

Sygn. akt: KIO 2111/17

WYROK
z dnia 25 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 października 2017 r. przez wykonawcę **B. S. A. ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w O. Al. (...)**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: P. S. A., P. B. G., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego **B. S. A. ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący

Sygn. akt KIO 2111/17

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. (...), Oddział w O., dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa obwodnicy N. M. L. w ciągu drogi krajowej nr 15” znak postępowania: O/OL.D-32410,5.2015.1-4. Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 3 października 2015 r., pod numerem 2015/S 192-346625.

W dniu 28 września 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Konsorcjum: P. S.A., P. B. G., ul. (...). Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu kilku ofert w tym również oferty złożonej przez wykonawcę B. S. A. ul. (...), dalej „Odwołujący”, który to wykonawca od tej czynności Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obejmuje całość zobowiązania ustalonego przez Zamawiającego w treści SIWZ, w tym: wykonanie dróg i chodników zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), doprowadzenie do nośności podłoża na poziomie 120 MPa oraz wykonanie obiektu PZ-3 zgodnie z PFU,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej i obejmuje koszty wykonania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone przez Odwołującego wyjaśnienia,

- naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty, co doprowadziło do wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego,

- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek dostrzeżonych w wyniku wyjaśnień składanych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp,

- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejszą, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów Odwołujący przedstawił stan faktyczny wykonanych czynności mających istotne znaczenie dla oceny przedmiotowych zarzutów wskazując, że w dniu 3 października 2015 r. opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: *Budowa obwodnicy N. M. L. w ciągu drogi krajowej nr 15.*

Zamawiający pismem z dnia 23 maja 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi z dnia 13 czerwca 2017 r., Odwołujący odniósł się do wszystkich kwestii poruszonych w wezwaniu. Zamawiający dostrzegł potrzebę ponownego uszczegółowienia przedłożonych informacji. W dniu 4 sierpnia 2017 r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2017 r.

Wskazał, że w dniu 28 września 2017 r. Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum P. jako najkorzystniejszą, choć oferta Odwołującego nie powinna być zostać odrzucona. Jako przyczyny odrzucenia wskazano rzekome niezgodności oferty z treścią SIWZ (w zakresie wykonania dróg i chodników zgodnie z PFU, doprowadzenia do nośności podłoża na poziomie 120 MPa oraz wykonania obiektu PZ-3 zgodnie z PFU). W rzeczywistości oferta Odwołującego obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, a Zamawiający dokonał nieprawidłowej interpretacji wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp i niezgodnie ze stanem faktycznym uznał, że Odwołujący nie objął swym zobowiązaniem niektórych elementów przewidzianych w SIWZ. Zarzut rażąco niskiej ceny jest konsekwencją nieprawidłowych założeń w zakresie wykonania dróg i chodników zgodnie z PFU, w rzeczywistości cena oferty Odwołującego obejmuje wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodał także, że Zamawiający w sposób zupełnie dowolny ustalił na podstawie udzielonych przez Odwołującego odpowiedzi, w szczególności w piśmie z dnia 4 sierpnia 2017 r. że Odwołujący zaproponował rozwiązania konstrukcyjne i wymagania techniczne niedozwolone zapisami PFU.

Nawet gdyby przyjąć, że z wyjaśnień Odwołującego można było powziąć wątpliwości dotyczące zakresu zobowiązania Odwołującego, Zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien był zwrócić się do Odwołującego z kolejnym wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Z wyjaśnień Odwołującego nie można bowiem było wyciągnąć tak daleko idących wniosków uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający ustalił w tej sprawie niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ z pojedynczych zapisów wyjaśnień, gdy tymczasem poszczególne odpowiedzi, na które powołuje się Zamawiający, muszą być czytane łącznie z pozostałą treścią wyjaśnień, w tym z załączonymi przez Odwołującego kosztorysami (które także definiują zaoferowany zakres

prac). Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia, gdy pomiędzy tymi elementami znalazły się pewne nieścisłości, omyłki. Zamawiający wyciągnął z nich automatycznie negatywne dla Odwołującego konsekwencje, zamiast owe nieścisłości, omyłki wyjaśnić, poprawić. Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek próby w tym zakresie, gdy tymczasem w świetle przepisów Pzp odrzucenie oferty przez Zamawiającego jest „ostatecznością”. Wskazał na liczne orzecznictwo Izby na okoliczność, iż do odrzucenia oferty wykonawcy może dojść dopiero po przeprowadzeniu prawidłowego postępowania wyjaśniającego. Podkreślił także, że w orzecznictwie Izby zostało przyjęte, że wezwania kierowane do wykonawcy muszą być jasne, precyzyjne, kategoryczne, wskazywać konkretny brak, który uniemożliwia pozytywną ocenę spełnienia warunku i obejmować wezwanie do jego usunięcia, a ciężar sporządzenia prawidłowego wezwania spoczywa na zamawiającym. Wezwanie z art. 87 ust. 1 Pzp, by spełniło swój cel, musi być więc konkretne i wskazywać, jakie wątpliwości powziął Zamawiający w związku ze złożoną mu ofertą.

Nie sposób przy tym nie odnieść wrażenia, że omówiony w przedmiotowym odwołaniu sposób skonstruowania wezwania do złożenia wyjaśnień był celowym działaniem ze strony Zamawiającego, który nie był zainteresowany poznaniem sposobu wyceny spornego zakresu prac przez Odwołującego, a jedynie uzyskaniem potwierdzenia, że nie jest on ujęty w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji i w ślad za tym odrzuceniem oferty Odwołującego jedynie z formalnych przyczyn, gdy tymczasem dochowanie właściwego standardu staranności nakazywało zupełnie inny tok czynności. Zamawiający mógł samodzielnie usunąć drobne nieścisłości w przedłożonych wyjaśnieniach, dokonując całościowej analizy przedłożonych wyjaśnień. Fakt, że w jednym miejscu Odwołujący omyłkowo wskazał inną wartość liczbową, a jednak w tabeli przedstawiającej kalkulację ujmuje wszystkie koszty realizacji zamówienia i z całościowej wykładni jego oferty jako oświadczenia woli okoliczność ta jasno wynika, nie może być uznany jako przesłanka prowadząca do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ podał, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Ponadto ta niezgodność ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny. Natomiast w przedmiotowej sprawie zdaniem Odwołującego z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Z treści wyjaśnień Odwołującego nie wynika bowiem, że Odwołujący nie wykona omówionych w niniejszym odwołaniu elementów przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, a jedynie w treści wyjaśnień pojawiły się drobne sprzeczności o charakterze usuwalnym, które Zamawiający z łatwością mógł usunąć - samodzielnie dokonawszy całościowej interpretacji złożonych wyjaśnień bądź wzywając Odwołującego do usunięcia

wątpliwości. Podkreślił, że formalne i błahе uchybienie, które nie ma wpływu na treść całego zobowiązania, nie mogłoby prowadzić do tak daleko idącego rezultatu jak odrzucenie oferty. W przedmiotowej sprawie raz jeszcze należy wskazać, że uchybienie takie w ogóle nie miało miejsca, ponieważ Zamawiający był w stanie samodzielnie usunąć wątpliwości opisane niżej. Z powyższych argumentów jasno wynika, że przed odrzuceniem oferty, Zamawiający ma obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich dających się usunąć wątpliwości. W przedmiotowych okolicznościach, Zamawiający tego obowiązku nie spełnił.

W zakresie szczegółowych podstaw odrzucenia jego oferty wymienionych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty **w zakresie niezgodności wykonania dróg i chodników zgodnie z PFU** podał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2017 r. dokonał zmiany geometrii:

- zwężenie drogi powiatowej nr 1248N z 6,0 m do 5,5 m;
- zwężenie jezdni dróg dojazdowych z 5,5 m do 5,0 m;
- zwężenie chodników na nasypach do szerokości takiej jak w wykopach.

Podkreślił, że Zamawiający przesądził, iż wiążące dla wykonawców są minimalne szerokości i długości jezdni wszystkich dróg, ciągów pieszych (vide odp. nr 329 przywołana w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 28 września 2017r.). Odwołujący wbrew twierdzeniu Zamawiającego zachował owe minimalne parametry.

- w zakresie dróg dojazdowych - w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2017r. Odwołujący wskazał (str. 7), że do wyceny przyjął *zawężenie jezdni dróg dojazdowych z 5,50 m do 5,0m (zgodne z Rozporządzeniem)*". Natomiast zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, w § 15 ust. 1 pkt 6 stanowi się, że na drogach dojazdowych (drogach klasy D) szerokość pasów ruchu powinna wynosić 2.50 m. Daje to łącznie szerokość drogi dojazdowej 5,0 m, jak założył Odwołujący. Tym samym, przyjęta przez Odwołującego zmiana geometrii zgodna jest z powszechnie obowiązującymi przepisami, a więc zgodna jest z wymaganiem Zamawiającego opisanym w odp. nr 329.

Podkreślił, że w tym przypadku nie ma zastosowania rozwiązanie przyjęte w § 15 ust. 2 przedmiotowego rozporządzenia, zgodnie z którym na drogach klasy D szerokość pasa ruchu może być zwiększona do maksymalnie 3,50 m, jeżeli taka potrzeba wynika z prognozowanej struktury rodzajowej oraz ilościowej ruchu. Z SIWZ nie wynika bowiem, aby prognozowana struktura rodzajowa lub ilościowa ruchu wskazywała na konieczność poszerzenia drogi dojazdowej. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przyjęte w § 15 ust. 1 szerokości pasów ruchu na drogach różnych klas są wiążące. Nie ma prawnych możliwości, aby Zamawiający lub działający w jego imieniu projektant, mógł założyć większą szerokość drogi niż przewidziana rozporządzeniem, np. w przypadku dróg dojazdowych 5,5 m zamiast 5,0 m, wobec braku przesłanek do zwiększenia szerokości drogi z § 15 ust. 2.

Obowiązkiem wykonawców było więc dostosowanie, w szczególności w formule umowy „zaprojektuj i wybuduj”, geometrii układu drogowego do wymagań prawnych. Podkreślił to Zamawiający w odp. nr 727, stwierdzając, że „w przypadku wykazania przez Wykonawcę niezgodności z obowiązującymi przepisami wykonawca zmodyfikuje układ geometryczny drogi w minimalnym zakresie i doprowadzi do zgodności z przepisami Powyższe powinno zostać uwzględnione w cenie ofertowej.” To też uczynił Odwołujący. Tym samym przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie (szerokość drogi dojazdowej 5,0 m) jest zgodne z SIWZ.

- w zakresie niezgodności z PFU chodników na nasypach

Podał, że w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2017r. Odwołujący wskazał (str. 7), że do wyceny przyjął *zawężenie chodników na nasypach do szerokości takiej jak wykopach z uwagi na odsunięcie bariery za chodnik*”. Jak wynika z udzielonej odpowiedzi, Odwołujący zamierzał jedynie przesunąć barierę, co jest zgodne z odp. nr 329, nie zaś zmienić szerokość ciągu pieszego (co było zabronione przez Zamawiającego). Poprzez odsunięcie bariery za chodnik – zawężeniu ulega wyłącznie szerokość nawierzchni między krawężnikiem a obrzeżem z 2.60 m na 2.0 m. Nie zmienia się więc szerokość ciągu pieszego znajdującego się w wykopie, która wynosi zgodnie z rysunkami załączonymi do PFU 1,50 m.. Można się zgodzić, że przywołane zdanie z wyjaśnień Odwołującego nie jest precyzyjne, ale nie można z niego wprost wywieść, iż rozwiązanie to polega na zawężeniu ciągu pieszego. Odwołujący bowiem pisze, iż rozwiązanie to opiera się na odsunięciu bariery „za chodnik”, tak aby szerokość nawierzchni na nasypach (nieprecyzyjnie nazwana w wyjaśnieniach chodnikiem) pokrywała się z szerokością wykopu. Kwestia ta wymagała po prostu właściwej interpretacji, ewentualnie dopytania Odwołującego, w celu usunięcia w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości, czego Zamawiający zaniechał. Z zestawienia poszczególnych pojęć ze zdania *zawężenie chodników na nasypach do szerokości takiej jak wykopach z uwagi na odsunięcie bariery za chodnik!*, nie można w żaden sposób przyjąć, iż zawężono niezgodnie z SIWZ szerokość ciągu pieszego.

- w zakresie drogi powiatowej - podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2017r. Odwołujący wskazał (str. 7), że do wyceny przyjął *zawężenie drogi powiatowej nr 1248N z 6,0 m do 5,5 m (zgodne z Rozporządzeniem)*”,

Jak wynika z wyjaśnień, Odwołujący założył dostosowanie rozwiązań związanych z geometrią układu drogowego do wymagań Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, co podkreślił w wyjaśnieniach poprzez odwołanie się do owego rozporządzenia („zawężenie drogi zgodnie z Rozporządzeniem”). Podobnie jak w przypadku dróg dojazdowych (pkt 1 powyżej) droga powiatowa nr 1250N została w SIWZ opisana niezgodnie z Rozporządzeniem, przyjęto bowiem jej szerokość na poziomie 6,0 m. Tymczasem droga ta jest drogą klasy L, a zatem zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia jej szerokość wynosi 5,5 m.

Zamiarem Odwołującego było dostosowanie tej właśnie drogi do wymiarów zgodnych z Rozporządzeniem, omyłkowo jednak wpisano w wyjaśnieniach „droga powiatowa nr 1248N” zamiast „droga powiatowa nr 1250N”. Droga powiatowa nr 1248N jest drogą klasy Z, a zatem zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia jej szerokość wynosi 6,0 m i tym samym jest już zgodna z Rozporządzeniem. Innymi słowy, w przypadku drogi nr 1248N nie ma w ogóle potrzeby dostosowywać jej szerokości do wymagań prawa. Rozporządzenia.

Innymi słowy, po stronie Zamawiającego winno zrodzić się wątpliwość, pytanie: po co Odwołujący zakłada modyfikację szerokości drogi nr 1248N do Uzyskania zgodności z Rozporządzeniem, skoro droga ta w PFU jest już zgodna z Rozporządzeniem? Założenie takie w świetle dokumentacji jest pozbawione sensu, a zatem wprost widać, że doszło do pisarskiej omyłki przy oznaczeniu drogi. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien ową sprzeczność wyjaśnić i na tej podstawie ustalić, iż zmiana geometrii dotyczy drogi nr 1250N, poprzez dostosowanie jej szerokości do wymagań Rozporządzenia, które w tym zakresie jest wiążące. Odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może mieć miejsce jedynie, gdy owa niezgodność jest bezsprzeczna i nieusuwalna, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tym przypadku.

- w zakresie kolejnej niezgodności dotyczącej doprowadzenia do nośności podłoża na poziomie 120 MPa, podał, że Zamawiający w wezwaniu z 23 maja 2017 r. zadał pytanie: *Jaką nośność podłoża przyjęto pod warstwą mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 20 cm? W wyjaśnieniach z dnia 13 czerwca 2017 r. Odwołujący podał, że zgodną z katalogiem nawierzchni, a także że zobowiązuje się do doprowadzenia do wymagań nośności podłoża założoną zgodnie z PFU. Zgodnie z PFU podłożę pod warstwą mieszanki związanej z cementem C3/4 gr. 20 cm winno mieć nośność 120 MPa, natomiast zgodnie z katalogiem nawierzchni - 50 MPa. W wezwaniu z dnia 14 lipca 2017r. Zamawiający wskazał: *Wskazana odpowiedź jest nieprecyzyjna. Zamawiający oczekuje odpowiedzi poprzez podanie wartości w MPa.* Wykonawca udzielił odpowiedzi: *Przyjęto nośność podłoża 35 MPa.**

Odnosząc się do powyższego podał, że faktycznie autor odpowiedzi zrozumiał dodatkowe pytanie Zamawiającego jako „wyjściową” nośność podłożona (stąd 35 MPa), a nie nośność ostatecznie oczekiwaną. Nośność „wyjściowa” pozwala bowiem Zamawiającemu ustalić realność kosztów Odwołującego, jakie musi ponieść Odwołujący w celu stabilizacji gruntu, doprowadzenia gruntu do nośności wynikającej z SIWZ. Absurdalnym jest zdaniem Odwołującego przyjęcie na podstawie całościowej analizy wyjaśnień Odwołującego, że założył on nośność podłoża poziomie 35MPa. Wartość ta jest tak niska, że w istocie w ofercie Odwołującego w ogóle nie powinna się pojawić pozycja „stabilizacja gruntu”. Bowiem nawet z katalogu nawierzchni, który został wymieniony w odpowiedzi Odwołującego nośność gruntu wynosi 50 MPa. Tymczasem Odwołujący założył w

kosztorysie drogowym (kosztorys nr 1 złożony wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 sierpnia 2017r.) pozycję 5.20 - „grunt stabilizowany „na miejscu” spoiwem o gr. 25 cm w cenie jednostkowej 14,95 zł za 1 m2. Co istotne, pozycja ta poprzedza pozycje pt. „grunt stabilizowany cementem C3/4”, m.in. o grubości 20 cm. Tak wysoka cena jednostkowa wskazuje, że Odwołujący założył bardzo dużą ilość spoiwa na 1m2, aby osiągnąć wymaganą przez Zamawiającego nośność na poziomie 120 MPa.

Te rozbieżności w wyjaśnieniach Odwołującego niestety nie wzbudziły jakiegokolwiek refleksji po stronie Zamawiającego, Zamawiający po raz kolejny, wbrew przepisom Pzp, wybiórczo przeanalizował wyjaśnienia Odwołującego i opierając na pojedynczych sformułowaniach, nie oddających w istocie intencji Odwołującego, odrzucił jego ofertę.

- w zakresie kolejnej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego związanej z wykonaniem obiektu PZ-3 zgodnie z PFU, podkreślił, że, Odwołujący założył wykonanie obiektu PZ-3 w konstrukcji łukowej z blachy falistej (typ Viacon) jako obiekty jednoprzęsłowe, jednootworowe.

Zamawiający taki wniosek, prowadzący do odrzucenia oferty Odwołującego, wywiódł z rysunku - przekroju poprzecznego złożonego przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 sierpnia 2017r. Tymczasem zgodnie z żądaniem zawartym w pkt 7 dot. odpowiedzi na pytanie nr 11 wezwania do wyjaśnień z dnia 14 lipca 2017r. Odwołujący miał przedstawić „uproszczony przekrój poprzeczny z wymiarowaniem przekrojów ruchowych”. Taki właśnie rysunek dla obiektu PZ-3 Odwołujący złożył. Trudno więc oczekiwać, aby przy takim stopniu szczegółowości przekroju uwidaczniać rozwiązania konstrukcyjne (w tym przypadku dylatacje wzdłuż środkowej podpory uwidocznionej na rysunku), które czynią z obiektu nazywanego przez Zamawiającego „obiekt PZ-3” dwa obiekty jednoprzęsłowe, jednootworowe, z dwiema odrębnymi podporami (odrębnymi fundamentami). Szczegółowe rysunki dylatacji przedstawia się dopiero na etapie projektu budowlanego.

Podkreślił nadto, że Odwołujący w Kosztorysie nr 5 - Mosty, złożonym Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 sierpnia 2017r. wyodrębnił owe obiekty - wycenił obiekt PZ-3 w dwóch odrębnych pozycjach kosztorysowych, jako właśnie dwa odrębne obiekty, z odrębnymi fundamentami, podporami, ustrojem nośnym, różnymi typami blachy.

- w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty podał, że cena oferty Odwołującego charakteru takiego nie ma. Stwierdził, że Zamawiający wyciąga ze złożonych mu wyjaśnień nieuprawnione wnioski, *de facto* przypisując Odwołującemu sposób kalkulacji ceny niezgodny z przyjętymi przez niego i wprost wskazanymi w wyjaśnieniach ceny kwotami - które stanowią przecież najważniejszą informację o kalkulacji. Innymi słowy, zdaniem Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny sprowadzający się do zaniżenia kosztów wykonania dróg i chodników upada, w sytuacji gdy Zamawiający przyjął błędne założenie, że

Odwołujący planuje zawężenie dróg i chodników do parametrów niezgodnych z SIWZ. Nie wiadomo przy tym, jak Zamawiający wyliczył niedoszacowanie owych kosztów.

Reasumując powyższe stanowiska nawiązał do sposobu formułowania pytań przez Zamawiającego i w tym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2224/14, sygn. akt KIO 2228/14) z którego wynika teza, którą można sprowadzić do stwierdzenia - *Jakie wezwanie, takie wyjaśnienia (...)* dodając, że *Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo.*

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego i podał, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym złożenie oferty musiał poprzedzić opracowaniem i wyceną konkretnych rozwiązań projektowych. Potwierdza to sam Odwołujący pisząc: *„poszczególne odpowiedzi na które powołuje się Zamawiający, muszą być czytane łącznie z pozostałą treścią wyjaśnień, w tym załączonymi przez Odwołującego kosztorysami (które także definiują zaoferowany zakres prac”*. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust 1 Pzp oraz dwukrotnie w trybie przepisu 87 ust.1 Pzp. Podał, że w wyjaśnieniu pierwszym i drugim uzyskanym od Odwołującego uzyskał informacje jaki dokładnie przedmiot zamówienia Odwołujący zaoferował. W takiej sytuacji trudno te oświadczenia, jak oczekuje tego Odwołujący, pominąć i przyjąć, że są one pozbawione znaczenia prawnego w sytuacji, gdy występują pomiędzy nimi nieścisłości i omyłki. Generalnie należy, zdaniem Zamawiającego przyjąć, że ogólne oświadczenie wykonawcy o wykonaniu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ może być wiążące dla Zamawiającego tylko tak długo, jak długo nie pozyska on informacji, że wykonawca swoim oświadczeniem woli w istocie objąć inny przedmiot zamówienia niż było to przez Zamawiającego wymagane.

W zakresie grupy zarzutów odnoszących się do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, podał:

- w zakresie zwężenia dróg dojazdowych – zgodnie z postanowieniem pkt 1.4.1.1 PFU Zamawiający udostępnił wykonawcom Tom V SIWZ w którym Zamawiający zawarł dokumenty w części wiążące wykonawców, a stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące wykonawców w zakresie:

-Projekt Budowlany „Budowa obwodnicy N. M. L. w ciągu drogi krajowej nr 15” wiążący Wykonawcę od km projektowego 0+600 do km projektowego 17+575 zakresie geometrii układu drogowego w planie i wiążący w całości w zakresie konstrukcji nawierzchni wszystkich dróg, chodników, ciągów pieszo-rowerowych, zatok autobusowych, skrzyżowań, miejsc do kontroli pojazdów;

- „Koncepcja rozwiązań drogowych dla budowy obwodnicy N. M. L. w ciągu dk nr 15 - Etap II, a w szczególności rozwiązania drogowe zamienne od km około -0+340 do km około 0+660, w tym podłączenie drogi powiatowej nr 1808 C Wielki G.-W. L. do skrzyżowania typu rondo projektowanego w km 0+450" W zakresie geometrii układu drogowego w planie i wiążący w całości w zakresie konstrukcji nawierzchni wszystkich dróg chodników, ciągów pieszo-rowerowych, zatok autobusowych, skrzyżowań;

- „Koncepcja w zakresie rozwiązań zamiennych dla dojazdów do działek nr 769 oraz 768/2 obręb 6 K." w zakresie geometrii układu drogowego w planie Konstrukcja nawierzchni drogi jak dla dróg dojazdowych o nawierzchni z kruszywa wg Projektu Budowlanego Budowa obwodnicy nowego M. L. w ciągu drogi krajowej nr 15.

Odnosząc do powyższego stwierdził, że w świetle zacytowanego fragmentu PFU nie może budzić wątpliwości, że parametry geometrii układu drogowego w planie są wiążące dla Wykonawców, Oznacza to, że należy je wykonać zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową. Przyjęta w niej szerokość dróg dojazdowych to 5,5 m — dwa pasy ruchu o szerokości 2,75 m (po jednym w każdą stronę).

Powyższe zdaniem Zamawiającego zostało potwierdzone odpowiedzią na pytanie nr 329. Podkreślił, że w udzielonej odpowiedzi wskazał, że jest to między innymi minimalna szerokość drogi. Z uwagi na to, że w pytaniu odnoszono się do pkt. 1.4.1.1 PFU nie może budzić wątpliwości, że minimalną szerokość drogi należy odnosić do wartości przyjętych w dokumentach wymienionych w pkt. 1.4.1.1. PFU. Innymi słowy skoro z PFU wynika, że szerokość dróg dojazdowych to minimum 5,5 m, to Odwołujący nie mógł przyjąć, że wykona drogi węższe niż minimalna wartość wskazana przez Zamawiającego.

Podkreślił, że taka szerokość drogi – zwiększona do 2,75m szerokość pasa ruchu wynikała z potrzeby, że z drogi tej będą korzystać maszyny rolnicze, czyli pojazdy o dużych gabarytach. Z doświadczeń Zamawiającego wynika potrzeba poszerzenia tego rodzaju dróg z uwagi na problem z wymijaniem się na nich pojazdów rolniczych. Odwołujący niezasadnie, zdaniem Zamawiającego kwestionował uprawnienie Zamawiającego do żądania wykonania drogi szerszej niż 5 m. Podkreślił, że obowiązkiem Odwołującego było wykonanie dróg dojazdowych o szerokości 5,5 m, a nie jak przyjęto w ofercie 5,0 m. Bezsporne jest tym samym, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami PFU, a tym samym niezgodne z treścią SIWZ.

- w zakresie zwężenia chodników na nasypach podał, że Zamawiający pytał w wezwaniu do wyjaśnień Odwołującego „*jakie elementy geometrii drogi Wykonawca planuje przeprojektować*”. W uzyskanej odpowiedzi Odwołujący wśród wymienionych elementów wskazał między innymi na: „zawężenie chodników na nasypach do szerokości takiej jak w wykopach z uwagi na odsunięcie bariery za chodnik”. Użyte sformułowanie „zawężenie chodników" było zdaniem Zamawiającego jasne i jednoznaczne. Podkreślił, że argumentacja

wskazana w odwołaniu jest jedynie próbą manipulacji interpretacyjnych w celu ratowania oferty. Sprowadza się ona do tego, że Zamawiający nie powinien przykładać wagi do deklaracji Odwołującego zawartych w wyjaśnieniach, lecz powinien był odczytać jego intencje nawet wbrew jednoznacznej treści wyjaśnień.

- w zakresie zawężenia drogi powiatowej nr 1248N podniósł, że szerokości dróg podane w projektach przekazanych Wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert były wiążące. Odnosząc się do tej przesłanki odrzucenia Odwołujący twierdził, że: „droga powiatowa nr 1250N została w SIWZ opisana niezgodnie z Rozporządzeniem, przyjęto bowiem jej szerokość na poziomie 6m, Tymczasem droga ta jest drogą klasy L, a zatem zgodnie z 515 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia jej szerokość wynosi 5,5 m. Zamiarem Odwołującego było dostosowanie tej właśnie drogi do wymiarów zgodnych z Rozporządzeniem, omyłkowo jednak wpisano w wyjaśnieniach „droga powiatowa nr 1248N” zamiast „droga powiatowa nr 1250N. Droga powiatowa nr 1248N jest drogą klasy Z, a zatem zgodnie z § 15 ust, 1 pkt 4 Rozporządzenia jej szerokość wynosi m i tym samym jest już zgodna z Rozporządzeniem, Innymi słowy, w przypadku drogi nr 1248N nie ma w ogóle potrzeby dostosowywać jej szerokości do wymagań prawa, Rozporządzenia”.

Błędne założenia projektowe Odwołującego opisane w wyjaśnieniach, Odwołujący próbuje tłumaczyć omyłką. Ma ona rzekomo polegać na wpisaniu nieprawidłowego numeru drogi. Przedstawione argumenty są nielogiczne. Wynika z nich, że zamiarem Odwołującego było zwężenie do szerokości 5,5 m drogi 1250 N (o szerokości 5,5 m zgodnie z wiążącym projektem Zamawiającego), a nie drogi 1248N (o szerokości m zgodnie z wiążącym projektem Zamawiającego). Innymi słowy - biorąc pod uwagę twierdzenia Odwołującego przedstawione w odwołaniu — Odwołujący zamierza drogę o szerokości 5,5 m zwęzić do 5,5 m. Założenie takie jest pozbawione sensu. Może to prowadzić tylko do jednego wniosku, że Odwołujący przygotowując ofertę planował zwężenie do 5,5 m tylko drogi o szerokości 6,0 m, tj. drogi powiatowej nr 1248N.

- w zakresie nośności podłoża wyjaśniał, że zgodnie z wymaganiami PFU tylko pod drogą główną (długości ok. 18 km i powierzchni ok. 245.000 m²) należy wykonać warstwę mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 20 cm. Podłoże pod tę warstwę musi mieć nośność na poziome 120 MPa. Zamawiający w pkt, 8 wyjaśnień zwrócił się o wskazanie: „Jaką nośność podłoża przyjęto pod warstwą mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 20 cm ?” .Odwołujący w wyjaśnieniach (1) napisał: „Nośność podłoża przyjęto zgodnie z katalogiem nawierzchni i doprowadzenie do wymagań nośności podłoża założoną zgodnie z PFU” . W wyjaśnieniu drugim Odwołujący doprecyzował, że: „Przyjęto nośność podłoża 35 MPa”. Dlatego też Zamawiający uznał, że powyższe jednoznacznie potwierdza, że intencją Odwołującego, która została jasno wyrażona w drugim wyjaśnieniu było przyjęcie nośności

podłoża na poziomie 35 MPa, która to wartość jest ponad trzy razy mniejsza od wymaganej zapisami PFU.

- w zakresie wykonania obiektu PZ-3 podał, że również *zgodnie z wymaganiem z pkt 2.1.11.1 Zamawiający dopuścił wykonanie obiektów o konstrukcji gruntowo-powłokowej z blach falistych i schemacie statycznym łukowym lub ramownicowym. Obiekty o konstrukcji gruntowo-powłokowej z blach falistych, zlokalizowane w ciągu drogi krajowej, należy zaprojektować jako jednoprzęsłowe (jednootworowe)*". Odwołujący wraz z wyjaśnieniami przekazał rysunek obiektu PZ-3. Obiekt ten ma konstrukcję łukową z blachy falistej. Oznacza to, że ze względu na rodzaj przyjętej przez Odwołującego konstrukcji, tj. obiekt łukowy z blach falistej, to obiekt ten powinien być jednoprzęsłowy (jednootworowy). Jak wynika z rysunku obiektu PZ-3 przedstawionego przez Odwołującego na etapie składania wyjaśnień, Odwołujący założył wykonanie obiektu dwuprzęsłowego (dwuotworowego.).

W zakresie zarzutu braku wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp podał, że zarzut jest bezzasadny, gdyż Zamawiający w wyniku dwóch kolejnych wezwań prawidłowo zidentyfikował wszystkie niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Rozbieżności były oczywiste i nie wynikały z domysłów Zamawiającego, lecz z literalnego brzmienia wyjaśnień Odwołującego, W takiej sytuacji, kolejne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty, musiałoby skutkować negocjacjami jej treści (objęciem ofertą świadczenia, którego pierwotnie nie obejmowała), czego zabrania zdanie drugie przepisu art. 87 ust, 1 ustawy Pzp.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty podał na rozprawie, że powyższe było konsekwencją stwierdzenia nie objęcia ofertą całości przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ, a w szczególności w PFU i tym samym niedoszacowanie oferty oscyluje w granicach około 4 milionów złotych, a więc w dużo większej kwocie niż Odwołujący przyjął jako rezerwę na nieprzewidziane koszty wykonania zamówienia.

Przystępujący do postępowania wykonawca Konsorcjum: P. S.A., P. B. G., ul. (...) poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych dowodów w postaci szkiców proponowanych rozwiązań technicznych, opinii Trakt oraz stanowisk stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i tym samym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący się wykonawca wykazał także interes w uzyskaniu zamówienia o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, iż Odwołujący na rozprawie cofnął zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do zastrzeżonej części odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego powołując się na podstawę z art. 89 ust.1 pkt 2 z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ oraz w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 Pzp. tj. z powodu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Niespornym pomiędzy stronami był fakt, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert wzywał Odwołującego dwukrotnie tj. 23 maja oraz 14 lipca 2017 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 i art. 87 ust.1 Pzp. Odwołujący w obu przypadkach odpowiedział na wezwanie tj. pismami z dnia 13 czerwca 2017 roku i 4 sierpnia 2017 roku udzielił Zamawiającemu stosowanych wyjaśnień, które stały się w zasadniczym zakresie podstawą do takiej oceny oferty Odwołującego.

Kolejną kwestią niesporną pomiędzy stronami, a istotną do rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów był fakt, że Zamawiający przekazał wykonawcom Tom V SIWZ, gdzie znajdowały się dokumenty, które we wskazanym zakresie były wiążące dla każdego wykonawcy. Były to w szczególności kwestie związane z geometrią układu drogowego w planie. Wskazać należy, że kwestia ta budziła wątpliwości wykonawców, gdyż w tym zakresie zostało zadane Zamawiającemu pytanie np. 329; 634 itp. W tym pytaniu wykonawcy chcieli uzyskać od Zamawiającego stanowisko co do „*W pkt. 1.4.1.1 PFU w wyszczególnieniu dokumentów w części wiążących Wykonawcę Zamawiający stwierdza: „Projekt Budowlany (...) w zakresie geometrii układu drogowego w planie i wiążący w całości w zakresie konstrukcji nawierzchni wszystkich dróg, Co Zamawiający rozumie przez stwierdzenie „geometria układu drogowego”?- Czy chodzi o oś drogi DK15?”, „Co Zamawiający rozumie pod pojęciem geometrii układu drogowego w planie? Prosimy o sprecyzowanie, czy chodzi o korytarz drogowy, czy o parametry szczegółowe?”.* Odpowiadając na te pytania Zamawiający podał, że pod pojęciem "geometrii układu drogowego w planie" należy rozumieć m.in.: oś w planie (wielkości promieni łuków poziomych), minimalne szerokości i długości jezdni wszystkich dróg, ciągów pieszych i rowerowych, pasa separującego, opasek, chodników, zatok, pierścieni rond, lokalizację, typy i geometrię skrzyżowań, zjazdów, zatok". Tym samym Zamawiający potwierdził, że pewne przyjęte przez niego rozwiązania są wiążące dla wykonawców i pomimo tego, że zamówienie jest realizowane w formule " zaprojektuj i zbuduj" to jednak w tym ww. zakresie swoboda wykonawcy co do projektowanych rozwiązań jest ograniczona. Wskazać należy

także, iż powyższemu stanowisku Zamawiającego Odwołujący przeciwstawił odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 727 oraz 730 gdzie Zamawiający wskazał, iż przypadku projektowania dróg należy ich szerokość dostosować do szerokości wymaganej w obowiązujących przepisach prawa. Takim przepisem jest Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Podkreślić należy, iż przepisy tego Rozporządzenia uległy zmianie w z dniem 10 marca 2015 roku, które to zmiany weszły w życie z dniem 25 marca 2015 roku.

W wyniku badania oferty Odwołującego w trakcie której jak wyżej wskazano Zamawiający dwukrotnie uzyskał wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający stwierdził, szereg niezgodności treści oferty z treścią wymagań SIWZ, a konkretnie z szeregiem wymagań PFU.

W zakresie uznanej przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z wymaganiami PFU dotyczącymi zawężenia dróg dojazdowych, Odwołujący wbrew ustaleniom pkt 1.4.1.1 PFU przyjął do wyceny szerokość tych dróg na poziomie 5 m szerokości tj. 2,50 m szerokość każdego pasa ruchu. Swoje stanowisko w tej sprawie Odwołujący tłumaczył tym, że w odpowiedzi na pytanie 727 Zamawiający zobowiązał wykonawców do dostosowania szerokości dróg dojazdowych do wymogów ww. Rozporządzenia, gdzie w § 15 ust.1- po nowelizacji ustalono, że szerokość pasa ruchu drogi klasy D winna wynosić 2,50 metra, a w szczególnych przypadkach jeśli wynika to z prognozowanej struktury rodzajowej lub ilościowej ruchu, szerokość pasa może być zwiększona do 3,50 metra. Odwołujący podnosił także, iż Zamawiający nie przedstawił dokumentów co do potrzeby zwiększenia szerokości pasa ruchu i tym samym był zobowiązany przyjąć do projektowania i wyceny szerokość pasa ruchu 2,5 metra.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała niezasadność stanowiska Odwołującego. Niewątpliwym jest, że Zamawiający ustalił w PFU iż szerokość pasa ruchu, ze względu na specyfikę ruchu lokalnego winna mieć szerokość 2,5m. Poza tym za nieuprawnione należało uznać stanowisko Odwołującego, że Zamawiający w dostateczny sposób nie wykazał potrzeby, że droga winna mieć szerokość większą niż wymagają tego przepisy ww. Rozporządzenia. W tym zakresie Izba dodaje, że ani rolą Izby, ani Odwołującego nie jest ocena potrzeb Zamawiającego w tym zakresie. Określenie przedmiotu zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i to w gestii Zamawiającego leży ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, który zamawiany przedmiot zamówienia ma spełniać. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób spełniający jego uzasadnione potrzeby. W tym konkretnym przypadku Izba akceptuje stanowisko Zamawiającego, iż ze względu na fakt, że po tych drogach, oprócz ruchu lokalnego będzie odbywał się także ruch maszyn rolniczych, których szerokość zwykle przekracza 2,5 m

Zamawiający zasadnie przyjął potrzebę poszerzenia tych dróg, zgodnie z uprawnieniem z §15 ust 2 Rozporządzenia.

Izba uznała, że Obowiązkiem Odwołującego było wykonanie dróg dojazdowych o szerokości 5,5 m, a nie jak przyjęto w ofercie 5,0 m. Bezsprzeczne jest, co wynika także z wyjaśnień, iż Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami PFU, a tym samym niezgodnie z treścią SIWZ. Powyższa niezgodność z SIWZ według ustaleń Izby jest niewątpliwa, a to przesądza o oddaleniu całego odwołania, gdyż ziszczenie się chociażby jednej podstawy do odrzucenia odwołania powoduje, że oferta jest nieprawidłowa, a w tym przypadku niezgodna z treścią SIWZ.

W zakresie kolejnej niezgodności oferty z SIWZ odnoszącej się do zawężenia szerokości chodników na nasypach należy podnieść, że sam Odwołujący podnosił brak precyzji w jego odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, a to powinno było skłonić Zamawiającego do skierowania do Odwołującego kolejnego wezwania o wyjaśnienie tej kwestii. Zdaniem Izby Odwołujący przyjął taką argumentację na potrzeby postępowania odwoławczego. Należy stwierdzić, że Odwołujący w wyjaśnieniach z 4 sierpnia 2017 roku na str 7 jednoznacznie poinformował Zamawiającego, że do wyceny oferty przyjął zawężenie chodników na nasypach co jak wcześniej wykazano było niedopuszczalne, gdyż szerokość chodników została ustalona przez Zamawiającego i wykonawcy nie mieli prawa dokonywać ich zwężania.

Izba dodaje, że wykonawcy muszą zdawać sobie sprawę z kwestii, że wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu przez Odwołującego, wezwanego w trybie art. 87 ust.1 Pzp stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą (wyrok KIO 2145/10). Tym samym sformułowanie „zawężenie chodników” było jednoznaczne i zostało w sposób prawidłowy zinterpretowane przez Zamawiającego. Tym samym stwierdzenie niezgodności oferty z treścią SIWZ należy uznać za zasadne.

W zakresie niezgodności dotyczącej podania przez Odwołującego w wyjaśnieniach iż nastąpi zwężenie drogi powiatowej nr 1248N Odwołujący podobnie jak w zakresie zwężenia chodników na nasypach podniósł, iż pomylił się w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach, gdyż omyłkowo podał, że do wyceny przyjął „zwężenie drogi powiatowej nr 1248N z 6 m do 5,5 m zgodnie z Rozporządzeniem. W tym zakresie podać należy ponownie, że szerokości dróg podane w projektach przekazanych wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert były wiążące, tj droga powiatowa nr 1248N powinna mieć szerokość 6,0 m, posiadać dwa pasy ruchu o szerokości 3,0 m, a Odwołujący zamierzał ją zawęzić do szerokości 5,5 m.

Izba uznaje, że próba wywodzenia iż chodziło tutaj o drogę 1250N jest argumentacją przyjętą na potrzeby postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby stwierdzić należy, że wykonawca bierze pełną odpowiedzialność na skutki treści wyjaśnień przekazywanych

Zamawiającemu i próba wywodzenia, że doszło do pomyłki w treści wyjaśnień a Zamawiający w takiej sytuacji winien był ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień nie zasługuje na aprobatę Izby.

W zakresie niezgodności wymagań doprowadzenia do uzyskania pod budowane drogi w zakresie opisanym w PFU nośności podłoża do poziomu 120 MPa sytuacja jest niemalże identyczna jak w zakresie dwóch ww. niezgodności, otóż Zamawiający w wezwaniu z 23 maja 2017 roku zapytał Odwołującego *Jaką nośność podłoża przyjęto pod warstwą mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 20 cm*. Odwołujący wyjaśnił w sposób ogólny, że *„Nośność podłoża przyjęto zgodnie z katalogiem nawierzchni i doprowadzenie do wymagań nośności podłoża założoną zgodnie z PFU”*. Na kolejne pytanie w tym zakresie skierowane do Odwołującego w kolejnym wezwaniu Odwołujący podał, że *„Przyjęto nośność podłoża 35 MPa”*, co należy uznać za stwierdzenie kategoryczne jak i jednoznaczne.

Niewątpliwie takie wyjaśnienie zdaniem Izby jest nielogiczne, gdyż zaoferowana w wyniku stabilizacji gruntu nośność podłoża jest znacznie niższa niż gruntu niestabilizowanego.

Jednakże ponownie stwierdzić należy, że wykonawca bierze pełną odpowiedzialność za treści przekazywane Zamawiającemu zawarte zarówno w ofercie jak i w ramach wyjaśnień jej treści. Wyjaśnienia muszą być także rzetelne, gdyż nie tylko wyjaśniają treść oferty, ale także ją uszczegóławiają poprzez wskazania sposobu rozmienia zawartych w nim treści. Zamawiający nie może pytać wykonawcy, aż wszystkie wątpliwości zostaną rozwiązane. Należy mieć na względzie naczelną zasadę prawa zamówień publicznych tj. równego traktowania wykonawców. Wykonawcy swoje oświadczenia co do sposobu wykonania zamówienia deklarują w ofercie. Dlatego też nie może mieć miejsca sytuacja, kiedy niektórzy wykonawcy są faworyzowani poprzez działania zamawiającego, który w wyniku kolejnych wezwań zmierza do doprowadzenia do poprawności merytorycznej tych ofert.

Odnosząc się do kwestii niezgodności wykonania obiektu PZ-3 z wymaganiami Zamawiającego stwierdzić należy, że Zamawiający założył, że wykonanie tego obiektu winno nastąpić w konstrukcji gruntowo - powłokowej z blach falistych i winny to być obiekty jednoprzęsłowe(jednootworowe). Niewątpliwym jest, że Odwołujący w przekazanym Zamawiającemu rysunku wskazał, że będzie to obiekt dwuprzęsłowy, dwuotworowy. Nie znalazło również potwierdzenia wg. ustaleń Izby stanowisko Odwołującego, że wyodrębnione zostały dwa samodzielne obiekty dla potrzeb ich wyceny. W załączonym do wyjaśnień kosztorysie koszt wykonania obiektu PZ-3 znajduje się w jednym zestawieniu kosztorysowym, a tylko elementy z blachy falistej, jako odrębne przedmioty o różnych powierzchniach, zostały wyodrębnione w dwóch oddzielnych pozycjach.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny oferty Izba uznała zasadność stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. W trakcie postępowania

wykazano, że Odwołujący nie objął w wymaganym zakresie szeregu zadań objętych przedmiotem zamówienia. W szczególności dotyczy to zmniejszonych szerokości dróg oraz zaoferowania niewłaściwej stabilizacji podłoża. Według wyliczeń Zamawiającego przedłożonych na rozprawie koszt tych dodatkowych robót wynosi około 3 ml złotych, a założona w cenie ofertowej przez Odwołującego rezerwa na niedające się przewidzieć na etapie wyceny oferty koszty zamówienia, była prawie trzykrotnie niższa niż koszt robót które winny być wykonane, gdyby przyjęty zakres robót odpowiadał wymaganiom SIWZ. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że nawet gdyby nastąpiło uwzględnienie zarzutów odwołania wywodzonych przez Zamawiającego na niezgodności oferty z SIWZ, to w zaoferowanej cenie byłby w stanie przedmiot zamówienia wykonać.

Ponadto Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że wskazywane powyżej niezgodności w treści oferty Odwołującego mogą być naprawione poprzez poprawę omyłek w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Które treści oferty i w jaki sposób należałoby zdaniem Odwołującego poprawić nie zostało wykazane zarówno w odwołaniu, jak i w stanowisku prezentowanym na rozprawie.

Reasumując powyższe Izba uznała, że Zamawiający w otrzymanych od Odwołującego wyjaśnieniach uzyskał informacje jaki dokładnie przedmiot zamówienia Odwołujący zaoferował. W takiej sytuacji trudno te oświadczenia, jak oczekuje tego Odwołujący, pominąć i przyjąć, że są one pozbawione znaczenia prawnego w sytuacji, gdy występują pomiędzy nimi nieścisłości i omyłki bezpośrednio wskazujące na niezgodności oferty zarówno co do jej zgodności z SIWZ jak i prawidłowości obliczenia ceny ofertowej. Nadto Izba wskazuje, że dokonała oceny zasadności czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego przyjmując za podstawę zespół informacji - w tym także w wyniku wyjaśnień Odwołującego, które posiadał Zamawiający na moment podejmowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie SO w Poznaniu który w wyroku X Ga 652/13 uznał, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp. *Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego "stan rzeczy" jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem "stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy" , o którym mowa w treści art. 316 § 1 k.p.c. Stan rzeczy określony w Pzp. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący