

sygn. akt: **KIO 2225/16**  
**KIO 2226/16**  
**KIO 2229/16**  
**KIO 2230/16**

## **WYROK**

**z dnia 22 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kuriata**  
**Członkowie:** **Sylwester Kuchnio**  
**Izabela Kuciak**  
  
**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 8, 14 i 15 grudnia 2016 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 25 listopada 2016 r., przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A., BMGS JSC, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot (KIO 2225/16),**
- B) w dniu 25 listopada 2016 r. przez przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (KIO 2226/16),**
- C) w dniu 25 listopada 2016r. przez przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa (KIO 2229/16),**
- D) w dniu 25 listopada 2016 r. przez przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (KIO 2230/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego (**KIO 2225/16, KIO 2226/16**) oraz zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego (**KIO 2229/16**),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 2225/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16**),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 2225/16, KIO 2230/16**),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A., BMGS JSC, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego (**KIO 2226/16**) oraz zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego (**KIO 2229/16, KIO 2230/16**),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (**KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16**),

**orzeka:**

- 1A. Oddała odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna, BMGS JSC, ul. Powstańców 19, 81-718 Sopot;**
- 1B. Uwzględni odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie**

- ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa, ponowne badanie i ocenę ofert;
- 1C. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ponowne badanie i ocenę ofert;
- 1D. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna, BMGS JSC, ul. Powstańców 19, 81-718 Sopot, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna, BMGS JSC oraz zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. i:**
- A. 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **80 000 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna, BMGS JSC, ul. Powstańców 19, 81-718 Sopot (20 000,00 zł), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (20 000,00 zł), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa (20 000,00 zł), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (20 000,00 zł), tytułem wpisu od odwołań,**

2.2. zasądza:

- A) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna, BMGS JSC** na rzecz **zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A.** kwotę 4 802 zł 42 gr (słownie: cztery tysiące osiemset dwa złote, czterdzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu, kosztów noclegu, kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictw;
- B) od **zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A.** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG** kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- C) od **zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A.** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A.** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- D) od **zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A.** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”** kwotę 26 215 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dwieście piętnaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**sygn. akt: KIO 2225/16  
KIO 2226/16  
KIO 2229/16  
KIO 2230/16**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9; 81-377 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia- Etap I*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 roku, pod numerem: 2016/S 061-105735.

Dnia 16 listopada 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

### **KIO 2225/16**

Dnia 25 listopada 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A., BMGS JSC, ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum NDI”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Porr Polska Infrastructure S.A. i Porr Bau GmbH (dalej zwane „konsorcjum Porr”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Porr,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. i Ed.Zublin AG (dalej zwane „konsorcjum Strabag”),
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Budimex S.A. i Mostostal Kraków S.A. (dalej zwane „konsorcjum Budimex”) również wobec jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert konsorcjum PORR oraz konsorcjum Strabag, pomimo, iż oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią s.i.w.z.;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty konsorcjum Budimex, a jedynie odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- 5) względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, konsorcjum PORR oraz konsorcjum Strabag pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;  
- oraz innych przepisów wymienionych w treści odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Porr;
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum PORR oraz konsorcjum Strabag, a także rozszerzenia podstawy do odrzucenia oferty konsorcjum Budimex;
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

#### Interes odwołującego.

W ocenie odwołującego zamawiający niesłusznie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum Porr oraz zaniechał jej odrzucenia, a także zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum Strabag. Ponadto zamawiający, w ocenie odwołującego, niesłusznie nie uwzględnił w swojej decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum Budimex podstaw wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem żądań wskazanych w odwołaniu, tj. odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum PORR oraz konsorcjum Strabag, a także uzupełnienia podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum Budimex, to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji powinno mu zostać udzielone przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zarzuty do oferty konsorcjum Porr.

Konsorcjum Porr, na wezwanie zamawiającego dotyczące udokumentowania możliwości prowadzenia prac związanych z wydobyciem oraz utylizacją materiałów wybuchowych i niebezpiecznych oświadczyło, że przewiduje zlecenie realizacji prac Panu (...), który posiada przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych. Powyższa informacja jest w ocenie odwołującego dalece niewystarczająca do potwierdzenia, że wykonawca ma możliwość prowadzenia prac związanych z wydobyciem oraz utylizacją materiałów wybuchowych i niebezpiecznych, zgodnie z przepisami obowiązującego prawa i wymaganiami s.i.w.z. Prace podwodne z zastosowaniem materiałów wybuchowych mogą być wykonywane bowiem wyłącznie przez osoby wchodzące w skład ekipy i posiadające wymagane przygotowanie zawodowe.

W związku z tym odwołujący wskazał, że konsorcjum Porr nie udokumentowało możliwości prowadzenia prac w powyższym zakresie, a więc zamawiający nie miał podstaw by uznać, że oferta ww. wykonawcy jest zgodna z wymaganiami s.i.w.z. Tym bardziej, że jak wynika z wyjaśnień konsorcjum Porr, wykonawca *„każdorazowo będzie korzystał w oparciu o treść przepisu art. 25b ustawy ze wsparcia Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższe dotyczy również wydobycia materiałów wykraczających ponad powyżej udokumentowane uprawnienia oraz utylizacji tych materiałów, a zatem wykonawca nie przewidział sytuacji, gdy w wyniku przeszukiwań okaże się konieczne wydobycie i utylizacja materiałów wybuchowych lub niebezpiecznych, które nie są pochodzenia wojskowego. W takim przypadku nie ma możliwości powołania się na art. 25b ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, zaś wykonawca musi usunąć te materiały we własnym zakresie. Konsorcjum Porr nie dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym posiadającym niezbędne uprawnienia. W ocenie odwołującego, powyższą konstatację potwierdza również cena w poz. 1.1 Tabeli elementów scalonych dot. *Przeszukania saperskiego*, która została skalkulowana przez konsorcjum Porr na poziomie średnio ponad dziesięć razy niższym od pozostałych ofert.*

Odwołujący podniósł, iż istotny w kontekście powyższych wniosków jest także fakt, iż jak wynika z oferty konsorcjum Porr (na podstawie informacji zawartych w załączniku do protokołu z posiedzenia komisji z 15.11.2016, stanowiącego załącznik nr 2 do protokołu z postępowania), wykonawca ten zamierza przeszukać jedną ekipą nurkową powierzchnię 444.700 m<sup>2</sup> w 80 godzin, co daje 5 558,75 m<sup>2</sup> na godzinę. Poza tym wydobycie i utylizacja elementów z przeszukanej ww. powierzchni ma odbyć się w ciągu kolejnych 80 godzin dwiema ekipami nurkowymi, co daje około 4 minuty na jeden punkt. W ocenie odwołującego tak przyjęte wartości są nierealne, świadczą o nierzetelnym sporządzeniu oferty i potwierdzają brak niezbędnego doświadczenia i wiedzy wykonawcy w zakresie prowadzenia prac saperskich pod wodą.



Podsumowując tę część zarzutów przeciwko ofercie konsorcjum Porr, odwołujący wskazał, że wykonawca przedstawił wycenę dla prac saperskich, która nie uwzględnia zatrudnienia ekip posiadających wymagane uprawnienia, a do realizacji prac bezzasadnie planuje posługiwać się Siłami Zbrojnym RP w o wiele szerszym zakresie niż wynikać to może z rzeczywistych i uzasadnionych możliwości, zakreślonych ustawą o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U.2012.1017), co skutkuje *de facto* całkowitym brakiem możliwości wykonywania prac saperskich:

- a) wobec braku dysponowania uprawnionymi osobami - brakiem możliwości ustalenia materiałów wybuchowych pochodzenia wojskowego, tym samym brakiem możliwości skutecznego skorzystania ze wsparcia Sił Zbrojnych, w odniesieniu do nich;
- b) nadto brakiem możliwości ustalenia i podjęcia innych materiałów niebezpiecznych, z tych samych względów.

Ponadto przedstawiona przez konsorcjum Porr kalkulacja obrazuje niewiarygodny i rażąco niski koszt, skutkujący absurdalnym wręcz „przerobem” związanym z przeszukiwaniami, wydobywaniem i utylizacją.

Powyższe okoliczności świadczą o niezgodności oferty konsorcjum Porr z treścią s.i.w.z., poprzez zaoferowanie wykonania elementu robót w sposób sprzeczny z postanowieniami dokumentacji technicznej, praktycznie eliminujący możliwości jego wykonania zgodnie z przepisami prawa.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż konsorcjum Porr zaoferowało wykonanie zagospodarowania odpadów niebezpiecznych w niedopuszczalnej z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia technologii. Wykonawca bowiem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia stawki jednostkowej za zagospodarowanie 1m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów - *wyjaśnił, że cena jednostkowa zawarta w ofercie za zagospodarowanie 1m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego obejmuje:*

- 1) *uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji oraz pozwoleń wymaganych obowiązującym prawem,*
- 2) *koszt zakupu mikroorganizmów niezbędnych do zagospodarowania urobku, celem pozbawienia go składników czyniących go odpadem niebezpiecznym.*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów, określającym katalog odpadów ze

wskazaniem odpadów niebezpiecznych, kod 17 05 05\* dotyczy urobku z pogłębiania zawierającego lub zanieczyszczonego substancjami niebezpiecznymi

Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz. U. 2013r., poz. 21 ze zm.), określa w załączniku rodzaje odpadów oraz warunki ich odzysku w procesach odzysku. Poszczególne kody zawarte w tym załączniku opisują rodzaj odpadu oraz warunki odzysku. I tak, kod ex 17 05 05\* wskazuje na urobek z pogłębiania zawierający lub zanieczyszczony wyłącznie substancjami ropopochodnymi. Warunki odzysku dla tego urobku to odzysk wydobytej gleby i ziemi polegający na usunięciu z niej substancji ropopochodnych, na przykład za pomocą bakterii lub innych metod.

Konsorcjum Porr oświadczyło, że zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych będzie odbywało się poprzez odzysk poza instalacjami, a dzięki zastosowaniu mikroorganizmów usunięte zostaną z osadu substancje niebezpieczne. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy, różnica kosztowa wiąże się z punktem rozdziału, w którym osad zanieczyszczony będzie skierowany na wydzielone pole refulacyjne i tam po dodaniu odpowiednich mikroorganizmów będzie przechodził proces usuwania substancji niebezpiecznych.

Jak zatem wynika z powyższego konsorcjum Porr przewidziało w swojej ofercie zastosowanie technologii właściwej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, tylko dla substancji ropopochodnych (tylko bowiem taki rodzaj odpadów może być poddany procesowi odzysku poza instalacjami). Jednakże, na terenie objętym inwestycją mogą wystąpić także inne rodzaje odpadów niebezpiecznych związanych z terenami przystoczniovymi i przemysłowymi czynnego przedsiębiorstwa, co potwierdził jednoznacznie zamawiający podając w szczególności kod odpadu 17 05 05\* (odpowiedź na pytanie 14 z dnia 09.09.2016 r.), który dotyczy urobku z pogłębiania zawierającego lub zanieczyszczonego substancjami niebezpiecznymi. Substancjami niebezpiecznymi są zaś poza substancjami ropopochodnymi (kod ex 17 05 05\*) m.in.: metale ciężkie, a także Polichlorowane bifenyle (PCB), których obecność potwierdzają wyniki badań przeprowadzonych przez Zakład Ochrony Środowiska Instytutu Morskiego w Gdańsku zawarte w pkt 7.5 Raportu o oddziaływaniu na środowisko planowanego przedsięwzięcia pn. „Pogłębianie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia” oraz „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia” (załącznik nr 5 do s.i.w.z.). Powyższe substancje (metale ciężkie oraz PCB) nie mogą być podane procesowi odzysku poza instalacjami (nie są wymienione w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami). W konsekwencji założenie konsorcjum Porr, wskazujące na zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych poprzez odzysk osadów zanieczyszczonych substancjami niebezpiecznymi nie może mieć miejsca w przypadku wyżej wskazanych

substancji - metali ciężkich oraz PCB. Ponadto odwołujący podkreślił, iż zgodnie z decyzją Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Gdańsku, RDOŚ-Gd-WOO.4211.35.9.2011.AT, z dnia 27.04.2012 r., (dalej „DUŚ”) włączoną do pozwolenia na budowę wydanego przez Wojewodę Pomorskiego nr WI-II.7840.1.599.23.2012.GB zezwalającego na zagospodarowanie rejonu Nabrzeża Bułgarskiego w Porcie Gdynia wraz z budową pola refulacyjnego - Pole refulacyjne nie zostało dopuszczone jako miejsce zagospodarowania odpadów niebezpiecznych.

Powyższe okoliczności potwierdzają jednoznacznie, że pole refulacyjne nie zostało zakwalifikowane jako miejsce zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, a zatem założenia przyjęte przez konsorcjum Porr, przedstawione w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 03.10.2016 r. są niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a ponadto odzysk substancji niebezpiecznych takich jak metale ciężkie i PCB poza instalacjami jest niezgodny z przepisami obowiązującego prawa, tj. przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami, a także art. 85 ustawy o odpadach, który jednoznacznie zakazuje odzysku PCB i art. 160 ust. ustawy Prawo ochrony środowiska, zgodnie z którym zabronione jest, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie i przepisach odrębnych, wprowadzanie do obrotu lub ponowne wykorzystanie substancji stwarzających szczególne zagrożenie dla środowiska (tj. zgodnie z ust. 2 ww. artykułu m.in. PCB).

Podsumowując, odwołujący stwierdził, iż w związku z tym, że konsorcjum Porr zaoferowało proces zagospodarowania odpadów niebezpiecznych poprzez odzysk poza instalacjami na polu refulacyjnym, którego zasadniczo w świetle uwarunkowań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia nie można zastosować w zasadzie do żadnych z odpadów niebezpiecznych możliwych do ustalenia na terenie budowy (kod 17 05 05\*, w tym ex 17 05 05\*) należy uznać, że stanowi to o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., w tym w szczególności wymaganiami zamawiającego wskazującymi na obowiązek uwzględnienia substancji niebezpiecznych występujących pod kodem 17 05 05\*. W efekcie oferta ww. wykonawcy nie zapewnia należytego wykonania przedmiotu zamówienia i jest nieporównywalna cenowo do ofert wykonawców, którzy skalkulowali cały wymagany zakres potencjalnych substancji i materiałów niebezpiecznych, zgodnie z prawem oraz opisem przedmiotu zamówienia.

Z wyżej opisanych względów oferta konsorcjum Porr powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

## 2. Zarzuty do oferty Konsorcjum Strabaq.

Zdaniem odwołującego, wykonawca zaoferował wykonanie robót czerpalnych i odkładania urobku przy zastosowaniu technologii niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z. i nie wypełniającej

znamion rozwiązania równoważnego. W ocenie odwołującego odstępstwa w technologii przyjęte przez konsorcjum Strabag są tak daleko idące, że ich przyjęcie musiałoby skutkować wprowadzeniem zmian do raportu oddziaływania na środowisko (poprzez opis i analizę oddziaływania na środowisko nowej technologii oferowanej przez wykonawcę), a także wymagałoby uzyskania zmiany do decyzji RDOS-Gd-W00.4211.23.2014.ER.18 z dnia 29.09.2015 r., o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn. „Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia Etap I- III oraz przebudowa nabrzeża w Porcie Gdynia Etap II-II” (dalej „Decyzja Środowiskowa”). Powyższe stanowi, w ocenie odwołującego, o złożeniu przez konsorcjum Strabag oferty wariantowej, co w przedmiotowym postępowaniu jest niedopuszczalne.

Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Strabag, w ocenie odwołującego, są nierzetelne, a ponadto świadczą o zaoferowaniu przez konsorcjum Strabag technologii niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z., niedopuszczalnej z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, w tym wydanych decyzji.

Technologia zagospodarowania osadu zaoferowana przez konsorcjum Strabag jest całkowicie inna od technologii opisanej przez zamawiającego w dokumentacji projektowej. Przede wszystkim technologia ta przewiduje działania *in situ* polegające na przekształceniu urobku z pogłębienia z postaci uwodnionej w postać scaloną przy użyciu określonych środków chemicznych. Transport będzie przebiegał częściowo drogą lądową, a nie przy zastosowaniu rurociągu tłocznego. W związku z powyższym zarówno metoda scalania osadów, jak też sposób transportu, trasy przewozu, oraz postępowanie z osadem na polu refulacyjnym muszą być poddane procedurze oceny oddziaływania na środowisko. Jednocześnie zaznaczyć należy, że oferowana przez konsorcjum Strabag technologia, nie została opisana i przeanalizowana w Raporcie oddziaływania na środowisko, ani też nie ma do niej odniesienia w Decyzji Środowiskowej.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że przyjęcie do wyceny przez konsorcjum Strabag technologii lądowo-wodnej dla wykonania robót czerpalnych we wnęce dokowej w podziale ok 88,5% do 11,5%, również nie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentacji technicznej i uwzględnionymi w ww. Decyzji Środowiskowej.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że w jego ocenie, zmiany oferowanej technologii w stosunku do przyjętej przez zamawiającego w dokumentacji technicznej, a przede wszystkim zatwierdzonej w Decyzji Środowiskowej (kluczowej dla realizowanego przedsięwzięcia), mają charakter zasadniczy, a ich wprowadzenie wymagałoby przeprowadzenia ponownej procedury oceny oddziaływania na środowisko, szczególnie, że duża część robót ma odbywać się w obszarze Natura 2000. Procedura zmiany w Decyzji Środowiskowej, w tym uzupełnienie Raportu oddziaływania na środowisko o opis nowej technologii, a także o analizę oddziaływania na środowisko, a w dalszej kolejności uzyskanie

niezbędnych decyzji następczych, tj. pozwolenie na budowę i pozwolenie wodno-prawne implikuje podjęcie działań przez organy administracji, co przedłuża rozpoczęcie inwestycji, o co najmniej 6 miesięcy. Fakt ten jest istotny z tego względu, że technologia robót czerpalnych i postępowania z urobkiem zgłoszona wraz z wnioskiem Inwestora (określona w dokumentacji projektowej) została już poddana analizie w Raporcie przeszła pełną procedurę oceny oddziaływania na środowisko i została opisana w uzasadnieniu do Decyzji Środowiskowej oraz w charakterystyce przedsięwzięcia i jako taka obowiązuje.

Mając na uwadze powyższe odwołujący podniósł, iż oferta konsorcjum Strabag w zakresie technologii wykonania robót czerpalnych i odkładania urobku jest niezgodna z treścią s.i.w.z., ponieważ oferowane przez wykonawcę zmiany technologii są tak daleko idące, że nie sposób kwalifikować ich do rozwiązań równoważnych.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że w ramach wyjaśnień z dnia 19.10.2016 r. dotyczących potwierdzenia, że w cenie zostały uwzględnione koszty związane z uzyskaniem wszystkich decyzji związanych ze zmianą technologii i ewentualnych badań oraz opracowań towarzyszących - konsorcjum Strabag oświadczyło, że w przypadku prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów niebezpiecznych niezbędne będzie uzyskanie decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów o kodzie ex 17 05 05\*.

Jak zatem wynika z powyższego oferta ww. wykonawcy przewiduje zastosowanie technologii właściwej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, tylko dla substancji ropopochodnych, niemniej jednak niedopuszczalnej do realizacji na polu refulacyjnym. W tym zakresie odwołujący podnosi zarzuty analogiczne do opisanych, jak przy konsorcjum Porr.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, oferta konsorcjum Strabag jest niezgodna z treścią s.i.w.z., co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a ponadto jest nieporównywalna cenowo z ofertami wykonawców, którzy skalkulowali cały wymagany zakres potencjalnych substancji i materiałów niebezpiecznych.

### 3. Zarzuty do ofert Konsorcjum Budimex.

Zamawiający w piśmie z dnia 16.11.2016 r. poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum Budimex, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego, konsorcjum Budimex nie udowodniło, pomimo wezwania zamawiającego, że zaoferowana cena za wykonanie robót kafarowych jest rynkowa i została skalkulowana w rzetelny sposób. Złożone wyjaśnienia w powyższym zakresie pokazują ewidentnie, że po pierwsze konsorcjum Budimex nie dysponuje podmiotem zdolnym do wykonania robót kafarowych, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a po drugie, że podmiot, na którego wiedzę i doświadczenie ww. wykonawca powołał się na etapie

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (i dzięki temu przeszedł pozytywnie etap prekwalifikacji), wcale nie jest gotowy i zdecydowany do podjęcia z nim współpracy. Świadczy to o faktycznym nieudostępnieniu zasobów przez Aarsleff Sp. z o.o. w sposób, który gwarantowałby należyte wykonanie zamówienia.

Konsorcjum Budimex nie było w stanie, na wezwanie zamawiającego, wykazać, że dysponuje innym podmiotem posiadającym wymaganą wiedzę i doświadczenie.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, iż oferta złożona przez konsorcjum Budimex jest niezgodna z treścią s.i.w.z., ponieważ nie uwzględnia jednego z istotnych elementów zagospodarowania pola refulacyjnego, tj. punktu rozdziału urobku. Brak wyceny punktu rozdziału urobku konsorcjum potwierdziło również w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 24.10.2016 r., gdzie w pkt 7 powołując się na wyjaśnienia z dnia 07.10.2016 r. wykonawca podał elementy wchodzące w zakres prac związanych z zagospodarowaniem pola refulacyjnego, jednak bez ww. punktu rozdziału urobku.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że oferta konsorcjum Budimex jest niezgodna z treścią s.i.w.z., ponieważ nie zawiera wyceny wszystkich elementów wymaganych w przyjętej przez zamawiającego technologii określonej w dokumentacji technicznej. W związku z tym powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, powyższe okoliczności potwierdzają także nierzetelność wyceny oferty ww. wykonawcy, a w konsekwencji zasadność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że konsorcjum Budimex zaoferowało technologię niezgodną z wymaganiami zamawiającego określonym w dokumentacji technicznej.

Zdaniem odwołującego, technologia zaoferowana przez konsorcjum Budimex jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt 4.1 Specyfikacji Technicznej ST-01.03.08 *Roboty czerpalne zgodnie, z którym transport urobku z robót pogłębiarskich wymaga zastosowania środków transportu wodnego oraz odpowiedniego sprzętu przeładunkowego. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić taki sposób transportu, by nie naruszać ogólnych zasad transportu wodnego.* Ponadto jak wynika z pkt 5.1 ww. Specyfikacji Technicznej - roboty prowadzone będą z wody przy zastosowaniu sprzętu pływającego i środków transportu wodnego.

Jak zatem wynika z powyższego, zamawiający nie dopuścił możliwości prowadzenia robót w powyższym zakresie z zastosowaniem środków transportu lądowego. Stwierdzenie to znajduje dodatkowe podparcie w treści uzasadnienia do Decyzji Środowiskowej zgodnie, z którą wybrano technologie korzystne ze względów organizacyjno-logistycznych dla inwestora oraz nieuciążliwe dla otoczenia ze względu na zastosowanie rozwiązań chroniących środowisko przed negatywnym oddziaływaniem. W analizowanym przedsięwzięciu zostaną zastosowane rozwiązania technologiczne w wystarczającym

stopniu chroniące środowisko przed jego zniszczeniem i ograniczające emisję zanieczyszczeń do środowiska do niezbędnego minimum.

W związku z powyższym przyjęcie technologii niezgodnej z s.i.w.z. stanowi podstawę do odrzucenia oferty konsorcjum Budimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W treści odwołania, odwołujący nie powołał żadnych dowodów, ani też nie wnioskował o przeprowadzenie takowych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla skutecznego podniesienia zarzutu nie jest wystarczające samo przywołanie przepisów ustawy pzp. Zarzut może zostać uznany za skutecznie podniesiony, jeżeli odwołujący sprecyzuje, w jaki sposób zamawiający miał naruszyć przywoływane przepisy prawa. W świetle orzecznictwa, postawione przez odwołującego zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust 1, art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie mogą zostać uznane za skutecznie postawione. W ocenie zamawiającego, w istocie, w odwołaniu podniesiono wyłącznie zarzuty niezastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie wobec ofert: konsorcjum Porr i konsorcjum Strabag wobec tego, że oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią s.i.w.z. oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie wobec oferty konsorcjum Budimex.

Odnosząc się zaś szczegółowo, do prawidłowo postawionych zarzutów odwołania, zamawiający podniósł, co następuje.

W zakresie zarzutów skierowanych przeciwko ofercie konsorcjum Porr.

Zamawiający podkreślił, że fakt, iż Siły Zbrojne RP nie mają ustawowego obowiązku oczyszczania dna z obiektów niebezpiecznych pochodzenia cywilnego, nie oznacza, iż Siły Zbrojne RP nie mogą tego wykonywać w ramach zlecenia ze strony wykonawcy. Brak jest ustawowego zakazu dla realizacji przez Siły Zbrojne RP tego rodzaju zadań. Znajduje to potwierdzenie w wyjaśnieniach konsorcjum Strabag z dnia 24.10.2016 r., które wskazało, że wydobycie przedmiotów zlokalizowanych wcześniej przez innego podwykonawcę będzie realizowane przez pletwonurków Sekcji Rozminowania Grupy Nurków Minerów Dywizji Trałowców. Konsorcjum Strabag określiło także wynagrodzenie, które zapłaci Sekcji Rozminowania Grupy Nurków Minerów Dywizji Trałowców za te usługi. Nie ma zatem przeszkód, aby Siły Zbrojne wykonały tego rodzaju czynności. Założenie zatem, że prace te będą wykonywały Siły Zbrojne RP nie jest sprzeczne ani z s.i.w.z. (w której zamawiający nie wykluczył takiego rozwiązania) ani z przepisami prawa. Założenie konsorcjum Porr, iż będzie to zrealizowane na podstawie art. 25a i art. 25b ustawy o wykonywaniu działalności

gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi lub policyjnymi, może wyłącznie rodzić pytanie, czy oferta w tym zakresie została prawidłowo skalkulowana. Odwołujący nie postawił jednak zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny konsorcjum Porr. Wskazanie przez odwołującego, że informacja o tym, że konsorcjum Porr przewiduje zlecenie realizacji prac panu (...), jest „dalece niewystarczająca”, nie daje podstaw dla przyjęcia, że oferta jest niezgodna z s.i.w.z. lub z ustawą. Brak udokumentowania uprawnień wszystkich przyszłych członków ekip nurkowych nie oznacza, że oferta jest niezgodna z s.i.w.z. Pamiętać należy o zasadach dotyczących rozłożenia ciężaru dowodu. Odwołujący musi wykazać i udowodnić, w tym wypadku, że oferta jest niezgodna z s.i.w.z. lub ustawą. Odwołanie od czynności zamawiającego nie służy formułowaniu wątpliwości, lecz twierdzeń. Odwołujący nie wykazał, aby konsorcjum Porr zaoferowało wykonanie oczyszczenia dna w sposób niezgodny z s.i.w.z. Twierdzenie odwołującego, iż konsorcjum Porr nie przewidziało sytuacji, gdy okaże się konieczne wydobywanie i utylizacja materiałów wybuchowych i niebezpiecznych, które nie są pochodzenia wojskowego, stanowi nieuprawnioną nadinterpretację wyjaśnień konsorcjum Porr. Dowolne i nieudowodnione jest także twierdzenie odwołującego, że konsorcjum Porr nie dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym. Wykonawca ten złożył w tym zakresie odpowiednie wyjaśnienia, które zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, stanowią dowód w postępowaniu, który należy uznawać za dowód równorzędny dowodom z dokumentów.

Ponadto, zaproponowane przez konsorcjum Porr dwie profesjonalne ekipy nurkowe zatrudniające nurków saperów posiadających odpowiednie uprawnienia, są zgodne zarówno z s.i.w.z., jak i przepisami prawa. Przyjęte przez konsorcjum Porr założenia czasowe do kalkulacji oferty nie są niezgodne z s.i.w.z., a mogą jedynie rodzić wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ofert. Zamawiający nie określił minimalnego czasu, który należy przeznaczyć na oczyszczenie dna z obiektów ferromagnetycznych. Odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących ceny konsorcjum Porr. Zamawiający nie wymagał od wykonawców wyceny urobku zanieczyszczonego PCB albo metalami ciężkimi. Zamawiający w odpowiedziach na pytania do s.i.w.z. określił, że wykonawca spodziewać się może zanieczyszczeń typowych dla terenów przemysłowych i przystoczniovych. Odnosząc powyższe do dokumentacji przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, należy mieć na uwadze, że zgodnie z przedstawionymi badaniami Instytutu Morskiego w Gdańsku stanowiącego (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) w badanych próbkach nie stwierdzono przekroczeń wartości dopuszczalnych substancji wymienionych w pkt. 11 załącznika 1 do rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz.U. z 2015 r., 796), a co za tym idzie urobek z prac czerpalnych może zostać odłożony na polu refulacyjnym nr 2. Z materiału zdjęciowego ww. badań wynika, że najbardziej prawdopodobne zanieczyszczeniami, jakie mogą się pojawić,



to urobek zanieczyszczony substancjami ropopochodnymi. W związku z tym konsorcjum Porr słusznie przyjęło jego metodę zagospodarowania zgodnie z pkt. 16 ww. rozporządzenia t.j. *„Odzysk wydobytej gleby i ziemi polegający na usunięciu z niej substancji ropopochodnych, na przykład za pomocą bakterii lub innych metod; po przeprowadzeniu odzysku wykonuje się w akredytowanym laboratorium badania potwierdzające uzyskanie standardów wymaganych odrębnymi przepisami”*. Zgodnie z przedstawionymi wynikami stężenia PCB w poszczególnych próbkach kształtują się od 0,001 do 0,08 mg kg<sup>-1</sup> s.m., czyli są znacznie niższe od normy 0,3 mg kg<sup>-1</sup> s.m. Stężenia metali ciężkich w badanych próbkach są również znacznie niższe od ustalonych limitów (ok. 37 razy). W związku z tym wykonawca nie miał podstaw do założenia zanieczyszczenia urobku tymi substancjami.

Na zlecenie zamawiającego przeprowadzane były badania dotyczące efektywności odwodnienia mieszaniny osadu i cieczy w technologii zastosowanej w dokumentacji projektowej (wielkogabarytowe kontenery syntetyczne). Badania te były przeprowadzone na reprezentatywnych próbkach urobku z terenu budowy. Zgodnie z tymi badaniami dzięki zastosowanej technologii INORY wody odciekowe są czyste. Ich odprowadzenie będzie zatem zgodne z pozwoleniem wodno-prawnym.

Bez znaczenia jest także fakt, że w Raporcie oddziaływania na środowisko dla przedmiotowego zamówienia nie poddano ocenie procesu gospodarowania urobkiem zanieczyszczonym na polu refulacyjnym. Nie jest prawdą, że może on być przeprowadzony bez ponownej oceny oddziaływania. W ww. raporcie oddziaływania na środowisko zostały przeanalizowane wpływy realizacji, eksploatacji i likwidacji inwestycji na środowisko. Istniejące pole refulacyjne nr 2 Portu Gdynia nie jest w tym przypadku przedsięwzięciem, a jedynie miejscem zagospodarowania odpadów powstałych w wyniku realizacji przedsięwzięcia, tak jak składowisko odpadów komunalnych w Łężycy czy inne składowisko. W związku z tym decyzja RDOŚ RDDOŚ-Gd-WOO.4211.23.2014.E4R.18 nie obejmuje pola refulacyjnego niezależnie, czy będzie na nim odkładany urobek o kodzie 17 05 05 czy 17 05 06. Zgodnie z s.i.w.z. wykonawca zobowiązany jest, przed rozpoczęciem prac czerpalnych uzyskać decyzję na przetwarzanie odpadów, która zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt. 21) ustawy o udostępnianiu informacji i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U 2016, poz. 353) oraz zgodnie z art. 42 ust. 4 Ustawy o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) jest decyzją następującą po decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o ile jest wymagana. W związku z powyższym, wykonawca w swoich kalkulacjach powinien przewidzieć koszty i czas pozyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o ile z rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. 2016 r., poz. 71) wynika taka klasyfikacja. W ocenie zaś zamawiającego taka kwalifikacja dla tego zakresu robót nie wynika.

Zdaniem zamawiającego nie ma żadnych formalnych przeszkód, aby pole refulacyjne było miejscem zagospodarowania odpadów niebezpiecznych. Nie jest to niezgodne z s.i.w.z. ani z przepisami prawa (dla najbardziej typowego rodzaju odpadu, którego należy się spodziewać).

Co do oferty konsorcjum Strabag, zamawiający podniósł, iż nie jest prawdą, że konsorcjum Strabag złożyło ofertę wariantową. Po pierwsze nie jest prawdą, że konsorcjum Strabag zaoferowało wykonanie robót czerpalnych i odkładania urobku przy zastosowaniu technologii niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z. Twierdzenie to stanowi nieuprawnioną nadinterpretację wyjaśnień tego wykonawcy. W ofercie, konsorcjum Strabag zobowiązało się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z s.i.w.z. (por. pkt 5 oferty) oraz do zawarcia umowy opartej na Wzorze Umowy (por. pkt 7 oferty). Konsorcjum Strabag wyraźnie podkreślało w swoich wyjaśnieniach, że alternatywa metoda wiązania osadu dennego została przyjęta wyłącznie na potrzeby wyceny. Brak jest jakiegokolwiek twierdzenia konsorcjum Strabag, że to wyłącznie ona została zaoferowana. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO założenia przyjęte do wyceny nie stanowią automatycznie o niezgodności oferty z s.i.w.z. Ponadto, w ocenie zamawiającego technologia przyjęta do wyceny przez konsorcjum Strabag jest rozwiązaniem równoważnym, a nie zupełnie inną technologią opisaną przez zamawiającego. Ewentualna konieczność uzyskania dodatkowych decyzji nie wyklucza takiego charakteru. Technologia przewidziana w dokumentacji projektowej i opisana przez konsorcjum Strabag to technologie oparte na tym samym założeniu - związaniu osadu dennego. Podstawowym działaniem w obu metodach jest odwodnienie urobku. W przypadku technologii INORY mamy do czynienia z odwodnieniem z wykorzystaniem procesów fizycznych, zaś w przypadku technologii firmy PROTE z działaniami głównie chemicznymi, lecz efekt jest ten sam - pozbycie się wody z osadów dennych. Wszystkie założenia, które zdecydowały o zastosowaniu przez zamawiającego technologii opisanej w dokumentacji projektowej, są adekwatne i zachowane w przypadku zastosowania technologii firmy PROTE.

Co do zarzutów dotyczących konsorcjum Budimex, zamawiający wskazał, iż okoliczność, że konsorcjum Budimex nie wykazało, że będzie dysponowało zasobami Aarsleff sp. z o.o. nie powoduje, że jego oferta jest niezgodna z s.i.w.z. To, że konsorcjum Budimex nie udowodniło zamawiającemu, aby cena za wykonanie robót kafarowych jest rynkowa i została prawidłowo skalkulowana, co zamawiający potwierdza, nie powoduje, że oferta jest niezgodna z s.i.w.z.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie (z dnia 7 grudnia 2016 roku) załączył pismo/dowód „*Raport z odwodniania osadów dennych z basenu Portu Morskiego Gdynia technologią wielkogabarytowych kontenerów syntetycznych*” wraz z załącznikami „*Opis*

wyników badań wody morskiej pod kątem zawartości wskaźników zanieczyszczeń – WWA, PCB, olej mineralny, POLIAKRYLOAMID, metali ciężkich.”

Dodatkowo zamawiający złożył pismo procesowe z dnia 12 grudnia 2016 roku, oraz „Opinię dotyczącą występowania materiałów wybuchowych do użytku cywilnego” oraz wyciąg (2 strony: 4 i 5) z decyzji środowiskowej nr RDOŚ-Gd-WOO.4211.35.9.2011.AT.

W sprawie, dodatkowe pisma procesowe złożyli: odwołujący (pismo z dnia 6 grudnia 2016 roku wraz z „Opinią środowiskową” wraz z załącznikami, sporządzoną przez EKO-KONSULT Biuro Projektowo-Doradcze z Gdańska, „Ocenę dopuszczalności przeprowadzenia odzysku odpadów niebezpiecznych” wraz z załącznikami, sporządzoną przez Katarzynę Głowala, biegłego z listy Wojewody Pomorskiego w zakresie sporządzania ocen oddziaływania na środowisko), odwołujący (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku wraz z: „Szkic lokalizacyjny dawnego pomostu w porcie Gdynia”, „Dokumentacja strzałowa Explosive s.c., dokumentacja zdjęciowa”, pismo mgr inż. H. D. z dnia 12.12.2016 r., „Obszary zastosowania specyfikacji technicznych dla robót czerpalnych”), przystępujący – konsorcjum Porr (pismo z dnia 12 grudnia 2016 r., bez załączników), przystępujący – konsorcjum Strabag (pismo z dnia 12 grudnia 2016 r., bez załączników), przystępujący – konsorcjum Energopol (pismo z dnia 8 grudnia 2016 r. dotyczące wszystkich spraw odwoławczych, wraz z: „Opinia prof. dr hab. J. C. C.”, „Opinia dr I. P.”, fragment opisu robót pogłębiarskich we wnęce dokowej).

Przystępujący – konsorcjum Strabag, złożył: „2.3.1. Załącznik do projektu wykonawczego wypełnienia pola refulacyjnego”, „2.3. Projekt wykonawczy wypełnienia pola refulacyjnego”.

Przystępujący – konsorcjum Budimex, złożył: specyfikację techniczną (wyciąg) – dotyczącą robót ziemnych i czerpalnych, fragment przedmiaru robót, zdjęcie nadbrzeża.

Przystępujący – konsorcjum Energopol, złożył: wydruk ze strony internetowej firmy Prote z opisem tej technologii, Opis Patentowy PL 207385 B1 – dla metody Prote.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego pisma, dokumenty i opracowania złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty odwołującego uznać należało za bezzasadne.

Izba wskazuje, iż odwołujący w treści swojego odwołania postawił zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż przepis powyższy, w swojej treści nie odnosi się do treści wyjaśnień składanych przez wykonawcę, ale literalnie wskazuje na brzmienie oferty w korelacji z treścią s.i.w.z.

Treść oferty konsorcjum Porr, konsorcjum Strabag oraz konsorcjum Budimex to prosty formularz, przygotowany przez zamawiającego, który wykonawcy mieli wypełnić przedstawiając cenę ofertową, termin gwarancji, czy też czas wykonania inwestycji. Dodatkowo wykonawcy mieli obowiązek podania wyceny dla określonego przez zamawiającego zakresu prac, tj. robót czerpalnych, budowy wnęki dokowej, przebudowy Pirsu nr II i III.

Zamawiający w s.i.w.z. podał również, że załączona do tejże dokumentacja projektowa, przedmiary, stanowi jedynie materiał pomocniczy, mający pomóc wykonawcom w wycenie robót, z zastrzeżeniem, że każdy z wykonawców może dowolnie opracować technologię, jaką będzie wykorzystywał w realizacji przedmiotowej inwestycji. Powyższe oznacza, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie precyzowała sposobu wykonania robót, co z kolei prowadzi do wniosku, że brak jest możliwości postawienia zarzutu niezgodności treści oferty z s.i.w.z. skoro s.i.w.z. w sposób bezpośredni nie precyzował w sposób szczegółowy zakresu oraz technologii wykonania prac. Wyjaśnienia, jakie w trakcie prowadzenia postępowania składali zamawiającemu wykonawcy, stanowić mogą, co najwyżej prezentację dotyczącą sposobu przyjętej przez tych wykonawców technologii wykonania, która jest indywidualna dla każdego z nich.

Izba ustaliła, iż w treści s.i.w.z. zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie rozwiązań technicznych i materiałów, jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia. Oferta przedkładana w ramach niniejszego postępowania, w świetle zastanych postanowień s.i.w.z., stanowiła ogólne, złożone na formularzu ofertowym (stanowiącym zał. nr 1 do s.i.w.z.), zobowiązanie do wykonania zamówienia w sposób zgodny z jego opisem zawartym w dokumencie przetargowym

za zaoferowaną cenę. Takie też oferty złożyły kwestionowane przez odwołującego konsorcja.

Również w ramach wymaganego, jako załącznik do oferty uproszczonej tabeli elementów scalonych, nie wymagano określania i dokładnego oznaczania zastosowanych technologii, urządzeń i materiałów.

Jak słusznie podniosła Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 41/13, cyt. „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie wskazał i nie powołał żadnych, wyżej scharakteryzowanych, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podanie jako podstawy faktycznej odrzucenia oferty, że *„Wyjaśnienia oferenta dot. istotnych elementów przepompowni sieciowych i przydomowych oczyszczalni ścieków w odniesieniu do typu zbiorników oraz ich producentów są ogólnikowe i nieprecyzyjne. Ponadto informacje uzyskane od Wykonawcy w wyjaśnieniach i od producentów przedmiotowego sprzętu rozbieżne, co nie gwarantuje zachowania parametrów określonych w STWiOR oraz w odpowiedziach Zamawiającego do pytań Wykonawców”* – oznacza co najwyżej wskazanie na niezgodność wyjaśnień wykonawcy z treścią SIWZ. Nie odnosi się natomiast w tym przypadku do treści oferty. Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek

trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 Pzp zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty. Objasniając powyższe, wskazać można na przyjmowane na rynku zamówień publicznych w dokumentach przetargowych, generalnie dwa odmienne sposoby konstruowania ofert (przy stosowaniu całego spektrum wariantów mieszanych i pośrednich). W jednym wypadku zamawiający wymagają jedynie podania ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ (czy to przez sam fakt złożenia oferty na wykonanie zamówienia w odpowiedzi na konkretne warunki przetargowe, czy przez złożenie odrębnej deklaracji w tym zakresie). W innym, żądane jest, podanie w ofercie, co konkretnie w ramach realizacji danego zamówienia zostanie wykonane, dostarczone, w jaki sposób, w jakim okresie... *etc.* (np. przez wskazanie w ofercie konkretnych, oznaczonych urzędzeń, opisanie sposobu wykonania zamówienia, załączenie do oferty kosztorysów zawierających oznaczenie stosowanych materiałów lub tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp... *etc.*). W pierwszym z ww. wariantów na treść oferty, tzn. na zakres wynikającego z niej zobowiązania wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Wykonawca nie wskazuje w ofercie i nie zobowiązuje się do konkretnego świadczenia, ale pozostawiona mu zostaje pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Do czasu realizacji zamówienia, a często nawet w jego trakcie (w zależności od kształtu umowy w sprawie zamówienia), może dowolnie zmieniać przedmiot swojego świadczenia, poruszając się przy tym w ramach wymagań SIWZ, nie zmieniając przez to treści oferty i zaciągniętego w niej zobowiązania. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 Pzp zamawiającemu.”.

Biorąc powyższe za podstawę rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, uwzględniając jednocześnie stanowisko zamawiającego, Izba orzekła o jego oddaleniu, uznając, iż zarzuty podniesione przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu, kosztów noclegu, kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictw.

## **KIO 2226/16**

Dnia 25 listopada 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o., Ed Zublind AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Strabag”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Porr, jako najkorzystniejszej, mimo, że zamawiający był zobowiązany do jej odrzucenia w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Porr, jako najkorzystniejszej, mimo, że zamawiający był zobowiązany do jej odrzucenia w związku z tym, że zawiera ona rażąco niską cenę;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 roku, Nr 53, poz. 1503, z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Porr, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie powtórnej oceny i badania ofert, a w konsekwencji - obok prawidłowego odrzucenia oferty konsorcjum Budimex S.A. - odrzucenia oferty konsorcjum Porr, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

### **Interes odwołującego.**

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Po prawidłowym odrzuceniu oferty konsorcjum Budimex, oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, co oznacza, że przy prawidłowym dokonaniu oceny ofert i odrzuceniu oferty konsorcjum Porr, oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowy postępowaniu. Z powodu naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, odwołujący poniósł szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia. W wyniku prawidłowego działania zamawiającego

i odrzucenia oferty konsorcjum Porr, jako najkorzystniejsza wybrana zostałaby oferta odwołującego. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie złożonej przez konsorcjum Porr, cena ryczałtowa oferty brutto została określona na 71.236.463,82 zł, stawka brutto za 1 m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadów niebezpiecznych została określona na 1,23 zł, co daje wartość netto na poziomie 1,00 zł, cena łączna oferty brutto wyniosła 71.297.963,82 zł.

Pismem z dnia 3 października 2016 roku, zamawiający zwrócił się do konsorcjum Porr m.in. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia stawki jednostkowej na zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów prac, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 10 października 2016 roku konsorcjum Porr wskazało, że: *„W przedmiocie wyliczenia stawki jednostkowej za zagospodarowanie 1m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego Wykonawca informuje, iż cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmuje:*

- 1) uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji oraz pozwoleń wymaganych obowiązującym prawem,*
- 2) koszt zakupu mikroorganizmów niezbędnych do zagospodarowania urobku celem pozbawienia go składników czyniących go odpadem niebezpiecznym;”.*

*„Wydobycie oraz transport urobku zawierającego substancje niebezpieczne skalkulowane zostały w pozycjach rozliczeniowych w ramach robót czerpalnych - dział 2, 3 i 4 załącznika nr 1 oraz działu 5 załącznika nr 8 (cena ryczałtowa w pkt 1) złożonej oferty. Również koszty składowania urobku poza instalacjami ujęte zostały w cenie ryczałtowej z punktu 1) oferty z działu 1 załącznika nr 3.”.*

Konsorcjum Porr wskazało ponadto, że: *„W związku z powyższymi założeniami oraz okolicznością, iż cena na zakres zasadniczy zapytania ofertowego (pkt 1) oferty jest ceną ryczałtową prawidłowym rozumowaniem jest przyjęcie, że wszystkie koszty związane z:*

- 1) wydobyciem urobku w trakcie prowadzenia prąd czerpalnych,*
- 2) badania urobku pod kątem zawartości substancji niebezpiecznych,*
- 3) transport (hydrotransport) urobku z nabrzeża bułgarskiego na punkt rozdziału na polu refulacyjnym,*
- 4) przygotowanie obszaru do odzysku osadów zanieczyszczonych na polu refulacyjnym,*
- 5) transport z punktu rozdziału i wbudowanie urobku na polu refulacyjnym,*



są zawarte w cenie ryczałtowej zasadniczego zakresu, ponieważ powyższa cena jest wyliczona dla całej ilości urobku powstającego z prac czerpalnych, a ewentualna ilość odpadu niebezpiecznego jest w niej zawarta (ewentualny odpad niebezpieczny nie jest materiałem dodatkowym z materiałem pochodzącym z prac czerpalnych określonym w wyniku badań) jak również, że: „Koszt odpowiednich decyzji administracyjnych ujęty został w kosztach ogólnych części zasadniczej” a „Koszt nadzoru przedsiębiorstwa GEO KAT Ochrona Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz projekt technologiczny zagospodarowania odpadów niebezpiecznych przez odzysk został ujęty w kosztach ogólnych części zasadniczej.”.

Odwołujący wskazał, że przytoczone powyżej wyjaśnienia zawarte w piśmie konsorcjum Porr, z dnia 10 października 2016 roku, jednoznacznie potwierdzają, że oferta konsorcjum Porr nie odpowiada treści s.i.w.z., w zakresie, który nie obejmował innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, które mogłyby być przedmiotem poprawek zamawiającego zgodnie z postanowieniami art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wbrew wymaganiom zamawiającego wskazanym jednoznacznie w treści s.i.w.z. oraz wynikającym z wyjaśnień do s.i.w.z., konsorcjum Porr nie zawarło w cenie jednostkowej 1m<sup>3</sup> wszystkich kosztów związanych z zagospodarowaniem 1m<sup>3</sup> odpadów niebezpiecznych, przenosząc te koszty do pozycji ceny ryczałtowej, co nie było dopuszczalne postanowieniami s.i.w.z. Tym samym konsorcjum Porr złożyło ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i która w związku z powyższym powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dokonując modyfikacji s.i.w.z. w dniu 31 sierpnia 2016 roku, zamawiający wskazał na powykonawcze rozliczenie prac z zakresu zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, precyzując, że „zapłaci Wykonawcy za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych w ilości faktycznie unieszkodliwionych odpadów według stawki jednostkowej za zagospodarowanie 1 m3 odpadu niebezpiecznego określonego w ofercie. Odpowiadając na pytania wykonawców, zamawiający podkreślił, że: „zapłata za unieszkodliwianie odpadów nastąpi powykonawczo za ilość faktycznie unieszkodliwionych odpadów niebezpiecznych“ (odpowiedź na pytanie nr 4 z dnia 09 września 2016 roku).

W ofercie złożonej przez konsorcjum Porr stawka brutto za 1m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadów niebezpiecznych została określona na kwotę 1,23 zł co daje wartość netto na poziomie 1,00 zł.

Konsorcjum Porr, w swoich wyjaśnieniach z dnia 24 października 2016 roku jednoznacznie potwierdziło zastosowanie metody bioremediacji, jako technologii zagospodarowania odpadu niebezpiecznego, dla której przygotowanie terenu pod prowadzenie odzysku jest kompletnie inne niż w przypadku przygotowania terenu pod

składowanie zwykłego urobku z robót czerpalnych, a potwierdzonego przez konsorcjum Porr, jako wykonanej zgodnie z technologią INORA.

Wskazana przez konsorcjum Porr cena w zakresie zagospodarowania 1 m<sup>3</sup> odpadów niebezpiecznych w żaden sposób nie jest adekwatna do wskazanego w s.i.w.z. zakresu i kosztów wykonania takiej pracy. Wskazywana w wyjaśnieniach konsorcjum Porr oferta spółki GEO KAT Ochrona Środowiska Sp. z o.o. (dalej: „GEO KAT”) dotyczy prawdopodobnie wyłącznie inokulantu czyli tzw. zaczynu, wsadu do bioreaktorów, niezbędnego do rozpoczęcia produkcji właściwych porcji biopreparatu. Zaczyn ten ilościowo stanowi zaledwie ok. 3 % minimalnego zapotrzebowania niezbędnego do oczyszczenia 50.000 m<sup>3</sup> zanieczyszczonych osadów dennych. Do kosztu samego zaczynu należy jeszcze dodać dodatkowe elementy. Zakładając produkcję biopreparatu w bioreaktorach laboratoryjnych, koszt wytworzenia 1 dm<sup>3</sup> biopreparatu kształtować się będzie na poziomie ok. 20 zł/dm<sup>3</sup> netto lub więcej. W przypadku obniżenia reżimu kontroli jakości przebiegu produkcji i wykonania bioreaktorów polowych na terenie prac, koszt produkcji biopreparatu można zminimalizować o ok 25% do kwoty ok. 15 zł/dm<sup>3</sup>. Polowy proces produkcji mikroorganizmów na taką skalę wymaga jednak dużego doświadczenia i praktyki, a co za tym dodatkowego kosztu nadzoru.

Odwołujący podniósł, iż w wyjaśnieniach konsorcjum Porr brak jest informacji o kosztach związanych z produkcją mikroorganizmów, w cenie ofertowej wpisany został bowiem koszt oczyszczania 1 m<sup>3</sup> osadów na poziomie netto 1 zł, co wyczerpuje praktycznie już oferta GEO KAT dotycząca wyłącznie dostawy zaczynu do produkcji biocenoz mikroorganizmów, wynosząca w przeliczeniu netto 0,9 zł/m<sup>3</sup> osadów (45.000 zł/50.000 m<sup>3</sup>). Konsorcjum Porr wskazało w wyjaśnieniach, że proces namnażania mikroorganizmów będzie prowadzony, w niezbędnych ilościach, pod nadzorem GEO KAT, nie wskazało zaś kosztów budowy lub dzierżawy i przygotowania bioreaktorów wraz z niezbędnym osprzętem, znacznych kosztów pożywek i mikroelementów, kosztów testów laboratoryjnych, kosztów energii elektrycznej, itp. Średnia stawka rynkowa za wykonanie samego zakresu prac związanych z zagospodarowaniem odpadu niebezpiecznego o kodzie wskazanym przez zamawiającego, w technologii utylizacji kształtują się na poziomie od ok. 270.00 zł za tonę, natomiast najniższa stawka za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego w technologii związanej z bioremediacją wynosi ok. 28,00 zł za tonę, bez kosztów budowy pola odkładu, na którym wykonywany jest proces bioremediacji oraz formowania już odsączonego urobku w pryzmę.

Mając na uwadze powyższe całkowity koszt zagospodarowania odpadów niebezpiecznych w przyjętej przez konsorcjum Porr technologii remediacji, ustalony w oparciu o ceny rynkowe, wynosi minimum 65,28 zł za 1 m<sup>3</sup>, w tym:

- ok. 16,58 zł za 1 m<sup>3</sup> za przygotowanie terenu pod składowanie odpadów,
- ok. 44,80 PLN za m<sup>3</sup> za bioremediację,

- 3,90 za m<sup>3</sup> jako minimalną stawkę za roboty ziemne, a więc jest ponad 65- krotnie większy od przyjętego przez konsorcjum Porr w złożonej ofercie.

Zdaniem odwołującego, zaproponowana przez konsorcjum Porr cena za wykonanie zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, jak też w przyszłości ostateczne wynagrodzenie zapłacone za wykonanie przedmiotowych prac są wynikiem przyjęcia za wiążące ceny jednostkowej podanej w pkt 2 oferty. Niewykazanie rzeczywistego i realnego, znajdującego w realiach rynkowych, charakteru ceny jednostkowej za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych, nie może prowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, mimo, że odnosi się jedynie do jednego z dwóch elementów składających się na łączną cenę oferty.

Poza zarzutami dotyczącymi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że składając ofertę konsorcjum Porr, nie tylko postąpiło niezgodnie z warunkami opisanymi postanowieniami s.i.w.z., ale dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego, działania konsorcjum Porr wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zaproponowana cena za 1 m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, stanowiąca jeden z dwóch składników łącznej ceny ofertowej, jest niewystarczająca nawet na pokrycie tylko samych materiałów do ich wykonania, a konsorcjum Porr dokonało nieuprawnionego przeniesienia kosztów wykonania tego zakresu prac do ceny ryczałtowej za realizację przedmiotu zamówienia.

Można w tym miejscu wskazać, że takie intencjonalne optymalizowanie (zwane inżynierią wyceny) w pozycji, co do której wykonawca przyjmuje, że nie będzie jej wykonywał, jest elementem strategii biznesowej, która w rezultacie ma dać przewagę nad konkurencją, która uczciwie liczy koszty, a w rezultacie w sposób niezgodny z prawem ma przynieść zysk w postaci wygrania przetargu.

Odwołujący do odwołania załączył dowody: ofertę firm: Przedsiębiorstwa Comal sp. z o.o., DEKONTA Polska sp. z o.o., OL-TRANS sp. z o.o. oraz kosztorys sporządzony na podstawie ofert rynkowych wraz z ofertami stanowiącymi podstawę jego opracowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż nie nałożył w s.i.w.z. obowiązku, aby stawka jednostkowa obejmowała wszystkie koszty związane z wydobyciem i zagospodarowaniem urobku stanowiącego odpad niebezpieczny. Zamawiający przewidział jedynie, że jeżeli okaże się, że urobek będzie stanowił odpad niebezpieczny, to jego zagospodarowanie rozliczane będzie powykonawczo, według stawki jednostkowej. Ani w treści s.i.w.z., ani w wyjaśnieniach do modyfikacji s.i.w.z. nie sposób odnaleźć wymogów dla zakresu kalkulacji stawki jednostkowej. Biorąc pod uwagę odpowiedź zamawiającego zacytowaną przez odwołującego, w kontekście specyfiki przedmiotowego zamówienia, należy wręcz przyjąć

wniosek przeciwny od forsowanego przez odwołującego. Nieuprawnione są próby wyinterpretowania z wprowadzenia elementu kosztorysowego do wynagrodzenia, zakazu wliczenia części kosztów związanych z urobkiem zanieczyszczonym do ceny ryczałtowej.

Byłoby to ponadto zupełnie nieracjonalne w warunkach niniejszego zamówienia. Należy mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót czerpalnych, w tym wydobywanie urobku do określonej rzędnej, wydobywanie odpowiedniej ilości urobku. Stawka jednostkowa została przewidziana dla rozliczenia dodatkowych kosztów, które pojawią się, gdy okaże się, że urobek ten jest zanieczyszczony i kwalifikowany jako odpad niebezpieczny. Oznacza to, że odpad niebezpieczny to część urobku objętego przedmiotem zamówienia. To nie jest dodatkowy urobek, który podlega dodatkowemu wydobywaniu czy transportowi (przy przyjętej przez Porr technologii zagospodarowania). Może się po prostu okazać, że urobek wydobywany w ramach zamówienia, ze względu na specyfikę miejsca prowadzenia robót, będzie zanieczyszczony. Przyjęta przez Porr technologia uzasadnia sposób kalkulacji stawki jednostkowej i uwzględnienie części kosztów w cenie ryczałtowej. Stawka jednostkowa obejmuje wszystkie dodatkowe koszty związane z zagospodarowaniem odpadu niebezpiecznego. Przyjęcie za odwołującym, że w stawce jednostkowej powinny być uwzględnione wszystkie koszty, w tym wydobywania urobku, badania urobku, transportu urobku etc., oznaczałoby, że wykonawca Porr musiałby te koszty wliczyć podwójnie do ceny ryczałtowej na wypadek, gdyby żadna część urobku nie okazała się stanowić odpadu niebezpiecznego oraz do stawki jednostkowej.

Zdaniem zamawiającego, błędne jest założenie odwołującego, że s.i.w.z. musiałaby dopuszczać możliwość ujęcia części kosztów dotyczących urobku-odpadu niebezpiecznego, w cenie ryczałtowej. To ograniczenie w tym zakresie musiałoby być przewidziane w s.i.w.z., a s.i.w.z. nie formułowała takiego ograniczenia. Nawet gdyby przyjąć (czego zamawiający nie potwierdza), że stawka za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych jest rażąco niska, to nie uzasadniałoby to odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Podstawą do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę jest rażąco niska cena za cały przedmiot zamówienia, a nie za jej poszczególne składowe. Ustawa - prawo zamówień publicznych odsyła w definicji ceny do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Zgodnie z tym przepisem, cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Ustawa ta w art. 3 ust. 1 pkt 2 definiuje także cenę jednostkową towaru (usługi), lecz prawo zamówień publicznych do tej definicji nie odsyła. Stąd nawet ustalenie, że jedna ze stawek ceny jest rażąco niska, nie uzasadnia zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp - odwołujący nie sformułował zarzutu, aby cena wybranego wykonawcy Porr była rażąco niska. Zarzut ten jest wobec tego całkowicie nieuzasadniony. Przywołane przez odwołującego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, zapadły w istotnie odmiennych stanach

faktycznych, przez co nie są adekwatne w warunkach mniejszej sprawy. W wyrokach tych Izba wyraźnie podkreślała, że badanie cen jednostkowych winno mieć miejsce wyłącznie w uzasadnionych przypadkach.

Z daleko posuniętej ostrożności, zamawiający podnosił, że nie jest prawdą, iż stawka za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych jest rażąco niska. Twierdzenie to odwołujący opiera o błędne założenie, że koszty przygotowania terenu składowania pod odzysk odpadu niebezpiecznego powinny być ujęte w kosztach zagospodarowania odpadu. Zostało to omówione powyżej. Przy przyjętej przez Porr technologii, jedynym racjonalnym i usprawiedliwionym działaniem było objęcie stawką jednostkową dodatkowych kosztów, które będą konieczne do poniesienia, gdy okaże się, że urobek stanowi odpad niebezpieczny. Odwołujący zawarł na str. 10 odwołania listę kosztów, które wiążą się z przygotowaniem pola dla odzysku odpadu niebezpiecznego. Należy mieć na uwadze, że w zasadzie wszystkie te koszty muszą być poniesione, przy przyjętej technologii, niezależnie od tego, czy urobek okaże się odpadem niebezpiecznym, czy też nie. Dotyczy to w szczególności wykonania obwałowania wraz z wyprofilowaniem podłoża (który będzie do wykonania w takim samym zakresie, niezależnie od kwalifikacji urobku), kosztu wykonania drenażu wraz z podsypką, koszty składowania urobku w postaci pryzmy (wykorzystywany jest do tego ten sam sprzęt). Do kosztów, w ocenie zamawiającego, nie należy wliczać systemu odprowadzania wody odciekowej poprzez układ separatorów, gdyż system taki istnieje na polu refulacyjnym i może zostać wykorzystany przez wykonawcę bez dodatkowych kosztów. Ewentualnym dodatkowym kosztem może być koszt wyłożenia podłoża geomembraną, lecz odwołujący nie wykazał, aby koszt ten nie został ujęty przez Porr w kosztach przygotowania pola refulacyjnego. Ponadto, koszt wyłożenia podłoża geomembraną może pojawić się nawet wtedy, gdy urobek nie okaże się niezanieczyszczony. Z drugiej strony w ocenie zamawiającego koszt taki niekoniecznie się pojawi, jeżeli urobek będzie stanowił odpad niebezpieczny.

Zdaniem zamawiającego, twierdzenie, że stawka jednostkowa w ofercie Porr winna wynosić 65,28 złotych jest dowolne. Stawka za przygotowanie terenu pod składowanie odpadów i stawka za roboty ziemne są prawidłowo wliczone do ceny ryczałtowej (to będzie ten sam koszt, który będzie musiał być poniesiony, niezależnie od kwalifikacji urobku). Ponadto, stawka jednostkowa 44,80 zł za bioremediację 1m<sup>3</sup> odpadu została ustalona dowolnie. Zgodnie ze złożoną przez Porr ofertą podwykonawcy wykonanie unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych w ilości 50.000 m<sup>3</sup> będzie wymagało 2.250 l inokulantu, przy koszcie 20,00 zł netto. Uwzględnienie części kosztów dotyczących urobku, który może zostać zakwalifikowany jako niebezpieczny, w cenie ryczałtowej, w świetle przyjętej technologii, było uprawnione. Wykonawca nie naruszył żadnego przepisu prawa ani dobrego obyczaju. W ocenie zamawiającego stawka jednostkowa obejmuje całkowite koszty

zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. Koszt wydobycia urobku czy jego transportu na pole refulacyjne przy przyjętej technologii nie mogą być zaliczane do kosztów zagospodarowania odpadu. Nawet gdyby przyjąć stawkę jednostkową wyliczoną przez odwołującego, to całkowita cena ofertowa wykonawcy Porr wyniosłaby 74 500 463,82 zł i nadal pozostawałaby niższa niż całkowita cena ofertowa odwołującego. To zatem nie przez ukształtowanie stawki jednostkowej konsorcjum Porr wygrało przetarg, lecz dlatego, że zaoferowało niższą cenę ryczałtową.

Odwołujący, złożył pismo procesowe w sprawie (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku) wraz z dowodem – „Opracowanie PROTE Technologie dla Środowiska sp. z o.o., pn. „Badanie i rekultywacja środowiska gruntowo-wodnego – Technologia Intensywnej Remediacji”.

Pismo procesowe w sprawie (pismo z dnia 8 grudnia 2016 roku) złożył przystępujący – konsorcjum Porr (bez załączników czy też dowodów).

Pismo procesowe w sprawie (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku) złożył przystępujący – konsorcjum Energopol (bez załączników czy też dowodów).

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego pisma, dokumenty i opracowania złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 31 sierpnia 2016 roku, zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie m.in. zmiany postanowień Rozdziału X, zawierającego opis sposobu obliczenia ceny, poprzez dodanie pkt

5 o następującym brzmieniu: „W przypadku wystąpienia odpadów niebezpiecznych Zamawiający zapłaci wykonawcy za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych w ilości faktycznie unieszkodliwionych odpadów niebezpiecznych, według stawki jednostkowej za zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego, określonej w ofercie. Dla potrzeb porównania i oceny ofert podana przez Wykonawcę stawka jednostkowa za zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego zostanie przemnożona przez 50.000 m<sup>3</sup> i dodana do ceny ryczałtowej za wykonanie Przedmiotu Zamówienia.”.

Ze zmiany dokonanej w Rozdziale XI opisującym kryteria i sposób oceny ofert wynika, że łączna cena oferty miała stanowić sumę ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz iloczynu stawki jednostkowej brutto za zagospodarowanie 50.000 m<sup>3</sup> odpadu. Zgodnie z wyjaśnieniami do s.i.w.z. przesłanymi do wszystkich wykonawców w dniu 9 września 2016 roku, zamawiający wskazał:

- opowiadając na pytanie Nr 1 treści następującej: „Prosimy o jasne i przejrzyste opisanie, co powinna zawierać cena jednostkowa 1m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. Brak ścisłego opisanie przedmiotu zamówienia uniemożliwi precyzyjne skalkulowanie robót, które mają zostać zawarte w cenie jednostkowej i może doprowadzić do znacznej rozbieżności w ofertach Wykonawców” zamawiający wskazał „Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób precyzyjny i zgodny z art. 29 pzp. Przedmiot Zamówienia został opisany w Rozdziale III SIWZ. Modyfikacja SIWZ nie dotyczy zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przedmiotową modyfikacją Zamawiający zapłaci cenę ryczałtową za wykonanie Przedmiotu Zamówienia określoną w ofercie. Jednocześnie jeżeli wystąpią odpady niebezpieczne, to za ich zagospodarowanie Zamawiający zapłaci wynagrodzenie powykonawczo, według faktycznej ilości zagospodarowanych odpadów. Stawka jednostkowa powinna obejmować zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zgodnie z wymogami prawa”,

- udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6: „W odniesieniu do zmiany wprowadzonej w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 1 SIWZ prosimy o podanie sposobu zagospodarowania ewentualnego odpadu niebezpiecznego. Czy utylizacja odpadu jest po stronie Zamawiającego, czy też po stronie Oferenta” zamawiający wskazał: „Zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego jest po stronie Wykonawcy. Odpad niebezpieczny należy zagospodarować zgodnie z wymogami prawa”,

- opowiadając na pytanie nr 8: „(...) prosimy o jasne i precyzyjne sformułowanie, jaki zakres prac ma być ujęty w cenie ryczałtowej? a jaki w cenie jednostkowej, np. w cenie ryczałtowej roboty pogłębiarskie z transportem do pola refulacyjnego, czy też do pola zagospodarowania urobku odpadów niebezpiecznych? A w cenie jednostkowej np. roboty unieszkodliwiania urobku odpadów niebezpiecznych” zamawiający po raz kolejny wskazał: „Cena jednostkowa ma obejmować koszt zagospodarowania odpadu niebezpiecznego.

*Wszelkie koszty związane z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia mają być objęte ceną ryczałtową”.*

Informacja o konieczności zagospodarowania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa została podana przez zamawiającego także w odpowiedzi na pytania nr 17, 18, 26, 28 i 30. Zamawiający w sposób bardzo jednoznaczny i precyzyjny wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 września 2016 roku, że: *„Stawką jednostkowa powinna obejmować zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zgodnie z wymogami prawa.”.*

Przyjmując za właściwą interpretację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaprezentowaną przez Izbę, jak przy odwołaniu w sprawie KIO 2225/16, Izba za bezzasadne uznała zarzuty odwołującego w zakresie wskazywanego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba twierdziła, co następuje.

Determinantą, kształtującą kierunek rozstrzygnięcia jest przyjęcie przez Izbę stanowiska, że zamawiający dokonując modyfikacji treści s.i.w.z. w dniu 31 sierpnia 2016 roku, wskazał na powykonawcze rozliczenie prac z zakresu zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, precyzując, że *„zapłaci Wykonawcy za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych w ilości faktycznie unieszkodliwionych odpadów według stawki jednostkowej za zagospodarowanie 1 m3 odpadu niebezpiecznego określonego w ofercie”.* Odpowiadając na pytania wykonawców, zamawiający podkreślił, że: *„zapłata za unieszkodliwianie odpadów nastąpi powykonawczo za ilość faktycznie unieszkodliwionych odpadów niebezpiecznych”* (odpowieź na pytanie nr 4 z dnia 9 września 2016 r.).

Skoro zatem zamawiający rozstrzygnął na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż odrębnym przedmiotem zamówienia, osobno wycenianym, będzie zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych, to wykonawcy, kształtując cenę za tego rodzaju czynności winni, uwzględniając wszystkie odpowiedzi zamawiającego, dokonać wyceny i przedstawić cenę ofertową w granicach faktycznie ponoszonych kosztów, za tego rodzaju wykonywane czynności. Jak bowiem wyjaśnił zamawiający, w odpowiedziach na pytania wykonawców do s.i.w.z. – *„Cena jednostkowa ma obejmować koszt zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. Wszelkie koszty związane z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia mają być objęte ceną ryczałtową.”.*

Twierdzenie o dopuszczalności ujęcia części kosztów dotyczących urobku - odpadu niebezpiecznego w cenie ryczałtowej jest absolutnie błędne i nieuprawnione. Przeciwno takiemu twierdzeniu świadczą chociażby wyjaśnienia zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 9 września 2016 roku. Jeden z wykonawców zadał pytanie treści następującej: *„Wykonawca wskazuje, że udzielenie przez Zamawiającego*



wyjaśnień jest niezbędne dla właściwej wyceny wprowadzonej modyfikacją SIWZ pozycji. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków Zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby Zamawiającego. Pełen opis przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Ponieważ przedmiot zamówienia w stosunku do wprowadzonego modyfikacją zakresu nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień staje się konieczne". Udzielając odpowiedzi na tak postanowione pytanie, wyjaśniając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający podniósł, że „Przedmiot Zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób precyzyjny i zgodny z art. 29 Pzp. Przedmiot Zamówienia został opisany w Rozdziale III SIWZ. Modyfikacja SIWZ nie dotyczy zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotowa modyfikacja SIWZ jedynie zmienia rozkład ryzyk pomiędzy strony i wyłącza z ryzyk wykonawcy zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych poprzez objęcie ich rozliczeniem powykonawczym”.

Analogicznie udzielając odpowiedzi na pytania z 9 września 2016 roku, zamawiający wskazał: „Należy mieć na uwadze, że roboty będą prowadzone na terenie przemysłowym i przystocznym czynnego przedsiębiorstwa i z uwagi na to istnieje ryzyko, że mogą wystąpić odpady niebezpieczne. Decyzją Zamawiającego jest, aby ryzyko to wyłączyć z ceny ryczałtowej, gdyż mogłoby to spowodować nieporównywalność ofert i ich nieuzasadnione zawyżenie i aby w razie wystąpienia tego rodzaju warunków rozliczenie następowało powykonawczo” (odpowiedź na pytanie 10).

Powyższe w sposób dobitny i jednoznaczny wskazuje, że zamawiający chciał, aby wykonawcy wycenili roboty podstawowe, jako te, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia oraz roboty (dotyczące zagospodarowania odpadów niebezpiecznych), które są dodatkowe i mogą wystąpić. Skoro zatem zamawiający czynności związane z zagospodarowaniem odpadów niebezpiecznych traktował odrębnie, to nie jest zasadne stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie (w ocenie Izby przyjęte na potrzeby postępowania przed KIO), iż każdy z wykonawców część kosztów za wykonywanie robót podstawowych mógł zakwalifikować do robót dodatkowych. Stanowisko takie mija się albowiem z celem wyodrębnienia przez zamawiającego ceny za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych do odrębnej pozycji oferty. Wykonawcy przyjmujący taki sposób

kalkulacji *de facto* spowodowali, iż zamawiający będzie zobowiązany zapłacić za usługę, której wykonawca zamówienia nie będzie realizował.

Skoro bowiem zamawiający wyjaśniał, że *„Decyzją zamawiającego jest, aby ryzyko to wyłączyć z ceny ryczałtowej, gdyż mogłoby to spowodować nieporównywalność ofert i ich nieuzasadnione zawyżenie i aby w razie wystąpienia tego rodzaju warunków rozliczenie następowало powykonawczo”*, to zamawiający winien, posiadłszy wiedzę, co do okoliczności, iż konsorcjum Porr, jednak włączyło w cenę ryczałtową koszty, których nie mogło tam uwzględnić, taką ofertę odrzucić, albowiem oferta ta, zawiera rażąco niską cenę i jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba stoi na stanowisku, że gdy element wynagrodzenia, stanowi samodzielny byt, który rozliczany jest według reguł przyjętych przez zamawiającego, odrębnie od świadczenia podstawowego, to może być on przedmiotem oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Przechodząc do oceny złożonych przez konsorcjum Porr wyjaśnień, Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, iż cena za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych jest ceną realną, możliwą do osiągnięcia i że obejmuje wszystkie koszty świadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Jak wynika z definicji zawartych w art. 3 Ustawy o odpadach przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami.

Gospodarowanie odpadami każdego rodzaju obejmuje:

- zbiórkę,
- transport,
- magazynowanie,
- odzysk,
- unieszkodliwianie.

Skoro zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 1 jednoznacznie wskazał, że *„Stawka jednostkowa powinna obejmować zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zgodnie z wymogami prawa”*, to tym samym uzasadnionym jest twierdzenie, że - w świetle postanowień ustawy o odpadach regulującej przedmiotową problematykę - zamawiający wymagał, aby w cenie tej ujęty był łączny koszt zebrania, transportu i przetworzenia odpadów, łącznie z kosztami nadzoru nad tego rodzaju działaniami.

Z treści wyjaśnień konsorcjum Porr jednoznacznie wynika, że wskazane wyżej koszty zagospodarowania odpadów zgodnie z wymogami prawa nie zostały ujęte w stawce jednostkowej, bowiem stawka ta obejmuje wyłącznie „koszt mikroorganizmów potrzebnych do usunięcia substancji niebezpiecznych”.

Pole rozdziału, na które wskazuje konsorcjum Porr, w piśmie procesowym z 8 grudnia 2016 roku, nie może pracować w sposób niezależny od części instalacji, która służy do dozowania koagulantów oraz poprzez którą następuje wypełnianie geokontenerów. Jako element konstrukcyjny jest to zwykły zbiornik retencyjny wyłożony materiałem nieprzepuszczalnym, więc z natury rzeczy w żadnym punkcie konstrukcyjnym nie przypomina projektowego pola odkładu do odprowadzania wody odciekowej. Jak wynika z założeń projektowych opisanych dokumentacją projektową urobek, który będzie podawany rurociągami na pole refulacyjne będzie nawodniony w stosunku 1:6, a więc na jedną część cząstek stałych przypadać będzie 6 porcji wody. Ponadto, jeżeli transport urobku odbywać się będzie szalandą to już wówczas urobek w ładowni szalandy będzie mocno nawodniony, a dodatkowo w przypadku obecności substancji ropopochodnych całość ładunku będzie zanieczyszczona.

Argumenty konsorcjum Porr wskazujące, że na polu rozdziału będzie odbywać się odseparowanie urobku zanieczyszczonego od niezanieczyszczonego, są całkowicie chybione, ponieważ w takiej technologii rozdział urobku jest niemożliwy z uwagi na: mocne nawodnienie urobku minimum 6 do 1, niewielka ilość urobku zanieczyszczona substancjami ropopochodnymi spowoduje, że założona technologia transportu poprzez pompę i rurociąg zanieczyści całości urobku, małą retencją pola rozdziału bez możliwości odsączenia wody, brak odwodnienia takiego urobku bez użycia koagulantów i geotub, a w konsekwencji brak możliwości odseparowania części zanieczyszczonej urobku od części niezanieczyszczonej. Pole przeznaczone do składowania urobku zanieczyszczonego substancjami ropopochodnymi jest kompletnie inne od pola przeznaczonego pod składowanie i odsączenie urobku za pomocą geotub, chociażby ze względu na sposób odprowadzania wody, która nie może być bezpośrednio zrzucana do cieków wodnych ze względu na zanieczyszczenie substancjami ropopochodnymi. Nierealne jest odprowadzenie poprzez separator substancji ropopochodnych przy takiej ilości.

W ocenie Izby, konsorcjum Porr, nie uwzględniło wszystkich kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów niebezpiecznych w pozycji ceny ofertowej odnoszącej się do tej czynności, co samo wręcz potwierdziło w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu.

Nadto, Izba stwierdziła, że sposób kalkulacji ceny ofertowej, poprzez przyjęcie kosztów zagospodarowania odpadów niebezpiecznych do ceny ryczałtowej, stanowiącej oddzielny przedmiot świadczenia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem powoduje nieporównywalność złożonych ofert w postępowaniu, co z kolei prowadzi do uniemożliwienia odwołującemu pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

O niemożności przyporządkowania części kosztów za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych do kosztów głównego świadczenia przemawiają bezpośrednio wyjaśnienia zamawiającego i dokonane przez niego modyfikacje s.i.w.z.:

- „Zgodnie z przedmiotową modyfikacją Zamawiający zapłaci cenę ryczałtową za wykonanie Przedmiotu Zamówienia określoną w ofercie. Jednocześnie jeżeli wystąpią odpady niebezpieczne, to za ich zagospodarowanie Zamawiający zapłaci wynagrodzenie powykonawczo, według faktycznej ilości zagospodarowanych odpadów. Stawka jednostkowa powinna obejmować zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zgodnie z wymogami prawa.

- „Zapłata za unieszkodliwienie odpadów nastąpi powykonawczo, za ilość faktycznie unieszkodliwionych odpadów niebezpiecznych. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę konieczności unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych, to ilość zagospodarowanych odpadów będzie weryfikowana w oparciu o badania wykonane przez niezależne laboratorium na zlecenie Zamawiającego”.

- „Zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego jest po stronie Wykonawcy. Odpad należy zagospodarować zgodnie z wymogami prawa”.

- „Mnożnik 50.000 został przyjęty przez Zamawiającego wyłącznie na potrzeby oceny i porównania ofert Cena ryczałtowa ma obejmować wykonanie wszystkich robót wchodzących w zakres Przedmiotu Zamówienia w szczególności opisanych w dokumentacji projektowej, z wyłączeniem zagospodarowania potencjalnego urobku odpadów niebezpiecznych”.

- „Cena jednostkowa ma obejmować koszt zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. Wszelkie koszty związane z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia mają być objęte ceną ryczałtową”.

- „Należy mieć na uwadze, że roboty będą prowadzone na terenie przemysłowym i przystocznym czynnego przedsiębiorstwa i z uwagi na to istnieje ryzyko, że mogą wystąpić odpady niebezpieczne. Decyzją Zamawiającego jest, aby ryzyko to wyłączyć z ceny ryczałtowej, gdyż mogłoby to spowodować nieporównywalność ofert i ich nieuzasadnione zawyżenie, i aby w razie wystąpienia tego rodzaju warunków rozliczenie następowało powykonawczo”.

- „Zgodnie z doświadczeniem profesjonalnego wykonawcy mogą być zanieczyszczenia typowe dla terenów przemysłowych i przystocznym czynnego przedsiębiorstwa”.

- „Odpowiednia kwalifikacja odpadu stanowić będzie obowiązek wykonawcy. Zamawiający odsyła w szczególności do kodu 17 05 05\*”.

- „Zgodnie z doświadczeniem bardziej prawdopodobne jest wystąpienie odpadów niebezpiecznych to warstwa osadów niż warstwa piasków pod osadami”.

- „W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę konieczności unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych stanowiących urobek, to ilość tych zagospodarowanych odpadów będzie weryfikowana w oparciu o badania wykonane przez niezależne, akredytowane laboratorium na zlecenie Zamawiającego. Badania pozwolą na weryfikację ilości i składu odpadu

*niebezpiecznego. Badania nie powinny powodować przerw w pracach czerpalnych. Zapłata za unieszkodliwienie odpadów nastąpi powykonawczo, za ilość faktycznie unieszkodliwionych odpadów niebezpiecznych”.*

*- „Inwestycja prowadzona jest na terenie przystoczniovym czynnego przedsiębiorstwa, terenie przemysłowym. Potencjalne odpady niebezpieczne do odpady charakterystyczne dla tego typu rodzaju terenów”.*

Przywołane powyżej fragmenty w sposób dobitny pokazują jaka była intencja zamawiającego oraz to w jaki sposób wykonawcy mieli przygotować oferty w tym zakresie. Koszt zagospodarowania odpadu niebezpiecznego nie mógł być przerzucony do wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane. Przy czym miał to być kompleksowy koszt zagospodarowania.

W związku z tym, umieszczenie w cenie ryczałtowej kosztu zagospodarowania odpadu niebezpiecznego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Jeżeli zaś idzie o zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny odnoszące się do nie do całego wynagrodzenia, ale do określonych stawek jednostkowych (a konkretnie w tym przypadku do wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego), to w przypadku, gdy tego typu element wynagrodzenia jest samodzielnym i autonomicznym elementem wynagrodzenia (a tak jest w przypadku ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego), to również może on być przedmiotem oceny oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W kontekście powyższego należy odnieść się do klasycznego orzecznictwa dotyczącego rażąco niskiej ceny, zgodnie z którym *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6.09.2002 r. (sygn. akt V Ca 1020/02) określa, iż *„Przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę”.*

Jak słusznie wskazał Izba w wyroku z dnia 11 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1131/16 *„Dopuszcza się możliwość uznania, iż zaoferowanie cen jednostkowych w określonych okolicznościach faktycznych i prawnych może doprowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Wykonawcy ubiegający się o Zamówienia publiczne stosują różnego rodzaju metody pozwalające im na zdobycie przewagi konkurencyjnej przy wykorzystaniu metod naruszających dobre obyczaje, w tym manipulację cenową, optymalizację podatkową lub mechanizm tzw. subsydiowania skrośnego. Każde takie*

*zachowanie winno być przez podmioty zamawiające analizowane pod kątem naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i rażąco niskiej ceny.”.*

*Dodatkowo za wyrokiem KIO 728/16; KIO 741/16; KIO 802/16 z dnia 30 maja 2016 r. trzeba wskazać, iż „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania Zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i w otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, a w przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., jest właściwie bezprzedmiotowe. Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 p.z.p. udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega in minus od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp.”.*

*Również Izba w wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14 słusznie podniosła, iż „Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie znikomą ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca, który nie oferuje Zamawiającemu*

*najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne”.*

*W innym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1556/15 wskazała, iż „W uzasadnionych przypadkach obowiązek badania może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy (np. gdy z umowy wprost wynika, że wynagrodzenie będzie płatne za faktycznie wykorzystane miejsca noclegowe i posiłki według cen jednostkowych z oferty wykonawcy, a podstawą rozliczenia ma być także protokół odbioru). Skoro zamawiający sporządził formularz cenowy i wymagał wyceny poszczególnych usług jak również skoro wprowadził do umowy zasady rozliczania według faktycznego wykorzystania i ilości uczestników, w tym ceny jednostkowe uczynił podstawą tych rozliczeń, to dla wykonawcy - będącego podmiotem profesjonalnym - powinno być oczywiste, że zamawiający wymaga realnej wyceny tych elementów zamówienia, a tym samym nie zezwala na dowolne przerzucanie kosztów w ramach wyceny oferty.”.*

*W wyroku z dnia 22 października 2014 r., sygn. akt KIO 2046/14, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępujących w sytuacji, gdy dokonali oni manipulacji stawkami kosztorysu (zawyżając jedne z nich a zaniżając inne), dzięki czemu stworzyli sytuację, która mogłaby im umożliwić skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia. Przystępujący ani w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez Zamawiającego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wykazali prawidłowości i rzetelności kalkulacji wyceny zakwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przypisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.”*

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, złożenie przez konsorcjum Porr tak skalkulowanej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulacji poszczególnymi cenami. Manipulacja ta polega na tym, że część kosztów usług czy też dostaw została ujęta nie przy czynnościach generujących te koszty, tylko przy innych czynnościach. Przerzucenie to nastąpiło z części niepewnej wynagrodzenia (czyli wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych) do części pewnej (wynagrodzenia za zamówienie podstawowe). Tego rodzaju postępowanie (manipulacja cenami) narusza klauzulę generalną i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami (np. uczciwości wobec kontrahenta) i narusza interesy zarówno klienta (zamawiającego) jak i interesy konkurentów tworząc niczym nie uzasadnioną przewagę konkurencyjną. Wielokrotnie KIO wskazywała, że tego rodzaju manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być odrzucenie takiej oferty.

W tym miejscu wskazać można na takie wyroki KIO jak:

- wyrok z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), w którym KIO dokonując oceny stosunkowo podobnej zauważyła, co następuje: *Dodatkowo zniżenie stawki za 1 PF [czyli stawki rozliczanej kosztorysowo za wykonanie tzw. punktu funkcyjnego przy p. T.S.] wg którego będą rozliczane usługi rozwoju przy jednoczesnym zawyżeniu wynagrodzenia za usługi utrzymania prowadzi do wniosku, że wykonawca ten w sposób nieuprawniony dokonał „przerzucenia” części kosztów z elementów wynagrodzenia zmiennego (usług rozwoju) do kosztów związanych z elementem stałym (usług utrzymania). Oznacza to, że niedoszacowane ceny za prace rozwojowe będą znajdowały pokrycie w usługach utrzymania, płatnych niezależnie od faktycznego zlecenia usług rozwoju,*

- wyrok z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), w którym wskazano, *W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając odwołującemu prace z pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty musiałby zapłacić ukrytą w cenie za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji załącznika, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług.*



*Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”. Podobnie KIO w m.in. wyrokach z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14), z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14), z dnia 10.11.2016 r. (KIO 2043/16).*

W ocenie Izby, nie ma przy tym znaczenia to, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią bez względu na to czy zamawiający zamówi wykonanie usług generujących te koszty czy ich nie zamówi. Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny.

Przerzucając zatem koszty świadczenia usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych na wynagrodzenie pewne (główne) konsorcjum Porr, w swej istocie, obciąża zamawiającego kosztami prac, które może w ogóle nie będą wykonane lub będą wykonane tylko np. w części.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

### **KIO 2229/16**

Dnia 25 listopada 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A, ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Budimex”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Porr, odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy cena oferty odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co odwołujący wykazał składając zamawiającemu stosowne wyjaśnienia;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz załączonych do nich dowodów, co skutkowało przyjęciem, że odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy prawidłowa ocena wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami prowadzi do wniosku, że cena ofertowa odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia;  
ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia, że nie wszystkie okoliczności podniesione przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach ceny były wystarczająco wyjaśnione,
- 3) naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy zamawiający mimo złożenia przez odwołującego wyjaśnień miał dalsze wątpliwości;
- 4) naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez przedstawienie przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw jego decyzji;
- 5) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu poprzez wybór oferty, która nie stanowi dla zamawiającego oferty najkorzystniejszej, odmienną ocenę okoliczności podnoszonych przez odwołującego i konsorcjum Porr w wyjaśnieniach ceny, mimo ich oczywistego podobieństwa oraz oparcie rozstrzygnięcia zamawiającego na jego własnych domniemaniach, w tym rozstrzygnięcie wszystkich wątpliwości zamawiającego na niekorzyść odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Porr,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym - ewentualnie - wezwanie odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Nadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa morskiego i kosztorysowania, w celu zasięgnięcia opinii na okoliczność: czy cena wskazana w ofercie odwołującego za wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.

„Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia - Etap I” obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności czy pokrywa wszystkie koszty wykonania robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej, przy uwzględnieniu zastosowania odpowiednich, tj. zgodnych ze sztuką budowlaną, rozwiązań technologicznych.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która to stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu złożonych zostało pięć ofert, przy czym odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 65 756 114,66 zł (brutto), konsorcjum Porr za cenę 71 297 963,82 zł (brutto), a kolejny wykonawca - konsorcjum Strabag za cenę 75 473 937,42 zł (brutto). Cena oferty odwołującego jest niższa o 33,7% od wartości szacunkowej zamówienia (wartość ustalona bez uwzględnienia zamówień uzupełniających) powiększonej o wartość podatku VAT. Co jednak istotne, cena ofertowa odwołującego nie odbiegała w sposób istotny od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (różnica rzędu niespełna 18%, ani od cen dwóch kolejnych ofert, wskazanych powyżej (różnica rzędu 8-14%). Występowanie tego typu różnic nie wskazuje na istotne zaniżenie ceny ofertowej odwołującego w stosunku do „cen rynkowych”. Trudno też przyjąć za zamawiającym, że istotne odstępstwo od wartości szacunkowej zamówienia uprawdopodobniało „rażąco niską cenę” oferty odwołującego, skoro każda ze złożonych w niniejszym postępowaniu ofert zawierała znaczne różnice do „budżetu” zamawiającego, co widać w szczególności na przykładzie wskazanych trzech ofert.

Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy uzyskane w związku z realizacją niniejszego zamówienia będzie miało, co do zasady, charakter ryczałtu. Charakter wynagrodzenia wykonawcy jest w niniejszej sprawie w zasadzie pomijany przez zamawiającego, który skupia się na analizie wybranych przez siebie pozycji Tabeli Elementów Scalonych, nie wskazując przy tym, jak rzekome niedoszacowanie tych pozycji przekłada się na cenę ofertową, jako taką.

Sąd (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 19 marca 2015 r., sygn. akt X Ga 76/15) trafnie wskazuje na problemy związane z przygotowywaniem przez wykonawców kosztorysów ofertowych, uznając jednocześnie, że dzielenie i łączenie przez wykonawcę w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów, czy uzyskanych upustów nie jest przejawem manipulowania ceną, a działaniem jak najbardziej dozwolonym i racjonalnym. Skoro więc Sąd akceptuje taką sytuację, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym występują istotne różnice pomiędzy sposobem wyceny tych samych pozycji kosztorysowych przez różnych wykonawców, będące właśnie wynikiem odmiennego grupowania przez nich kosztów, to tym bardziej sytuacja ta akceptowalna jest przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie wykonawca dokonując kalkulacji ceny ofertowej musi dbać o rynkowy charakter ceny ofertowej jako takiej, a podział kosztów między poszczególne pozycje Tabeli Elementów Scalonych ma dla niego charakter wtórny i - podobnie jak dla zamawiającego - wyłącznie informacyjny.

#### Koszt budowy wnęki dokowej - roboty kafarowe.

Zamawiający, w informacji o rozstrzygnięciu postępowania przyjął, że odwołujący zaniżył w swojej wycenie koszty wykonania robót kafarowych. Zdaniem zamawiającego świadczy o tym fakt, że do wyjaśnienia ceny odwołujący nie załączył oferty od podwykonawcy - firmy Aarsleff Sp. o.o., która na etapie prekwalifikacji była podmiotem udostępniającym mu wiedzę i doświadczenie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zadeklarowała swój udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zdaniem zamawiającego, gdyby odwołujący skorzystał z tego podwykonawcy, cena odwołującego musiałaby być wyższa, bo firma Aarsleff Sp. o.o. złożyła ofertę innemu wykonawcy biorącemu udział w niniejszym postępowaniu na kwotę wyższą niż założona w wyjaśnieniach przez odwołującego. Jednocześnie zamawiający kwestionował możliwość oparcia przez odwołującego jego wyceny o oferty innych podmiotów, wskazując, że nie mają one wystarczającego doświadczenia, by móc roboty takie wycenić w sposób należyty.

Zamawiający zakłada, że jedynym „odpowiednim” dowodem na wykazanie, że odwołujący prawidłowo skalkulował w swojej ofercie koszt wykonania robót kafarowych byłaby oferta otrzymana od podwykonawcy - firmy Aarsleff Sp. o.o. Założenie to nie ma oparcia w obowiązujących przepisach.

Odwołujący podniósł, iż kalkulacje zostały przygotowane na podstawie analizy cen rynkowych przeprowadzonej przez odwołującego. Na dowód, że analiza taka miała miejsce i była przeprowadzona przez odwołującego w sposób rzetelny, odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił wyceny robót kafarowych opisanych dokumentacją przetargową sporządzone przez dwóch różnych wykonawców - wykonawców realizujących tego typu roboty w obszarze działania zamawiającego - tj. wyceny sporządzone przez firmę Spelwar Hydrotechnika Sp. z o.o. oraz UW Service Sp. z o.o., jak również przedstawił oferty na

zakup ścianek szczelnych (materiał) oraz samą usługę ich pogrążenia. Odwołujący dokonując wyceny, posiłkował się także ustaleniami poczynionymi z firmą Aarsleff Sd. o.o.

Na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu, odwołujący nie wskazał przy tym, że zamierza rezygnować z udziału firmy Aarsleff Sp. o.o. w realizacji zamówienia, mimo iż zmiana taka, co do zasady byłaby możliwa (art. 36b ust. 2 Pzp). Odwołujący wyjaśnił jedynie, że z uwagi na okoliczność, iż negocjuje on ostateczny kształt umowy podwykonawczej z firmą Aarsleff Sp. o.o., nie może załączyć do wyjaśnień oferty, czy umowy zawartej z tym podwykonawcą. Stąd, odwołujący innymi środkami dowodowymi wykazywał poprawność przyjętych przez siebie do wyliczenia ceny ofertowej kosztów wykonania robót katarowych. Wniosek o zaniżeniu kosztów zamawiający wyciąga z faktu, iż jego zdaniem podmioty, które przekazały odwołującemu dane do kalkulacji ceny ofertowej nie mają odpowiedniego doświadczenia w wykonaniu robót katarowych podobnych do tych objętych przedmiotem zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania wyceny dokonywanej przez wykonawcę w oparciu o niesprawdzone dane pochodzące z internetu. W niniejszej sprawie, taki zabieg doprowadził zamawiającego do błędnych wniosków, bowiem podmioty, które przekazały odwołującemu dane do wyceny mają doświadczenie w pogrążeniu ścianek szczelnych o długości, co najmniej 22 m.

Odnośnie zarzutu zamawiającego, że firma Aarsleff sp. z o.o. złożyła innemu wykonawcy biorącemu udział w niniejszym postępowaniu ofertę na kwotę 23.187.000,00 zł (zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego błędnie podaje kwotę, na którą odwołujący wycenił roboty katarowe - w rzeczywistości jest to kwota 18.775.391,87 zł) wskazać należy, że dokonywanie takich zestawień i porównań jest bezcelowe. Odwołujący przyjął - jak wynika z wyjaśnień - inne założenia, inne rozwiązania techniczne i sprzętowe czy formalne niż konkurenci, a co za tym idzie oferta Aarsleff sp. z o.o. jest nieporównywalna. Różnice w wycenie dokonanej przez Aarsleff sp. z o.o. dla odwołującego i innych wykonawców mogą być także konsekwencją szczegółowych ustaleń przyjętych przez strony w trakcie negocjacji oferty podwykonawczej, a dotyczących np. rozkładu ryzyka, podmiotu dostarczającego materiał, zakresu zleczanych robót itp. Wreszcie, Aarsleff sp. z o.o. - o czym zamawiający zdaje się zapominać - może stosować różne upusty i rabaty handlowe względem swoich partnerów handlowych. Założenie zamawiającego, że skoro dwóch wykonawców zadeklarowało korzystanie z tego samego podwykonawcy to muszą oni otrzymać od podwykonawcy identyczne oferty jest więc z założenia błędne.

#### Monitoring szczelności elementów konstrukcji palościanki.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał w swoich wyjaśnieniach by ujął w cenie ofertowej koszt monitoringu szczelności elementów konstrukcji palościanki w wysokości (wg oświadczenia odwołującego) 20 000 zł, wykonywanego w sposób opisany w wygasłym

patencie Hydrobudowy 4 Gdańsk (patent nr 48936 stanowiący załącznik nr 32 do wyjaśnień z dnia 7.10.2016 r.). Argument zamawiającego w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia (cyt.): „*należy mieć na względzie, że monitoring będzie musiał być wykonywany przez podmiot wykonujący roboty kafarowe, w tym zakresie Wykonawca bazuje na podwykonawcach. Oferta żadnego z podwykonawców nie obejmuje monitoringu szczelności elementów konstrukcji palościanki*”. Zdaniem zamawiającego, także przywołana technologia nie nadaje się do zastosowania przy wykonaniu zamówienia. Ostatecznym argumentem zamawiającego jest zaś okoliczność, że koszt monitoringu został wyceniony wyżej przez innych wykonawców.

Zdaniem odwołującego, argumenty zamawiającego są chybione.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał rozwiązania technicznego sposobu wykonywania monitoringu szczelności elementów konstrukcji palościanki pomiędzy rurami a elementami wypełniającymi. Decyzję odnośnie wyboru technologii zamawiający pozostawił wykonawcy robót. Wyjaśnić przy tym należy, że na rynku stosowanych jest w tym zakresie, co najmniej kilka metod - metody mechaniczne (np. zamontowanie dodatkowego elementu - nakładki, grzybka na zamek grodzicy - i połączenie go z powierzchnią za pomocą kontrolnej linki stalowej) oraz urządzenia automatyczne (czujniki np. firmy DIXERAN). Zamawiający odpowiedzią nr 24 do s.i.w.z. z dnia 2016-08-12 wyłączył zastosowanie niektórych z dostępnych na rynku systemów mechanicznych i systemu elektronicznego typu DIXERAN.

Odwołujący w ofercie przyjął powszechnie znaną technologię mechaniczną ciągłego monitoringu połączenia zamków opracowaną przez Hydrobudowę 4 z Gdańska w ramach patentu nr 48936 (ochrona patentowa wygasła po 25 latach i przedmiot patentu stał się własnością publiczną), która to technologia nie została wyłączona przez zamawiającego z możliwości zastosowania w niniejszej sprawie odpowiedzią na ww. pytanie do s.i.w.z.

Przy zastosowaniu tego rozwiązania, koszt monitoringu obejmuje koszt dodatkowych materiałów (tj. stali), potrzebnych do wykonania zwiększonej ilości zamków składających się na system monitoringu, koszt zakupu dodatkowej linki stalowej, kosztów „robocizny” (cięcie elementów stalowych, wiercenie, mocowanie linek) i transportu tych elementów, jak również kosztów pracy nurków (kontrola wykonanych połączeń). Koszty te zostały ujęte w cenie ofertowej odwołującego, co wynika wprost z wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 24 października 2016 r. (kalkulacja szczegółowa dotycząca robót kafarowych stanowiąca załącznik do wyjaśnień oraz opis sposobu kalkulacji kosztów ogólnych zawarty w odpowiedzi na pytanie nr 2). Odwołujący na etapie składania wyjaśnień wskazał, w jaki sposób i w których pozycjach uwzględnił np. koszt pracy nurków, wykazał ujęcie w cenie ofertowej kosztów dodatkowych materiałów potrzebnych do wykonania monitoringu, o których mowa powyżej itd. Koszty monitoringu są rozłożone (ujęte) w różnych pozycjach przygotowanego

przez odwołującego kosztorysu szczegółowego. Nie sposób negować tego typu wyjaśnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający ani w s.i.w.z., ani w pytaniach kierowanych do odwołującego na etapie badania i oceny ofert nie zawarł wymogu, by koszt monitoringu szczelności elementów konstrukcji palościanki wykonawca miał przedstawić, jako osobną pozycję rozliczeniową. Jeśli zamawiający miał jakąkolwiek wątpliwość, czy kwota 20.000 zł przeznaczona na koszty monitoringu została ujęta w cenie ofertowej odwołującego (i ewentualnie, w której pozycji), zamawiający miał możliwość zadać w tym zakresie dodatkowe pytanie odwołującemu.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wskazał, że *„Niemożliwość wykonania prawidłowego monitoringu szczelności w ramach założonych przez Wykonawcę kosztów potwierdza się także przy porównaniu założonych kosztów w tym zakresie przez innych Wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień, w których określono ten koszt na poziomie 142.000 zł. Drugi z Wykonawców wyjaśnił, że koszty te uwzględnił w koszcie pogrążania pali, który wynosi u niego 12.378.805 zł (a koszt przyjęty przez Wykonawcę to 10.278.208 złotych, czyli 20% mniejszy).”*

Zdaniem odwołującego, wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu mieli możliwość wyboru systemu monitoringu (w zakresie określonym w s.i.w.z.), przy czym wybór metody monitoringu determinował koszt jego wykonania. Nadto wykonawcy koszt ten mogli w różny sposób ująć w swoich kalkulacjach (w kilku pozycjach łącznie, w jednej pozycji, w pozycjach dot. pogrążania pali, ale i w pozycjach dot. np. kosztów ogólnych). Porównanie, które prowadzi zamawiający jest więc, w ocenie odwołującego, niecelowe, a wnioski, jakie z niego wyciąga chybione.

Koszty prac rozbiórkowych Pirs III w zakresie podniesienia i zatopienia skrzyń żelbetowych.

Odwołujący wskazał, że zdaniem zamawiającego, odwołujący zaniżył koszt koszty prac rozbiórkowych Pirs III w zakresie podniesienia i zatopienia skrzyń żelbetowych, przy czym (cyt. :) *„przyczyną tak niskiej kwoty są niemożliwe do dochowania założenia technologiczne, iż podniesienia i zatopienia skrzyni można dokonać w jeden dzień, podczas gdy z punktu widzenia zasad techniki i praktyki jest to niemożliwe Nie przewidziano w wycenie w szczególności bardzo istotnego elementu operacji - pali prowadzących w trakcie podnoszenia (...). Nie przewidziano także wykorzystania dużego dźwigu lub kafara pływającego.”*

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, odwołujący wskazał, że zamawiający w projekcie budowlanym nie określił w sposób szczegółowy technologii wykonywania robót rozbiórkowych Pirsu III, w szczególności nie nałożył na wykonawców obowiązku zastosowania pali prowadzących przy podnoszeniu skrzyń.

Zgodnie z odpowiedziami na pytania, odwołujący dokonał wyboru technologii, w jakiej wykona prace rozbiórkowe, a technologię tą opisał w sposób szczegółowy w swoich wyjaśnieniach z dnia 7 października 2016 r., w odpowiedzi na pytanie nr 9. Koszty związane w wykonaniem robót, o których mowa, zostały szczegółowo pokazane m. in. w Kalkulacji kosztów rozbiórki i przestawienia skrzyń, przedstawionej przez odwołującego przy wyjaśnieniach z dnia 24 października 2016 r. Założenie zamawiającego, że w każdym przypadku, a więc niezależnie od wybranej technologii, należało przyjąć wykorzystanie do podnoszenia skrzyń pali wprowadzających oraz dużego dźwigu lub kafara pływającego jest błędne. Odwołujący wskazał także, że przy przyjętej przez niego technologii wykonywania robót, w tym ich etapowania, podniesienie i zatopienie skrzyni można dokonać w jeden dzień. Potwierdzają to doświadczenia odwołującego i firm z nim współpracujących z innych realizowanych kontraktów.

Nadto, odwołujący zarzucił, że zamawiający w sposób pobieżny i wybiórczy dokonał analizy szczegółowej kalkulacji kosztów rozbiórki i przestawienia skrzyń przedstawionej przez odwołującego przy wyjaśnieniach z dnia 24 października 2016 r. Łączna kwota wynikająca z tego kosztorysu - 1.250.421,95 zł, w przeliczeniu na 1 skrzynię daje wartość rzędu 100 000 zł.

Zamawiający, podając w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego koszt podniesienia jednej skrzyni, nie uwzględnił w swoich analizach chociażby kosztu przygotowania i montażu burt, który odwołujący ujął w swojej kalkulacji w innych pozycjach kosztorysów. Zamawiający przeoczył także, że część sprzętu wymienionego w pozycjach:

- Czerpanie o głębokości 6-9 m gruntu kat. I-II spod wody koparką na pontonie,
- Wyrównanie dna pod skrzynie,
- Zasyp przestrzeni między skrzynią a falochronem i w skrzyni do rzędnej -7,2 m,

będzie wykorzystywana zarówno do czynności opisanych w danych pozycjach, jak również pomocniczo przy pracach związanych z podniesieniem i opuszczeniem skrzyń. Koszty te nie były przez odwołującego dublowane, poprzez ujęcie ich dodatkowo w pozycjach dotyczących podnoszenia skrzyń.

Uwzględniając powyższe przyjąć należał, iż przewidziane przez odwołującego koszty na wykonanie zakwestionowanych przez zamawiającego operacji związanych z podniesieniem skrzyń, w przeliczeniu na jedną skrzynię, jest ponad pięciokrotnie większy od wartości przyjętej przez zamawiającego i jest zbliżony do kosztów podanych przez konkurencyjnych wykonawców.

#### Cena za przestawienie doku.

Odwołujący wskazał, iż zdaniem zamawiającego, cena przyjęta przez odwołującego za przestawienie doku jest zaniżona, bowiem - w pewnym uproszczeniu - w ocenie zamawiającego operacji przestawienia doku nie można wykonać w 4 godziny.



Odnosząc się do tej argumentacji odwołujący podniósł, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł szczegółowych wytycznych odnośnie sposobu wykonania prac związanych z „przestawieniem doku”. Odwołujący dokonując wyceny przedmiotu zamówienia, musiał przyjąć własne założenia odnośnie rodzaju i ilości sprzętu niezbędnego do wykonania operacji związanych z przesunięciem doku, bazując w tym zakresie na własnym doświadczeniu oraz na doświadczeniu firm specjalizujących się w realizacji tego typu robót. Założenia te są, w ocenie odwołującego, prawidłowe.

Odwołujący założył w tym zakresie także dodatkową rezerwę kosztową, co wynika wprost z zestawienia wartości pozycji „Przestawienie doku” Tabeli Elementów Scalonych z oferty odwołującego ze szczegółową kalkulacją tej pozycji przedstawianą przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 7 października 2016 r. Koszt przesunięcia doku w ofercie odwołującego, to nie tylko, jak zdaje się sugerować zamawiający, ujęty w wyjaśnieniach odwołującego (w kalkulacji przedstawionej w dniu 7 października 2016 r. dla poz. II.5 TER) koszt pracy holowników. Odwołujący wskazywał w swoich wyjaśnieniach z dnia 24 października 2016 r. (odpowiedź na pytanie nr 2), że sprzęt lądowy do wyciągania jest ujęty łącznie w kosztach ogólnych sprzętu pływającego i pomocniczego. Koszt ten nie został więc przypisany do poz. II.5 Tabeli Elementów Scalonych. Koszty związane z przesunięciem doku zostały więc przez odwołującego oszacowane prawidłowo.

#### Zapewnienie sprzętu pomocniczego i pływającego.

Odwołujący wskazał, iż zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego nie obejmuje kosztów zapewnienia sprzętu pomocniczego i pływającego na cały niezbędny okres wykonywania zamówienia, przy czym wniosek ten zamawiający wyciąga przede wszystkim z analizy oferty firmy Hydrobudowa Gdańsk S.A. załączonej do wyjaśnień odwołującego i przyjętego przez siebie założenia, że okres wykorzystywania tego sprzętu to 16 miesięcy. Nadto, zamawiający stwierdził (cyt.): *„można założyć, że wycena robót opiera się na nieadekwatnych ofertach, składanych dla zupełnie innych zamówień, realizowanych w innych warunkach (np. oferta firmy Apol składana na most w Sobieszowie, której stawki mogą wynikać z zaangażowania tej firmy w budowę pobliskiego mostu w Ołowiance)”*.

Odnosząc się do tej argumentacji, odwołujący zarzucił, że zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego opiera na spekulacjach, własnych domniemaniach i dowolnie przyjętych przez siebie założeniach. Co przy tym istotne, część przyjętych przez zamawiającego założeń jest sprzeczna z załączoną do s.i.w.z. dokumentacją. Zgodnie mianowicie z uzgodnionym ze Stoczną Marynarki Wojennej „Harmonogramem realizacji robót obrotnica”, udostępnionym przez zamawiającego wykonawcom jako element dokumentacji postępowania, czas realizacji robót kafarowych wynosi 6,5 miesiąca dla wnęki dokowej, 2 miesiące dla pirsów i 1,5 miesiąca dla rur dalbowych, co daje łącznie 10 miesięcy, a nie jak zakłada zamawiający 16 miesięcy.

Nadto, odwołujący wskazał, iż zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 2016-10-07, zakłada wykonanie większości prac w ramach wnęki dokowej z lądu, co zgodnie z przekazaną dokumentacją w ramach opisu przedmiotu zamówienia jest możliwe. Możliwość zastosowania takiego rozwiązania technologicznego przy realizacji niniejszego zamówienia nie została zakwestionowana przez zamawiającego. Zastosowanie takiego rozwiązania w sposób oczywisty zmniejsza ilość sprzętu pływającego niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Uwzględnienie powyższych okoliczności prowadzi do wniosku, że kwota zabezpieczona przez odwołującego na cele zapewnienia sprzętu pływającego i pomocniczego jest odpowiednia, także w świetle oferty firmy Hydrobudowa Gdańsk S.A., która *nota bene* nie była przesądzająca dla ustalenia tych kosztów w ofercie odwołującego.

#### Inne konieczne elementy. Koszty ogólne.

Odwołujący wskazał, iż zdaniem zamawiającego, brak jest w wyjaśnieniach odwołującego kosztów „*prac wspomagających pogrążenie pali i ścianek szczelnych (...) nie przewidziano także zabezpieczenia obowiązków nałożonych na wykonawcę w umowie, w tym monitoringu i inwentaryzację obiektów na terenie Stoczni Marynarki Wojennej, ani ogrodzenia akwenu zaporami przeciwwzalewowymi.*” Nadto, zamawiający podał (cyt.): „*zestawił koszty, które nie zostały przez Wykonawcę wycenione w poszczególnych pozycjach robót i zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 24.10.2016 r. zostały objęte kosztami ogólnymi, przyjmując minimalne wartości rynkowe, zgodnie z doświadczeniem z innych inwestycji o podobnej skali. Według Zamawiającego minimalna kwota kosztów ogólnych to 3 851 893,33 zł.*”

Odwołujący zaznaczył, że uwzględnił wszystkie koszty wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

Okoliczność, iż odwołujący ujął w wycenie koszty „*monitoringu i inwentaryzację obiektów na terenie Stoczni Marynarki Wojennej*” oraz „*ogrodzenia akwenu zaporami przeciwwzalewowymi*” wynika wprost z wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 24 października 2016 r. - koszty te są podane w szczegółowym wykazie pozycji ujętych w kosztach ogólnych (odpowiedź na pytanie nr 2).

Odnosząc zapór przeciwwzalewowych wskazać należy także, że fakt ujęcia kosztu zakupu zapór przeciwwzalewowych w cenie ofertowej potwierdza także jedna z ofert załączonych do wyjaśnień. Nadto, zamawiający wskazuje, że (cyt.: ) „*zestawił koszty, które nie zostały przez Wykonawcę wycenione w poszczególnych pozycjach robót i zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 24.10.2016 r. zostały objęte kosztami ogólnymi, przyjmując minimalne rynkowe wartości, zgodnie z doświadczeniem z innych inwestycji o podobnej skali. Według Zamawiającego minimalna kwota kosztów ogólnych to 3 851 893,33zł.*”

Odnosząc się do tej argumentacji zamawiającego, odwołujący wskazał, że zamawiający - mimo, iż art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje go do podania uzasadnienia faktycznego

i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy - nie wskazał, w jaki sposób ustalił „minimalne wartości rynkowe” i o jakich wartościach dla poszczególnych robót jest tu mowa. Zamawiający nie podaje więc, w jaki sposób ustalił kwotę podaną w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, nie mówi też o poziomie rzekomego niedoszacowania oferty odwołującego powstałym z tego tytułu. Nie jest także wiadomym, dlaczego zamawiający założył, że ustalone przez niego „wartości rynkowe” będą odpowiednie dla realiów funkcjonowania odwołującego. Faktem powszechnie znanym jest, że firmy działające na rynku w różny sposób optymalizują tzw. koszty ogólne - jest to element walki konkurencyjnej - a co za tym idzie poziom kosztów właściwych dla danego wykonawcy nie musi być właściwy dla jego konkurentów. Powyższe uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do kwoty podanej przez zamawiającego. W związku z powyższym odwołujący wskazał, że tzw. koszty ogólne zostały skalkulowane przez niego na odpowiednim poziomie.

Zamawiający pismem z dnia 19 października 2016 r. (pyt. 2) zobowiązał odwołującego do wskazania, jakie pozycje zostały ujęte przez niego w kosztach ogólnych. Zamawiający nie wyraził względem odwołującego, jakichkolwiek wątpliwości odnośnie sposobu kalkulacji przez odwołującego tzw. kosztów ogólnych - nie zadawał w tym zakresie dodatkowych pytań, mimo iż wyjaśniając inne elementy kalkulacji odwołującego, zamawiający zadawał bardzo szczegółowe pytania. Sposób postępowania zamawiającego w tym zakresie potwierdza, że celem zamawiającego nie było rzetelne zweryfikowanie oferty odwołującego, a wyłącznie zrealizowanie z góry przyjętego założenia, że cena odwołującego musi być „rażąco niska”.

#### Stawka za zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający stwierdził, że „na podstawie analizy oferty podwykonawcy należy przyjąć, że koszt transportu 1 m<sup>3</sup> odpadu wynosić będzie ok. 11,60 złotych netto, co oznacza, że na załadunek odpadu, jego zagospodarowanie i uzyskanie pozwoleń pozostaje maksymalnie ok. 2,0 złotych.”. Odwołujący zarzucił, że zamawiający przyjmując założenie, iż stawka za zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> podana przez odwołującego w ofercie jest „niewystarczająca”, oparł je na całkowicie dowolnych ustaleniach - ustaleniach, które nie mają odzwierciedlenia w wyjaśnieniach wykonawcy.

Z dokumentów przedłożonych przez odwołującego - wyjaśnień i oferty podwykonawcy, nie wynika wartość podana przez zamawiającego (podwykonawca podał łączną cenę transportu i zagospodarowania odpadu). Cena za zagospodarowanie 1 m<sup>3</sup> odpadów niebezpiecznych podana przez podwykonawcę ma - z punktu widzenia odwołującego - charakter ceny ryczałtowej (jest niezmienna i obejmuje wszelkie koszty wskazane przez podwykonawcę). Niemniej jednak odwołujący i tak poddał tą cenę jednostkową ocenie pod kątem jej rynkowego charakteru, posiłkując się swoim własnym doświadczeniem odnośnie kosztów załadunku i transportu odpadów w postaci ziemi (w tym zanieczyszczonej), kosztów zakupu

drobnoustrojów wykorzystywanych w procesie przetwarzania odpadów, dążąc do ustalenia w oparciu o zapisy s.i.w.z. możliwego stężenia w odpadach substancji ropopochodnych, czy uwzględniając fakt, iż podwykonawca zamierza sprzedać oczyszczoną przez siebie ziemię, co pozowało mu zmniejszyć koszt zagospodarowania odpadów. Analizy te prowadzą do wniosku, że cena podana przez podwykonawcę pozwala pokryć wszystkie koszty wykonania zamówienia. Nawet jednak przyjmując, że na koszty zagospodarowania odpadów pozostała by wartość 2 zł na 1 m<sup>3</sup>, stanowisko zamawiającego w tym zakresie i tak budzić musi uzasadnione wątpliwości. Podkreślenia bowiem w tym miejscu wymaga, że wybierając jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Porr, zamawiający za rynkową, realną przyjął cenę zagospodarowania odpadów niebezpiecznych podaną przez tego wykonawcę, a opiewającą na kwotę 1 zł za 1m<sup>3</sup> - przy czym jest to koszt wszystkich działań zmierzających do zagospodarowania odpadu niebezpiecznego, w tym odtransportowania ich z terenu inwestycji. Można by więc zadać w tym miejscu pytanie, dlaczego cena podana przez konsorcjum Porr, ustalona przy podobnych założeniach, jak te przyjęte przez podwykonawcę odwołującego, jest rynkowa, natomiast cena odwołującego już nie ?

Odwołujący wskazał, iż w sposób kompleksowy i rzetelny odniósł się do wszystkich pytań zadanych mu przez zamawiającego, a przedstawione przez niego wyjaśnienia, wraz z załączonymi dowodami, potwierdzają, że cena ofertowa odwołującego ma charakter rynkowy, w tym uwzględnia wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający kategorycznie zaprzeczył, jakoby „szukał jedynie pretekstu do odrzucenia oferty”. Przyczyną odrzucenia oferty nie było także to, że odwołujący nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Odrzucenie oferty odwołującego poprzedzone było niezwykle wnikliwą analizą złożonych wyjaśnień, podjętą przez inspektorów odpowiednich branż. To ta wnikliwa analiza doprowadziła do tego, że zamawiający uznał, że oferta odwołującego została skalkulowana nierzetelnie w stopniu, który nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Okoliczność, że wynagrodzenie w ramach przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania jego realności. Zamawiający jest nie tylko zobligowany, ale także zainteresowany tym, aby ustalić, czy w ramach zaoferowanej ceny wykonawca wykona w sposób należyty przedmiot umowy. Nieprawidłowa kalkulacja ceny oznacza nie tylko potencjalną stratę po stronie wykonawcy, który nie będzie miał uprawnienia do podwyższenia ryczałtu, lecz przede wszystkim grozi niewykonaniem w oczekiwanej jakości, terminie. Zamawiający musi zatem, na tym etapie, mieć pewność, że cena została skalkulowana w sposób rzetelny i daje gwarancję należytego wykonania umowy.

W ocenie zamawiającego kwota wynagrodzenia została skalkulowana nierzetelnie w kluczowych robotach, a skala niedoszacowania i nierzetelne wyceny wykluczają możliwość wyboru przedmiotowej oferty. Zamawiający uwzględnił możliwość przerzucania kosztów i możliwości ujęcia w danej pozycji zagregowanych kosztów dla szerszego rodzaju robót. Stąd np. analizując prawidłowość założeń i wyceny sprzętu pływającego i pomocniczego, zamawiający zliczył wszystkie pozycje przewidziane w tym zakresie przez odwołującego. W świetle wyjaśnień odwołującego i złożonych przez niego dokumentów wynika, że nie uwzględnił w swojej ofercie szeregu czynności, które są konieczne dla wykonania zamówienia albo, że wycenił wiele pozycji na podstawie niemożliwych do dochowania założeń. Problemem nie jest zatem to, jakie zostały przyjęte podziały w ramach sporządzania kosztorysów, lecz w oparciu, o jakie założenia odwołujący wycenił ofertę.

Koszt budowy wnęki dokowej- roboty kafarowe.

Zamawiający nie wykluczył możliwości oparcia wyceny w oparciu o oferty innych wykonawców. Wycena taka powinna być jednak oparta na ofertach podmiotów, które posiadają odpowiednie doświadczenie. Wycena danego zakresu robót przez podmiot, który nigdy danego rodzaju robót nie wykonywał i który nie może zostać dopuszczony do realizacji zamówienia w tym zakresie, nie może zostać uznana za wycenę realną i rzetelną. Zamawiający wskazał, że gdy wstawić w kosztorysy odwołującego kwoty wynikające ze złożonych przez niego ofert podwykonawców, którzy przynajmniej formalnie posiadają odpowiednie doświadczenie, to okazuje się, że zasadnicze roboty, stanowiące połowę kontraktu, zostały nie do szacowane w wysokości co najmniej 2.521 165,44 złotych. Zamawiający nie stwierdził, że jedynym odpowiednim dowodem na wykazania prawidłowego skalkulowania oferty byłoby złożenie przez odwołującego oferty podwykonawcy Aarsleff. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że byłoby to pożądane, skoro na doświadczeniu tego podmiotu odwołujący oparł się i dzięki temu uzyskał kwalifikację do zaproszenia do składania ofert. Porównanie jednak oferty złożonej przez Aarsleff innemu wykonawcy, która jest o 25% wyższa od kwoty przewidzianej przez odwołującego, popiera twierdzenie, że kwota przewidziana przez Budimex nie jest kwotą realną i rynkową. Tak znacząca różnica stanowi także wyjaśnienie, dlaczego odwołujący nie doszedł do porozumienia z podwykonawcą, który zobowiązał się wobec zamawiającego do udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący powołuje się w tym zakresie na upusty i rabaty handlowe, które być może mogą mieć zastosowanie, co powoduje, że oferty skierowane przez Aarsleff do dwóch podmiotów mogą być różne. Odwołujący zdaje się jednak zapominać, że oferta Aarsleff została złożona wykonawcy o dużym potencjale na rynku i podobnej pozycji do pozycji odwołującego.

Wywody odwołującego są przy tym niepoparte żadnym dowodem, odwołujący nie zaprzeczył, aby oferta, którą otrzymał od Aarsleff była niższa niż przywołana przez

zamawiającego, w tym nie wykazał, że oferta Aarsleff jest zbliżona do przyjętych przez odwołującego kalkulacji.

Złożone przez odwołującego dowody na rozeznanie rynku przekonują, że rzetelnie skalkulowana cena powinna być wyższa, co najmniej o 2.500.000,00 złotych. Zastrzeżenia zamawiającego nie mają przy tym charakteru podmiotowego, lecz wyłącznie charakter przedmiotowy. Dla wykazania rzetelności oferty nie jest wystarczające automatycznie złożenie oferty przez podwykonawcę. Oferta taka podlega ocenie przez zamawiającego. Odwołujący oczekuje natomiast niejakiego automatyzmu, skoro złożyłem ofertę podwykonawcy na taką kwotę, to oznacza to, że kwota ta jest realna i rynkowa. Brak jest jednak podstaw dla takiego założenia.

Monitoring szczelności elementów konstrukcji palościanki.

Zamawiający stwierdził, iż prawdą jest, że dokumentacja projektowa nie określała szczegółowych wymogów co do wybranej technologii monitoringu, pozostawiając ten wybór wykonawcy. Należy mieć jednak na uwadze, że wykonawca musi zastosować monitoring w technologii adekwatnej do przedmiotu zamówienia, gwarantującej osiągnięcie koniecznych założeń. Przedstawiona przez odwołującego technologia nie gwarantuje należytego monitorowania szczelności elementów konstrukcji palościanki pogrążanej w warunkach morskich. Metoda ta nie jest powszechnie znana. Są to gołosłowne twierdzenia odwołującego, który nie przywołał żadnego przykładu, gdzie technologia ta (opatentowana jako metoda lądowa, w opisie której wprost wyłączono jej zastosowanie morskie) była stosowana w warunkach morskich. Zaskakujące są rozbieżności w twierdzeniach odwołującego, który w wyjaśnieniach twierdził, że koszt monitoringu został ujęty w kosztach ogólnych, a obecnie twierdzi, że w wycenie robót kafarowych Z dogłębnej analizy jednak kosztorysu na roboty kafarowe wynika, że w robotach tych nie dokonano wyceny monitoringu. Wniosek ten wypływa po analizie zaprezentowanych ofertach podwykonawców oraz kosztach materiałowych. Gołosłowne twierdzenie odwołującego, że ujął wszelkie koszty w cenie ryczałtowej, nie oznacza, że ono automatycznie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji prawdziwości tego twierdzenia. Zamawiający dokonał jego oceny w świetle złożonych materiałów. Wszystkie argumenty wskazane w uzasadnieniu dla odrzucenia oferty odwołującego pozostają aktualne.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał, aby przyjęty przez niego monitoring był adekwatny do wykonania przedmiotu zamówienia. Niezasadne są twierdzenia odwołującego, iż zamawiający nie powinien oceniać realności cen przyjętych dla danych zakresów przez odwołującego poprzez odniesienie ich do cen przyjętych przez innych wykonawców.

Koszty prac rozbiórkowych Pirs III w zakresie podniesienia i zatopienia skrzyń żelbetowych.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący nie wykazał, aby przyjęte przez niego założenia były prawidłowe, a w konsekwencji, że cena została skalkulowana rzetelnie. Odwołujący poprzestaje na zaprzeczaniu stanowisku zamawiającego, zdając się zapominać, jakie są zasady rozkładu ciężaru dowodu. Zamawiający przyznał, że nie nałożył na wykonawców obowiązku zastosowania pali prowadzących przy podnoszeniu skrzyń, a wybór szczegółowej technologii jest po stronie wykonawcy. Wykonawca musi jednak wybrać taką technologię i uwzględnić koszty takich robót, które zapewnią bezpieczne i należyte wykonanie robót w warunkach danego zamówienia. Nie jest możliwe wykonanie podniesienia skrzyń bez robót towarzyszących takich, jak np. zastosowanie pali prowadzących, kafara czy dźwigu. Odwołujący nie przedstawił przyjętej przez siebie technologii, ani w ramach wyjaśnień ani w odwołaniu. Nie wykazał, aby możliwe było wykonanie robót obejmujących podniesienie, transport i zatopienie skrzyń w jeden dzień. W świetle wiedzy i doświadczenia zamawiającego, nie jest to możliwe. Wskazanie, że odwołujący przewidział 100.000 zł na jedną skrzynię jest próbą manipulacji złożonym kosztorysem szczegółowym.

Cena za przestawienie doku.

Zamawiający podniósł, że żadne z przywoływanych przez odwołującego pytań nie ma znaczenia dla oceny, czy założenia przyjęte przez odwołującego do wyceny są realne i czy gwarantują w związku z tym pokrycie wszystkich kosztów koniecznych dla wykonania zamówienia. W szczególności przeniesienie światła i wieży dokowej nie stanowią elementu przestawienia doku. Odwołujący nie wykazał, aby przyjęte przez niego założenia są prawidłowe, poprzestając jedynie na postawieniu takiego twierdzenia. W ocenie zamawiającego brak jest dodatkowej rezerwy kosztowej w tym zakresie, a odwołujący nie wykazał, aby tak było. Zamawiający nie kwestionuje, że sprzęt lądowy został objęty innymi pozycjami kosztorysu. Zamawiający zauważył, że podczas operacji przestawiania doku konieczny będzie udział wielu jednostek pływających, od samego początku do jej zakończenia. Zabezpieczenie sprzętu pływającego wyłącznie na cztery godziny nie jest wystarczającą. Zgodnie z informacją uzyskaną przez zamawiającego z Kapitanatu Portu do przeniesienia doku konieczne będzie, co najmniej jeden statek- pilot oraz asysta holownicza składająca się z 2 holowników 1 pchacza albo z 3 holowników plus ewentualnie jeszcze jeden holownik oraz łódź cumownicza. Koszty w tym zakresie nie zostały zabezpieczone w ofercie.

Zapewnienie sprzętu pływającego i pomocniczego.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał, aby oferta zabezpieczała wszystkie konieczne koszty w tym zakresie. W zasadzie treść odwołania potwierdza zasadność zarzutu zamawiającego. Odwołujący przyznał, że koszty sprzętu pływającego i pomocniczego uwzględnił dla 10, a nie 16 miesięcy. Zamawiający naniósł na harmonogram załączony do SIWZ informację, jaki sprzęt pływający i pomocniczy będzie konieczny, w jakim czasie - przy

uwzględnieniu wykonywania części prac z ładu. Jednoznacznie wynika z niego, że sprzęt pływający i pomocniczy konieczny będzie w zasadzie przez cały okres wykonywania zamówienia, zatem przez 16 miesięcy, a nie 10 przyjęte przez odwołującego.

Inne konieczne elementy- koszty ogólne.

Znamiennym było dla zamawiającego to, że odwołujący koszty, których ma świadomość nie jest w stanie uzasadnić, jako objęte w odpowiednich branżach, uwzględnił w kosztach ogólnych. Zamawiający nie ustalił minimalnych kosztów ogólnych w sposób dowolny, lecz w oparciu o wyjaśnienia odwołującego - pozycje według listy odwołującego, jeżeli ich wysokość została wskazana przez odwołującego, to nie została uwzględniona.

Nie jest prawdą, że uzasadnienie nie spełnia wymogów z art. 92 ustawy pzp. Odwołujący wiedział, które z pozycji przez niego wyszczególnionych zostały wycenione przez zamawiającego i na jaką kwotę. Odwołujący nie miał żadnych przeszkód, aby wykazać, czy kwota przyjęta przez zamawiającego jest zawyżona, czy zaniżona. Zamawiający dla zobrazowania, że nie jest możliwe, aby cena ryczałtowa pozwoliła na pokrycie wszystkich kosztów ogólnych przygotował odpowiednie zestawienie - bazując na danych przekazanych przez odwołującego, a w ich braku na wyjaśnieniach innych wykonawców, przyjmując wartość najniższą. Jest to zgodne z wyrokiem KIO - wyrok KIO 616/16 z dnia 10.05.2016 r.

Okoliczność, że niższa stawka podana przez innego wykonawcę została uznana przez zamawiającego za wystarczającą, nie ma znaczenia dla oceny realności stawki odwołującego. Oba podmioty przyjęły bowiem zupełnie inną technologię zagospodarowania odpadu. Stawkę ocenia się zaś w świetle przyjętych założeń oraz przyjętej technologii.

Wszystkie okoliczności, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołującego, były oparte na wezwaniach skierowanych do odwołującego. Wezwania były bardzo szczegółowe, a zacytowane przez odwołującego wyroki KIO nie są adekwatne do warunków niniejszej sprawy. Brak było również podstaw do dalszego wzywania odwołującego do składania wyjaśnień. Zamawiający wezwał odwołującego dwukrotnie, wezwania były bardzo szczegółowe

Przystępujący – konsorcjum Porr, złożył pismo procesowe (z dnia 8 grudnia 2016 roku) – pismo bez załączników oraz dowodów.

Przystępujący – konsorcjum Energopol, złożył pismo procesowe (z dnia 12 grudnia 2016 roku) – pismo bez załączników oraz dowodów.

Odwołujący złożył dodatkowo następujące dokumenty/dowody w sprawie, tj.:

- dowód nr 1 w postaci wykazu umów zawartych przez Budimex z firmą AARSLEFF na okoliczność współpracy z tym wykonawcą oraz lepszej pozycji negocjacyjnej niż inni wykonawcy w tym postępowaniu. Dowód został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa (TP),



- dowód nr 2 w postaci kalkulacji cenowej robót kafarowych z uwzględnienie ofert podwykonawczych BUDIMEX i firmy AARSLEFF na potwierdzenie sposobu wyceny własnej oferty w oparciu o oferty podwykonawców,

- dowód nr 3 w postaci opinii technicznej dot. metody kontroli ciągłości ścianki szczelnej sporządzonej przez prof. A. B. oraz pana prof. G. na okoliczność adekwatności tej metody do przedmiotu zamówienia,

- dowód nr 5 w postaci tabela elementów scalonych, porównanie ofert - na okoliczność, że cena oferty odwołującego nie jest niższa od innych ofert – dotyczy prac rozbiórkowych pirs III,

- dowód nr 6 w postaci pisma e-mail jednej z firm, dotyczy holowania - na okoliczność czasu i kosztu holowania skrzyni (TP) oraz składa dowód w postaci mapki poglądowej - na okoliczność odległości holowania, co ma przełożenie na koszt,

- dowód nr 7 w postaci wykorzystania sprzętu pływającego – analiza harmonogramu zamawiającego w kontekście wykorzystania czasu i założonych kosztów wykorzystania sprzętu pływającego - na okoliczność kosztów wyliczonych sprzętu pływającego przy technologii pracy z łądu,

- dowód nr 8 w postaci oferty podwykonawcy na okoliczność cen dotyczących sprzętu do holowania (TP),

- dowód nr 9 w postaci oferty jednej z firm - na okoliczność kosztów zapór przeciw rozlewowym, przyjętych kosztów ogólnych do prac kafarowych (TP),

- dowód nr 10 w postaci załącznika nr 1 raport ostateczny 25.08.2016 - dotyczącej ryzyk finansowych na okoliczność wysokości wyceny zabezpieczenia należytego wykonania roboty (TP),

- dowód nr 11 w postaci pisma dyrektora GDDKiA do dyrektorów oddziałów GDDKiA w sprawie możliwości wykorzystania odpadów jako materiałów użytecznych do budowy dróg.

Odwołujący złożył również tabelę - analizę wyliczeń zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego w kontekście złożonych wyjaśnień i cen przyjętych przez zamawiającego (3 zestawy tabel) - stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający złożył szczegółową kalkulację „wnęki dokowej” sporządzoną w oparciu o ofertę ARSLEFF oraz drugą - tabela w oparciu o ofertę UW SERVICE.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień i dowodów.

Zdaniem Izby, zamawiający badając cenę ofertową danego wykonawcy ma za zadanie ustalić w sposób maksymalnie obiektywny, a zarazem jednoznaczny, czy cena ofertowa nosi znamiona ceny rażąco niskiej czy też taką ceną nie jest. W orzecznictwie, jak i w doktrynie wykształciły się różnego rodzaju poglądy, które prezentują odmienne stanowiska w zakresie możliwości badania elementów cenotwórczych kształtujących cenę oferty (ostateczną i całkowitą) oraz w zakresie czy przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia możliwe jest badanie ceny ofertowej, w dających się wyodrębnić częściach.

Zdaniem składu orzekającego Izby, każdy przypadek należy oceniać indywidualnie.

W przedmiotowym postępowaniu, charakter głównego świadczenia ma charakter ryczałtowy, a dodatkowo wskazać należy, iż robota obejmująca zamówienie ma być wykonana przez wykonawców w wybranej przez nich technologii przy uwzględnieniu wytycznych, podanych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania (kosztorysy, przedmiary, rysunki, decyzje), które jednak miały wyłącznie charakter pogładowy.

Tym samym, każdy z wykonawców, miał możliwość zastosowania takiego rozwiązania, przyjęcia takiej technologii, która zoptymalizuje jego działania w celu pozyskania tego zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia udzielone przez odwołującego, nie mogą stanowić podstawy, do odrzucenia jego oferty w zakresie elementów, które podnosił zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej/odrzuceniu ofert, albowiem sam sposób realizacji zamówienia, na etapie wykonywania już konkretnych prac będzie podlegał zmianom i modyfikacjom. Jedyne

element, który nie będzie mógł być zmieniony, to cena oferty, która musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją całego zamówienia podstawowego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne, a czynność zamawiającego należało uznać za wadliwą. Przy ryczałcie oraz specyficznej technologii, zindywidualizowanej dla każdego wykonawcy osobno, nie sposób bowiem porównywać rozwiązania oferowanego przez odwołującego do rozwiązań innych wykonawców, albowiem każdy z nich przyjął inny sposób realizacji tego zamówienia.

Co do ceny rażąco niskiej za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych, Izba stwierdziła, że cena odwołującego w tym zakresie, jako cena kosztorysowa, podlega ocenie w zakresie ustalenia czy jest rażąco niska. Izba podtrzymuje wcześniej prezentowane stanowisko, wskazując, co następuje.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie tej ceny, na co odwołujący odpowiedział, składając obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził wręcz jednozdaniowo, że cena zagospodarowania odpadu niebezpiecznego przy przyjętej technologii nie może być uznana za wystarczającą, pokrywającą wszystkie koszty. Nadto wskazać należy, że zamawiający przy ocenie oferty konsorcjum Porr, bezkrytycznie odniósł się do dosyć lakonicznego wyjaśnienia tego wykonawcy, przyjmując je za wystarczające, gdzie cena za wykonanie tej samej czynności była znacznie niższa, albowiem wynosiła 1,23 zł. Już samo porównanie tych dwóch czynności zamawiającego budzić musi wątpliwości, które w konsekwencji musiały doprowadzić do wniosku, iż ocena wyjaśnień odwołującego była wadliwa, a uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego w omawianym zakresie, niewystarczające.

Stanowisko zamawiającego zawarte w złożonej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie potwierdza, że odrzucenie oferty odwołującego dokonane zostało z naruszeniem prawa. Zamawiający bowiem nie dokonał, wbrew swoim twierdzeniom, rzetelnej oceny wyjaśnień odwołującego wraz z dowodami. Twierdzenia zamawiającego były ogólnikowe i gołosłowne, opierające się na wybiórczym porównywaniu pojedynczych cen jednostkowych wynikających z kosztorysu zamawiającego z cenami wynikającym z kosztorysów odwołującego złożonych z wyjaśnieniami ceny, mimo że sam zamawiający przyznał, że dopuszcza możliwość przerzucania kosztów i agregowania kosztów w różnych pozycjach.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2016 r., sygn. akt KIO 1656/16; KIO 1664/16 wskazać należy, że *„Nieuprawnione też jest porównywanie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z innymi wyjaśnieniami pod kątem kompletności informacji tam zawartych - Zamawiający na rozprawie zgłaszał, że inni wykonawcy wezwani do wyjaśnień podali koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Odwołujący takiego kosztu nie podał. Pomijając fakt, że okoliczność ta nie została*

wymieniona wśród podstaw faktycznych odrzucenia oferty, w ocenie składu orzekającego Zamawiający nie ma prawa kwestionować wyjaśnień z tego powodu, że nie zawarto w nich informacji, o które wprost nie poprosił. Jeżeli Zamawiający ma wątpliwości, w której pozycji kalkulacji Odwołujący ujął koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, powinien wezwać do dalszych wyjaśnień”.

Zdaniem Izby, nieuprawnione jest więc twierdzenie zamawiającego, że odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie szeregu czynności. Odwołujący wyjaśniając cenę: posłużył się przedmiarami robót zamawiającego, w których szeregu czynności także nie wymieniono (np. monitoring szczelności elementów konstrukcji palościanki), uwzględnił odpowiedzi zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego w szczególności, że zgodnie z orzecznictwem Izby, sam zamawiający nie wymagał od wykonawców dowodów ogólnie „na wszystko” (dotyczących wszystkich pozycji kosztorysu czy kosztorysu ogólnie), tylko na konkretne okoliczności, wprost wskazane w pismach zamawiającego.

Izba, dzieląc stanowisko odwołującego wskazuje, iż odnośnie robót kafarowych, odwołujący wyjaśnił wycenę tych robót zgodnie z żądaniem zamawiającego (pkt 6 wezwania nr 1 - szczegółowe wyliczenie kosztów i technologii): str. 10-12 wyjaśnień z dnia 7 października 2016r. oraz w poz. 2.2 i 3.2 kosztorysu ofertowego (zał. nr 4 do wyjaśnień nr 1, zał. nr 3 do wyjaśnień nr 2), składając nadto dowody (oferty 3 różnych podmiotów), które potwierdzają, że cena za te roboty jest wyceniona na poziomie rynkowym. Co istotne jedna z firm robót kafarowych Zakład Robót Inżynieryjnych H. C. i H. C. Sp.j. ma duże doświadczenie w wykonywaniu pogrążania długich ścianek z grodziec stalowych i rur (dowód: referencje dla Zakładu Robót Inżynieryjnych H. C. i H. C. Sp.j.). Rynkowość wyceny robót kafarowych potwierdza również oferta złożona przez UW Service Sp. z o.o. (doświadczenia, którego zamawiający nie kwestionuje). Oferta UW Service Sp. z o.o. uwiarygodniła wycenę robót odwołującego.

Zamawiający w piśmie procesowym, inaczej niż w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że oferta podwykonawcy Aarsleff (na zasoby którego to podmiotu powołuje się odwołujący) byłaby jedynie „pożądana”. Jednakże na etapie badania ceny ofertowej, zamawiający zapytał jedynie w wezwaniu nr 2 (pyt. 1), kto będzie podwykonawcą w zakresie robót kafarowych i prosił o potwierdzenie, że podmiot ten będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zapewnił w wyjaśnieniu nr 2, że podwykonawcą będzie Aarsleff Sp. z o.o.

Na potwierdzenie twierdzeń odwołującego, w tym w zakresie wyników z negocjacji z Aarsleff Sp. z o.o., odwołujący złożył protokół z negocjacji. Potwierdza on, iż cena za roboty kafarowe przedstawiona przez odwołującego w wyjaśnieniach jest realna i rzetelna, a przede wszystkim wyższa niż zaoferowana przez Aarsleff Sp. z o.o. odwołującemu. Odwołujący, na rozprawie wskazał, że jest obecnie największym

zleceniodawcą dla Aarsleff Sp. z o.o., dlatego też zasadnym jest twierdzenie o możliwości zróżnicowania oferty Aarsleff Sp. z o.o. dla odwołującego i innych wykonawców (dowód: protokół z negocjacji z Aarsleff Sp. z o.o. (TP)).

Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty wskazał, że co do zasady monitoring szczelności wykonywany jest przez wykonawcę robót kafarowych. Odwołujący wskazał, że nie ma obowiązku, aby oferty wykonawcy robót kafarowych musiały zawierać odrębnie taką pozycję, gdyż co do zasady wartość monitoringu jest marginalna przy robotach kafarowych (dowód: potwierdzenie przez Zakład Robót Inżynieryjnych H. C. i H. C. Sp.j. objęcia ofertą na roboty kafarowe monitoringu szczelności). Sam zamawiający monitoringu szczelności nie wykazuje, jako odrębnej pozycji przedmiarowej w ramach robót kafarowych. Na tej zasadzie w kosztorysach złożonych z wyjaśnieniami odwołujący też tej pozycji nie ujął odrębnie. Jednakże na wezwanie nr 1 zamawiającego, odwołujący podał koszt monitoringu.

Zamawiający przyznał, że s.i.w.z. nie narzucała technologii monitoringu szczelności. Nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie zamawiający uznał, że technologia monitoringu opisana w wyjaśnieniach przez odwołującego jest nieadekwatna do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z s.i.w.z., gdyż specyfikacja istotnych warunków zamówienia w ogóle nie określała technologii monitoringu. Na etapie wyjaśniania ceny odwołujący w wyjaśnieniach nr 1 pkt. 6a opisał i wycenił technologię monitoringu (str. 12, dowód nr 32). Zamawiający w wezwaniu nr 2 nie zadał w tym zakresie żadnego dodatkowego pytania, nie zgłosił jakichkolwiek wątpliwości, a odwołujący w wyjaśnieniach nr 1 (str. 12) i wyjaśnieniach nr 2 (str. 3) zapewnił, że dodatkowy monitoring zapewniony będzie przez nurków. Ponadto, jak to wynika z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, różnice w wycenie monitoringu szczelności nie różnią się rażąco pomiędzy wykonawcami. Istotne jest jednak to, iż nie sposób porównywać owych wycen, skoro każdy z wykonawców przyjmował do wyceny monitoringu zgodnie z s.i.w.z. inną technologię jego wykonania.

Tak jak we wcześniejszych pozycjach, Izba wskazuje, iż zamawiający nie narzucił technologii wykonania zamówienia, w tym przypadku - przestawienia doku. Wycena tych robót w ofercie odwołującego, została przyjęta na podstawie jego doświadczenia, co do potrzebnych wymagań sprzętowych i czasu na wykonanie tych prac.

Odwołujący w wyjaśnieniach nr 1 w punkcie 15 wyraźnie wyjaśnił, iż posiada wiedzę, że operacja powinna być realizowana przez 3 holowniki, jednak dla bezpieczeństwa założył 4 (a 5 holownik odwołujący ma skalkulowany do obsługi budowy w kosztach ogólnych). Ponadto założono czas na przeholowanie doku, przyjmując 4 godziny. Łączna kwota wyniosła 72.874,55 zł, podczas gdy w TES z dodatkową rezerwą podano kwotę 94.726,34 zł. Odwołujący, zgodnie z wyjaśnieniami nr 2 skalkulował w kosztach ogólnych 2 pracowników i podnośnik teleskopowy, co też stanowi rezerwę dla operacji przestawienia doku.

Prawidłowość wyceny tych robót przez odwołującego potwierdza dowód pochodzących od zamawiającego. Bazując na przedłożonym przez zamawiającego, przy piśmie procesowym dowodu - piśmie Kapitanatu Portu Gdynia, można stwierdzić, że odwołujący prawidłowo przyjął sprzęt do wykonania prac i jak najbardziej posiada rezerwy przedstawione powyżej, gdyż Kapitanat wymaga obligatoryjnie 3 holowników przy holowaniu doku.

W zakresie zapewnienia sprzętu pływającego i pomocniczego, Izba wskazuje, że wyliczenia zamawiającego nie uwzględniają założeń technologii odwołującego opisanych w wyjaśnieniach nr 1. Zamawiający nie uwzględnił realizacji prac z ładu, a taką właśnie technologię zaproponował i wycenił odwołujący. Tym samym zamawiający nie mógł bazować, przy ocenie wyjaśnień, na harmonogramie, wg. którego okres realizacji zagraża terminowemu ukończeniu zadania zadeklarowanego przez odwołującego i innych wykonawców, a sposób realizacji przewiduje wykonanie całości prac kafarowych sprzętem pływającym z wody. Odwołujący w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 4 do wyjaśnień nr 1 oraz w szczegółowej kalkulacji robót kafarowych stanowiącej załącznik nr 3 do wyjaśnień nr 2 wykazał w odrębnych pozycjach sprzęt pływający i pomocniczy wyłącznie na potrzeby robót rozbiórkowych i kafarowych - pozycje 2.1.3, 2.2.6, 3.1.4 i 3.2.10. Zamawiający nie wniósł o wyszczególnienie tego sprzętu w wezwaniach do wyjaśnień, a inni wykonawcy, ceny sprzętu uwzględnili w cenach jednostkowych, dlatego też nie sposób dokonać prawidłowego porównania ofert.

Odwołujący wskazał, że czas potrzebny na korzystanie ze sprzętu pływającego i pomocniczego wymienionego w ofercie wyłącznie do prac kafarowych jest zdeterminowany przyjętą przez odwołującego, zgodnie z s.i.w.z. technologią robót z ładu, co pozwoliło odwołującemu przyspieszyć tempo realizacji prac i skrócić prace z wody do 3 miesięcy. Sprzęt do prac pogłębiarskich, wykonania umocnienia dna, czy przygotowania podłoża i zasypania skrzyń uwzględniony został w cenach jednostkowych kosztorysu ofertowego, do czego zamawiający nie miał zastrzeżeń. Sprzęt pływający i pomocniczy wyceniony został stosownie do pozostających w zgodności z s.i.w.z. zamierzeń realizacji robót z ładu. Izba wskazuje nadto, iż odwołujący opisał w wyjaśnieniach nr 1 pkt 14, że prace wykona w części z ładu, a reszta ujęta jest w ramach zryczałtowanej stawki za prace czerpalne.

Izba wskazuje, że odwołujący wymienił w punkcie 2 wyjaśnień nr 2, zgodnie z wezwaniem nr 2 - pytanie 2, jakie pozycje zostały ujęte w kosztach ogólnych. Są to wyłącznie pozycje dotyczące całości inwestycji bądź rezerwy założone przez odwołującego (jak monitoring szczelności ścianki przez nurków).

Odnośnie kosztów zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, Izba wskazuje że niezrozumiale jest stanowisko zamawiającego, w sytuacji gdy odwołujący przyjął taką samą technologię zagospodarowania odpadu (remediację) jak wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. konsorcjum Porr. Cena ofertowa odwołującego jest znacząco

wyższa od ceny konsorcjum Porr i NDI: odwołujący - 16,80 zł za 1 m<sup>3</sup>, konsorcjum Porr - 1,23 zł za 1 m<sup>3</sup>, konsorcjum NDI - 1,08 zł za 1 m<sup>3</sup>. Nie sposób więc przyjąć, że cena jednostkowa odwołującego została zaniżona.

Nie budzi wątpliwości, że ciężar dowodzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa przede wszystkim na wykonawcy, który taką ofertę składa. Nie oznacza to jednak, że zamawiający posiada dowolność, oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Jak wskazuje się w doktrynie „(...) prawo zamówień publicznych przewiduje określoną procedurę postępowania w sytuacji stwierdzenia stosowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu stosowania rażąco niskiej ceny musi zostać poprzedzone szczegółowym badaniem oferty, co do której istnieje podejrzenie, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego. (...) ocena oferty wykonawcy pod kątem stosowania rażąco niskiej ceny nie może się opierać na przypuszczeniach, które nie mają żadnego uzasadnienia. Zamawiający jest bowiem zobligowany uzasadnić fakt że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji - możliwe staje się jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p. (...) ostateczna ocena w przedmiocie stosowania rażąco niskiej ceny należy do zamawiającego (co potwierdza treść przepisu art. 90 ust. 1-3 p.z.p.). Pomimo jednak pewnej samodzielności zamawiającego w tym przedmiocie, decyzja o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) musi być uzasadniona - poparta wyjaśnieniami i dowodami.” (Sieradzka Małgorzata. Wykładnia pojęcia rażąco niskiej ceny w świetle orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych. Glosa, 2012, nr 1, s. 82-89).

SO w Olsztynie wskazał, że „przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 3 Pzp ocenie Zamawiającego i jako takie powinny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo z obowiązkiem zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień” (wyrok SO w Olsztynie, IX Wydz. Cyw. Odwoławczy, z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt IX Ca 39/15).

W ocenie Izby, z tego względu, w tym postępowaniu zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i nie uzasadnił dłaczego, jego zdaniem, cena oferty odwołującego posiada przymiot ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 kwietnia 2016 r. (KIO 499/16) „przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów ceny, ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”. Odwołujący udowodnił zamawiającemu, że zaoferowana cena nie posiada przymiotu rażąco niskiej, a przedstawione wyjaśnienia są należycie umotywowane i poparte odpowiednimi dowodami. W wyjaśnieniach odwołującego

opisano wszelkie elementy, które miały charakter cenotwórczy i istotnie wpływały na końcową cenę oferty. Wybiórcze przywoływanie przez zamawiającego cen jednostkowych z wyjaśnień odwołującego, które nie mają istotnego przełożenia na wysokość ceny końcowej, nie dowodzi rażąco niskiego charakteru tej ceny. Procedura z art. 90 ust. 1 Pzp ma bowiem prowadzić do ustalenia, czy zaoferowana cena jest realna, a w konsekwencji, czy przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane należycie.

W świetle powyższego, zamawiający mając wątpliwości, co do użytych technologii, składników ceny oferty, metody sporządzenia kosztorysu powinien był wezwać odwołującego do wyjaśnienia tych elementów.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy więc uznać, że zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień odwołującego, poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu, nie podając szczegółowego, merytorycznego uzasadnienia swojego stanowiska i nie odnosząc się do przedłożonych z wyjaśnieniami dowodów.

W związku z powyższym Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego była wadliwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

### **KIO 2230/16**

Dnia 25 listopada 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation „EVRASCON”, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Energopol”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu czynności odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, pomimo tego, że oferty te winny być odrzucone z uwagi na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych;



- 2) zaniechaniu czynności odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, pomimo tego, że oferty te winny być odrzucone z uwagi na to, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych, jak również wymagania zamawiającego w zakresie jej przygotowania;
- 3) zaniechaniu czynności odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, pomimo tego, że oferty te winny być odrzucone z uwagi na to, że zawierają one cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę cenę za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych;
- 4) zaniechaniu czynności wezwania konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo zaoferowania ceny rażąco niskiej, jeżeli idzie o zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych,
- 5) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Porr, pomimo tego, że oferta ta podlega odrzuceniu;
- 6) zaniechaniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego, który jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI w sytuacji, gdy oferty te podlegają odrzuceniu z uwagi na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity; Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm. dalej „UZNK” ), tj.:
  - art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK - poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w wyniku zaoferowania ceny oferty za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych poniżej kosztów świadczenia tego typu usługi w celu eliminacji innych przedsiębiorców, ewentualnie
  - art. 3 ust 1 UZNK - poprzez niedopuszczalne kalkulowanie ceny za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych w sposób nierentowny, który odbiega od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, i przerzucanie tych kosztów do innych cen, przy założeniu, że zbilansują się one poprzez wykonywanie innych czynności, które na pewno będą wykonane, w stosunku zaś do czynności, które miał wycenić, a które podlegały również ocenie w kryterium oceny ofert zaoferował ceny nierealne zakładając, że nie będzie musiał wykonywać w ogóle tych czynności, ewentualnie w niewielkim zakresie w stosunku do przyjętych przez zamawiającego założeń, które to działalnie jest sprzeczne

z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażając lub naruszając interes innego przedsiębiorcy (w tym przypadku zamawiającego i odwołującego),

2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI w sytuacji, gdy oferty te podlegają odrzuceniu z uwagi na to, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- wobec zaoferowania przez te podmioty cen nierealnych, zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, co oznacza, że wykonawcy Ci nie zrealizują tej usługi zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz przepisami bezwzględnie obowiązującego prawa w tym zakresie;

- wobec zaoferowania przez te podmioty cen nierealnych, zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, co może oznaczać, że koszty usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych zostały przeniesione do wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót podstawowych, co należy uznać za czynność niedopuszczalną i nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w świetle jasnych i precyzyjnych wymogów zamawiającego w tym zakresie,

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, pomimo tego, że oferty te winny być odrzucone z uwagi na to, że zawierają one cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę cenę za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych;

4) art. 90 ust 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny dotyczącej zagospodarowania odpadu niebezpiecznego, w sytuacji, gdy cena nawet nie wydaje się być rażąco niska, ale jest ceną rażąco niską;

5) art. 91 ust 1 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie jego właściwego zastosowania, przejawiające się tym, że wybrano ofertę konsorcjum Porr, która to oferta podlega odrzuceniu, a zaniechano wyboru oferty konsorcjum Energopol, która jako jedyna nie podlega odrzuceniu;

6) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez wybór wykonawcy, którego oferta zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie powinna być wybrana, i w konsekwencji nie powinno mu zostać udzielone zamówienie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił on czynność wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Porr;

- 2) nakazanie zamawiającemu, aby przeprowadził on czynność ponownego badania i ocenę ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu, aby dokonał on czynności odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, ew. konsorcjum Budimex (jeżeli konsorcjum to będzie brało udział w ponownej ocenie i badaniu ofert), z uwagi na to, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również zawierają one rażąco niską cenę;
- 4) ewentualnie nakazanie zamawiającemu, aby dokonał on czynności odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, ew. konsorcjum Budimex (jeżeli konsorcjum to będzie brało udział w ponownej ocenie i badaniu ofert), z uwagi na to, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również zawierają one rażąco niską cenę, po uprzednim wezwaniu Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w zakresie zagospodarowania odpadów niebezpiecznych;
- 5) nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, tj. konsorcjum Energopol;
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie przed składem orzekającym Krajowej Izby Odwoławczej,
- 7) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu gospodarki odpadami na okoliczność:
  - wskazania rodzaju potencjalnych substancji niebezpiecznych, jakie mogą wystąpić w przypadku odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* przy realizacji przedmiotowego zamówienia;
  - wskazania dostępnych na rynku i opisanie metod zagospodarowania odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* przy uwzględnieniu substancji, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotowego zamówienia, wskazania ewentualnych ryzyk zanieczyszczenia środowiska związanych z daną metodą;
  - wskazania cen rynkowych na zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* w zależności od zastosowanej metody, wskazaniu cen rynkowych transportu tego typu odpadu;
  - oceny czy jest możliwe zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* przy założeniu przyjętej przez zamawiającego ilości tj. 50.000 m<sup>3</sup> w cenach zaoferowanych w ofertach: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI.

8) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, albowiem najpierw złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie został zaproszony do złożenia oferty i złożył ofertę. Przy czym jego oferta, jako jedyna nie podlega odrzuceniu, albowiem z przyczyn opisanych szczegółowo w niniejszym odwołaniu oferty pozostałych czterech konsorcjów winny zostać odrzucone. W wyniku natomiast dokonanych przez zamawiającego nieprawidłowych czynności oraz zaniechań, odwołujący pomimo tego, że jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, to jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i w konsekwencji poniesie on z tego tytułu szkodę chociażby z uwagi na nieuzyskanie założonego zysku. Ponadto opisane w odwołaniu nieprawidłowe czynności i zaniechania zamawiającego, mają niewątpliwie istotny wpływ na jego wynik.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający przewidział ryzyko wystąpienia odpadów niebezpiecznych, odpadów, które należy zakwalifikować do odpadów niebezpiecznych o kodzie 17 05 05\*, a zatem odpadu, które stosownie do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. poz. 1923) został zaklasyfikowany jako - urobek z pogłębiania zawierający lub zanieczyszczony substancjami niebezpiecznymi. Jednocześnie poprzez dodanie obok kodu symbolu, odpad ten traktowany jest jako niebezpieczny zgodnie z objaśnieniami znajdującymi się w przywołanym rozporządzeniu. Zamawiający przyjął na potrzeby porównania i oceny ofert ilość 50.000 m<sup>3</sup> odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\*. Tym samym wykonawcy zobligowani byli przygotować ofertę cenową w zakresie zagospodarowania odpadu niebezpiecznego przy takim właśnie założeniu. Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że na potrzeby tego właśnie świadczenia wykonawcy będzie prowadzone odrębne rozliczenie wyłączone z wynagrodzenia ryczałtowego odnoszącego się do robót podstawowych wynikających z dokumentacji projektowej. Tym samym cena ofertowa za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego jest autonomiczną i samodzielną ceną ofertową, stanowiącą jednocześnie treść oferty, albowiem dotyczącą istotnego elementu całego zakresu świadczeń, które winien spełnić wykonawca. Cena za zagospodarowanie odpadów była również brana przez zamawiającego do ceny łącznej, która została podstawiana do obliczenia punktacji przy kryterium oceny ofert w postaci ceny. Nie miała ona zatem tylko i wyłącznie informacyjnego charakteru, ale wyznaczała wysokość świadczenia pieniężnego jakie będzie zobligowany

wykonać zamawiający na rzecz wykonawcy za wykonanie tej usługi. Co istotne cena winna być ceną realną za wykonanie tego typu usługi uwzględniającą rodzaj niebezpiecznego odpadu do zagospodarowania, obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa. Jednocześnie zamawiający zakazał w sposób wyraźny umieszczenia tej ceny, czy też jej części składowych w cenie ryczałtowej, która odnosi się do wykonania podstawowego zakresu robót budowlanych do wykonania. Oczekiwał zatem wyodrębnienia tej ceny.

Takie działanie zamawiającego (potwierdza to sam zamawiający w swoim piśmie z dnia 9 września 2016 r.) było podyktowane tym, aby stworzyć wykonawcom równe warunki udziału w postępowaniu tj. aby ofertowali oni w tym zakresie przy założeniu potencjalnego wystąpienia odpadów niebezpiecznych w ilości właśnie 50.000 m<sup>3</sup>. W przypadku bowiem braku odseparowania tego rozliczenia od ceny ryczałtowej za wykonanie robót budowlanych, każdy z wykonawców przyjmowałby inne ryzyko kontraktowe trudne do oszacowania na tym etapie. Ponadto tego typu zachowanie narażałoby zamawiającego na zarzut niegospodarności, z uwagi na to, że w przypadku braku wystąpienia odpadów niebezpiecznych, i przewidzeniu takiego ryzyka przez wykonawców w swojej ofercie cenowej ryczałtowej, płaciłby wykonawcom cenę ryczałtową w umówionej wysokości, pomimo tego, że wykonawca nie wykonywałby czynności zagospodarowania odpadu niebezpiecznego w przypadku braku jego wystąpienia.

Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem wykonawców było przygotowanie rzetelnej i realnej oferty cenowej w zakresie zagospodarowania odpadów niebezpiecznych o kodzie 17 05 05\*, z podaniem jej w odrębnym kosztorysie od oferty cenowej dotyczącej ceny ryczałtowej. Wykonawcy nie mogli umieścić tej ceny, lub jej elementów składowych w cenie ryczałtowej za wykonywanie robót budowlanych. Ponadto wykonawcy byli zobligowani do przyjęcia założenia, że odpad niebezpieczny o kodzie 17 05 05\* w takiej właśnie ilości wystąpi i co więcej wobec braku szczegółowych informacji w tym zakresie winni oni przewidzieć, że mogą wystąpić tam substancje o najcięższym zanieczyszczeniu, które należy zagospodarować w instalacji lub urządzeniu w rozumieniu ustawy Prawo ochrony środowiska.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jedynie Jego cena w zakresie tego świadczenia jest ceną realną, które dotyczy tylko tego świadczenia i nie została w żaden sposób ukryta w cenie ryczałtowej za roboty budowlane. Uwzględnia ona wszelkie koszty z tym związane, w tym transport, opłaty, zagospodarowanie itp. O braku jakiegokolwiek realności cen za zagospodarowanie odpadu, które zaoferowały cztery konsorcja (ceny od 1,08 zł do 43,20 zł za 1 m<sup>3</sup>) świadczy to, że z uwagi na to, że jest odpad niebezpieczny, to nie ma realnej możliwość skutecznego zagospodarowania tego odpadu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, za takie ceny jakie zaoferowały cztery konsorcja przy uwzględnieniu charakteru przedmiotu zamówienia

oraz czasu potrzebnego na jego realizację. Ponadto z uwagi na to, że odpad o takim numerze katalogowym jest odpadem niebezpiecznym, to jego transport również może się odbywać tylko i wyłącznie przy użyciu specjalistycznych firm transportowych, posiadających przystosowane do tego specjalistyczne pojazdy posiadające odpowiednie wyposażenie, prowadzone przez kierowców posiadających odpowiednie przeszkolenie o świadectwa - w oparciu o Umowę ADR czyli Europejską Umowę dotyczącą międzynarodowego przewozu drogowego towarów niebezpiecznych.

Nie można też tracić z pola widzenia tego, że z gospodarowaniem odpadami wiąże się ponoszenie opłaty za korzystanie ze środowiska. Zgodnie z § 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 października 2015 r. w sprawie opłaty za korzystanie ze środowiska (Dz. U. poz. 1875 z późn. zm.), rozporządzenie określa jednostkowe stawki opłat za m.in. umieszczenie odpadów na składowisku. Stosownie zaś do załącznik nr 2 do tego rozporządzenia za umieszczenie odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* opłata wynosi 28,47 zł za Mg (czyli tonę). Tymczasem zamawiający wymagał podania ceny za 1 m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadu. Przy tego typu odpadach przyjmuje się przelicznik, że na 1 m<sup>3</sup> odpadu wchodzi ok. 1,5 Mg odpadu. Tym samym kwotę 28,47 zł jeżeli idzie o opłatę, o której mowa w przywołanym rozporządzeniu należy pomnożyć jeszcze przez 1,5, Co daje nam kwotę ok. 42,00 zł samej opłaty za korzystanie ze środowiska w przypadku 1 m<sup>3</sup> zagospodarowanego odpadu. Tymczasem 4 konsorcja zaoferowały ceny za 1 m<sup>3</sup> zagospodarowania odpadu odpowiednio: 1,08 zł, 1,23 zł, 16,80 zł i 43,20 zł.

Koszt transportu odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* zgodnie z tym co pisze sam zamawiający w swoim piśmie z dnia 16 listopada 2016 r., o wyborze oferty najkorzystniejszej to kwota ok. 11,00 zł (str. 6 pisma). Według wiedzy odwołującego transport odpadu niebezpiecznego to kwota przekraczająca 100 zł za tonę.

Wreszcie na cenę tę składa się przyjęcie tego odpadu na składowisko przez podmiot do tego uprawniony. Która to cena kształtuje się na poziomie kilkuset złotych za 1 Mg. Odwołujący przygotowując swoją ofertę cenową w tym zakresie przeprowadził wnikliwą analizę rynku, opierając swoją ofertę o oferty cenowe pochodzące od podmiotów świadczących profesjonalnie usługę gospodarowania odpadami, zdolnych i uprawnionych do zagospodarowania odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* (dowód: oferta cenowa Milex sp. z o.o. z dnia 12 września 2016 r., oferta Przedsiębiorstwa COMAL Sp. z o.o. z dnia 12 września 2016 r.; oferta cenowa Port Service sp. z o.o. z dnia 08 września 2016 r. w postaci wydruku z poczty e-mail, cennik za przyjęcie odpadów do zakładu ZGO PUKININ nr 140, oferta PRESSEKO Sp. z o.o. z dnia 24 listopada 2016 r.).

Na wysokość kosztów zagospodarowania odpadów niebezpiecznych o kodzie 17 05 05\* wskazuje również Ministerstwo Środowiska. W swoim piśmie z dnia 7 października 2014 r. (DG0-070-5/40339/14/IAG) jest mowa m.in. o tym, że: „*Odnosząc się do informacji*

*zawartych w powyżej powołanym piśmie, zgodnie z którymi „koszt zagospodarowania zanieczyszczonego urobku z Portu Gdynia wraz z jego dowozem do Szczecino wynosi ok. 250 zł/m<sup>3</sup> w cenach bieżących, co w ogólnym rozrachunku dałoby kwotę 500 mln zł” (dowód: pismo MŚ z dnia 7 października 2014 r. (DGO-070-5/40339/14/IAG)).*

Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe wykonania zagospodarowania odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* za ceny, jakie zaoferowały w tym zakresie: konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI - przy wykorzystaniu metody bioremediacji. Na zastosowanie takiej metody mogą wskazywać wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Budimex, konsorcjum Porr oraz konsorcjum Strabag.

Abstrahując od pewnych ograniczeń faktycznych uniemożliwiających w pełni zastosowanie tej metody w celu skutecznego pozbycia się substancji niebezpiecznych (np. metoda ta wymaga długiego okresu czasu, nie eliminuje wszystkich substancji niebezpiecznych np. metali ciężkich, jest ona skuteczna przy małej ilości odpadu) to do jej zastosowania nie wystarczy tylko zakup mikroorganizmów, które zostaną wykorzystane do usunięcia substancji niebezpiecznych, ale również inne zdecydowanie większe koszty jak np. przygotowanie specjalnego pola posiadającego stosowne zabezpieczenia, które będą chronić przed przedostaniem się chociażby zanieczyszczonych odcieków z wydobytego urobku. Poza tym, nie jest możliwe przeprowadzenie skutecznego zagospodarowania odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* w ilości 50.000 m<sup>3</sup> przy użyciu mikroorganizmów w takiej ilości jak pisze w swoich wyjaśnieniach konsorcjum Porr. Zgodnie z wyjaśnieniami konsorcjum Porr koszt to 45.000 zł (2 250 l x 20 zł). A zatem według wyjaśnień konsorcjum Porr dla skutecznego zagospodarowania odpadu niebezpiecznego wystarczy użycie środka w ilości „0,2 szklanki” na m<sup>3</sup>. Tymczasem według opinii specjalistów absolutne minimum to 2,5 litra na m<sup>3</sup>, czyli przynajmniej 125 000 litrów (dowód: wyjaśnienia konsorcjum Porr z dnia 7 października 2016 r., pismo BIOALT Sp. z o.o. z dnia 24 listopada 2016 r., pismo GdeLeko J. K. z dnia 24 listopada 2016 r.).

W kontekście powyższych wywodów odnoszących się do nierealnej ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 05 05\* odwołujący opowiedział się za stanowiskiem, że mamy w tym przypadku do czynienia z sytuacją, gdy cztery konsorcja zaoferowały cenę za usługę zagospodarowania odpadu niebezpiecznego zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia tej usługi, jak zostało to bowiem opisane powyżej same koszty związane chociażby z transportem, czy też ponoszeniem opłaty środowiskowej wielokrotnie przewyższają ceny zaoferowane przez 4 konsorcja, nie mówiąc już o cenie za przetworzenie odpadu. Biorąc zaś pod uwagę to, że oferty zostały złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, a zatem w sytuacji rywalizacji pomiędzy firmami, przy uwzględnieniu również tego, że prace tego typu w naszym kraju są wykonywane nader rzadko, to działanie takie należy uznać za działanie, które nakierowane było na eliminację

pozostałych rywalizujących o uzyskanie tego zamówienia wykonawców, będących przedsiębiorcami. Tego typu zachowanie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej odwołujący wskazał na to, że nawet gdyby hipotecznie przyjąć, że konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr oraz konsorcjum NDI zaoferowały ceny zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia rzeczonyj usługi, w związku z tym, że koszty te zostały przeniesione do ceny ryczałtowej za wykonania robót budowlanych, co mogą pośrednio potwierdzać wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Budimex i konsorcjum Porr, a w przypadku zaś wszystkich czterech konsorcjów zaoferowana cena za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego, to tego typu działanie należy również uznać za działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W opisanie w tym przepisie zachowanie wpisuje się zachowanie polegające na manipulowaniu cenami, polegające w tym przypadku na tym, że cztery konsorcja mogły celowo zaoferować cenę zagospodarowania odpadu nierealną i zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia tej usługi, po to by ewentualny ich koszt został pokryty z wynagrodzenia zasadniczego (ryczałtowego), a w przypadku zaś braku wystąpienia konieczności zagospodarowywania odpadu niebezpiecznego, oznaczałoby to, że wykonawcy ci otrzymaliby i tak wynagrodzenie za usługę, której nie świadczyli. Zamawiający bowiem musiałby im zapłacić wynagrodzenie ryczałtowe, czyli wynagrodzenie, które należy się w ustalonej z góry wysokości bez względu na rozmiar prac, w którym to wynagrodzeniu zostały ujęte również ewentualne koszty usługi zagospodarowania odpadów. Przy braku konieczności świadczenia usługi zagospodarowania odpadu niebezpiecznego, ewentualnie świadczenia jej w rozmiarze mniejszym, aniżeli przewidział to zamawiający, zostałby on zmuszony przez wykonawców do niegospodarnego działania, polegającego na wydawaniu publicznych środków pomimo braku ekwiwalentnego świadczenia w zamian. Taki też był cel wprowadzenia przez zamawiającego odrębnego kosztorysu dla tej usługi i wydzielania jako odrębnej i autonomicznej ceny usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z ceny ryczałtowej za roboty budowlane. Zamawiający chciał bowiem płacić za faktycznie wykonaną usługę. Tym samym, jeżeli rzeczywiście koszty te zostały wliczone do ceny ryczałtowej to wobec wyraźnego zakazu zamawiającego w tym zakresie, potwierdza to dodatkowo bezprawność zachowania wykonawców, których oferty są kwestionowane.



Opisane zatem powyżej manipulowanie cenami, jeżeli taka byłaby argumentacja zamawiającego lub pozostałych czterech konsorcjów, których oferty są kwestionowane w niniejszym odwołaniu, przy wyjaśnianiu tego dlaczego zaoferowali ceny zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, oznacza naruszenie art. 3 ust 1 UZNK.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w całości podtrzymał zaprezentowane stanowisko dotyczące zaoferowania przez konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI ceny za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zdecydowanie poniżej kosztów świadczenia tej usługi, jak również bezprawnego działania polegającego na niedopuszczalnym przeniesieniu tych kosztów do wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót budowlanych (jeżeli rzeczywiście w taki sposób zostało to uczynione).

W kontekście powyższego zachowanie oznaczające zaoferowania usługi zagospodarowania odpadu niebezpiecznego poniżej kosztów świadczenia tej usługi, należy również rozpatrywać w kategorii nieodpowiadania treści oferty treści s.i.w.z. Zaoferowanie bowiem usługi zdecydowanie poniżej faktycznych chociażby kosztów koniecznych do należytego świadczenia tej usługi. Oznacza to, że wykonawcy, których oferty są kwestionowane w odwołaniu zaoferowali produkt (usługę), która nie będzie spełniać oczekiwań zamawiającego tak np. co do sposobu wykonania (zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa), czy też żądanej ilości. Skoro bowiem za zaoferowaną cenę nie ma możliwości należytego wykonania usługi, to znaczy, że wykonawcy zaoferowali usługę, której wykonanie nie będzie odpowiadało postawionym przez zamawiającego wymaganiom, jak również przepisom bezwzględnie obowiązującego prawa odnoszącym się do gospodarowania odpadami, które również wyznaczają sposób spełnienia tego świadczenia.

W sytuacji natomiast gdyby przyjąć, że ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego (wynikające z odrębnego kosztorysu w ofercie) co prawda są nierealne, ale faktyczne koszty zostały włączone do wynagrodzenia ryczałtowego, to takie zachowanie konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, również należy ocenić jako złożenie oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w całości podtrzymuje zaprezentowane stanowisko odnoszące się do nierealności ceny zaoferowanej przez konsorcjum Budimex, konsorcjum Strabag, konsorcjum Porr, konsorcjum NDI, zaprezentowane przy omawianiu zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że co prawda, co do zasady rażąco niska cena odnosi się do całości wynagrodzenia, niemniej jednak w pewnych przypadkach można zastosować

przepisy PZP o rażąco niskiej cenie (w tym przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP). W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy mamy do czynienia z istotnym elementem zamówienia w całym jego zakresie, a dodatkowo mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, liczonym obmiarowo. Tak jest w przypadku przedmiotowego zamówienia. Koszty (realne) wykonania usługi zagospodarowania odpadu niebezpiecznego wynoszące kilkanaście milionów (przy założeniu 50.000 m<sup>3</sup> odpadu) stanowią w całej cenie zamówienia dość znaczną część. Przy czym co istotne te 50,000 m<sup>3</sup> to jest tylko pewne założenie zamawiającego przyjęte na potrzeby oceny i porównania ofert. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której faktyczna ilość odpadów niebezpiecznych do zagospodarowania może tę ilość przekroczyć, co w konsekwencji będzie oznaczało, że ten koszt w całym budżecie inwestycji stanowić będzie przynajmniej połowę kosztu wykonania robót budowlanych, za które wykonawca ma otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe.

#### Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż opisane powyżej przypadki naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowią autonomiczne przesłanki do odrzucenia oferty, niemniej jednak, jeżeli ponowna ocena ofert miałaby być dokonana również przez pryzmat tego, czy nie mamy do czynienia z ofertami zawierającymi rażąco niską cenę, to konsorcjum NDI przed podjęciem decyzji o odrzuceniu tej oferty również na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, musiałoby być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W kontekście powyższych wywodów wybór oferty konsorcjum Porr, jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu należy uznać za czynność naruszającą przepis art. 91 ust 1 ustawy Pzp. W taki sam sposób należy potraktować zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji gdy jest to jedyna oferta, która spełniła postawione przez zamawiającego wymagania, i jako jedyna nie podlega odrzuceniu.

#### Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Opisane naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP, sprawiają również to, że zostaje naruszona jedna z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zachowujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, wyrażona w art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Również zasada, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zostaje naruszona poprzez takie zachowanie zamawiającego. Dokonał on bowiem wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że wszystkie zarzuty odwołania odnoszą się do zaproponowanej przez innych wykonawców stawki za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych. Odwołujący uważa, że z uwagi na wysokość zaproponowanych stawek mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, rażąco niską ceną oraz niezgodnością z s.i.w.z. Mając na uwadze to, że interes prawny we wniesieniu odwołania ocenia się w świetle podniesionych zarzutów, zamawiający stoi na stanowisku, że odwołujący z tego powodu nie ma w warunkach przedmiotowej sprawy interesu prawnego.

Zdaniem zamawiającego, przytoczone przez odwołującego wyroki KIO nie są adekwatne w niniejszej sprawie. Ponadto, nieuzasadniony jest zarzut, iż koszty związane z zagospodarowaniem zanieczyszczonego urobku nie mogą być w części objęte ceną ryczałtową. Nie jest również prawdą, że uwzględnienie części kosztów zagospodarowania zanieczyszczonego urobku w cenie ryczałtowej oznacza niezgodność oferty z s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że nie nałożył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązku, aby stawka jednostkowa obejmowała wszystkie koszty związane z wydobyciem i zagospodarowaniem urobku stanowiącego odpad niebezpieczny. Zamawiający przewidział jedynie, że jeżeli okaże się, że urobek będzie stanowił odpad niebezpieczny, to jego zagospodarowanie rozliczane będzie powykonawczo, według stawki jednostkowej. Ani w treści s.i.w.z. ani w wyjaśnieniach do modyfikacji s.i.w.z. nie sposób odnaleźć wymogów dla zakresu kalkulacji stawki jednostkowej. Nieuprawnione są również próby wyinterpretowania z wprowadzenia elementu kosztorysowego do wynagrodzenia, zakazu włączenia części kosztów związanych z urobkiem zanieczyszczonym do ceny ryczałtowej. Byłoby to ponadto zupełnie nieracjonalne w warunkach niniejszego zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót czerpalnych, w tym wydobycie urobku do określonej rzędnej - wydobycie odpowiedniej ilości urobku. Stawka jednostkowa została przewidziana dla rozliczenia dodatkowych kosztów, które pojawią się, gdy okaże się, że urobek ten jest zanieczyszczony i kwalifikowany, jako odpad niebezpieczny. Oznacza to, że odpad niebezpieczny to część urobku objętego przedmiotem zamówienia. To nie jest dodatkowy urobek, który podlega dodatkowemu wydobyciu czy transportowi (przy przyjętej przez wykonawców technologii zagospodarowania). Może się po prostu okazać, że urobek, wydobywany w ramach zamówienia, ze względu na specyfikę miejsca prowadzenia robót, będzie zanieczyszczony. Przyjęta przez wykonawców technologia uzasadnia sposób kalkulacji stawki jednostkowej i uwzględnienie części kosztów w cenie ryczałtowej. Stawka jednostkowa obejmuje wszystkie dodatkowe koszty związane z zagospodarowaniem odpadu niebezpiecznego. Przyjęcie za odwołującym, że w stawce jednostkowej powinny być uwzględnione wszystkie koszty, w tym wydobycia urobku, badania urobku, transportu urobku etc., oznaczałoby, że wykonawcy musieliby te koszty wliczyć podwójnie - do ceny

ryczałtowej na wypadek, gdyby żadna część urobku nie okazała się stanowić odpadu niebezpiecznego oraz do stawki jednostkowej.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zarzucił, iż oferty wykonawców Strabag i Porr powinny być odrzucone z uwagi na to, że zawierają one cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę cenę za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych, a konsorcjum NDI powinno zostać wezwane do wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący nie twierdził przy tym, że z powodu przyjęcia określonych stawek jednostkowych łączne ceny ofert są rażąco niskie. Odwołujący kwestionował wyłącznie jedną stawkę jednostkową. Odwołujący zdaje się zapominać, że na całkowite wynagrodzenie wykonawcy składać będzie się cena ryczałtowa i wynagrodzenie za zagospodarowanie odpadów, jeżeli wystąpią. Oba te składniki pokrywają wynagrodzenie wykonawców, które nie były kwestionowane przez odwołującego. Z tego też powodu odwołanie nie może zostać uznane za skuteczne.

Odwołujący złożył pismo procesowe (pismo z dnia 8 grudnia 2016 r. dotyczące wszystkich spraw odwoławczych), wraz z: „Opinią prof. dr hab. J. C. C.”, „Opinią dr I. P.”, fragmentem opisu robót pogłębiarskich we wnęce dokowej, pismo procesowe (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku, bez załączników i dowodów), pismo procesowe (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku) wraz z dokumentem/dowodem: „Opinią nr 2 prof. dr hab. J. C. C.”

Zamawiający złożył pismo procesowe (pismo z dnia 12 grudnia 2016 roku) wraz z dokumentami/dowodami: „Ustalenie listy substancji, których występowanie w osadzie zalegającym dno akwenów portowych jest spodziewane”, „Opinia koreferująca w sprawie statusu prawnego urobku z pogłębiania”, algorytm postępowania z urobkiem z prac czerpalnych.

Przystępujący – konsorcjum Porr, złożył pisma procesowe (pisma z dnia 8 oraz 12 grudnia 2016 roku), bez załączników i dowodów.

Przystępujący – konsorcjum NDI, złożył pismo procesowe (pismo z dnia 6 grudnia 2016 roku) wraz z dokumentami/dowodami: oferta podwykonawcy z dnia 23.08.2016 r., aktualizacja oferty podwykonawcy, z dnia 14.09.2016 r., opis ramowej technologii postępowania z materiałem pochodzącym z robót czerpalnych, dokumenty potwierdzające wiarygodność i doświadczenie podwykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego pisma, dokumenty i opracowania złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, jako całkowicie chybione należy uznać prezentowane przez zamawiającego stanowisko, że wcale nie wymagał on, aby koszty zagospodarowania odpadu niebezpiecznego nie były przerzucane do wynagrodzenia ryczałtowego oraz, że wynagrodzenie za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego nie miało obejmować wszystkich kosztów związanych z tym zagospodarowaniem. Przeczą temu wyjaśnienia zamawiającego i dokonane przez niego modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wskazywane w uzasadnieniu KIO 2225/16, KIO 2226/16).

Przywołane wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacje, w sposób dobitny pokazują jaka była intencja zamawiającego oraz to, w jaki sposób wykonawcy mieli przygotować oferty w tym zakresie. Koszt zagospodarowania odpadu niebezpiecznego nie mógł być przerzucony do wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane. Przy czym miał to być kompleksowy koszt zagospodarowania (i nie chodzi tutaj jak sugeruje zamawiający o koszt wydobycia odpadu). Zaprezentowane przez odwołującego stanowisko odnosi się do kwestii zagospodarowania odpadu niebezpiecznego i czynności z tym związanych, a odwołujący w żadnym miejscu swojego odwołania nie wskazał, że jego zarzuty odnoszące się do nierealności ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego odnoszą się również do tego, że nie zostały uwzględnione w tej cenie np. koszty wydobycia urobku zawierającego odpad niebezpieczny. Nierealność ceny odnosi się tylko i wyłącznie do czynności zagospodarowania odpadu niebezpiecznego.

W związku z tym umieszczenie w cenie ryczałtowej kosztu zagospodarowania odpadu niebezpiecznego w takich okolicznościach wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, odnoszących się nie do całego wynagrodzenia, ale do określonych stawek jednostkowych (a konkretnie w tym przypadku do wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego), to w przypadku, gdy tego typu element wynagrodzenia jest samodzielny i autonomiczny element wynagrodzenia (a tak jest w przypadku ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego), to również może on być przedmiotem oceny oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny (vide: orzecznictwo w sprawie KIO 2226/16).

Przyjmując za prawidłowe ustalenie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak w sprawach KIO 2225/16, KIO 2226/16 oraz KIO 2229/16, oraz przyjmując wywody tam przedstawione dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba podziela stanowisko tam prezentowane, dodatkowo podnosząc, co następuje.

W ocenie Izby niezasadne jest stanowisko odwołującego, iż żaden z wykonawców składających swoją ofertę, nie skalkulował jej w sposób prawidłowy, tj. nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów niebezpiecznych. Odmienne technologie, jakie zastosowali wykonawcy w tym postępowaniu, pozwala bowiem na przyjęcie odmiennej metody zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, uzależnionej od sposobu pozyskania tych odpadów. Nadto, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że każdy z wykonawców zobowiązany był do przyjęcia najbardziej pesymistycznej wersji zdarzeń, która zakładałaby najgorszy scenariusz związany z maksymalizacją odpadów o kodzie 170505\*, albowiem zamawiający przedstawił badania, których wynik był znany i aktualny dla każdego wykonawcy na chwilę składania ofert i który takiej wersji nie przedstawiał. Tym samym, każdy z wykonawców, szacując ryzyko powstania takich odpadów, na własną odpowiedzialność, w zgodzie z obowiązującymi przepisami i s.i.w.z. mógł wycenić tę usługę w sposób właściwy do przyjętej technologii prac. Jednakże uwadze nie może ująć kwestia związana z przenoszeniem kosztów prac (vide: KIO 2225, KIO 2226/16).

W odniesieniu do konsorcjum Porr, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (vide: KIO 2225/16). W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy konsorcjum Porr, podlega odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie ceny za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zawiera rażąco niską cenę (vide: KIO 2226/16).

W odniesieniu do konsorcjum Strabag, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (vide: KIO 2225/16). W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy konsorcjum Strabag, nie podlega odrzuceniu, albowiem nie zawiera ceny rażąco niskiej w zakresie zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. Oferta konsorcjum Strabag, w zakresie ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego nie można również uznać za stanowiącej czyn nieuczciwej

konkurencji. Nadto odwołujący w odniesieniu do tego wykonawcy nie postawił zarzutu zaniechania zastosowania przez zamawiającego art. 90 ust.1 ustawy Pzp, a jedynie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny musi być poprzedzone zastosowaniem procedury wyjaśniania ceny ofertowej, której w tym przypadku zamawiający nie zastosował.

W odniesieniu do konsorcjum Budimex, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (vide: KIO 2225/16). W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy konsorcjum Budimex, nie zawiera ceny rażąco niskiej w zakresie zagospodarowania odpadu niebezpiecznego. (vide: KIO 2229/16). Oferty Budimex, w zakresie ceny za zagospodarowanie odpadu niebezpiecznego nie można również uznać za stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum Budimex w swoich wyjaśnieniach, w sposób wystarczający i przekonujący wyjaśniło i udowodniło, że zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zostało ujęte we właściwej części wyceny oferty, a oferta podwykonawcy oraz zakres czynności związanych z zagospodarowaniem odpadów niebezpiecznych odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W odniesieniu do konsorcjum NDI, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (vide: KIO 2225/16). W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut do oferty wykonawcy konsorcjum NDI, jest zasadny.

Co prawda zamawiający, nie wzywał tego wykonawcy do składania wyjaśnień, co powinno wykluczać możliwość arbitralnego przyjęcia, że oferta złożona przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże wyjaśnienia i dokumenty złożone przez tego wykonawcę na etapie postępowania przed Izbą, wyraźnie wskazują, iż konsorcjum NDI, tak jak konsorcjum Porr, przeniosło część kosztów, a także części kosztów nie uwzględniło w obszarze zagospodarowania odpadów niebezpiecznych. Takie działanie, z punktu widzenia uczciwości kupieckiej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie wezwał konsorcjum NDI do wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej dotyczącej kosztów zagospodarowania odpadów niebezpiecznych.

Izba nie nakazywała wzywania tego wykonawcy do składania wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny, albowiem i tak oferta konsorcjum NDI podlega odrzuceniu, jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutów, które znalazły swoje potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy, KIO podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania, Izba uznała za bezzasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz kosztów noclegu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....