

Sygn. akt: KIO 1340/18

WYROK
z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez odwołującego - **RIVER BROTHERS P. D.** (ul. Alternatywy 6/203, 02-775 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Miasto Jaworzno (ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno),

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy **EFB Partner J. K. ul. Polna 63 05-140 Serock;**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Gama Sp. z o.o., ECC PAX Sp. z o.o. ul. Chopina 94 43-600 Jaworzno,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawcę **RIVER BROTHERS P. D.** (ul. Alternatywy 6/203, 02-775 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Przywrócenie wartości przyrodniczych i użytkowych poprzez rekultywację miejskiego akwenu Sosina w Jaworznie” - ETAP I i część ETAPU II w zakresie budowy wybranych obiektów rekreacyjno-wypoczynkowych, w podziale na 3 części”, nr IN.271.05.2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej/S 58 127417-2018-PL z dnia 23 marca 2018 r.

Wnoszący odwołanie wykonawca - P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą RIVER BROTHERS P. D. z siedzibą w Warszawie stwierdził, że Zamawiający - Gmina Miasta Jaworzno niezgodnie z przepisami ustawy Pzp: (1) odrzucił ofertę Odwołującego; (2) zaniechał zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści jego oferty. Odwołujący stwierdził, że powyższe narusza art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz jej art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze i w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, załączonych do niego lub znajdujących się w dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

W pkt XI ppkt 4 SIWZ Zamawiający zastrzegł ryczałtową formę wynagrodzenia za realizację każdej z trzech części zamówienia będącego przedmiotem postępowania, które to wynagrodzenie wykonawca winien skalkulować na podstawie dokumentów opisujących to zamówienie, obejmujących dokumentację projektową, program funkcjonalno-użytkowy oraz wytyczne Zamawiającego, a nieobejmujących przedmiaru robót. Zgodnie z powyższym zastrzeżeniem Zamawiający wymagał, aby w formularzu oferty wskazana była jedynie zryczałtowana cena za wykonanie części zamówienia, której oferta dotyczy, bez dołączania do niej kosztorysu ofertowego.

Dodał, że w pkt. II ppkt 5 SIWZ Zamawiający zobowiązał wprawdzie wykonawcę do przedstawienia kosztorysu szczegółowego, ale obowiązek ten ciąży jedynie na wykonawcy, z którym Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia, i winien być dopełniony przez

owego wykonawcę w terminie 30 dni kalendarzowych od podpisania rzeczonyj umowy, zaś omawiany kosztorys służyć ma wyłącznie do obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy. Dowód: SIWZ znajdująca się w dokumentacji postępowania.

Zgodnie z powyższymi zastrzeżeniami i wymogami Odwołujący złożył ofertę na wykonanie części (zakresu) nr 3 zamówienia (wymiana i oczyszczanie wody w zbiorniku Sosina - budowa przepompowni wody, odmulanie dna), w której wskazał jedynie ryczałtową cenę za wykonanie tej części, nie załączając niewymaganego przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego. Dowód: oferta Odwołującego znajdująca się w dokumentacji postępowania.

Pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny wskazanej w ofercie. Zaznaczył, że Zamawiający w przedmiotowym piśmie nie zobowiązał Odwołującego do przedstawienia kosztorysu, na podstawie którego ustalił on cenę swojej oferty. Dowód: pismo Zamawiającego do Odwołującego z dnia 5 czerwca 2018 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący pismem z dnia 10 czerwca 2018 r. udzielił Zamawiającemu obszernych wyjaśnień, w których podniósł w szczególności, że:

- 1) odmulanie dna zbiornika Sosina, będące jednym z głównych elementów części nr 3 zamówienia, zamierza wykonać oszczędną i bezpieczną dla środowiska naturalnego, bo niezakładającą użycia środków chemicznych przyspieszających odsączanie osadów, metodą polegającą na wybudowaniu odstojników w wybranych już miejscach, których lokalizacja nie została jednak w omawianym piśmie Odwołującego wskazana, do których to odstojników pompowany będzie urobek z dna zbiornika;
- 2) dysponuje refulerami pływającymi wyposażonymi w pompę ssąco-tłoczącą o wydajności 500 m³/h, umożliwiającą tłoczenie urobku na odległość do 1500 m, oraz rurociągiem o długości ponad 1000 m z pływakami do tłoczenia urobku we wskazane miejsce;
- 3) zamierza powierzyć wykonanie niektórych robót realizujących część nr 3 zamówienia wskazanemu w ofercie podwykonawcy, a mianowicie firmie PUH EUROTOPA z Kędzierzyna-Koźła, z którą współpracuje od lat, a która ma bardzo duże doświadczenie w realizowaniu robót branży hydrotechnicznej.

Do omawianego pisma Odwołujący załączył szczegółowy kosztorys robót realizujących część nr 3 zamówienia.

W dziale 5 tego kosztorysu zatytułowanym „Rekultywacja zbiornika Sosina” Odwołujący wycenił m.in. pozycję 36 „Rurociągi stalowe kołnierzowe (tymczasowe) o długości 1100 m”, pozycję nr 37 „Wydobycie urobku (obmiar = 42000 m³) pogłębiarkami ssąco-refulującymi” i pozycję nr 38 „Przemieszczenie spycharkami mas ziemnych na odległość. Dowód: - pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2018 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2018 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i uzasadnił tę czynność następującymi okolicznościami:

1) w odpowiedziach na pytania wykonawców do treści SIWZ zawartych w pismach Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 3) i 26 kwietnia 2018 r. (odpowiedź na pytania nr 9 i 14) Zamawiający wyraźnie wskazał, że odpady powstałe ze zrehabilitowania zbiornika Sosina należy wywieźć poza obszar rewitalizacji tego zbiornika i zutylizować, przez co zmienił opis części nr 3 zamówienia zawarty w dokumentacji technicznej odnoszącej się do tej części, który to opis pierwotnie zakładał zdeponowanie i rozplantowanie urobku z odmulania zbiornika Sosina na wyspie na tym zbiorniku usytuowanej;

2) powyższa zmiana, jako integralna część SIWZ, obowiązywała wykonawcę składającego ofertę na wykonanie części nr 3 zamówienia do uwzględnienia w tej ofercie kosztów wywiezienia i odpadów z odmulania zbiornika Sosina poza obszar jego rewitalizacji i ich zutylizowania;

3) przeprowadzona przez Zamawiającego analiza pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2018 r. wykazała, że Odwołujący rzeczony zmiany nie uwzględnił, bowiem założył, iż urobek (osad) powstały z refulowania zbiornika Sosina wykorzystany zostanie do niwelacji terenów sąsiadujących z tym zbiornikiem, w tym zdeponowany na wyspie na nim usytuowanej;

4) potwierdzeniem przyjęcia przez Odwołującego powyższego założenia ma być treść kosztorysu ofertowego załączonego do jego wyjaśnień udzielonych w piśmie do Zamawiającego z dnia 10 czerwca, z którego to kosztorysu wynika, że Odwołujący zamierza wydobyć urobek z dna zbiornika Sosina refulerem i rozplantować go po odsączeniu;

5) w konsekwencji treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ zmienioną w powołanych wyżej odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców do treści SIWZ, wobec czego należało tę ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dowód: pisma: z dnia 10 czerwca 2018 r.; z dnia 18 i 26 kwietnia 2018 r. - znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Podjęta przez Zamawiającego w opisanym wyżej stanie faktycznym czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomej sprzeczności jej treści z treścią SIWZ jest w ocenie Odwołującego niczym nie uzasadniona, a to z następujących przyczyn:

1. Wedle poglądów wyrażanych w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych na tyle powszechnie, że nie ma potrzeby przywoływać przykładów tego orzecznictwa i piśmiennictwa, o zgodności, albo braku zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia można z konieczności orzec tylko poprzez skonfrontowanie treści oferty z treścią tej specyfikacji. Tymczasem z omówionego wyżej pisma Zamawiającego do Odwołującego z dnia 27 czerwca 2018 r. wynika, że tezę o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający wywiódł z porównania treści SIWZ nie z treścią oferty Odwołującego, lecz z jego wyjaśnieniami dotyczącymi ceny tej oferty udzielonymi w piśmie z dnia 10 czerwca 2018 r. na wezwanie Zamawiającego zawarte w jego wcześniejszym piśmie do Odwołującego z dnia 5 czerwca 2018 r., a właściwie z porównania jedynie z kosztorysem załączonym do rzeczonych wyjaśnień, którego to kosztorysu Odwołujący nie był zobowiązany załączyć ani do swojej oferty, bo SIWZ, jak to wyżej wywiedziono, tego nie wymagała, ani nawet do swoich wyjaśnień co do ceny tej oferty, bo Odwołujący w wezwaniu do złożenia owych wyjaśnień nie wymagał, jak o tym również wyżej wspomniano, jego złożenia.
2. Niezależnie od powyższego, wbrew stanowisku Zamawiającego prezentowanemu w jego piśmie do Odwołującego z dnia 27 czerwca 2018 r., z wyjaśnień Odwołującego zawartych w jego piśmie do Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2018 r. wcale nie wynika, że Odwołujący zamierza urobek z odmulania dna zbiornika Sosina zdeponować w sąsiedztwie owego zbiornika, w tym na wyspie na nim usytuowanej, a następnie osad wytrącony z owego urobku rozplantować w tym sąsiedztwie. Wręcz odwrotnie - Odwołujący w rzeczonych wyjaśnieniach wyraźnie stwierdził, że zamierza urobek z odmulania dna zbiornika Sosina za pomocą refulerów pływających wyposażonych w pompę ssąco-tłoczącą umożliwiającą tłoczenie urobku na odległość do 1500 m przemieścić do miejsca utylizacji posiadany rurociągiem tłocznym o długości ponad 1 km, a więc do miejsca, które nie sposób uznać za usytuowane w pobliżu rzeczzonego zbiornika, tam poddać ów urobek naturalnej, bo bez użycia środków chemicznych, utylizacji w odstojniku, polegającej na wytrąceniu się pod wpływem grawitacji osadu i w końcu rozplantować ten osad w miejscu jego wytrącenia. Założona przez Odwołującego opisana wyżej metoda przemieszczenia i utylizacji urobku z odmulania dna zbiornika Sosina była wielokrotnie stosowana przy realizacji podobnych przedsięwzięć przez wskazanego w ofercie Odwołującego podwykonawcę - firmę PUH EUROTOPA z Kędzierzyna-Koźła, która - przykładowo, taką właśnie metodą wykonała w 2014 r. na zlecenie Miasta Szczecinek zadanie pod nazwą „Odmulanie dna jeziora Trzesiecko przy przystanku

tramwaju wodnego Trzesieka". Dowód: - referencje wystawione dnia 5 lipca 2018 r. przez Burmistrza Miasta Szczecinek, załączone do odwołania.

3. Nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący w piśmie do Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2018 r. nie dość precyzyjnie przedstawił metodę, którą zamierza zastosować do odmulania dna zbiornika Sosina oraz utylizacji powstałego stąd urobku, przez co po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości co do zgodności treści oferty Odwołującego, zakładającej ową metodę, z treścią odnośnych postanowień SIWZ - to obowiązkiem Zamawiającego, przez niego niedopełnionym, było zwrócenie się do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach dotyczących zamówień publicznych. I tak, przykładowo w wyroku, w którym stwierdzone, że:

- ✓ KIO 212/2018 (cyt.): „ W sytuacji kiedy występują wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zamawiający są uprawnieni a wręcz zobligowani do skorzystania z art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty”.
- ✓ KIO 2383/17 (cyt.): „Dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca - jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 p.z.p., gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 p.z.p. zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste "narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania

dotatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

- ✓ KIO 2257/17 (cyt.): „ Czynność odrzucenia oferty musi być oparta na jednoznacznych przesłankach dowodowych, nie może być natomiast dokonana jedynie na podstawie domniemania, że treść oferty nie jest zgodna z treścią siwz.
- ✓ KIO 2360/16 (cyt.): „ Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może nastąpić jedynie w warunkach pewności co do niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ. Ergo, w sytuacji, w której wątpliwości w tym zakresie istnieją, ale nadają się do usunięcia w drodze wezwania do wyjaśnień z art. 87 ust. 1 p.z.p. (zob. obostrzenia w stosowaniu omawianej procedury wynikające z przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie lub ust. 1a in fine p.z.p.), zamawiający jest zobligowany do zastosowania tej instytucji, a odrzucenie oferty z jej pominięciem stanowić będzie naruszenie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Warte podkreślenia jest, że wynikający z przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie p.z.p. zakaz negocjacji obejmuje m.in, sytuacje, w których w następstwie złożonych wyjaśnień treść oferty wykonawcy zostanie uzupełniona o oświadczenia, które nie były uprzednio w niej ujęte. Omawiana instytucja ma na celu usunięcie wątpliwości dotyczących treści oferty, zinterpretowanie nieprecyzyjnego oświadczenia w niej zawartego, potwierdzenie niejasno wyrażonych intencji, nie zaś zmianę oferty. ”

W konkluzji stwierdził, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ i zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących treści jego oferty naruszało wskazane przepisy ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy zarzuty i wnioski niniejszego odwołania są w pełni uzasadnione faktycznie i prawnie.

Odwołujący stwierdził ponadto, że ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania, ponieważ: 1) jego oferta jest, według kryteriów oceny ofert wskazanych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia będącego przedmiotem postępowania (dalej. SIWZ), ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu na zakres nr 3 zamówienia będącego jego przedmiotem; 2) w konsekwencji podjęcie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechanie zażądania wyjaśnień dotyczących treści tej oferty pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 18 lipca br) Zamawiający stwierdził, że dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z przepisami Pzp, a w związku z powyższym wnosi o oddalenie wniesionego odwołania. W uzasadnieniu wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

I. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosi, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ można orzec jedynie poprzez skonfrontowanie treści oferty z treścią tejże SIWZ. W sposób nieuprawniony Odwołujący zawęży definicję „treści oferty”, wykluczając z niej instytucję wyjaśnień, w tym wyjaśnień ceny ofertowej.

Zamawiający nie zgadza się z takim stanowiskiem, mając na względzie wykładnię przepisów prawa i orzecznictwo przepisów prawa w przedmiotowej kwestii. Na gruncie przepisów Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał na orzecznictwo podnosząc, że pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia (KIO/UZP 824/08; KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08, KIO/UZP 663/09; KIO/UZP 39/08; KIO/UZP 502/08; KIO/UZP 343/09). Wyjaśnienia i uzupełnienia ofert nie stanowią innych dokumentów składanych przez zamawiającego i wykonawców, o których mowa w art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ dokumenty te są de facto treścią ofert (sensu largo), (KIO 2525/13, KIO 257/15).

Niewątpliwie cena za jaką wykonawca oferuje wykonanie zamówienia stanowi podstawową treść jego oferty. Wszelkie więc wyjaśnienia jej dotyczące obligatoryjnie muszą być traktowane jako treść złożonej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy to nic innego jak wykładnia oferty. Zamawiający dokonując badania wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej dla zamówienia będącego przedmiotem niniejszego odwołania, musiał traktować je jako części złożonej oferty.

Odwołujący został zobowiązany w celu wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny lub kosztu. Sposób złożenia wyjaśnień, w tym dobór dowodów należał już tylko do Wykonawcy. Odwołujący przedkładając Zamawiającemu wyjaśnienia wraz kosztorysem, musiał się jednak liczyć z tym, że będzie on stanowił dla Zamawiającego

wykładnię treści złożonej oferty, opisuje bowiem wszystkie czynności jakie Wykonawca zamierza zrealizować w ramach inwestycji. Zamawiający nie tylko mógł, ale miał obowiązek przeanalizować złożone dokumenty nie tylko pod kątem rażąco niskiej ceny, ale w każdym aspekcie ważnym dla postępowania o udzielenie zamówienia. Byłoby bowiem zupełnie nieracjonalne i niezgodne z przepisami prawa, gdyby Zamawiający na podstawie otrzymanych od Wykonawcy dokumentów świadczących o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, pozostawił ten problem bez stosownego rozstrzygnięcia.

II. Po przeprowadzeniu badania ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem art. 89 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający wystąpił do wykonawcy RIVER BROTHERS P. D. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 3 (Wymiana i oczyszczanie wody w zbiorniku Sosina - budowa przepompowni wody, odmulenie dna), tj.: cena 7 790 000,00 zł brutto była niższa o 34,98% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która wynosi 11 980 107,43 zł. W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zobowiązany jest do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, dowody i wyliczenia w formie kosztorysów: uproszczonego i szczegółowego, dotyczące zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 3.

Z przeprowadzonej analizy złożonych dokumentów wynika jednoznacznie, iż Odwołujący nie pod uwagę zmian, które Zamawiający wprowadził do SIWZ, udzielając odpowiedzi na zapytania wykonawców w pismach z dnia 18.04.2018r. (odpowiedź na pytanie nr 3) oraz z dnia 26.04.2018r. (odpowiedzi na pytania nr 9 oraz 14). Zamawiający wyraźnie wskazał w odpowiedziach, iż w ramach wykonywanych robót polegających na oczyszczeniu dna zbiornika wymaga by powstałe odpady zostały wywiezione i zutylizowane. Ponadto Zamawiający zobowiązał wykonawców do posiadania stosownych decyzji ze wskazaniem kodów odpadów, zezwalających na wywóz i utylizację powstałych odpadów poza obszar rewitalizacji akwenu Sosina. Zamawiający dokonał zmiany projektowego opisu przedmiotu zamówienia, wymagając od wykonawców by powstałe odpady zostały wywiezione i zutylizowane. Tym samym Zamawiający odmiennie uregulował przedmiot zamówienia w

zakresie miejsca i sposobu deponowania powstałych osadów z dnia zbiornika, w stosunku do zapisów dokumentacji technicznej. Zrobił to w czasie umożliwiającym wykonawcom zapoznanie się z treścią zmian i złożenie prawidłowej oferty w postępowaniu.

Zgodnie z SIWZ (pytania i odpowiedzi stanowią jej integralną część), Odwołujący zobowiązany był w swojej ofercie ująć koszty wywiezienia i zutilizowania odpadów poza obszar rewitalizacji akwenu Sosina. Niezgodnym z treścią SIWZ jest więc przyjęcie założenia, że deponowanie urobku (osad denny), który kwalifikowany jest jako odpad powstały podczas refulowania wykorzystuje się do niwelacji terenów sąsiadujących ze zbiornikiem Sosina (w tym deponowanie odpadu na wyspie). Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny posłużył się między innymi kosztorysem ofertowym, w którym w poszczególnych pozycjach opisał czynności jakie ma zamiar wykonywać w ramach realizowanego zadania.

W odwołaniu Odwołujący podnosił, iż Zamawiający błędnie przyjął, że urobek z odmulania dna zbiornika Sosina nie zostanie w wymagany w dokumentacji sposób wywieziony i zutilizowany. Zdaniem Odwołującego zrealizuje on prawidłowo zamówienie za pomocą refulerów pływających, wyposażonych w pompę ssąco - tłoczącą, a następnie przemieści go do miejsca utylizacji posiadającym rurociągiem tłocznym o długości ponad 1 km. Zdaniem Odwołującego będzie to już miejsce, które nie sposób uznać za usytuowane w pobliżu zbiornika Sosina. Zamawiający kategorycznie nie może zgodzić się z taką argumentacją. Przyjęta przez Odwołującego technologia oczyszczania dna zbiornika, przewidująca transport wydobytych osadów rurociągiem do miejsc oddalonych od obszaru rewitalizacji akwenu Sosina o odległość ok. 1 km jest praktycznie nie do zrealizowania bez poważnych konsekwencji dla rekultywowanych i przylegających do nich obszarów. Rozwiązanie takie sugeruje deponowanie odpadów „mułów” w miejsca kompletnie nie zdiagnozowane pod kątem formalnym, własnościowym oraz logistycznym. W odległości 1 km od zbiornika Sosina nie występują miejsca, na których można utylizować odpady. Obszar zbiornika Sosina jest silnie zurbanizowany — mamy tutaj do czynienia ze strefami zamieszkania jednorodzinne, liniami kolejowymi pobliskiej piaskowni, obszarami leśnymi chronionymi przez Lasy Państwowe i terenami cennymi przyrodniczo. Zamawiający nie może wyrazić zgody na przemieszczanie osadów rurociągiem przez obszary jemu nie znane, a zaplanowane przez Odwołującego, które mogą przecież stanowić opisywane powyżej tereny. Podobnie rzecz ma się do miejsc lokalizacji odstojników. Należy również wziąć pod uwagę fakt, iż analizując strukturę własności terenów w obszarze ok. 1 km od zbiornika Sosina niemal wszystkie ewentualne trasy przebiegu rurociągu i ewentualne lokalizacje odstojników, znajdują się na działkach Skarbu Państwa lub na terenach zabudowy zwartej. Istnieje małe prawdopodobieństwo, aby Odwołujący posiadał wymagany ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach (tekst. jedn. Dz.U, z 2018 poz. 992 ze zm.) tytuł prawny do terenu, na którym chce magazynować odpady. Trudno sobie wyobrazić, aby właściciele j władający tymi nieruchomościami wydali stosowne zgody na lokalizację rurociągów tymczasowych i odstożników na ich terenach, umożliwiające Odwołującemu realizację inwestycji związanej z odpadami.

Z uwagi na duże ilości wydobywanego urobku i jego nieprzyjemny zapach, mogący negatywnie wpłynąć nie tylko na środowisko, ale także spowodować duży dyskomfort mieszkańców pobliskich okolic, Zamawiający podjął decyzję, by w sposób zgodny z prawem powstałe odpady zostały wywiezione i zutylizowane poza obszar rewitalizacji akwenu Sosina. Celem Zamawiającego jest by zostały one przyjęte przez podmioty do tego upoważnione j zdeponowane w miejscach odpowiednio do tego przystosowanych. Zamawiający nie może dopuścić, by w jakikolwiek sposób przyjęta forma wykorzystania odpadów z rewitalizacji zbiornika stała się uciążliwością dla środowiska i podmiotów trzecich. Nie bez przyczyny Zamawiający zastrzegł w odpowiedziach na zapytania do SIWZ, konieczność posiadania stosownych decyzji ze wskazaniem kodów odpadów, zezwalających na wywóz i utylizację powstałych odpadów poza obszar rewitalizacji akwenu Sosina. Nie jest bowiem możliwe, aby ktokolwiek transportował, magazynował i utylizował odpady bez wymaganych przepisami prawa zezwoleń. Zamawiający wykazałby się skrajną nieodpowiedzialnością, pozwalając na wykonywanie robót budowlanych związanych z gromadzeniem odpadów na terenach z gruntu przeznaczonych na zupełnie odmienne cele. Biorąc pod uwagę powyższe oraz przepisy ww. ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach w tym przypadku byłoby to składowanie lub magazynowaniem odpadów w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym.

Z przeprowadzonego przez Zamawiającego rozeznania rynku w okolicy miasta Jaworzna istnieje prawdopodobieństwo przyjęcia powstałych odpadów nie niebezpiecznych o wskazanym kodzie w Zakładach Chemicznych Organika-Azot S.A. w Jaworznie oraz w CTL MACZKI-BÓR S A. w odległości ok. 10 km od zbiornika Sosina. Według wyliczeń Zamawiającego, który przyjął w kalkulacji wywóz osadów na odległość do 10 km, koszt wywozu powstałych odpadów wraz z utylizacją szacowany jest na poziomie ok. 2 mln zł brutto, Biorąc pod uwagę cenę ofertową Odwołującego, na którą składają się wszystkie roboty, które będą realizowane w ramach zamówienia i jej stosunek do ofert pozostałych należy przyjąć, iż różnica cenowa między ofertami wynika właśnie z okoliczności nie uwzględnienia przez Odwołującego wywozu i utylizacji odpadów po refulacji zbiornika zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Powyższe potwierdzają również wyjaśnienia Wykonawców, którzy złożyli oferty na realizację zakresu 3. Koszty wywozu i utylizacji

odpadów zostały przez nich ujęte w cenach ofertowych. Przyjęcie, iż rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i jest zgodne z treścią SIWZ, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zdecydowali się postąpić zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego i ujęli w swej ofercie wywóz i utylizację odpadów poza teren rekultywowanego akwenu Sosina.

W związku z powyższym zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Nie uwzględnienie wywozu i utylizacji powstałych odpadów poza teren rekultywowanego akwenu jest powodem braku gwarancji należytego wykonania zamówienia według założeń i wytycznych wynikających z przyjętej dokumentacji zamówienia oraz wprowadzonych do niej przez Zamawiającego zmian. Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zaistniałych niezgodności nie można zakwalifikować jako omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

III. Odwołujący wskazuje w odwołaniu na niezrealizowany obowiązek Zamawiającego, polegający na zwróceniu się do Wykonawcy na mocy art. 87 ust. 1 Pzp, z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Artykuł 87 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty (KIO 2383/17). W przedmiotowym artykule nie zostały zawarte jakiegokolwiek przesłanki uniemożliwiające wystosowanie przez zamawiającego do wykonawcy żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednak z praktyki, a także ugruntowanego orzecznictwa i doktryny wynika, że zamawiający powinien wystosować do wykonawcy żądanie wyjaśnień dopiero gdy zrodzą się u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości związane z treścią oferty. W innych przypadkach żądanie byłoby bezpodstawne i bezcelowe (KIO 439/14, KIO 2143/17, KIO 2062/17). W jednym z cytowanych w odwołaniu wyroków (KIO 2360/16), Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazuje, iż odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp może nastąpić jedynie w warunkach pewności co do niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ. Zamawiającemu zostały przedłożone przez Odwołującego dokumenty, z których bezpośrednio wynika, iż nie zrealizuje on zadania w sposób wymagany postanowieniami dokumentacji przetargowej. Zamawiający nie powziął więc żadnych wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia dokumenty, które

posiada w pełni uzasadniają konieczność odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca EFB Partner J. K. z Serocka oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Gama Sp. z o.o., ECC PAX Sp. z o.o. z Jaworzna wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem zarzuty podnoszone w odwołaniu w całości są niezasadne.

Przede wszystkim – tak jak słusznie twierdził Zamawiający i przystępujący wykonawca EFB Partner J. K. - nie jest prawdziwe twierdzenie, że powszechne są zapatrywania doktryny i orzecznictwa, że zamawiający może badać wyłącznie treść oferty sensu stricte. Z orzecznictwa wynika bowiem, że obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji aktualizuje się także w sytuacji, gdy zamawiający w toku jej oceny – nawet przy okazji badania ceny ofertowej – ustali, że w zakresie jej przedmiotu oferta nie odpowiada wymaganiom specyfikacji (jej treść nie odpowiada treści specyfikacji oraz poprawienie stwierdzonych niezgodności nie jest możliwe). Niewątpliwie zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści SIWZ ma wręcz obowiązek do ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o dostępne mu informacje i źródła. Ponadto nie można odmówić zamawiającemu prawa do badania zgodności oferty ze specyfikacją z wykorzystaniem wszelkich dostępnych mu materiałów, a zwłaszcza, gdy materiały te pochodzą od samego wykonawcy i zawierają informację o zamierzonym sposobie realizacji zamówienia, który jest niezgodny z wymaganiem zamawiającego wyartykułowanym w specyfikacji. Niewątpliwie uniemożliwienie zamawiającemu skorzystania z innych, niż sama oferta, dokumentów prowadziłoby nierzadko do sytuacji, w której zamawiający pomimo wiedzy o niezgodności oferty z SIWZ, taki stan rzeczy musiałby zaakceptować i dokonać wyboru takiej oferty. Taki pogląd i takie rozumienie przepisów Pzp wypaczałoby sens postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz akceptowałoby zachowanie nieprawidłowych, naruszających równoprawną konkurencję rynkową.

W stanie faktycznym sprawy, Zamawiający na podstawie uzyskanych od wykonawcy dokumentów, prawidłowo ustalił, że sposób realizacji zamówienia jest niezgodny w

wymaganiami specyfikacji i z tego względu odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści załączonej do wyjaśnień wykonawcy kalkulacji wprost wynika, że kalkulowany sposób wykonania zamówienia nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Także z ustaleń na rozprawie wynika, że Odwołujący nie przewidział w ofercie wywozu osadów w celu poddania ich utylizacji poza obszarem rewitalizacji zbiornika Sosina. Zgodnie z założeniami Odwołującego, przedstawionymi w kalkulacji, (poz. 36, 37 i 38) po wydobyciu osadu refulerami i przetransportowaniu go na odległość 1 km, wykonawca przewidział jedynie przemieszczenie mas ziemnych na odległość do 10 km. Nie przewidział natomiast wywozu osadów w celu poddania ich utylizacji poza obszarem rewitalizacji zbiornika Sosina. Także jak wykazywał w toku rozprawy Zamawiający, z uwagi na całkowite zadrzewienie obszaru wokół zbiornika nie jest możliwe rozplantowanie urobku w odległości wskazanej przez Odwołującego. Ponadto, rozplantowanie urobku po odsączeniu nie może być utożsamiane z wywiezieniem i utylizacją, której wymaga Zamawiający. Utylizacja osadów polega na ich unieszkodliwieniu, a sposób unieszkodliwienia zależy od rodzaju osadów i ich składu. Rozplantowanie odsączonego osadu nie może być uznane za utylizację zwłaszcza wtedy, gdyby okazało się, że w jego składzie znajdują się substancje niebezpieczne dla zdrowia lub życia ludzi. Wymaga podkreślenia, że okoliczność niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji jest niewątpliwa, wynika bowiem z kosztorysu szczegółowego tego wykonawcy złożonego w ramach procedury wyjaśnienia ceny.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba stwierdza, że zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Nie uwzględnienie wywozu i utylizacji powstałych odpadów poza teren rekultywowanego akwenu świadczy o niezgodności treści tej oferty co do sposobu realizacji zamówienia według założeń i wytycznych wynikających z wprowadzonych do dokumentacji zamówienia zmian stanowiących jej integralną część. Tym samym w tym stanie faktycznym skierowanie zapytania na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp do Odwołującego było bezprzedmiotowe, albowiem udzielone wyjaśnienia mogły tylko potwierdzić stan niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w żadnym przypadku te wyjaśnienia nie mogły prowadzić do zakwalifikowania podanego w ofercie sposobu realizacji jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust.1 pkt 3 Pzp wskazanym w art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....