającą z przyjęcia, iż Odwołujący nie złożył dodatkowych wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Odwołujący składał wyjaśnienia w sposób ustalony przez Zamawiającego, przesyłając drugie wyjaśnienia na adres poczty elektronicznej w dniu 4.8.2016 r. o godzinie 9:00, a więc w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W związku z powyższym nie zachodziła przesłanka na jaką powołał się Zamawiający, czyli brak złożenia wyjaśnień. Z informacji o odrzuceniu na tej podstawie oferty Odwołującego nie wynika, aby wyjaśnienia wraz z dowodami były niewystarczające dla stwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie ocenił wyjaśnień uznając, że nie zostały złożone. Z ostrożności, gdyby na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż ocenił wyjaśnienia jako niewystarczające, Odwołujący wskazał, iż utrwalonym w orzecznictwie jest pogląd, że brak uzasadnienia faktycznego stanowi istotną wadę dokonanej czynności odrzucenia oferty i stanowi samoistną przesłankę do uwzględnienia odwołania. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy stanowi realizację zasad postępowania takich jak: jawność, równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych odrzucenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia. Ponieważ jedyną przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest błędne przeświadczenie Zamawiającego o braku złożenia wyjaśnień w terminie wnosi o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący przypuszcza, iż zegar Zamawiającego w momencie gdy plik został odczytany wskazał godz. 9:01. W takiej sytuacji nie było podstaw do uznania, iż wyjaśnienia nie zostały

złożone, a różnica 1 minuty może wynikać z błędu w ustawieniu zegara, a po drugie wyjaśnienia zostały złożone. Ani przepis art. 90 ust. 1, stanowiący podstawę wezwania, ani art. 90 ust. 3 Ustawy nie odnoszą się do pojęcia terminu, a tym samym złożenie wyjaśnień uniemożliwia odrzucenie oferty. Dodatkowo wezwanie z 28.7.2016 r. miało bardziej charakter wyjaśnienia treści oferty, a nie rażąco niskiej ceny, zatem brak wyjaśnień w zakresie treści oferty nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty automatycznie, bez oceny oferty i stwierdzenia na ile wyjaśnienia są istotne z punktu widzenia jej treści.

II. Wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców IDS-BUD, Konsorcjum Porr i Inżynieria Rzeszów S.A. w związku z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego już samo zaniechanie udostępnienia uzasadnienia dla utajnienia informacji przekazanych Zamawiającemu stanowi o naruszeniu przepisów Ustawy i uniemożliwia również wykonawcom kontrolę zasadności dokonanego zastrzeżenia. Niewystarczające uzasadnienie winno skutkować odtajnieniem złożonych wyjaśnień i ich udostępnieniem, unieważnieniem czynności oceny ofert i nakazaniem ponownej ich oceny. W przypadku braku podstaw do utajnienia KIO powinna uznać rozpatrywanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny za przedwczesne, pozostawiając tę kwestię do rozstrzygnięcia po ponownej ocenie ofert. Tylko wtedy zapewnione zostanie rzeczywiste prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej i nie będzie premiowane nieuczciwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący z ostrożności podnosi, że oferty IDS-BUD, Konsorcjum Porr i Inżynieria zawierają rażąco niskie ceny w świetle realności cen rynkowych, jak również już samych cen ujętych w kosztorysie inwestorskim. Ceny kształtują się na poziomie 111.930.000,00 zł (IDS-BUD), 119.147.577,27 zł. (Konsorcjum Porr), 122.746.620,00 (Inżynieria Rzeszów S.A.) i nie gwarantują wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Wezwanie skierowane przez Zamawiającego do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy rodziło domniemanie, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a na wykonawcy spoczywa dowód przeciwny. Wykonawca musi zatem złożyć wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Po stronie Zamawiającego spoczywa natomiast ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń, w tym obiektywnych dowód, wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Odwołujący odniósł ceny do własnej oferty, wskazując na różnice, które uzasadniać mają tezę, iż wykonanie zamówienia po takich cenach byłoby możliwe wyłącznie przy założeniu wielu istotnych odstępstw względem PFU, polegających na zmianie wielkości i ilości zbiorników, zmian średnic, długości czy rodzaju materiałów dla rurociągów, zmiany urządzeń technologicznych i armatury. Następnie Odwołujący omówił strukturę ceny własnej oferty i założeń jakie były podstawą kalkulacji kosztów dla robót technologicznych (mikrotuneling) i branży konstrukcyjnej i architektonicznej (konstrukcja zbiorników retencyjnych, komór technologicznych).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy: IDS-BUD S.A. oraz konsorcjum w składzie: Porr Polska Construction S.A. (Lider), Porr Polska Infrastructure S.A., dopuszczenie do udziału w charakterze uczestników postępowania.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Odwołaniem objęte zostały czynności związane z oceną i wyborem oferty najkorzystniejszej, w tym czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Wzruszenie wyniku postępowania ustalonego na niekorzyść Odwołującego prowadziłyby do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny i odrzucenia trzech innych ofert obecnie sklasyfikowanych na pierwszych trzech pozycjach rankingu ofert. Powyższe uzasadnia zatem stwierdzenie, iż czynności Zamawiającego naruszały interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez niezasadne odrzucenie jego oferty, która przy prawidłowej ocenie innych ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, a Odwołujący odniósłby korzyść wynikającą z realizacji zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, ofert i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że złożył ofertę zawierającą prawidłowo obliczoną cenę, co potwierdzają wyjaśnienia wraz z dowodami w formie kalkulacji przedstawionej w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę złożone w dniu 24 czerwca 2016 r. oraz w dniu 4 sierpnia 2016 r. - Izba uwzględniła.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30.09.2016 r. Zamawiający wskazał w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 90 ust 3 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym uznał, iż *Wykonawca nie złożył stosowanych dodatkowych wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 4 sierpnia 2016 r. do godz. 9:00.* Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia złożone na pierwotne wezwanie z dnia 15.06.2016 r. w jego ocenie były niekompletne i niewystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że wykonawca nie złożył wyjaśnień mających na celu ustalenie, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący do odwołania załączył wydruk ze skrzynki mailowej potwierdzający przekazanie do Zamawiającego o godz. 9:00 wiadomości wraz z załącznikami, stanowiącą odpowiedź na wezwanie z dnia 28.07.2016 r. z g. 15:08:45. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zwrotną informację przekazaną na skrzynkę elektroniczną Odwołującego o godz. 9.05, w której Zamawiający potwierdzał otrzymanie wcześniejszej wiadomości wraz z załącznikami o godz. 9.01. Na rozprawie przeprowadzono dowód z okazania wiadomości otrzymanej na skrzynkę pocztową Odwołującego w dniu 04.08.2016 r. o godzinie 9:05, zawierającej potwierdzenie odbioru wcześniejszej korespondencji z godz. 9.01.

Zamawiający na rozprawie przedstawił korespondencję mailową z biurem informatycznym, w której wskazuje się, że o godz. 9:00:49 została nadana wiadomość od Odwołującego przekazana z systemu z.m.eu do systemu MPWiK o godz. 9:01:04. O godz. 9:01:33 wiadomość została przetworzona przez filtry antywirusowe i przekazana do dostarczenia. Czas w systemie pocztowym Zamawiającego synchronizowany jest automatycznie protokołem NTP z serwerami: tempus1.gum.gov.pl i tempus2.gum.gov.pl (korespondencja z 14.10.2016 r.). Zamawiający podejmował czynności związane z ustaleniem, czy wiadomość została przekazana w terminie również przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty.

Ponieważ wyjaśnienia wpłynęły po terminie oznaczonym datą i godziną Zamawiający ich nie oceniał.

Zamawiający na rozprawie okazał wydruk z własnej skrzynki elektronicznej wiadomości z 04.08.2016 r. przekazanej w odpowiedzi na wiadomości z godz. 9.01 wysłanej do Odwołującego o godz. 9.06.

Przedmiotem wyjaśnień, które Odwołujący miał złożyć do godziny 9:00 dnia 04.08.2016 r., były elementy kalkulacyjne wskazane w tabeli finansowej złożonej w odpowiedzi na wezwanie z 15.06.2016 r., dotyczące wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu z dnia 28.07.2016 r. Zamawiający dopytywał m.in. Odwołującego o dalsze informacje związane z kalkulacją kosztów wybranych pozycji z tabeli, uznał bowiem, iż miała ona nieścisłości lub była niepełna, a tym samym nie pozwalała na ustalenie czy cena nie jest rażąco niska, jak również nie przedstawiono wszystkich niezbędnych dowodów. Podobną procedurę Zamawiający przeprowadził w odniesieniu do trzech pierwszych ofert, wzywając dwukrotnie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawcy przestali Zamawiającemu wyjaśnienia w dniu 04.08.2016 r. do godziny 9:00.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust 3 Pzp Zamawiający uznał, iż nie mógł pominąć tego, że zostały one złożone po terminie wyznaczonym identycznie dla wszystkich wzywanych na podstawie art. 90 Ustawy wykonawców, tak aby nie uchybić zasadzie równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie zwrócił się o wydłużenie terminu wyznaczonego do godz. 9.00 dnia 04.08.2016 r., co umożliwiłoby Zamawiającemu rozpatrzenie wniosku, analogicznie jak miało to miejsce przy wniosku innego wykonawcy przy pierwszym wezwaniu i dokonać zmiany terminu dla wszystkich wykonawców.

Uwzględniając przywołane powyżej ustalenia faktyczne rozstrzygnięcia przez Izbę wymagało po pierwsze ustalenie, czy wyjaśnienia Odwołującego z 04.08.2016 r. zostały złożone Zamawiającemu w terminie oznaczonym datą i godziną 9:00 oraz, w przypadku udzielenia odpowiedzi negatywnej, czy uchybienie terminowi mogło uzasadniać odrzucenie oferty na podstawie art 90 ust. 3 Ustawy.

Odnosząc się do pierwszej kwestii Izba uznała, iż wyjaśnienia Odwołujący wysłał Zamawiającemu już po godzinie 9:00, na co wskazywały przedłożone dowody – korespondencja mailowa z 04.08.2016 r. Izba przyjęła, iż faktycznie wiadomość została wysłana przez Odwołującego o godzinie 9:00:49, czyli po wyznaczonej godzinie. Wskazuje na to dowód Zamawiającego identyfikujący czas z dokładnością do dziesiątych sekundy, a przy braku takiej dokładności w dowodzie Odwołującego, w którym godzinę oznaczono jako 9:00, Izba nie miała podstaw do kwestionowania, iż faktyczny czas wysłania wiadomości



nastąpił po godzinie 9:00:00. Również doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, iż wiadomość nawet gdyby została wysłana o 9:00:00 to Zamawiający otrzymałby ją później z uwagi na czas konieczny do przyjęcia wiadomości przez serwer, w szczególności, gdy zawiera ona obszerne załączniki. Powyższe oznaczało zatem, iż Odwołujący uchybił terminowi, w którym należało złożyć wyjaśnienia, co w ocenie Izby jednak nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art 90 ust. 3 Ustawy.

Zgodnie z przywołaną przez Zamawiającego normą prawną, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Analiza uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje na podstawę związaną z ustaleniem, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień, co w ocenie Izby nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący bowiem składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny dwukrotnie, pierwszy raz w piśmie z dnia 24.06.2016 r. i drugi raz w dniu 04.08.2016 r. Zamawiający, jeżeli uważał, iż pierwsze z wyjaśnień nie wystarczały do uznania, iż cena nie jest rażąco niska, powinien to wskazać w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, a nie powoływać się na brak wyjaśnień, które faktycznie zostały przez wykonawcę złożone. Wprawdzie w uzasadnieniu Zamawiający uznał, iż pierwsze wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, to przy braku rozwinięcia tej oceny, faktycznie nie było możliwe poznanie motywów jakimi kierował się przyjmując negatywny dla wykonawcy wynik postępowania wyjaśniającego. W tej sytuacji Izba uznała, iż faktycznego uzasadnienia braku możliwości uznania pierwszych wyjaśnień informacja przekazana do wykonawcy nie zawiera, co pozbawiało racji dla stwierdzenia braku złożenia wyjaśnień w terminie. Również ocena, czy drugie wyjaśnienia mogły być pominięte tylko dlatego, iż wpłynęły do Zamawiającego z minutowym opóźnieniem, bez oceny ich treści nie jest jednoznacznie przesądzona. Należy bowiem zauważyć, iż wyjaśnienia te miały odnosić się do kwestii poruszonych w pierwszych wyjaśnieniach Odwołującego, a zatem zawierać miały dodatkową argumentację i dowody, które umożliwiałyby ocenę, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Należy zwrócić zatem uwagę na ten cel, jako wytyczną dla czynności Zamawiającego. Jeżeli opóźnienie w przekazaniu wyjaśnień nie miało wpływu na ich treść, a także możliwość ich oceny, to w ocenie Izby Zamawiający powinien był odnieść się do okoliczności, które zostały powołane i złożonych dowodów. Ponieważ czynność oceny ofert zakończyła się dopiero 30 września 2016 r., trudno jest dopatrzeć się przyczyny, dla której Zamawiający mógłby pomnąć wyjaśnienia Odwołującego, które formalnie uchybiały terminowi. W ocenie Izby, w tych konkretnych okolicznościach faktycznych decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie tylko nie miała oparcia w stanie faktycznym, gdyż pierwsze wyjaśnienia wykonawca złożył w terminie, ale także była nadmiernie

formalistyczna, co nie zawsze będzie uzasadnione celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym należy wybrać ofertę najkorzystniejszą. Należy również zauważyć, iż postępowanie wyjaśniające ma charakter wypadkowy i w ocenie Izby nie może automatycznie dyskwalifikować prawidłowej oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Takim automatyzmem cechowała się natomiast czynność Zamawiającego, który nawet nie pokusił się o ocenę pierwszych wyjaśnień złożonych skutecznie w postępowaniu, odnosząc negatywny skutek braku wyjaśnień w terminie również na pierwsze wyjaśnienia.

Pomimo zasadności zarzutu Izba oddaliła odwołanie mając na uwadze, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartej pozycji, a zarzuty dotyczące trzech pierwszych ofert Izba uznała za bezpodstawne. Stąd naruszenie wskazane w zarzucie pierwszym nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co prowadziło na podstawie art 192 ust. 2 Ustaw do oddalenia odwołania.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: IDS-BUD, Konsorcjum Porr, Inżynieria Rzeszów S.A., w sytuacji gdy oferty tych podmiotów są ofertami z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto złożone wyjaśnienia nie stanowią dostarczającego dowodu na realność i rynkowość cen wskazanych w ofertach – Izba oddaliła.

W zakresie zarzutów związanych z rażąco niską ceną w ofertach wybranej oraz ofercie Konsorcjum PORR i ofercie Inżynieria Rzeszów S.A. Odwołujący opierał swoje wywody na analogicznej argumentacji formułowanej w oparciu o udostępnioną mu w części jawnej treści wyjaśnień IDS BUD z 24.06.2016 r. Na rozprawie Zamawiający przedłożył wyjaśnienia wykonawców składane dwukrotnie w toku badania ofert na wezwanie Zamawiającego, kierowane w trybie art. 90 Ustawy.

Na podstawie protokołu postępowania Izba ustalił, iż wszystkie złożone w postępowaniu oferty były tańsze od wartości szacowanej przez Zamawiającego i wynoszącej dla obecnej części objętej postępowaniem: 205.000.000,00 zł. netto. W kolejności oferty te prezentowały poziom cen brutto od: 111.930.000,00 zł. (IDS-BUD), 119.147.577,27 zł. (Konsorcjum Porr), 122.746.620,00 zł. (Inżynieria Rzeszów S.A), 137.333.333,33 zł. (Odwołujący). Najdroższa złożona oferta opiewała na kwotę brutto 165.552.527,74 zł. (Polaqua Sp. z o.o.). Najtańszą ofertą spośród jedenastu złożonych w tym postępowaniu była oferta konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A na kwotę brutto 96.813.977,88 zł (oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Ustawy).

Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów potwierdzających, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie i w odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia

Przedmiotowe zamówienie realizowane ma być w formule zaprojektuj i wybuduj, na co wskazują postanowienia m.in. wzoru umowy odnoszące się do warunków kontraktowych FIDIC (żółty). W PFU w pkt 1 Zamawiający podał, iż posiada projekt budowlany i jednocześnie wskazał, że ma on być traktowany jako szczegółowa koncepcja z możliwością jej zmiany poprzez przyjęcie odmiennego sposobu wykonania z uwzględnieniem zasad z PFU. Wykonawca zatem może ale nie musi skorzystać z decyzji o pozwoleniu na budowę w trakcie której uzyskiwania jest Zamawiający. Może również przygotować własną koncepcję i na tej podstawie wystąpić o pozwolenie na budowę (pkt 3.4 PFU). W pkt 1.3 wskazane są dokumenty jakie ma przygotować wykonawca w całości dot. prac projektowych. To, że w wezwaniach zamawiający pytał się o przyjętą koncepcję było uzasadnione potrzebą ustalenia, czy wykonawcy zamierzają wykorzystać koncepcję Zamawiającego, czy też opierają się na własnych założeniach, co było konieczne do oceny cen.

Odwołujący odniósł się do wybranych kwestii związanych m.in. z wykonaniem mikrotunelingu pod istniejącą infrastrukturą, wskazując w odniesieniu do kręgu podmiotów, których dotyczą zarzuty, iż żaden z nich nie posiada potrzebnych do wykonania prac specjalistycznym maszyn, które natomiast są w dyspozycji Odwołującego. Powyższe miało przesądzać o tym, że jego oferta musiała być konkurencyjna, a pozostali 3 wykonawcy musieli w swojej ofercie uwzględnić wyższe koszty zlecenia wykonania tych prac lub wynajęcia maszyn. W swoich wyjaśnieniach koszty związane z tymi robotami wykazał w poz. 5.5 tabeli wraz z dowodami tj. ofert 2 producentów rur HOBAS (oferta 1122029633) i AMIANTIT (z 30.05.2016 r.). Równie istotnym elementem na jaki zwracał uwagę stanowił koszt rur, które znajdują się w ofercie 2 podmiotów (HOBAS i AMIANTIT). Odwołujący załączył do swoich wyjaśnień ofertę jednego z nich i zakładał, że w innych ofertach ceny, jakie uzyskali wykonawcy mogły być na porównywalnym poziomie bądź wyższym. Równie istotnym było uwzględnienie w ofertach betonu i technologii jego wykonania, która gwarantować ma, iż wielkość zarysowań na zbiorniku nie będzie większa niż 0,1 mm. Odwołujący ujawnił na rozprawie, że w kalkulacji ceny przyjął niski poziom zysku tj. 2%, stąd zapytanie na czym inni wykonawcy zamierzali osiągnąć zysk przy różnicy w cenie na poziomie około 18,5%.

W wyjaśnieniach wszyscy wykonawcy odnosili się do mikrotunelingu objętego pkt 5.5 tabeli prezentując koszty i dowody wykazujące zasadność kalkulacji (oferty).

Odnośnie rur kwestii tej dot. wyjaśnienia IDS-BUD str. 54 i następne (z 24.06.2016 r.). w ofercie Inżynierii Rzeszów S.A. wyjaśnienia str. 432 zał. nr 5 z 04.08.2016 r. (godz. 7.45), a w ofercie Konsorcjum Porr wyjaśnienia z 04.08.2016 r. (godz. 8.44).

W kwestii zbiornika wykonawcy omawiali koszty w pozycji tabeli 4.1;4.1.2;4.1.3;4.1.4; 4.1.5, które Zamawiający oceniał pod kątem zgodności z PFU uwzględniając załączone dowody.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze charakter zamówienia określony kaluzulą "zaprojektuj i wybuduj", a także wyjaśnienia składane Zamawiającemu w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zasadniczo podstawę rozstrzygnięcia stanowiły ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, gdyż Odwołujący nie przedłożył żadnych innych dowodów, które potwierdzać miałyby zarzur zaniechania odrzucenia ofert na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Wprawdzie po stronie wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień na podstawie art 90 Ustawy spoczywa ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska, to nie zwalnia to jednocześnie Odwołującego z wykazania zasadności stawianych zarzutów. Niezależenie od treści wyjaśnień, która nie była znana Odwołującemu, pozostałe okoliczności związane z zakresem koniecznych prac, możliwych odstępstw od PFU Odwołujący nie uwzględnił w swojej wypowiedzi, co czyniło jego argumentację niepełną. Jednocześnie nie mogła uzasadniać zarzutów, argumentacja, w której Odwołujący zasadniczo odnosił się do własnej oferty porównując z nią oferty innych wykonawców.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż dopuszczalnym było zaoferowanie wykonania robót w sposób odbiegający od dokumentacji projektowej Zamawiającego, co przyznał sam Odwołujący w stwierdzeniu, że istniała *możliwość zaprojektowania od nowa inwestycji, co jednak musiało być wykazane w wyjaśnieniach, aby móc ocenić czy oferta jest zgodna z PFU, a cena nie jest rażąco niska.* Powyższe prowadziło do stwierdzenia, iż nie było celowym porównywanie ofert w których odmiennie zakładano wykonanie części prac, co było przedmiotem wyjaśnień do złożenia których wykonawcy byli wzywani. Zamawiający oczekiwał wskazania koncepcji według której wykonawca planuje wykonać roboty, aby móc ocenić czy są one zgodne z PFU. Wyjaśnienia wykonawców miały zatem indywidualizowany charakter, a ich ocena wymagała szczególnej wnikliwości po stronie Zamawiającego. Izba nie wykraczała w ustaleniach poza elementy wskazane przez Odwołującego, jako wymagające omówienia w treści wyjaśnień przez Wykonawców. Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia obejmowały kwestie poruszone przez Odwołującego i dotyczące wykonania mikrotunelingu oraz materiałów (stali, betonu). Wykonawcy składali również dowody w postaci ofert wykonania prac i zakupu materiałów. Również z porównania cen złożonych w postępowaniu można wywieść, iż ceny są na zbliżonym poziomie, a zatem uwzględniają poziom rynkowy. Izba nie oceniała wyjaśnień w odniesieniu do wyceny własnej Odwołującego, przyjmując, iż nie może być ona wytyczną dla ustalenia, czy wykonawcy wykazali, iż ceny nie są rażąco niskie.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z a art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na bezpodstawnym nie ujawnieniu oświadczeń wykonawców wykazujących konieczność utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz na bezpodstawnym nie ujawnieniu (utajnieniu) ofert wykonawców – Izba oddaliła.

Odwołujący upatrywał podstawy zarzutu w założeniu, iż wykonawcy nie zawarli dostatecznego uzasadnienia dla objęcia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. To założenie opierał na treści uzasadnienia udostępnionego przez Zamawiającego, jakie złożył wykonawca IDS-BUD. Po wniesieniu odwołania Zamawiający na wniosek Odwołującego z dnia 18.10.2016 r. udostępnił mu uzasadnienia pozostałych wykonawców dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w pierwszych wyjaśnieniach.

Odwołujący uznał, iż bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż sam utajnił własne wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a o rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionego zarzutu decydować ma ustalenie, czy pozostali wykonawcy wykazali w sposób dostateczny zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazanych w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 90 Ustawy.

Izba oddalając odwołanie w tym zakresie uznała, iż Odwołujący nie wykazał, chociaż mógł zapoznać się z uzasadnieniem utajnienia wyjaśnień trzech wykonawców, iż nie były one kompletne. Również na rozprawie Odwołujący nie odniósł się w żadnej z wypowiedzi do uzasadnienia, z którym mógł zapoznać się już 21 października 2016r. Powyższe zasadniczo wskazywało, iż zarzut postawiony został na wyrost i nie miał podstaw faktycznych. Zarzut zaniechania odtajnienia nie zasługiwał na uwzględnienie, również z tej przyczyny, że sam Odwołujący uznawał wyjaśnienia składane przez niego w tożsamym zakresie za tajemnicę przedsiębiorstwa, a zakres wyjaśnień każdego z wykonawców dotyczył elementów kalkulacyjnych i uwarunkowań koncepcyjnych, jakie wykonawcy zakładali na potrzeby wykonania prac.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**