

**WYROK**

**z dnia 11 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Emil Kuriata**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Mota-Engil Central Europe S. A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W, 2. Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., Casa da Calcada, Largo do Paco nr 6-Cepelos-4600-032 Amarante, Portugalia**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

przy udziale **wykonawcy Metrostav a.s., 180 00 Praha 8, ul. Koželužská 2246** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Mota-Engil Central Europe S. A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W, 2. Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., Casa da Calcada, Largo do Paco nr 6 Cepelos-4600-032 Amarante, Portugalia i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odc. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2011 r., nr 2011/S 238-384108.

I. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. w Portugalii - wniósł odwołanie od czynności wyboru w dniu 16 maja 2013 r. oferty najkorzystniejszej - wykonawcy Metrostav a.s., Praha (zwanego w uzasadnieniu odwołania też „wykonawcą”) i oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

1. Odwołujący wskazał czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodne, w ocenie odwołującego, z przepisami Pzp powodujące naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez wybór oferty złożonej przez Metrostav a.s., w sytuacji gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Żądania (wnioski) odwołującego przedstawione w odwołaniu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Metrostav a.s. i odrzucenie oferty tego wykonawcy; 2) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

2. Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu zamówienia odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz wniesieniu środka ochrony prawnej. Złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i w sytuacji, gdy wybrana oferta zostanie

odrzucona, odwołujący jako podmiot, który zaoferował ofertę aktualnie z drugą w kolejności ceną (według kryteriów oceny ofert), nieodrzuconą przez zamawiającego ma realne szanse na uzyskanie zamówienia.

3. Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania (w dniu 15 lutego 2013 r. złożył ofertę, w dniu 16 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty - wykonawcy Metrostav a.s.).

W szczegółowym uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący podniósł, co następuje:

4. W toku pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający wezwał Metrostav a.s. dniu 6 marca 2013 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym między innymi wyjaśnień odnośnie potencjału technicznego i osobowego, jakim dysponuje wykonawca oraz sposobu, w jaki planuje rozłożenie realizacji zamówienia w czasie.

5. 6. 7. W dniu 14 marca 2013 r. wykonawca złożył wyjaśnienia odpowiadając na część zadanych pytań, przy czym konsekwentnie odmawiał przekazania jakichkolwiek informacji odnoszących się do wstępnego harmonogramu robót, podziału potencjału osobowego i technicznego wskazując, że te informacje nie były przedmiotem oferty, a zostaną przekazane zamawiającemu dopiero po podpisaniu umowy. Odwołujący podważając wyjaśnienia złożone w dniu 14 marca 2013 r. jednocześnie wskazał, że nie kwestionuje zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w celu uzyskania wyjaśnień. Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2012 r. (KIO 102/12) i z dnia 8 sierpnia 2011 roku (KIO 1548/11) w przedmiocie żądania i składania wyjaśnień na podstawie wskazanego przepisu.

8. 9. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 marca 2013 r. sprowadzały się w zakresie potencjału techniczno-osobowego oraz harmonogramu do ogólnego powołania się na postanowienia SIWZ, nie odnosiły się do *meritum* sprawy, a tym samym nie dawały zamawiającemu możliwości weryfikacji czy wątpliwości, które powziął, co do zgodności oferty Metrostav a.s. z SIWZ zostały potwierdzone czy też nie. Ponadto, wykonawca oświadczył między innymi, że na etapie przygotowania oferty nie zostały założone zmiany do przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

10. Zamawiający odstąpił od ponownego wezwania Metrostav a.s. do wyjaśnień i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zawiadamiając wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim.

11. Odwołujący stwierdził, że brak wyjaśnień (w tym również w zakresie optymalizacji i zmiany dokumentacji projektowej) uniemożliwił rzetelne zbadanie oferty Metrostav a.s. pod kątem jej zgodności z SIWZ. Również na tym etapie odwołujący nie miał możliwości weryfikacji, czy

oferta tego wykonawcy jest zgodna z SIWZ.

12. Od czynności wyboru oferty, wykonawca Metrostav a.s. wniósł odwołanie, sygn. akt KIO 716/13, które zostało uwzględnione i Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

13. W wykonaniu wyroku Izby, zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert, zwrócił się powtórnie do wykonawcy w dniu 2 maja 2013 r. o złożenie wyjaśnień, dotyczących treści oferty. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca złożył pismo w dniu 10 maja 2013 r., w którym oświadczył, że zamierza przeprowadzić szereg optymalizacji rozwiązań projektowych (w ocenie odwołującego stanowi to sprzeczność z oświadczeniem wykonawcy złożonym w piśmie z dnia 14 marca 2013 r.).

14. 15. 16. 17. Odwołujący uznał, że wyjaśnienia wykonawcy wskazują, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy instytucję Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Milowy) - wykonanie robót o minimalnej wartości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Instytucja ta stanowi termin pośredni wykonania robót i niedochowanie terminu obarcza wykonawcę odpowiedzialnością w postaci zapłaty kar umownych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r. (KIO 137/12).

18. Wskazał sposób oceny potwierdzenia wykonania robót o minimalnej wartości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej - zgodnie z klauzulą 8.13 Szczególnych Warunków Kontraktu (Rozdział 4, Część II SIWZ) *przy ocenie wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego) będą brane pod uwagę tylko:*

*a. Dokumenty Wykonawcy i Roboty wykonane według stanu na dzień przewidziany w Warunkach Kontraktu dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, a następnie poświadczone przez Inżyniera i zaakceptowane przez Zamawiającego, a ich wartość wyliczona zostanie w oparciu o zaawansowanie płatności przejściowych określone zgodnie z Subklauzulą 14.6 [Wystawianie Przejściowych Świadectw Płatności];*

*b. Wytworzone i zgromadzone na potrzeby kontraktu zatwierdzone przez Inżyniera konstrukcje stalowe przeznaczone do realizacji obiektów inżynierskich.*

19. Odwołujący wskazał, że tryb zatwierdzania konstrukcji stalowych uregulowany jest klauzulą 14.5 Szczególnych Warunków Kontraktu, zgodnie z którą kwota do poświadczenia przez Inżyniera będzie równoważna osiemdziesięciu procentom kwoty wynikającej z oszacowanej przez Inżyniera ceny zakupu i transportu Urządzeń i Materiałów (bez VAT). Łączna kwota poświadczona zgodnie z Subklauzulą nie może w żadnym momencie realizacji Kontraktu przekroczyć 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (...).

20. Na podstawie odpowiedzi wykonawcy z dnia 10 maja 2013 r. w zakresie rozwiązań projektowych (w tym w szczególności zakresu robót, w których wykonawca przewiduje optymalizację projektu wraz z obowiązkiem uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę)

oraz poszczególnych pozycji ryczałtowych z oferty wykonawcy, odwołujący sporządził symulację harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji zadania.

21. Tytułem wyjaśnienia odwołujący wskazał, że w harmonogramie dla przeprojektowywanych obiektów inżynierskich przyjął następujące terminy dla czynności poprzedzających rozpoczęcie robót budowlanych na obiektach:

a. 120 dni (w uproszczeniu 4 miesiące) na wykonanie dokumentacji projektowej (zamiennej), termin wymagany przez zamawiającego - Załącznik do Oferty (Dane Kontraktowe). Zgodnie z wzorem umowy obejmuje on sporządzenie kompletnej dokumentacji na potrzeby zamiennego pozwolenia na budowę (w tym wraz ze wszelkimi uzgodnieniami), zatwierdzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Kontraktem (w Klauzuli 5.2 Ogólnych Warunków Umowy przewidziano termin na zatwierdzenie przez Inżyniera wynoszący 21 dni) oraz złożenie wniosku o wydanie zamiennego pozwolenia na budowę;

b. 65 dni (w uproszczeniu 2 miesiące) na wydanie przez właściwy organ decyzji zatwierdzającej zamienny projekt budowlany i udzielającej zamiennego pozwolenia na budowę (termin wynikający z ustawy Prawo budowlane),

c. 1 miesiąc na uprawomocnienie się decyzji, o której mowa (14 dni na uprawomocnienie oraz zapas czasowy na uprzednie zawiadomienie stron przez organ administracyjny).

22. Na podstawie powyższego odwołujący założył, że roboty budowlane w zakresie przeprojektowywanych obiektów inżynierskich będą mogły faktycznie rozpocząć się dopiero w 8 miesiącu od Daty Rozpoczęcia. Jednocześnie zaznaczył, że przedstawione założenia są bardzo optymistyczne, ponieważ nie biorą pod uwagę ewentualnych procedur odwoławczych od wydanej decyzji. Jednocześnie podał, zgodnie z Klauzulą 8.13 Załącznika do Oferty (Dane Kontraktowe), że ewentualne procedury odwoławcze nie uprawniają wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

23. Wskazane założenia nie uwzględniają również ewentualnej konieczności uzyskiwania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, która może być wymagana przy wnioskowaniu o zamienne pozwolenie na budowę ze względu na fakt, że decyzja środowiskowa, którą uzyskał zamawiający wygasła na podstawie art. 72 ust. 3 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

24. Dodatkowo dla pozostałych obiektów inżynierskich, w których zgodnie z treścią odpowiedzi z dnia 10 maja 2013 r. wykonawca zamierza wprowadzić optymalizację projektu bez konieczności zmiany pozwolenia na budowę, ze względu na fakt, że wykonawca przewiduje przeprowadzenie ponownych badań geologicznych, odwołujący przyjął

odpowiedni czas niezbędny na sporządzenie projektu badań geologicznych, zatwierdzenia projektu przez odpowiedni organ, przeprowadzenie badań, analizę wyników oraz zmianę dokumentacji projektowej.

25. Biorąc pod uwagę cytowane postanowienia Klauzuli 8.13 odwołujący wskazał, że dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania rozstrzygający charakter ma potwierdzenie robót przez Inżyniera zgodnie z Klauzulą 14.6. Na podstawie tego opisu odwołujący podkreślił, że Inżynier dokonuje poświadczenia robót przez wydanie odpowiedniego Przejściowego Świadectwa Płatności w miesięcznych odstępach czasu i ma na to 28 dni od momentu złożenia przez wykonawcę wniosku o wydanie świadectwa.

26. Tym samym dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania konieczne będzie faktyczne zrealizowanie robót o wymaganej wartości na koniec dziewiątego miesiąca realizacji zamówienia, co jednocześnie oznacza, że w oparciu o poczynione wyżej założenia (w wariacie optymistycznym) prace realizowane w związku z obiektami inżynierskimi, dla których uzyskiwane będzie zamiennie pozwolenie na budowę, będą wchodziły w zakres Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania tylko w dwóch pierwszych miesiącach.

27. Odwołujący stwierdził, że z przeprowadzonej symulacji harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika, iż w optymistycznym wariacie na koniec dziewiątego miesiąca realizacji (to jest w okresie, w którym mają być wykonane roboty tak, aby na moment upływu terminu określonego w Klauzuli 8.13 były potwierdzone przez Inżyniera) wykonawca osiągnie zaawansowanie robót na poziomie 196 471 909,86, co stanowi 24,67% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z ofertą wykonawcy.

28. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca w osiągnięciu Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania zamierza posłużyć się uprzednim wytworzeniem konstrukcji stalowych przeznaczonych do realizacji obiektów inżynierskich i zaakceptowaniem jej zgodnie z postanowieniami Klauzuli 14.5, odwołujący wskazał, że dla obiektów, które zgodnie z ofertą wykonawcy wymagają zamiennego pozwolenia na budowę, nie będzie możliwe ich zamówienie, dopóki decyzje o zamiennym pozwoleniu na budowę nie staną się ostateczne. Tym samym wykonawca będzie musiał wytworzyć dla obiektów konstrukcje stalowe w odpowiedniej ilości w ciągu 2 miesięcy.

29. W ocenie odwołującego, na podkreślenie zasługuje również fakt, że w żadnym wypadku kwota potwierdzona przez Inżyniera nie może przekroczyć 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, co w przypadku wykonawcy oznacza kwotę brutto 79 603 041,14 zł oraz odpowiadającą jej kwotę wartości elementów konstrukcji brutto 99 538 005,18 zł.

30. Nawet przy przyjęciu nierealnej możliwości złożenia zamówienia, wyprodukowania i dostarczenia elementów konstrukcji o tak dużej wartości w ciągu 2 miesięcy, na koniec dziewiątego miesiąca realizacji (to jest w okresie, w którym mają być wykonane roboty by na moment upływu terminu określonego w Klauzuli 8.13 zostały potwierdzone przez Inżyniera)

wykonawca musiałby zamówić, wytworzyć oraz potwierdzić w ciągu tych 2 miesięcy przerobu konstrukcje stalowe o wartości 53 024 128,22 zł (z czego 80% byłoby potwierdzone przez Inżyniera do płatności).

31. 32. Odwołujący podkreślił, że zobowiązanie wykonawców wynikające z oferty dotyczy wszelkich warunków określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do zrealizowania zamówienia z uwzględnieniem wymagań zamawiającego, w tym także przy zachowaniu terminów pośrednich. Niedochowanie zobowiązania, co do terminu pośredniego, nawet przy dochowaniu terminu końcowego realizacji zadania, stanowiłoby nienależyte wykonanie zobowiązania. Wskazał, że niedochowanie terminów wykonania robót (w tym terminów częściowych) powoduje realne ryzyko utraty dofinansowania, co należałoby kwalifikować, jako wyrządzenie szkody w wielkich rozmiarach.

33. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 10 maja 2013 r. wskazywały na niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ powodującą jej odrzucenie. Zaniechanie odrzucenia oferty stanowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący załączył do odwołania sporządzoną na potrzeby postępowania odwoławczego, symulację harmonogramu rzeczowego-finansowo na podstawie wynagrodzenia przedstawionego w wybranej ofercie oraz wyjaśnień wykonawcy Metrostav a.s. złożonych na wezwanie zamawiającego.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 5 Pzp lub w przypadku, nie uwzględnienia podstaw odrzucenia odwołania, na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp, wniósł o:
- 2) oddalenie odwołania w całości;
- 3) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi zamawiający podniósł, że odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, w konsekwencji dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 716/13.

Wyrokiem KIO, zamawiający został zobowiązany do unieważnienia czynności z dnia 18 marca 2013 r., tj. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) oraz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty na mocy art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.



Wobec powyższego, zamawiający w dniu 16.05.2013 r. odrzucił ofertę konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. i Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., dokonał ponownego badania i oceny ofert i w dniu 16.05.2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty firmy Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska).

Dodatkowo, zamawiający wskazał, że zarzuty odwołującego są spóźnione i tylko na tej podstawie nie powinny być rozpoznawane przez Izbę. Podniósł, że zarzuty odwołującego o niezgodności oferty wybranej z SIWZ powinny zostać przedstawione Izbie przez odwołującego najpóźniej w dniu 28 marca br., tj. w terminie 10 dni od dnia dokonania przez zamawiającego pierwotnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. i Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp. Zarzuty bezsprzecznie dotyczą czynności zamawiającego, w wyniku których dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 18.03.2013, a którą to czynnością było także m.in. wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz całościowa ocena wszystkich ofert.

Odwołujący chcąc kwestionować zgodność ofert pozostałych wykonawców z SIWZ, powinien był złożyć stosowne odwołanie w terminie do dnia 28 marca br. Odwołujący w tym terminie nie zakwestionował żadnej z pozostałych ofert, a tym samym pozbawił się możliwości ich kwestionowania i skutecznego złożenia zarzutów na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał na tę okoliczność wyrok Izby z dnia 28 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2351/12, w którym stwierdzono: „okoliczności, o których mowa w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego *meritum* i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższy przepis ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednak w tym przypadku zarzut taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.”

Tym samym zamawiający uznał, że odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 Pzp.

Ponadto stwierdził, że zarzuty przedstawione w odwołaniu są bezzasadne i niezgodne z istniejącym stanem faktycznym sprawy ustalonym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem odwołania, w tym w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający zauważył, że postępowanie zostało oparte na formule „Projektuj i Buduj”, która umożliwia, a w stosunku do niektórych rozwiązań - wymaga od wykonawcy zamówienia, zoptymalizowania rozwiązań projektowych przewidzianych w projekcie budowlanym przygotowanym przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp

(niezgodność treści oferty z SIWZ i naruszenie zasad postępowania), zamawiający wskazał - odnosząc się do pkt 4-11 uzasadnienia odwołania, że zarzuty w nich zawarte należy uznać za spóźnione.

Z ostrożności procesowej zamawiający poinformował, że wyjaśnienia wykonawcy Metrostav a.s. złożone w dniu 14.03.2013 r. zostały przeanalizowane i na tamtym etapie postępowania uznane za wystarczające: 1) harmonogram wykonawca opracuje zgodnie z Warunkami Kontraktu po podpisaniu umowy; 2) potencjał sprzętowy i ludzki - podano liczbę 3000 personelu wykonawcy oraz informację, że zaangażowany sprzęt w 95% będzie stanowił własność wykonawcy.

W wyniku wniesionego przez Metrostav a.s. odwołania, w dniu 22.04.2013 r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 716/2013 nakazujący zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Wyjaśnienia złożone przez wykonawców zostały przeanalizowane przez zamawiającego pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ.

Wyjaśnienia złożone przez Metrostav a.s. potwierdziły zgodność treści oferty z treścią SIWZ, w tym również w zakresie terminów wykonania całości przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego niemożności dotrzymania przez Metrostav a.s. terminu wykonania Kamienia Milowego w postaci robót o minimalnej wartości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, tj. zarzutów z pkt 15-33 uzasadnienia odwołania, zamawiający wskazał, że wykonawca od Daty Rozpoczęcia, oprócz prac związanych z optymalizacją dokumentacji, może w tym samym czasie wykonywać szereg innych robót, dla których optymalizacja dokumentacji nie jest wymagana (np. rozbiórki 18 obiektów inżynierskich i następnie budowa nowych, wyburzenia obiektów kubaturowych, rozbiórki istniejących ekranów akustycznych, rozbiórki istniejącej nawierzchni).

Natomiast zarzut odwołującego dotyczący sprzeczności wyjaśnień Metrostav a.s. z dnia 14.03.2013 r. z wyjaśnieniami z dnia 09.05.2013 r. - pkt 13-14 uzasadnienia odwołania jest bezzasadny i niezgodny z istniejącym stanem faktycznym.

Z dokumentów złożonych przez Metrostav a.s. wynika, że informacje zawarte w wyjaśnieniach są spójne. Wykonawca udzielając odpowiedzi zawartych w wyjaśnieniach z dnia 09.05.2013 r. na dodatkowe pytania potwierdził, że na etapie składania ofert przyjął rozwiązania zgodnie z założeniami zawartymi w PFU.

W odniesieniu do pkt 16 i 17 uzasadnienia odwołania - wykonawca Metrostav a.s. składając ofertę zobowiązał się wykonać zamówienie we wskazanych przez zamawiającego terminach, co nie stoi w sprzeczności i z treścią wyjaśnień. Wykonawca podkreślił w wyjaśnieniach z dnia 09.05.2013 r., że jest świadom wszystkich uwarunkowań dotyczących realizacji

inwestycji oraz, że cena ofertowa uwzględnia wszystkie wymagania towarzyszące realizacji zamówienia.

Podane przez odwołującego w pkt 21-26 uzasadnienia odwołania terminy są terminami maksymalnymi, na etapie realizacji umowy możliwymi do skrócenia, gdyż prace budowlane na obiektach optymalizowanych wymagających zamiennego pozwolenia na budowę mogą się rozpocząć znacznie wcześniej.

W odniesieniu do pkt 24 uzasadnienia odwołania - dodatkowe badania geologiczne wykonawca Metrostav a.s. przyjął tylko dla niektórych obiektów, nie dla wszystkich, więc ten element również nie będzie miał wpływu na termin wykonania Kamienia Milowego.

Zgodnie z punktem 1 PFU Opis ogólny przedmiotu zamówienia, dotyczącym optymalizacji, podpunkt p) zamawiający wymaga od wykonawcy, w zakresie optymalizacji, uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. Dodatkowo punkt 1.4.2 PFU określa, że ewentualne zmiany, jakie mogą mieć miejsce w trakcie opracowywania przez wykonawcę zamiennego Projektu Budowlanego wykonane będą w ramach kontraktu, bez wpływu na Cenę Kontraktową i Czas na Ukończenie.

Symulacja harmonogramu rzeczowo-finansowego wykonana przez odwołującego jest czysto teoretyczna i zdaniem zamawiającego nie może stanowić dowodu okoliczności, na które powołuje się odwołujący. Co najwyżej można go uznać za twierdzenia odwołującego.

Optymalizacja dokumentacji może być wykonana szybciej niż w terminie 4 miesięcy od daty zawarcia umowy (wykonawca Metrostav a.s. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że już rozpoczął optymalizację dokumentacji), a co za tym idzie roboty wynikające z optymalizowanego zakresu również mogą rozpocząć się dużo szybciej, niż wskazuje na to odwołujący.

Kwota potwierdzonych przez Inżyniera przerobów zależy od Programu, który Wykonawca złoży w ciągu 21 dni od dnia zawarcia umowy i dopiero na podstawie Programu będzie można szczegółowo określić kwoty przerobów i planowane zaawansowanie prac projektowych i wykonawczych. Zamawiający wskazał, że Program podlega zatwierdzeniu przez zamawiającego i Inżyniera Kontraktu. W przypadku ew. opóźnień w realizacji inwestycji lub wykazania założeń, które mogą skutkować zagrożeniem ukończenia inwestycji w terminie, Inżynier nakazuje wykonawcy aktualizację Programu w zakresie min. zasobów sprzętowych i personalnych oraz technologii robót, mających na celu wykonanie przedmiotu umowy w terminie kontraktowym.

Dodatkowo odwołujący pominął fakt, że punkt 1 PFU obliguje wykonawcę do prowadzenia prac budowlanych w obszarach, dla których nie jest wymagane zamiennego pozwolenia na budowę i wykonawca powinien w tym elemencie osiągnąć intensywne przeroby w celu uniknięcia kar umownych przewidzianych w umowie za niedotrzymanie terminowego wykonania Kamieni Milowych.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w swojej symulacji harmonogramu rzeczowo-finansowego sam wskazał, że po 10 miesiącach realizacji zadania zaawansowanie finansowe wykonawcy Metrostav a.s. wyniesie 253 026 645,99 zł, co stanowi 31,78% wartości Kontraktu. Tym samym również wg. samego odwołującego możliwe jest wykonanie 1. Kamienia Milowego przez Metrostav a.s. Zamawiający nadmienił, że w punkcie 27 odwołania, odwołujący dokonał błędnego określenia wykonanych robót wymaganych do osiągnięcia Kamienia Milowego, wskazując okres dziewięciu miesięcy. Zgodnie z Subklauzulą 8.13 do osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania będą brane pod uwagę Dokumenty Wykonawcy i Roboty wykonane według stanu na dzień przewidziany w Warunkach Kontraktu, czyli na koniec 10 miesiąca, a następnie poświadczony przez Inżyniera i potwierdzone przez zamawiającego.

Zamawiający uznał odwołanie za bezzasadne i wniósł, jak w *petitum* odpowiedzi na odwołanie.

III. Wykonawca Metrostav a.s., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwany „przystępującym” przedstawił w piśmie złożonym w postępowaniu odwoławczym, jak niżej, wnosząc o odrzucenie/oddalenie odwołania.

1. Kwestie formalne - przesłanki odrzucenia odwołania w całości.

Jako podstawę prawną dla wniesienia odwołania, odwołujący wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Przystępujący podniósł, że odwołujący poza przytoczeniem przepisów, w żadnym punkcie odwołania nie tylko nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu uzasadniającego zarzuty, jak i nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz w jakim zakresie oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ, to kwestią podstawową jest uchybienie przez odwołującego terminowi dla wniesienia odwołania.

Zgodnie z treścią art. 182 Pzp, termin na wniesienie odwołania w omawianym przypadku, upłynął w dniu 28 marca 2013 r., to jest po 10 dniach, licząc od dnia, w którym odwołujący uzyskał informację o uznaniu przez zamawiającego ofert Spółki Metrostav a.s. (przystępującego) oraz Konsorcjum Astaldi, za zgodne z SIWZ.

Odwołujący powinien wówczas kwestionować obie oferty wykonawców sklasyfikowanych przed nim. Skoro zaniechał złożenia odwołania, zarówno wobec Spółki Metrostav (przystępującego), jak i wobec Konsorcjum Astaldi, to tym samym zgodził się z decyzją zamawiającego uznającą obie te oferty za zgodne z SIWZ.

W konsekwencji, w dniu 28 marca 2013 r., (a nie w dniu 24 maja 2013 r.) bezpowrotnie upłynął odwołującemu termin, na złożenie odwołania na ewentualną niezgodność z SIWZ oferty przystępującego.

Przystępujący wskazał, że odwołujący nie może obecnie bronić się argumentem, iż w dacie,

w której upływał termin do złożenia odwołania nie miał interesu *prawnego* w składaniu odwołania wobec przystępującego, z uwagi na fakt, iż nie stwierdził wtedy braków/niezgodności w ofercie Konsorcjum Astaldi, która była sklasyfikowana na miejscu pierwszym.

Przystępujący powołał się na orzecznictwo zgodnie, z którym już sam fakt zagrożenia w postaci nie uzyskania zamówienia stanowi samodzielną podstawę dla wniesienia środków ochrony prawnej.

Wskazał postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2734/10, o treści uzasadnienia: „Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego, sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, coraz to nowe powody i wady tej samej oferty, stwarzające powody do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny jeden termin na odwołanie od czynności czy zaniechania zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia o pierwszej ocenie ofert.”

W postanowieniu KIO z dnia 23 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2716/10 Izba stwierdziła, że „Zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, wykonawca powinien zgłaszać wszelkie zarzuty wobec każdej „nieprawomocnej” czynności lub zaniechania zamawiającego, która może spowodować poniesienie przez wykonawcę szkody.”

Zaniechanie odwołującego w postaci nie złożenia odwołania wobec konsorcjum Astaldi, którego oferta została na podstawie wyroku KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 716/13 odrzucona, obciąża jedynie odwołującego.

Jak powszechny jest to pogląd, przystępujący wskazał przykładowo postanowienie KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 792/11, w którym powołując się na wcześniejsze podobne wyroki stwierdzono, że „Każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia może być zagrożony oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p., jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 p z.p. (...) Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze

środków ochrony prawnej”.

Biorąc powyższe pod uwagę, przystępujący stwierdził, że dla odwołującego ostatecznym terminem dla zgłaszania swoich wątpliwości wobec oferty Spółki Metrostav a.s. był dzień 28 marca 2013 r.

Złożenie odwołania po blisko 3 miesiącach po upływie tej daty, musi być uznane za spóźnione i nieskuteczne, szczególnie, że oferta Spółki Metrostav a.s. nie zmieniła się od dnia jej złożenia, tak jak i wszystkie inne oferty pozostałych wykonawców, które stały się dla odwołującego jawne z momentem ogłoszenia o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

## 2. Zarzuty ujęte w treści odwołania.

Odwołujący, poza przytoczeniem zarzutów z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w żadnym punkcie odwołania nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu uzasadniającego zarzuty, jak i nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz w jakim zakresie, oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ.

Odwołanie, co również nie powinno być sporne, bazuje natomiast na kwestionowaniu przez odwołującego, dwóch dokumentów złożonych przez przystępującego w toku postępowania, tj.: a) wyjaśnień treści oferty z dnia 14 marca 2013 r. - punkty od 1 do 12 odwołania, oraz b) wyjaśnień treści oferty z dnia 9 maja 2013 r. - punkty od 13 do 33 odwołania, które zdaniem odwołującego wskazują na rzekomą niezgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ, z uwagi na potencjalne naruszenie przez przystępującego Minimalnej Ilości Wykonania (Pierwszy Kamień Milowy), w terminie wskazanym przez zamawiającego.

W przedmiocie ustosunkowania się do uzasadnienia odwołania, przystępujący wskazał na dwie okoliczności stanowiące podstawę - jeżeli nie odrzucenie odwołania w części dotyczącej pkt a) i oddalenie odwołania w części dotyczącej pkt b), to z pewnością uzasadniające oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że przede wszystkim, oba kwestionowane przez odwołującego dokumenty nie zmieniają treści oferty. Oba bowiem jedynie wyjaśniają treść oferty i to w sposób, który nie tylko odpowiada SIWZ, ale jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego i co więcej zgodny wyrokiem KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., wydanym w wyniku rozpoznania sprawy w kontekście dopuszczalnych optymalizacji. Tym samym, nie można twierdzić, że oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ powołując się na dokumenty, które oferty nie zmieniają.

Odwołujący formułując odwołanie popełnił zasadniczy błąd logiczny, utożsamiając wprost (pkt 14 odwołania) - kwestię zgodności oferty z SIWZ z kwestią ewentualnego wystąpienia zdarzenia, które uniemożliwi zachowanie terminu umownego.

Przyjmując nawet hipotetycznie, że odwołujący zasadnie obawia się wystąpienia takiego zdarzenia, to nie ulega wątpliwości, że nie może być niezgodne z SIWZ zdarzenie, którego konsekwencje ewentualnego wystąpienia reguluje SIWZ - Subklauzula 8.14 str. 35 Rozdział

#### 4 Warunki Szczególne Kontraktu (część II).

Zatem, skoro SIWZ przewiduje procedurę ustanowienia gwarancji bankowej w przypadku uchybienia terminowi Minimalnej Ilości Wykonania, to tym samym nawet ustalenie w postępowaniu, że takie opóźnienie niechybnie nastąpi, nie powoduje, że oferta jest niezgodna z SIWZ (szczególnie w sytuacji, gdy opóźnienie to nie powoduje odstąpienia od umowy). W odwołaniu dopuszczono się pomylenia pojęć, co powinno skutkować oddaleniem odwołania.

3. Wyjaśnienia przystępującego - treści oferty z dnia 14 marca 2013 r. - punkty od 1 do 12 odwołania.

(i) Treść wyjaśnień przystępującego z dnia 16 marca 2013 r.

Odwołujący, w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 14 marca 2013 r. (punkt od 1 do 12 odwołania) wskazuje, że forma tego dokumentu uniemożliwiła rzetelne zbadanie oferty złożonej przez wykonawcę pod kątem jej zgodności z SIWZ. Również odwołujący nie miał możliwości weryfikacji, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu, przystępujący wskazał, że zgodnie z cytowanym już art. 96 ust. 3 Pzp, protokół postępowania wraz z załącznikami, w tym i wyjaśnieniami składanymi przez potencjalnych wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stał się dla odwołującego jawny od pierwszego dnia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skoro, datą ogłoszenia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, była data 18 marca 2013 r., to oznacza, że ostatecznym terminem na kwestionowanie wspomnianych wyjaśnień był dzień 28 marca 2013 r. (dowód nr 1 - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2013 r.).

Odwołujący nie wniósł odwołania w podanym terminie, ani przeciwko przystępującemu, ani przeciwko Konsorcjum Astaldi, którego oferta została w owym czasie sklasyfikowana na pierwszym miejscu.

Zdaniem przystępującego, odwołujący sam pozbawił się możliwości kwestionowania obecnie wszelkich dokumentów złożonych w toku postępowania, w tym szczególnie dokumentów złożonych do dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc i wyjaśnień przystępującego z dnia 14 marca 2013 r.

W sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednak, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w tym zakresie, przystępujący wskazał, że odwołujący podnosząc ten zarzut nie tylko błędnie interpretuje treść wyjaśnień, ale wręcz dokonuje nieuprawnionej manipulacji faktami.

Przede wszystkim, przystępujący zwrócił uwagę, że złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 marca 2013 r., które w tożsamej formie i o tożsamej treści zostało przesłane również odwołującemu (wezwanie zamawiającego z dnia 6 marca 2013 r. przesłane przystępującemu i odwołującemu), (dowód nr 2 i nr 3 - dwa wezwania

zamawiającego z dnia 6 marca 2013 r.).

W odpowiedzi na wezwanie, którego treść determinowała formę odpowiedzi, przystępujący złożył wyjaśnienia. Podobnie zachował się odwołujący, który przesłał wyjaśnienia zamawiającemu w dniu 13 marca 2013 r. (dowód nr 4 - wyjaśnienia przystępującego z dnia 14 marca 2013 r., dowód nr 5 - wyjaśnienia odwołującego z dnia 13 marca 2013 r.).

Pobieżna analiza obu dokumentów wskazuje na nietrafność argumentacji odwołującego podnoszącego, że (pkt 11 odwołania) brak przedmiotowych wyjaśnień (w tym również w zakresie optymalizacji i zmian dokumentacji projektowej), zdaniem odwołującego uniemożliwił rzetelne zbadanie oferty złożonej przez wykonawcę (przystępującego) pod kątem jej zgodności z SIWZ. Również na tym etapie odwołujący nie miał możliwości weryfikacji, czy oferta wykonawcy (przystępującego) jest zgodna z SIWZ.

Przykładowo przystępujący wskazał, że na pytanie nr 1 udzielił odpowiedzi „Oświadczamy, że cena ofertowa uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w PFU oraz związane z nimi koszty.” Odwołujący natomiast na to samo pytanie odpowiedział, „Tak nasza oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w PFU, wszystkie związane z tym koszty.”

W odpowiedzi na pytanie nr 2 przystępujący stwierdził „Oświadczamy, że oferta cenowa uwzględnia wszystkie pozycje zawarte w PFU oraz wszystkie związane z tym koszty”, zaś odwołujący „Tak, nasza oferta uwzględnia wszelkie wymagania zawarte w PFU, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym koszty.”

Podobnie w odpowiedziach nr 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 14, 15, 16. Pozorne różnice dotyczą jedynie odpowiedzi na pytanie 10. Każdy z wykonawców wskazał, że ilość sprzętu na budowie będzie zależała od potrzeb. Tyle, że odwołujący wymienił kilka pozycji sprzętu, który posiada, zaś przystępujący uznał, iż skoro kwestia ta nie była przedmiotem SIWZ i oferty, to nie powinno się w tym zakresie składać dodatkowych wyjaśnień.

Drugą różnicą jest ilość stałego personelu obu wykonawców, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 12, przystępujący wskazał, że dysponuje ilością 3000 pracowników, zaś odwołujący, że dysponuje 1600 pracownikami.

Odpowiedzi, na pytania nr 7, 8 i 13 odwołujący z nieznanych przyczyn utajnił.

Generalnie, czynienie przez odwołującego zarzutu, że wyjaśnienia przystępującego zawierają braki, w kontekście wyjaśnień odwołującego, wydają się kuriozalne, szczególnie w sytuacji, że zarówno jedno jak i drugie zostały przez zamawiającego zaakceptowane, jako spełniające oczekiwania zamawiającego.

(ii) Zarzut ogólnikowości odpowiedzi przystępującego niezwiązanej z treścią oferty i treścią SIWZ.

Przystępujący uznał zarzut odwołującego opisany w pkt 5, 6, 7 i 8 odwołania, jakoby przystępujący był zobowiązany przedstawić zamawiającemu wstępny harmonogram robót z podziałem potencjału osobowego i technicznego za kuriozalny.



Abstrahując od faktu, że zamawiający uznał, iż żądanie informacji w trybie art. 87 Pzp, które nie były wymagane przez SIWZ i nie były elementem oferty jest niezasadne, to wskazał, że należy zwrócić uwagę na dwie podstawowe kwestie.

Po pierwsze, zgodnie z SIWZ, wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia harmonogramu robót dopiero po podpisaniu umowy.

Po drugie, przedmiotem zamówienia jest poza przebudową także projektowanie, którego efekt zdeterminuje dopiero harmonogram, jak i podział potencjału osobowego i technicznego na budowie.

Na marginesie przystępujący dodatkowo podniósł, że cytowane przez odwołującego w pkt 7 odwołania orzeczenie KIO z dnia 27 stycznia 2012 r. (KIO 102/12) potwierdza stanowisko przystępującego, a nie odwołującego.

Skład orzekający KIO zauważył, że co do zasady, porównanie świadczenia zaoferowanego przez wykonawcę z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada SIWZ (...) oraz konkretyzacja przedmiotu oferty poprzez wskazanie konkretnych oferowanych rozwiązań (...) przesądza o ich wzajemnej zgodności.

KIO potwierdziła, że jedynie oferowane świadczenie (tutaj projektowanie i budowa) oraz oferowane rozwiązania (a więc związane z projektowaniem i budową) porównuje się z treścią SIWZ dla wykazania ich wzajemnej zgodności. Nie można natomiast żądać od wykonawców (chyba, że w sytuacji postępowania w ramach rażąco niskiej ceny - tak orzeczenie KIO 716/13) jakichkolwiek dalszych wyjaśnień, które nie dotyczą kwestii wyjaśnienia oferty wykonawcy, w kontekście postanowień SIWZ, gdyż może to spowodować naruszenie zasad jawności, konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Jest to kwestia oczywista i niebudząca jakichkolwiek wątpliwości zarówno w orzecznictwie KIO jak i orzecznictwie sądów okręgowych.

4. Wyjaśnienia przystępującego treści oferty z dnia 9 maja 2013 r. - punkty od 13 do 33 odwołania.

(i) Zarzut dotyczący proponowanych przez przystępującego optymalizacji ujętych w treści wyjaśnień z dnia 9 maja 2013 r.

Zarzut sformułowany w pkt 13 i 14 odwołania budzi zdziwienie, ale i zaskoczenie przystępującego. Odwołujący czyni zarzut z tego, że przystępujący w odpowiedzi na wymóg ujęty w treści SIWZ Tom III PFU, str. 4, a także w odpowiedzi na konkretnie sformułowane wezwanie zamawiającego, opisuje potencjalne - wstępnie proponowane optymalizacje dostarczonej mu dokumentacji projektowej (zakres wymaganych optymalizacji został ustalony na mocy wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12), (dowód nr 6 - wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 2 maja 2013 r., dowód nr 7 - wyjaśnienie przystępującego z dnia 9 maja 2013 r., przekazane zamawiającemu w dniu 10 maja 2013 r.).

Przystępujący uznał, że odwołujący kreuje ten zarzut z uwagi na fakt, że sam w odpowiedzi na tożsame wezwanie wskazał, że nie tylko na dzień składania ofert, ale i na dzień 9 maja 2013 r. nie podjął nawet wstępnych działań w celu identyfikacji koniecznych optymalizacji dokumentacji projektowej, których dokonania wymaga zamawiający oraz tych, które można by mu zaproponować do rozważenia (dowód nr 8 - wyjaśnienia odwołującego z dnia 9 maja 2013 r.).

Stąd, także niezrozumiałe zarzuty odwołującego ujęte w treści pkt 13 odwołania, zgodnie z którymi, przystępujący jakoby w dniu 9 maja 2013 r. złożył oświadczenie sprzeczne z oświadczeniem z dnia 16 marca 2013 r., gdy taka sprzeczność nie występuje. Przystępujący podkreślił, że elementem prowadzonego postępowania jest przygotowanie dokumentacji projektowej, elementem wymaganym przez zamawiającego jest opracowanie optymalizacji tej dokumentacji.

W efekcie, obowiązkiem każdego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu było z jednej strony sformułowanie oferty zgodnej z SIWZ, w tym w szczególności zgodnej z PFU, ale z drugiej strony obowiązkiem było i jest także przygotowanie wymaganych tą samą dokumentacją SIWZ - optymalizacji.

Biorąc pod uwagę oświadczenia złożone w toku postępowania przez przystępującego, są one w pełni zgodne z wymogami SIWZ. Przystępujący formułując ofertę uwzględnił wszystkie wymogi PFU, czemu dał wyraz składając stosowne oświadczenie w dniu 16 marca 2013 r., a następnie złożył w dniu 10 maja 2013 r. oświadczenie, jakiego rodzaju optymalizacje proponuje, z rozbiciem na te, które będą wymagały uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i te, które takiego zezwolenia nie wymagają.

Na marginesie dodał, że przystępujący w odpowiedzi z dnia 9 maja 2013 r., na wezwanie zamawiającego wskazał, że Spółka Metrostav a.s. dokonała już wstępnej analizy zakresu tych optymalizacji, z tym jednak oczywiście, że ich ostateczny kształt będzie uzależniony od uzyskania stosownych zgód Inwestora i osób go reprezentujących, zgód autorów projektu, ewentualnych zgód organów administracji, a także będzie zależeć od badań i analiz do wykonania, których wykonawca jest zobowiązany przed przystąpieniem do realizacji prac budowlanych. W efekcie przystępujący prosił, aby zamawiający potraktował przedstawione propozycje jako wstępne, gdyż wykonawca nie wyklucza, będąc w pełni na to przygotowanym, że część z opisanych prac, będzie realizowana zgodnie z dotychczasowymi założeniami.

W przeciwieństwie do przystępującego, składającego obszerne wyjaśnienia zgodne z SIWZ, wymaganiami zamawiającego oraz orzeczeniem KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 716/13), odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że skomplikowanie i złożoność zadania oraz krótki okres na przygotowanie oferty, skutkowało tym, że na tym

etapie nie można było zakładać żadnych zmian.

Wskazane zaniechania odwołującego *de facto* dyskwalifikują go jako potencjalnego wykonawcę zamówienia z uwagi na jego faktyczne nieprzygotowanie do realizacji zadania, znalazły także swoje odzwierciedlenie w ostatnim z zarzutów odwołującego dotyczącym szans na zachowanie terminu osiągnięcia Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Milowy).

(ii) Zarzut dotyczący osiągnięcia Minimalnej Ilości Wykonania.

Odwołujący w treści pkt od 14 do 33 odwołania uzasadnia tezę jakoby, już teraz wiedział, że przystępujący nie jest w stanie zachować 10 miesięcznego terminu liczonego od Daty Rozpoczęcia na wykonanie prac o wartości odpowiadającej 30% Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej - (pkt 8.13. i pkt. 8.3 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Skupianie się odwołującego na tym wymogu SIWZ jest o tyle dziwne, że naruszenie tego terminu kreuje po stronie wykonawcy jedynie obowiązek ustanowienia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, która zostaje wykonawcy zwrócona, o ile zachowa on ostateczny termin realizacji umowy - Subklauzula 8.14 str. 35 Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (część II).

Rozumiejąc natomiast, że każdy z wykonawców nie może zakładać już na starcie jakichkolwiek opóźnień, co przy terminie realizacji tego zamówienia jest szczególnie istotne, przystępujący zwrócił uwagę na następujące kwestie towarzyszące temu zagadnieniu.

a) Kwestią podstawą jest, że twierdzenia odwołującego nie są poparte jakimikolwiek dowodami nawet takimi, które w sposób pośredni uzasadniałyby przyjęte przez odwołującego założenia.

b) Bezsownie w przypadku braku dowodów na prawdziwość swoich twierdzeń całe obszerne dywagacje odwołującego, można by skomentować jednym stwierdzeniem, że każda konkluzja zależy od przyjętych na wstępie parametrów, które w tym przypadku są błędne.

c) Przykładowo przystępujący wskazał, że dokonując swoich symulacji w zakresie terminów odwołujący zapomniał, że przykładowo zgodnie z pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia PFU str. 5 - czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych (...) nie jest objęty zakresem zobowiązań wykonawcy opisanych, jako Kamień Milowy nr 1. Ta drobna nieścisłość wskazuje jednak jak wadliwe są symulacje odwołującego.

d) Odwołujący przeprowadzając obliczenia pominął fakt, że zgodnie z tym samym pkt PFU str. 5. wykonawca od dnia przejęcia placu budowy jest uprawniony do prowadzenia robót budowlanych zgodnie z przywołanymi na wstępie decyzjami o pozwoleniu na budowę, w szczególności roboty te powinny być prowadzone w obszarach, gdzie nie zachodzi potrzeba uzyskiwania zamiennych decyzji o pozwoleniu na budowę bądź wprowadzane zmiany nie będą kolidowały z robotami budowlanymi.

Powszechnie jest wiadomo, że partner przystępującego Spółka Mosty Łódź S.A. realizując w

chwili obecnej prace na południowej obwodnicy Warszawy, ma zorganizowane na miejscu zaplecze budowy, ludzi, maszyny i materiały, które pozwalają przystępującemu oraz Spółce Mosty Łódź S.A. na niezwłoczne podjęcie prac budowlanych od dnia przejęcia placu budowy.

e) Odwołujący uzasadniając w pkt 23 swoje twierdzenia myli się twierdząc, że decyzja środowiskowa wygasła. Zgodnie natomiast z treścią postanowienia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 30 grudnia 2011 (sygn. akt WOOS-IL4200.27.20011.DS) możliwe jest składanie wniosków o wydanie decyzji „budowlanych” określonych w art. 72 ust. 1 pkt 1-17 ustawy o ochronie środowiska w terminie 6 lat od dnia, w którym decyzja o „środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia” z dnia 31 sierpnia 2006 r. stała się ostateczna to jest od dnia 14 stycznia 2008 r. Innymi słowy przywołane powyżej postanowienie przedłuża ważność decyzji środowiskowej do 6 lat to jest do dnia 14 stycznia 2014 r.

f) Kolejnym błędnym założeniem odwołującego, mającym fundamentalne znaczenie dla obliczania wspomnianych terminów jest to, że przystępujący będzie przygotowywał dokumentację projektową począwszy od Daty Rozpoczęcia przez okres, co najmniej 4 miesiące (120 dni).

Przystępujący oświadczył, że w jego przypadku wspomniane prace projektowe toczą się już od dnia wydania przez KIO orzeczenia z dnia 22 kwietnia 2013 r. (sygn. akt 716/13).

Przystępujący bazując na treści tego wyroku uprawdopodobniającego jego szanse na uzyskanie zamówienia, podejmując oczywiste ryzyko, podjął decyzję o niezwłocznym rozpoczęciu prac projektowych przez Spółkę Transprojekt Warszawa, a zatem przez podmiot, który posiada nie tylko ogromne doświadczenie w tego typu przedsięwzięciach, ale który posiada pełną wręcz unikalną wiedzę na temat dokładnie tego projektu.

Efektom tej decyzji był właśnie fakt, że już w dniu 10 maja 2013 r. przystępujący był w stanie przedstawić namawiającemu zakres planowanych optymalizacji.

g) Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, iż podjęte przez przystępującego działania dają realną szansę na skrócenie okresu przygotowywania dokumentacji projektowej, o co najmniej miesiąc lub dwa, jest to, że na rzecz Spółki Transprojekt realizuje już zadania Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Kartograficznych „GEO-DIGITAL” Sp. z o.o. której zadaniem jest między innymi - § 3 ust. 1) pkt b) umowy - doprowadzenie do uzgodnienia projektu w Zespole Uzgadniania Dokumentacji Projektowej w Warszawie w maksymalnym terminie do dnia 22 sierpnia 2013 r. - co pozwoli przystępującemu wystąpić o pozwolenie na budowę o wiele wcześniej niż to zakładał odwołujący (dowód nr 9 - Wyciąg z umowy z Przedsiębiorstwem Usług Geodezyjno-Kartograficznych „GEO-DIGITAL” Sp. z o.o.).

h) Nie jest także prawdziwe twierdzenie odwołującego ujęte w pkt 24 odwołania. Przystępujący nie przewiduje wykonywania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla obiektów, dla których zamawiający nie wymaga uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. W związku z tym nie zachodzi konieczność sporządzania projektu badań geologicznych i jego zatwierdzenia, czego prostą konsekwencją będzie skrócenie całego procesu optymalizacji dokumentacji.

i) Odwołujący wskazał, że wedle jego optymistycznych obliczeń przystępujący w terminie przypadającym na Pierwszy Kamień Milowy (pkt 27 odwołania) osiągnie poziom 24,67% zamiast oczekiwanych 30%. Biorąc jednak pod uwagę powyższe fakty, wydaje się, że już w tym momencie przystępujący wykazał, że przyspieszenie całej procedury, o co najmniej miesiąc pozwoli mu nadwyżką zrealizować wymagane 30%. W związku z powyższym, przystępujący wniósł, jak w piśmie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej uprawniającej go do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył w postępowaniu ofertę z drugą - aktualnie - w kolejności ceną, zatem uwzględnienie odwołania ze skutkiem eliminującym wybraną ofertę z postępowania, stanowiłoby możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Wykonawca Metrostav a.s. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania, zwanym w skrócie „przystępującym”.

I. Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania w całości na posiedzeniu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła i oceniła: po złożeniu i otwarciu ofert, w toku badania i oceny ofert, zamawiający żądał od wykonawców złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert, w tym od obecnych - odwołującego i przystępującego (wezwanie z dnia 6 marca 2013 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zobowiązywało wykonawców do potwierdzenia wraz z opisem faktu uwzględnienia w ofercie wykonawcy wszystkich wymagań zawartych w PFU i związanych z tym kosztów). Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, w tym przystępujący w dniu 14 marca 2013 r. Wyjaśnienia zostały zaakceptowane i pozytywnie ocenione przez zamawiającego.

Zamawiający zakończył badanie i ocenę ofert dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum - Asaldi S.p.A. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z

o.o. (100 pkt), natomiast oferty - obecnego przystępującego Metrostav a.s. i obecnego odwołującego - Mota-Engil Central Europe S. A. i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., zostały sklasyfikowane na pozycjach odpowiednio - drugiej (68,4 pkt) i trzeciej (60,7 pkt) - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 marca 2013 r.

Wykonawca Metrostav a.s. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 716/13 orzekła: „Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu.”

Z uzasadnienia wyroku Izby wynika, że niezgodność treści oferty konsorcjum Astaldi S.p.A. i Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z treścią SIWZ z konsekwencją zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, została ustalona w zakresie obiektu 10T. Dalsza ocena dotyczyła ceny oferty wybranego wykonawcy, której skutek został uzewnętrzniony w sentencji orzeczenia (nakaz odrzucenia oferty też na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp).

Na uwagę zasługuje fakt podniesiony przez zamawiającego, że Izba na str. 20 wyroku z uzasadnieniem negatywnie oceniła, jako dowód w sprawie symulację harmonogramu rzeczowo-finansowego przedłożonego przez ówczesnego odwołującego (Metrostav a.s.) przeciwko konsorcjum Astaldi, stanowiąc: „Izba nie uwzględniła dowodów Odwołującego załączonych do pisma z dnia 10 kwietnia 2013 r. uznając, że złożone załączniki techniczno-finansowe są stanowiskiem Odwołującego, a nie zostały przez niego podpisane.”

Nie korzystając z koncentracji środków ochrony prawnej, odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mota-Engil Central Europe S. A. i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. - którego oferta została sklasyfikowana wówczas na trzeciej pozycji w zakresie ceny (kryterium oceny ofert), nie uczestniczył w postępowaniu odwoławczym.

Przedmiotem oceny, a jednocześnie orzeczenia Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r. nie była oferta aktualnie wybrana, jako najkorzystniejsza - Metrostav a.s. Ocena tej oferty nie była też podważana, jako wynik badania i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego, której efekt stanowiło pismo z dnia 18 marca 2013 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Zatem, ocena oferty Metrostav s.a. dokonana z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w dniu 14 marca 2013 r., nie została podważona.

Stąd Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego w części, że ocena oferty Metrostav s.a. z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy z dnia 14 marca 2013 r., nie może stanowić przedmiotu rozpoznania i oceny Izby w aktualnym postępowaniu. Zatem, zarzuty mające źródło w ocenie oferty w dniu 18 marca 2013 r., w szczególności wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 marca 2013 r., nie podlegają rozpoznaniu w toku obecnego postępowania odwoławczego (częściowo przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Natomiast brak jest podstaw do stwierdzenia, że ocena oferty tego wykonawcy w dniu 16 maja 2013 r., której wynikiem był jej wybór, jako oferty najkorzystniejszej była czynnością, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r. Nie wystąpiły w tym przedmiocie przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Odwołanie w zakresie czynności zamawiającego dokonanych czy zaniechanych w toku powtórzonych czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie zamawiającego i złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz wybór oferty Metrostav a.s., jako najkorzystniejszej, podlegało ocenie Izby i zostało rozpoznane na rozprawie.

Wobec uregulowania prawnego w Pzp nieprzewidującego częściowego odrzucenia odwołania i częściowego jego oddalenia, zarzuty niekwalifikujące się do rozpoznania na rozprawie Izba pozostawiła bez rozpoznania, natomiast w pozostałym zakresie orzekła w wyroku.

II. Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze obowiązek orzekania wyłącznie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz, że zarzutem jest czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, ze wskazaniem naruszonego przepisu ustawy.

Orzekając Izba wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp) i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, wobec nie wykazania przesłanek w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, tj. naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Istotnym wpływem na wynik postępowania jest wpływ skutkujący w razie uwzględnienia odwołania wyborem, jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podany w odwołaniu, jako podstawa prawna zarzutu

zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ostatni przepis zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zatem, odrzucenie oferty ma miejsce jedynie wówczas, gdy poprawienie niezgodności oferty z SIWZ, nie jest możliwe we wskazanym trybie.

W pierwszej kolejności skład orzekający podnosi, że w wyroku sygn. akt KIO 716/13 Izba nie nakazała zamawiającemu dokonywania czynności wobec oferty Metrostav a.s. Nakazanie z konkretnym wskazaniem odrzucenia oferty dotyczyło konsorcjum Astaldi, natomiast pozostałe oferty miały być objęte powtórzonymi czynnościami o tyle, o ile wynikało to z odrzucenia oferty wskazanej w wyroku, które powodowało zmianę rankingu ofert. Rodzaj czynności dokonanych w toku powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej pozostawał w sferze wyboru zamawiającego.

Zamawiający, będąc uprawnionym zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 1 Pzp i przyjętą w orzecznictwie jego interpretacją, do żądania od wykonawców w toku badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, zwrócił się w piśmie z dnia 2 maja 2013 r. skierowanym do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych przez nich ofert. Prosił, aby wykonawcy w odniesieniu do pkt 1 PFU wymienili wszystkie rozwiązania budowlane i obiekty objęte przedmiotem zamówienia tj.:

- wszystkie obiekty mostowe, zarówno remontowane, przebudowywane jak i nowobudowane
- budowę drogi ekspresowej S-8
- kolizje infrastruktury technicznej
- konstrukcje nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco - rozprowadzających
- uwarunkowania wynikające z punktu 1.5.3 PFU

w podziale na grupy określające zakres przewidzianej w ofercie optymalizacji tj. na:

- 1) rozwiązania budowlane i obiekty, w zakresie, których zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych,
- 2) rozwiązania budowlane i obiekty, w zakresie których zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych z uwzględnieniem uprawnień Projektanta Wykonawcy określonych w Prawie budowlanym.

Ponadto, prosił również o szczegółowy opis zakładanych przez wykonawców zmian



optymalizacji umożliwiającą zamawiającemu przeanalizowanie zgodności tych rozwiązań z treścią SIWZ.

Przystępujący udzielił wyjaśnień składając w dniu 10 maja 2013 r. pismo - datowane dnia 9 maja 2013 r. - w którym podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia mieszczą się w ramach oświadczeń ujętych w treści złożonej oferty. W szczególności, zgodnie z obowiązującym prawem i jednolitym orzecznictwem zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych wyjaśnienia stanowią jedynie opis sposobu rozumienia konkretnych stwierdzeń, oświadczeń i treści zawartych w ofercie.

Podkreślił, że oferta złożona przez Spółkę Metrostav a.s. została przygotowana z uwzględnieniem wszystkich wymogów SIWZ wiążących wykonawców w dniu składania ofert. Tym samym, zarówno oferta jak i zaproponowana cena ofertowa uwzględnia wszystkie uwarunkowania towarzyszące realizacji zamówienia w jego obecnym kształcie.

Wskazał, że w ramach wymaganej optymalizacji dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, przystępujący dokonał już wstępnej analizy zakresu optymalizacji, z tym, że ostateczny kształt będzie uzależniony od uzyskania stosownych zgód Inwestora, zgód autorów projektu, ewentualnych zgód organów administracji a także będzie zależny od badań i analiz do wykonania, których wykonawca jest zobowiązany przed przystąpieniem do realizacji prac budowlanych. W efekcie przystępujący prosił, aby zamawiający traktował przedstawione propozycje, jako wstępne, gdyż wykonawca nie wyklucza, że część z opisanych prac będzie realizowana zgodnie z dotychczasowymi założeniami.

Przystępujący oświadczył, że dokonał podziału oczekiwanych przez zamawiającego optymalizacji, w zależności od tego, jakiej branży one dotyczą oraz, czy z ich wprowadzeniem według wstępnej oceny wykonawcy, będzie wiązała się konieczność sporządzenia zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, czy też nie.

Przystępujący przedstawił klasyfikację obiektów w odniesieniu do pkt 1 PFU na dzień składania oferty:

I. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie, których zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych (szczegółowe określenie: budowy drogi, obiektów, rozbiórki istniejących i budowa nowych obiektów oraz remont obiektu - pkt a

- d);

II. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie, których zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych z uwzględnieniem uprawnień Projektanta Wykonawcy określonych w Prawie budowlanym (szczegółowe określenie: przebudowa obiektu, remont obiektów, konstrukcja nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco-rozprowadzających, budowy i przebudowy wynikające z pkt 1.5.3 PFU - pkt a - d);

III. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie, których zamawiający wymaga od wykonawcy sporządzenia dokumentacji projektowej w całości oraz uzyskania decyzji administracyjnej i zrealizowania prac budowlanych (pkt a - obiekt 59T).

Przystępujący w dalszej części przedstawił: zakresy optymalizacji dla branż: mostowej; drogowej oraz konstrukcji nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco-rozprowadzających; dla urządzeń infrastruktury technicznej; wg uwarunkowań wynikających z punktu 1.5.3 PFU, ze szczegółowym podziałem zakresów, w układzie wymaganym przez zamawiającego.

Podsumowując wyjaśnienia przystępujący podał, że przewiduje zmiany ogólne do dokumentacji projektowej dotyczącej: optymalizacji posadowień, elementów konstrukcyjnych, zbrojenia, stali konstrukcyjnej, konstrukcji oporowych oraz wyposażenia obiektów mostowych.

Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wszystkich wykonawców, w tym odwołującego i przystępującego, dokonał wyboru oferty Metrostav a.s., jako najkorzystniejszej przyznając tej ofercie, z zastosowaniem wyłącznego kryterium ceny, 100 pkt, drugą w kolejności została oferta odwołującego, przyznano jej 88,8 pkt (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 16 maja 2013 r.).

Przedstawiając zarzut niezgodności wybranej oferty z treścią SIWZ, odwołujący odniósł tę niezgodność do wprowadzonej do wzoru umowy instytucji Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Milowy) - wykonania robót o minimalnej wartości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, jako instytucji stanowiącej termin pośredni wykonania robót, ze skutkiem w przypadku niedochowania terminu, poniesienia odpowiedzialności przez wykonawcę w postaci zapłaty kar umownych (pkt 15 uzasadnienia odwołania).

W pkt 18 i 19 uzasadnienia odwołania wskazał sposób oceny wykonania Wymaganej

Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Milowy) powołując się na klauzulę 8.13 (Rozdział 4, Część II SIWZ) oraz w zakresie zatwierdzania konstrukcji stalowych przeznaczonych do realizacji obiektów inżynierskich, na klauzulę 14.5 Szczegółowych Warunków Kontraktu.

Na podstawie wyjaśnień przystępującego w zakresie rozwiązań projektowych (w tym w szczególności zakresu robót, w którym wykonawca przewiduje optymalizację projektu wraz z obowiązkiem uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę) oraz poszczególnych pozycji ryczałtowych oferty tego wykonawcy, odwołujący sporządził na potrzeby postępowania odwoławczego symulację harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji zadania przez przystępującego, którą przedłożył wraz z odwołaniem (pkt 20 uzasadnienia odwołania).

W pkt 21 i 22 uzasadnienia odwołania odwołujący przedstawił argumentację, w której wywodził na podstawie przyjętych w pkt 21 okresów: wykonania dokumentacji projektowej zamiennej (lit. a -120 dni), uzyskania decyzji administracyjnych w zakresie zamiennego projektu budowlanego i zamiennego pozwolenia na budowę (lit. b - 65 dni), uprawomocnienia się decyzji oraz zapas czasowy na inne czynności (lit. c - 1 miesiąc), że faktycznie roboty w zakresie przeprojektowywanych obiektów inżynierskich będą mogły rozpocząć się dopiero w 8 miesiącu od Daty Rozpoczęcia.

W pkt 23 uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł kwestię związaną z koniecznością uzyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, wskazując, że może ona być wymagana, w pkt 24 wskazał ewentualność przeprowadzenia badań geologicznych.

Uwzględniając wymóg potwierdzenia wykonania robót przez Inżyniera Kontraktu (przejściowe Świadectwa Płatności) w terminie 28 dni od złożenia wniosku (pkt 25 uzasadnienia odwołania), odwołujący uznał, że konieczne będzie faktyczne zrealizowanie robót na koniec 9 miesiąca realizacji zamówienia (pkt 26 uzasadnienia odwołania).

Na podstawie dokonanej symulacji odwołujący uznał, że wykonanie robót przez przystępującego na koniec 9 miesiąca realizacji (tj. w okresie, w którym roboty mają być wykonane w takim stopniu, by na koniec terminu określonego w klauzuli 8.13 były potwierdzone przez Inżyniera) przystępujący osiągnie zaawansowanie robót na poziomie 24,67% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (pkt 27 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący podniósł również konieczność wytworzenia konstrukcji stalowych w odpowiedniej ilości w ciągu 2 miesięcy - termin uzależniony od uzyskania statusu ostateczności decyzji administracyjnych o zamiennym pozwoleniu na budowę (pkt 28

uzasadnienia odwołania).

Wskazał, że niedochowanie zobowiązania, co do terminu pośredniego, nawet przy dochowaniu terminu końcowego realizacji zadania, stanowiłoby nienależyte wykonanie zobowiązania.

W złożonym załączniku do odwołania - Symulacja harmonogramu rzeczowo-finansowego - przedstawiając przerób narastająco oraz procentowe zaawansowanie robót, przystępujący wskazał, że w 10 miesiącu realizacji zadania procentowe zaawansowanie robót przystępującego wyniesie jednak 31,78%.

Z powyższego wynika, że odwołujący na podstawie opisu sposobu optymalizacji zamieszczonego w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 9 maja 2013 r. oraz obliczeń dokonanych przez odwołującego przedstawionych w formie symulacji, na podstawie specyfikacji cenowej oferty przystępującego i własnego rozeznania rynku, kwestionuje możliwość dochowania terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego), w wysokości lub w zakresie zgodnym ze wskazaniem w Subkluzuli 8.3 oraz Załącznika do oferty - Dane Kontraktowe. W Subkluzuli 8.3 podano wyłącznie terminy związane z przedłożeniem do zatwierdzenia Inżynierowi Programu zawierającego w szczególności: prace projektowe i roboty budowlane, zasoby sprzętowe i personalne, przeroby i płatności; w Załączniku do oferty - Dane Kontraktowe podano wymagany dla Kamienia Milowego nr 2 termin 10 miesięcy.

Subklauzula 8.13 wskazana przez odwołującego definiuje elementy, które będą brane pod uwagę przy ocenie wykonania Kamienia Milowego. Są to obok dokumentów wykonawcy, roboty wykonane według stanu na dzień przewidziany w Warunkach Kontraktu dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania - stanowiące podstawę sformułowanego zarzutu - a następnie poświadczone przez Inżyniera i zaakceptowane przez zamawiającego, z wyczeniem wartości w oparciu o zaawansowanie płatności przejściowych zgodnie z Subklauzulą 14.6 (Wystawianie Przejściowych Świadectw Płatności).

Zamawiający podważając zarzut odwołującego, stwierdził, że ocena robót według stanu na dzień przewidziany w Warunkach Kontraktu dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania dotyczy faktycznie wykonanych robót na ten dzień zgodnie z opisem: *roboty wykonane według stanu na dzień przewidziany w Warunkach Kontraktu dla osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania*. Natomiast czynności opisane po wyrazie *a następnie* wykonywane są po tym dniu.

Stanowisko zamawiającego nie zostało podważone na rozprawie. Izba analizując opisy zamieszczone w SIWZ przywołane przez odwołującego w granicach przedstawionych

zarzutów, uwzględniła stanowisko zamawiającego w przedmiocie oceny zaawansowania robót.

Odwołujący sam przyznał w symulacji harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonej do odwołania, że wykonanie robót oceniane, jako faktyczne wykonanie przez przystępującego na koniec 10 miesiąca, wyniesie 31,78%.

Izba podzieliła ocenę symulacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przedłożonej w postępowaniu zakończonym wyrokiem sygn. akt KIO 716/13, że opracowanie takie stanowi w sensie dowodowym wyłącznie pogląd odwołującego. Symulację, co do sposobu obliczeń podważył również przystępujący przedkładając do akt sprawy wykaz błędów.

Izba uwzględniła stanowiska zamawiającego i przystępującego w przedmiocie oceny wykonania Kamienia Milowego (pkt 15-33 uzasadnienia odwołania) podważające przyjęte w opracowaniu odwołującego terminy, wskazujące inny sposób ich liczenia. Zamawiający potwierdził, że czynności związane z optymalizacją dokumentacji oraz roboty niewymagające optymalizacji, prace budowlane na obiektach optymalizowanych wymagające zamiennego pozwolenia na budowę mogą być rozpoczęte znacznie wcześniej. Wykonawca od Daty Rozpoczęcia oprócz prac związanych z optymalizacją dokumentacji może w tym samym czasie wykonać szereg innych robót niewymagających optymalizacji (np. rozbiórki 18 obiektów inżynierskich i następnie budowa nowych, wyburzenia obiektów kubaturowych, rozbiórki istniejących ekranów akustycznych, rozbiórki istniejącej nawierzchni itp.).

W zakresie dodatkowych badań geologicznych zamawiający uznał, że wykonawca przyjął je tylko dla niektórych obiektów w sytuacji, gdy nie były one wymagane w SIWZ, natomiast przystępujący potwierdził, że przewidziano je jedynie wstępnie i badania takie nie będą przeprowadzane.

Ponadto, w pkt 1 PFU - opis ogólny przedmiotu zamówienia - dotyczącym optymalizacji zamawiający wymaga w zakresie optymalizacji niezbędnych decyzji administracyjnych. W punkcie tym wskazano na str. 5, że czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych (..) nie jest objęty zakresem zobowiązań wykonawcy opisanych, jako Kamień Milowy nr 1. Zgodnie z tym samym punktem PFU na str. 5 podano, że wykonawca od dnia przejęcia placu budowy jest uprawniony do prowadzenia robót budowlanych zgodnie z przywołanymi na wstępie decyzjami o pozwoleniu na budowę, w szczególności roboty te powinny być prowadzone w obszarach, gdzie nie zachodzi potrzeba uzyskiwania zamiennych decyzji o pozwoleniu na budowę (34 obiekty) bądź wprowadzane zmiany nie będą kolidowały z robotami budowlanymi.

Dodatkowo pkt 1.4.2 PFU określa, że ewentualne zmiany, jakie mogą mieć miejsce w toku opracowywania zamiennego projektu budowlanego wykonane będą w ramach kontraktu, bez

wpływu na Cenę Kontraktową i Czas na Ukończenie.

Zgodnie z Subklauzulą 8.3 wykonawca zobowiązany jest złożyć w ciągu 21 dni od dnia zawarcia umowy Program stanowiący podstawę szczegółowego określenia kwoty przerobów i planowanego zaawansowania prac projektowych i wykonawczych. Program podlega zatwierdzeniu przez zamawiającego i Inżyniera Kontraktu i w przypadku ewentualnych opóźnień w realizacji inwestycji lub wykazania założeń, które mogą skutkować zagrożeniem terminowego wykonania inwestycji, program podlega aktualizacji w wyniku nakazu Inżyniera Kontraktu, m.in. w zakresie zasobów sprzętowych i personalnych oraz technologii robót mających na celu wykonanie przedmiotu umowy w terminie kontraktowym.

Nie zostały potwierdzone zarzuty dotyczące konieczności uzyskiwania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, gdyż decyzja uzyskana przez zamawiającego nie wygasła. Potwierdzono na rozprawie ważność tej decyzji do stycznia 2014 r.

Nie potwierdzono konieczności przeprowadzenia ponownych badań geologicznych, które - jak wykazano na rozprawie - nie były wymagane w SIWZ. Przystępujący oświadczył, że nie przewiduje wykonywania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla obiektów, dla których zamawiający nie wymaga uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. W związku z tym nie zachodzi konieczność sporządzania projektu badań geologicznych i jego zatwierdzenia.

Kontynuując przyjętą w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia ocenę symulacji harmonogramu rzeczowo-finansowego (wyrok Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r.), Izba nie uwzględniła, jako dowodu w sprawie w rozumieniu art. 190 ust. 3 Pzp, symulacji załączonej do odwołania, jedyne opracowanie złożone przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Oceniając symulację, jako stanowisko odwołującego Izba zważyła, że jest to materiał teoretyczny, w którym przedstawiono obliczenia, jak już wskazywano wyżej, na podstawie wyjaśnień przystępującego złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie pozbawiony subiektywnej interpretacji, uwzględniającej przypuszczalne okoliczności właściwe dla odwołującego.

Oceniając zarzut braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ, Izba podzieliła stanowisko wyrażone wyroku KIO 716/13, że: „Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne

zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11). (...) z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mamy do czynienia wówczas, gdy oferta złożona w postępowaniu po jej porównaniu - pod względem merytorycznym - nie spełnia wymogów Zamawiającego (...).”

W ocenie Izby, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, wobec nie wykazania przez odwołującego, że kwestionowana oferta nie spełnia wymogów zamawiającego. Odwołujący nie wykazał w postępowaniu przesłanek skutkujących nakazaniem zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego Metrostav a.s. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Skutkiem braku uznania zasadności wskazanego zarzutu, jest też uznanie braku potwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, wobec nie przedłożenia rachunku do akt sprawy, o którym stanowi przepis § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....