

Sygn. akt: KIO 710/18

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie, Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanemu przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie:**

- 1.1 **unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,**
 - 1.2 **unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcccion S.A. z siedzibą w Madrycie,**
 - 1.3 **przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcccion S.A. z siedzibą w Madrycie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcccion S.A. z siedzibą w Madrycie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcccion S.A. z siedzibą w Madrycie** kwotę **23 889 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Nisko-Południe (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem) z podziałem na trzy zadania - Zadanie A od węzła Nisko Południe (bez węzła) do węzła Podgórze (bez węzła) o długości około 11,5 km”, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 września 2015 r. pod nr 2015/S 184-333303.

W dniu 16 kwietnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli:

- 1) niezgodną z przepisami Pzp czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ);
- 2) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Konsorcjum Strabag lub Przystępujący).

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty, której treść rzekomo nie odpowiada treści SIWZ, podczas

gdy oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal spełnia wszystkie wymogi SIWZ;

2. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum Strabag podczas gdy za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu należało uznać ofertę złożoną przez Odwołującego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy cena oferty Odwołującego jego zdaniem nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co Odwołujący wykazał składając Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art 90 ust 2 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych do nich dowodów, co skutkowało bezpodstawnym przyjęciem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy w ocenie Odwołującego 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;
5. art. 92 ust 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedstawienia w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia tej oferty, względnie przedstawienie niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego w tym zakresie;

ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia, że nie wszystkie okoliczności podniesione przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach ceny były wystarczająco wyjaśnione, Odwołujący zarzucał naruszenie:

6. art. 90 ust 1 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 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 stanowiących precyzyjne odpowiedzi na zapytania sformułowane przez Zamawiającego miał ewentualne dalsze wątpliwości co do ceny oferty Odwołującego;
7. art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu odmienną ocenę okoliczności podnoszonych przez

Odwołującego i Strabag Sp. z o.o. w wyjaśnieniach ceny, mimo ich oczywistego podobieństwa oraz oparcie rozstrzygnięcia Zamawiającego na jego własnych domniemaniach, w tym rozstrzygnięcie wszystkich wątpliwości Zamawiającego na niekorzyść Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

ewentualnie:

4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

w każdym przypadku:

5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę przez KIO.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W zakresie czynności Zamawiającego związanych z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ:

Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2018 roku nr 0/RZ.D-3.2410.4.2015.as (dalej: „Wezwanie do Wyjaśnień”) zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny wskazanej w Pozycji 1.1. „Koszty ogólne Wykonawcy” Wykazu Płatności stanowiącego załącznik do oferty (dalej: „Wykaz Płatności”). Zamawiający zażądał wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny w/w pozycji związanej z wymaganiami zawartymi w dokumencie „Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M.00.00.00 Wymagania Ogólne” (dalej D-M.00.00.00 lub Wymagania Ogólne) wraz ze wskazaniem zakładanego poziomu zysku (pytanie A.4 Wezwania do Wyjaśnień).

Odwołujący w dniu 22 stycznia 2018 r. udzielił wszelkich żądanych wyjaśnień, ale mimo to Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego uznając ją za niezgodną z SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę. Jednocześnie rozstrzygnął postępowanie wybierając, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Konsorcjum Strabag.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że z uwagi na brak wykazania w Kosztach ogólnych oferty kosztów ochrony i utrzymania robót oraz nadzoru geologicznego, wskazanych w D-M.00.00.00 pkt 1.5.10 (Ochrona i utrzymanie robót) oraz w pkt 1.5.16 (Nadzór geologiczny) oraz ujęcie większej części kosztów ogólnych wynikających z D-M.00.00.00 nie w kategorii Koszty ogólne, a Roboty, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazywała jednak, z jakimi postanowieniami SIWZ sprzeczne było ujęcie części kosztów wynikających z D-M.00.00.00 w innej pozycji Wykazu Płatności niż w Pozycji 1.1. „Wymagania Ogólne”. Odwołujący wyjaśniał, że żadne postanowienie SIWZ nie nakazywało by wszystkie koszty wynikające z D-M.00.00.00 zostały ujęte wyłącznie w Pozycji 1.1. (Koszty Ogólne) Wykazu Płatności. Analiza treści Wykazu Płatności prowadziła do jednoznacznego wniosku, że Pozycja 1.1. (Koszty Ogólne) Wykazu Płatności nie została powiązana z kosztami, o których mowa w D-M.00.00.00. Wykaz Płatności został składał się z trzech pozycji:

1. Pozycja I Wymagania Ogólne;
2. Pozycja II Dokumenty Wykonawcy;
3. Pozycja III Roboty.

Jedynie w przypadku Poz. II (Dokumenty Wykonawcy), Wykaz Płatności przy wyszczególnieniu elementów zryczałtowanych objętych daną pozycją odsyłał do specyfikacji technicznych. Takiego odesłania nie było natomiast w przypadku Pozycji I (Koszty Ogólne) Wykazu Płatności oraz w przypadku Pozycji III (Roboty). Tym samym zdaniem Odwołującego, skoro Wykaz Płatności, w przypadku Pozycji I (Koszty Ogólne) nie odsyłał do żadnych specyfikacji, to nie sposób było przyjąć, że w SIWZ został sformułowany obowiązek wycenienia w Pozycji I Wykazu Płatności wszystkich kosztów, o których wspominał D-M.00.00.00.

Odwołujący wskazywał, że żaden z dokumentów kontraktowych, nawet pośrednio, nie wskazywał, że koszty zakwestionowane przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego (takie jak nadzór archeologiczny, inwentaryzacja dróg i budynków, nadzór środowiskowy, sprawdzenie saperskie, tymczasowa organizacja ruchu, wykonanie dróg technologicznych oraz remont istniejących dróg) winny być przypisywane w Wykazie Płatności wyłącznie do Pozycji 1.1 (Wymagania Ogólne) Wykazu Płatności. Punkt 1.2.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej PFU) wskazywał, że elementy takie jak: rozpoznanie i nadzór saperski, nadzór archeologiczny, nadzór środowiskowy, inwentaryzacje obiektów budowlanych należy uwzględnić w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Zamawiający zatem nie zastrzegł, by prace te miały zostać skalkulowane w konkretnie oznaczonej pozycji Wykazu Płatności.

Odwołujący podnosił, że wartość Pozycji 1.1 w ofertach wykonawców zgodnie z treścią SIWZ została ograniczona. Nie mogła ona przekroczyć sześciu procent całkowitej ceny oferty. Przekroczenie wskazanego limitu prowadziło do odrzucenia oferty, jako sprzecznej z SIWZ. Jednak nie wszystkie koszty wynikające z D-M.00.00.00 (łącznie z kosztami zakwestionowanymi przez Zamawiającego - nadzór archeologiczny, inwentaryzacja dróg i budynków, nadzór środowiskowy, sprawdzenie saperskie, tymczasowa organizacja ruchu, wykonanie dróg technologicznych oraz remont istniejących dróg) dało się pomieścić w narzuconym przez Zamawiającego limicie 6 % wartości wynagrodzenia za wykonanie Kontraktu.

Oferta Odwołującego została uznana za niezgodną z SIWZ również ze względu na kwestię niewłaściwego w ocenie Zamawiającego momentu planowanej weryfikacji mapy do celów projektowych. Odwołujący udzielając wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2018 r. wskazał, że po uzyskaniu decyzji – Zezwolenia na Realizację Inwestycji Drogowej (dalej ZRID lub ZnRID), przed przystąpieniem do robót budowlanych zatrudni biuro geodezyjne, które dokona pomiaru stanu istniejącego w terenie i naniesie wyniki swoich pomiarów na przekroje poprzeczne projektowanej trasy celem weryfikacji ewentualnych zmian względem mapy do celów projektowych oraz dokona sprawdzenia punktów osnowy geodezyjnej. Zamawiający uznał jednak, że zgodnie ze Specyfikacją SP.30.10.00 „Mapa do celów projektowych” weryfikacji mapy do celów projektowych dokonać należy przed rozpoczęciem projektowania, a nie po uzyskaniu decyzji ZRID.

Kluczowe w tej kwestii pytanie Zamawiającego – tj. pytanie B.8 z wezwania do wyjaśnień dotyczyło sposobu w jaki Wykonawca będzie weryfikował zgodność mapy do celów projektowych ze stanem rzeczywistym. Zamawiający pytał wprost o weryfikację mapy do celów projektowych, nie inną. Zgodnie z PFU mapa do celów projektowych jest jednym z opracowań projektowych, które powinien wykonać wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Stosownie do postanowień pkt 2.2.1 ppkt 1) (Skład Dokumentów Wykonawcy), w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, zgodnie z Subklauzulą 5.2 Warunków Kontraktu (Dokumenty Wykonawcy) należy opracować wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. W szczególności do obowiązków wykonawcy miało należeć opracowanie mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych. W świetle przywołanej treści PFU zdaniem Odwołującego oczywistym było, że pytanie Zamawiającego o weryfikację mapy do celów projektowych dotyczyło mapy już wykonanej,

a nie opracowania w trakcie prac nad nim. Stąd taka, a nie inna odpowiedź na pytanie dotyczące mapy. Dokument przywołany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, tj. specyfikacja na projektowanie SP.30.10.00 (mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych) w pkt 1.1. stanowi, że jej przedmiotem są wymagania dotyczące wykonania i odbioru mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, mapy stanowiącej załącznik do wniosku o wydanie decyzji ZRID, mapa zawierająca projekty podziałów nieruchomości, przewidzianych do wykonania w ramach zadania pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe”[bez węzła] do węzła „Sokołów Małopolski”[z węzłem] z podziałem na trzy zadania w zakresie: Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km”. Specyfikacja ta reguluje zatem czynności związane z opracowywaniem mapy i jej wytworzeniem jako jednym ze świadczeń Wykonawcy objętym przedmiotem Kontraktu (w tym przypadku wytworzeniem jednego z tzw. Dokumentów Wykonawcy). Specyfikacja na projektowanie SP.30.10.00 (mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych) nie stanowi w swojej treści o weryfikacji mapy do celów projektowych. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie wskazał z którego z postanowień tej specyfikacji miał wynikać obowiązek dokonywania weryfikacji mapy do celów projektowych. W opinii Odwołującego Zamawiający prawdopodobnie pomylił weryfikację mapy do celów projektowych (czyli opracowywania projektowego wykonywanego przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia) z weryfikacją mapy zasadniczej lub mapy jednostkowej (pobieranych z państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego), a stanowiącej podstawę wykonywania przez projektantów mapy do celów projektowych. Jak stanowi § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 21 lutego 1995 r. w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie (Dz. U. Nr 25, poz. 133) projekt zagospodarowania działki lub terenu należy sporządzić na kopii aktualnej mapy zasadniczej. Z kolei wedle postanowień § 4 ust. 2 tego rozporządzenia, w razie braku mapy zasadniczej w odpowiedniej skali, projekt sporządza się na mapie jednostkowej, przyjętej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Wzajemną relację „mapy zasadniczej” względem „mapy do celów projektowych” najlepiej opisuje § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 21 lutego 1995 r. w sprawie rodzaju i zakresu opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych obowiązujących w budownictwie (Dz. U. Nr 25, poz. 133), który stanowi, że treść mapy do celów projektowych, poza elementami stanowiącymi treść mapy zasadniczej łącznie z granicami władania (własności) nieruchomości (działek), powinna zawierać:

1. opracowane geodezyjnie linie rozgraniczające tereny o różnym przeznaczeniu, linie zabudowy oraz osie ulic, dróg itp., jeżeli zostały ustalone w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego lub w decyzji o ustaleniu warunków zabudowy i zagospodarowania terenu;
2. usytuowanie zieleni wysokiej ze wskazaniem pomników przyrody;
3. usytuowanie innych obiektów i szczegółów wskazanych przez projektanta.

Mapa do celów projektowych (jako podstawa do przygotowania opracowań projektowych wchodzących w skład projektu budowlanego popularnie zwana - podkładem geodezyjnym) powstaje zatem na podstawie mapy zasadniczej (względnie mapy jednostkowej). W trakcie opracowywania mapy do celów projektowych następuje weryfikacja danych geodezyjnych zawartych w mapie zasadniczej, ponieważ to na niej powstają poszczególne opracowania projektowe tworzące projekt budowlany, w tym w szczególności projekt zagospodarowania terenu.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający nie pytał o weryfikację mapy zasadniczej, tylko o weryfikację mapy do celów projektowych. Ponieważ mapa taka powstaje już na zweryfikowanej przez projektanta mapie zasadniczej, to ewentualna weryfikacja mapy do celów projektowych może nastąpić dopiero po jej stworzeniu. Nie oznaczało to braku weryfikacji mapy zasadniczej, która powinna być dokonana przed opracowaniem przez wykonawcę mapy do celów projektowych.

W zakresie zarzutów dot. rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego:

Odwołujący twierdził, że Zamawiający 5 stycznia 2018 roku wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w pozycji 1.1. „Koszty ogólne Wykonawcy” Wykazu Płatności. Zamawiający zażądał wyjaśnienia jakie konkretnie pozycje kosztowe zostały przyjęte do wyliczenia wartości Kosztów ogólnych Wykonawcy wraz z podaniem szczegółowej kalkulacji ich wyceny i zakładanego poziomu zysku (pytanie A.1 Wezwania do wyjaśnień).

Odwołujący udzielając wyjaśnień poinformował, że we wskazanej pozycji zostały zawarte kluczowe elementy składające się na koszty ogólne Wykonawcy z uwzględnieniem wymagań SIWZ, w tym zakresie takie jak: zaplecze budowy wraz z kosztem utrzymania, zatrudnienie głównej kadry kierowniczej budowy, koszty finansowe (ubezpieczenia, gwarancje na zabezpieczenie należytego wykonania umowy i zwrotu zaliczki), obsługę geodezyjną i laboratoryjną, koszty BHP, monitoring wód podziemnych, utrzymanie odcinków dróg

kolidujących z inwestycją oraz pozostałe wymagania ogólne. Zamawiający uznał jednak, że wycena ww. kluczowych elementów nie została poparta żadnymi dokumentami potwierdzającymi przyjęte koszty. Ponadto brak źródła lub podstawy przyjętych cen, poza ofertami cenowymi na obsługę laboratoryjną, dostawą sprzętu laboratoryjnego oraz obsługą geodezyjną, której wykazany koszt jest niższy niż wynika to z oferty cenowej na którą Odwołujący się powołał. Zamawiający zarzucił także Odwołującemu, że ten nie ujął w ofercie kosztów na „utrzymanie odcinków dróg kolidujących z inwestycją” oraz „zaplecza pomocniczego nr 1 i 2” oraz, że bez jakiegokolwiek uzasadnienia, określił zysk dla pozycji „Wymagania ogólne” na poziomie 0%. W ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były niewystarczające gdyż nie pozwalały zweryfikować czy kwota skalkulowana w tej pozycji jest wystarczająca na pokrycie rzeczywistych kosztów ogólnych, które Odwołujący będzie musiał ponieść w trakcie ewentualnej realizacji inwestycji.

Jedynie część z elementów, co do których Zamawiający wyraził wątpliwości z natury rzeczy mogło znajdować poparcie wiarygodności cen w dowodach w postaci ofert (np. obsługa geodezyjna, laboratoryjna, sprzęt laboratoryjny). Jednakże część z ww. elementów, m.in. koszty finansowe takie jak ubezpieczenie i gwarancje, które to były kalkulowane w oparciu o wewnętrzne wytyczne i informacje, nie mogły zostać poparte ofertami podwykonawców. Odwołujący twierdził, że SIWZ nie zawierała szczegółowych wytycznych dotyczących zakresów kalkulowanych w poszczególnych pozycjach Wykazu Płatności. Preambuła do Wykazu Płatności wskazywała, że opis pozycji podany był tylko dla celów identyfikacyjnych. Z tego też względu żadne postanowienie SIWZ nie zakazywało, by utrzymanie odcinków dróg kolidujących z inwestycją lub też koszty zaplecza pomocniczego nie mogły zostać skalkulowane w ramach innych elementów Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, czyli w pozostałych pozycjach Wykazu Płatności - w tym przypadku w Poz. III Roboty. Koszty tego rodzaju nie są przecież elementem Kosztów Ogólnych, lecz bezpośrednio są związane z realizowanymi przez wykonawców robotami budowlanymi. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający nie ustanowił jednoznacznego obowiązku ujęcia ich w Poz. 1.1. (Wymagania Ogólne) Wykazu Płatności to logicznym było ujęcie i skalkulowanie ich w Robotach.

W odniesieniu natomiast do zakładanego poziomu zysku Odwołujący wskazał, że żaden z dokumentów kontraktowych, nawet pośrednio, nie przewidywał obowiązku przyjęcia zysku dla Pozycji 1.1 (Wymagania ogólne) Wykazu Płatności. W konsekwencji brak było przeciwskażeń dla przyjęcia w tej pozycji zysku na poziomie 0%. Zamawiający zaniechał wskazania, by przyjęcie tego poziomu zysku miało determinować wystąpienie ceny rażąco niskiej.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zwrócił się z pytaniem jakie konkretnie pozycje kosztowe zostały przyjęte do wyliczenia wartości Kosztów ogólnych Wykonawcy wraz z podaniem szczegółowej kalkulacji ich wyceny i zakładanego poziomu zysku. Jednocześnie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, z tego względu, że wyjaśnienia były w jego ocenie niewystarczające gdyż nie mógł zweryfikować czy kwota skalkulowana przez wykonawcę w tej pozycji jest wystarczająca na pokrycie rzeczywistych kosztów ogólnych, które wykonawca będzie musiał ponieść w trakcie realizacji inwestycji. Odwołujący nie przedłożył szczegółowej kalkulacji Kosztów ogólnych, dlatego Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie złożył żądanych wyjaśnień. W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest jednak, by Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z uwagi na niewystarczające wyjaśnienia, w sytuacji, gdy sam zadał ogólnikowe i lakoniczne pytania. Tym bardziej nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty wykonawcy, z uwagi na niedostateczny poziom jej uszczegółowienia, jeśli sam Zamawiający takiego poziomu nie określił.

Niemożliwość należytej weryfikacji czy kwoty skalkulowane przez wykonawcę w poszczególnych częściach ceny ofertowej były wystarczające na pokrycie rzeczywistych kosztów ogólnych mogła jedynie determinować po stronie Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do Odwołującego po obszerniejsze wyjaśnienie konkretnych zakresów. W niniejszej sprawie Zamawiający poprzestał na pobieżnej analizie dokumentów zaoferowanych przez Odwołującego i nie pokusił się o wysnucie wniosków, do których winien dojść każdy podmiot działający profesjonalnie w branży budowlanej. Przy czym, jeśli Zamawiający, życzył sobie uzyskać określony stopień doszczegółowienia wyjaśnień, winien ten stopień wyraźnie wskazać, a nie ograniczać się do żądania szczegółowej kalkulacji ich wyceny i zakładanego poziomu zysku. Stopień uszczegółowienia jest bowiem kwestią ocenną, a w przypadku niedookreślenia tego stopnia Zamawiający nie był uprawniony do postawienia zarzutu Odwołującemu, że jego wyjaśnienia były zbyt ogólne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu

danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ potwierdził się.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał, że „z uwagi na brak wykazania w Kosztach ogólnych kosztu ochrony i utrzymania Robót oraz kosztu nadzoru geologicznego, które wynikają wprost z wymagań Zamawiającego ujętych w WWiORB D-M.00.00.00 pkt. 1.5.10 [Ochrona i utrzymanie robót] oraz pkt. 1.5.16 [Nadzór geologiczny], oraz ujęcie przez Wykonawcę większej części kosztów ogólnych wynikających z WWiORB D-M.00.00.00 nie w Kosztach ogólnych, a w Robotach, w powyższym zakresie występuje niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia tj. Wykonawca w swojej ofercie nie uwzględnił w/w wymogów SIWZ”.

Specyfikacja D-M.00.00.00 w punkcie 1.5.10. Ochrona i utrzymanie robót stanowi: „Wykonawca będzie odpowiadał za ochronę robót i za wszelkie materiały i urządzenia używane do robót od daty rozpoczęcia do daty wydania potwierdzenia zakończenia robót przez Inżyniera.

Wykonawca będzie utrzymywać roboty do czasu otrzymania Świadectwa Przejęcia. Utrzymanie powinno być prowadzone w taki sposób, aby budowla drogowa lub jej elementy były w zadowalającym stanie przez cały czas, do momentu wystawienia Świadectwa Przejęcia. W przypadku prowadzenia robót w warunkach wysokiego poziomu wód gruntowych, odwodnienie wykopów na czas budowy Wykonawca wykona we własnym zakresie. Jeżeli, na skutek zaniedbań Wykonawcy, dojdzie do uszkodzenia jakiegokolwiek części budowli drogowej lub jej elementów, to Wykonawca na polecenie Inżyniera dokona naprawy takiego uszkodzenia doprowadzając budowlę drogową lub jej element do zgodności z wymaganiami kontraktu. Wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z takimi naprawami.

Koszt ochrony i utrzymania Robót nie podlega odrębnej zapłacie i powinien być uwzględniony w Cenie Kontraktowej.”

Punkt 1.5.16. Nadzór geologiczny stanowi: „W trakcie wykonywania robót przy fundamentowaniu na kontrakcie prowadzony będzie Nadzór geologiczny z ramienia

Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do ścisłej współpracy i respektowania wszelkich ustaleń i wymagań wprowadzonych przez Inspektora Nadzoru geologicznego, w porozumieniu z Nadzorem autorskim i Zamawiającym, szczególnie w kwestii konieczności wprowadzenia dodatkowych, ewentualnych i nieprzewidzianych rozwiązań.”

SIWZ – Instrukcja dla wykonawców (dalej IDW) w części 8 zawiera regulację dotyczącą sposobu obliczenia ceny oferty. Punkt 8.9 stanowi: „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV oraz części wiążącej Tomu V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności”.

Tom IV PFU nie wprowadził żadnych szczegółowych regulacji dotyczących zasad kalkulacji ofert w zakresie dotyczącym obliczania kategorii Koszty ogólne i Roboty. Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty zawarty w PFU wprowadził następujące regulacje:

1. „Cena Oferty określa całkowitą cenę za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami. W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy. Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów ryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności. W związku z tym Wykaz Płatności należy odczytywać i interpretować łącznie z pozostałymi dokumentami wchodzącymi w skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-IV. Wykonawca wyceniając poszczególne pozycje, weźmie pod uwagę postanowienia Warunków Kontraktu i Programu funkcjonalno-użytkowego wraz z załącznikami zawierające opis ciążących na nim zobowiązań, a w Cenie Oferty zawrze swoje wynagrodzenie za opracowanie wszystkich Dokumentów Wykonawcy, wykonanie Robót, dostaw i usług oraz usunięcie wad i zapewnienie gwarancji jakości, zgodnie z Kontraktem, krótkie opisy pozycji, przedstawione w Wykazie Płatności są podane tylko dla celów Identyfikacyjnych w żaden sposób

nie modyfikują czy anulują szczegółowych opisów zawartych w Warunkach Kontraktu i Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami.”

2. „Przyjmuje się, że Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-IV i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje. Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty, Wykonawca wylicza samodzielnie na podstawie jego własnej kalkulacji i wpisuje w odpowiednim wierszu w Wykazie Płatności w kolumnie z nagłówkiem „Wartość”.
3. „Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” i będzie podzielona na wszystkie miesiące w czasie na ukończenie wskazanym Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto”.
4. „Oferta zostanie odrzucona jako niespełniająca warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jeżeli Wykonawca przekroczy Limity określone w powyższym punkcie”

Izba ustaliła, że specyfikacja D-M.00.00.00 nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących sposobu ujęcia poszczególnych rodzajów kosztów w konkretnych kategoriach kosztów oferty.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w związku z odpowiedzią jakiej udzielił na pytanie o weryfikację mapy do celów projektowych Izba ustaliła co następuje.

Pytanie B.6, jakie w dniu 5 stycznia 2018 r Zamawiający skierował do Odwołującego brzmiało: „W jaki sposób Wykonawca będzie weryfikował zgodność mapy do celów projektowych ze stanem rzeczywistym?”. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił: „Ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający na wstępie wyjaśnia, iż w zadanym pytaniu użył potocznie używanego nazewnictwa mapy zasadniczej nazywanej mapą do celów projektowych. W związku z tym profesjonalny Wykonawca jakim jest Konsorcjum Mostostal, powinno wiedzieć, że Zamawiający w zadanym pytaniu prosił o wskazanie w jaki sposób Wykonawca będzie weryfikował zgodność mapy zasadniczej (mapy do celów projektowych) ze stanem rzeczywistym w terenie, ponieważ jakakolwiek

weryfikacji zaktualizowanej już mapy do celów projektowych po uzyskaniu decyzji o ZnRID się nie wykonuje.”

Izba ustaliła, że żaden dokument nie pozwalał na stwierdzenie, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający będzie używał określeń mapa zasadnicza i mapa do celów projektowych jako pojęć synonimicznych.

Zgodnie z D-M.00.00.00, pkt 1.5.7 Ochrona własności publicznej i prywatnej "Wykonawca przed rozpoczęciem robót jest zobowiązany do zinwentaryzowania przebudowywanej sieci oraz do sprawdzenia zgodności z mapą do celów projektowych i uzgodnieniem ZUD. W przypadku rozbieżności Wykonawca jest zobowiązany do wykonania Projektu przebudowy sieci (sieci znajdują się w innych miejscach niż wskazane na mapie) oraz do jego uzgodnienia i wykonania przebudowy (lub zabezpieczenia)". Z kolei część 5.2 Wykonanie robót, pkt II stanowi: "Geodezyjna Obsługa Budowy obejmuje w szczególności: (...) a) wykonanie inwentaryzacji powykonawczej na podkładzie mapy zasadniczej zgodnie z instrukcjami technicznymi i wytycznymi ośrodka dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej oraz standardami technicznymi obowiązującymi w przepisach prawa geodezyjnego mierząc wszystkie elementy treści mapy zasadniczej oraz wykonanie dodatkowej mapy na podkładzie wykonanej inwentaryzacji powykonawczej uzupełnionej o następującą treść tj. kilometraż dróg, punkty referencyjne drogi, znaki drogowe, wszystkie drzewa w pasie drogowym, zabytki i pomniki przyrody, wszystkie ogrodzenia furty bramy z podziałem na trwałe i nie trwałe, rowy w pełnym zakresie, studnie i ich średnice zjazdu wraz z wlotami do rur pod zjazdami rzędne wlotu i wylotu światła i skrajnie obiektów inżynierskich przekroje poprzeczne istniejących dróg co 50 m; (...) d) wykonanie operatu technicznego skompletowanego zgodnie z przepisami instrukcji technicznej i wytycznymi technicznymi ośrodka dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej zawierającego: (...) 2 egzemplarze mapy sporządzonej na podkładach map zasadniczych (w wersji analogowej i cyfrowej): oraz na podkładzie mapy ewidencyjnej zawierającej: granice pasa drogowego w kolorze czerwonym (pozostałe granice - kolor zielony), numery i właścicieli (władających) działek przyległych do pasa drogowego, numer i rodzaj stabilizacji punktu granicznego, legendę umieszczoną na pierwszej stronie mapy zawierającą - oprócz tytułu - skalę, nazwę obrębu, schemat przeglądowy arkuszy map oraz rodzaj stabilizacji (symbole)."

Izba ustaliła, że żaden z dokumentów postępowania nie nakładał na wykonawcę obowiązku weryfikacji mapy do celów projektowych. W tej sytuacji stanowisko Odwołującego, podnoszącego, że jego odpowiedź na pytanie B.8 z 5 stycznia 2018 r. nie wskazywała na wolę działania w sposób sprzeczny z wymogami Zamawiającego zostało uznane za słuszne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W przypadku obu okoliczności uznanych przez Zamawiającego za podstawy do stwierdzenia niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty była nieprawidłowa. Zamawiający nie wprowadził jednoznacznych regulacji nakazujących wykonawcom ujmowania określonego rodzaju kosztów w konkretnych kategoriach.

W tej sytuacji uznanie, że Odwołujący nieprawidłowo skonstruował swoją ofertę przez ujęcie kosztów ochrony robót i kosztów nadzoru geodezyjnego w kategorii innej niż Koszty ogólne jest bezpodstawne. Odwołujący miał prawo do takiego skonstruowania oferty, żaden dokument postępowania nie wprowadził precyzyjnej regulacji tej kwestii, w szczególności brak odpowiednich zakazów. Wprowadzone przez Zamawiającego zasady miały charakter ogólny, wykonawcy mieli zatem podstawy zakładać, że szczegółowe kwestie związane z kalkulacją ceny ofertowej i sposobem jej przedstawienia zostały pozostawione do ich gestii. W kwestii dotyczącej mapy do celów projektowych Izba uznała, że Zamawiający najpierw zadał Odwołującemu nieprawidłowo sformułowane, wprowadzające w błąd pytanie, a następnie wyciągnął wobec Odwołującego konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty. Odwołujący odpowiedział na pytanie w sposób zgodny z jego literalnym brzmieniem. Nie miał podstaw zakładać, że rzeczywistą intencją Zamawiającego jest wola wyjaśnienia zupełnie innego zakresu planowanego sposobu realizacji oferty. W tej sytuacji Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień, a w konsekwencji odrzucić jego oferty. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że w zadanym pytaniu posłużył się zwrotem potocznym, co – biorąc pod uwagę rangę zadawanych pytań i możliwych konsekwencji przy niewłaściwej na nie odpowiedzi – nie powinno mieć miejsca. Pojęcia używane w wezwaniu do wyjaśnień treści złożonej oferty czy też okoliczności związanych z rażąco niską ceną muszą być bezwzględnie precyzyjne. Niedopuszczalna jest bowiem sytuacja, gdy wykonawca zostaje obarczony konsekwencjami niejednoznaczności zadanego pytania. W przedmiotowym postępowaniu doszło właśnie do takiej sytuacji. Mapa zasadnicza jest innym dokumentem niż mapa do celów projektowych. W tej sytuacji, gdy odpowiedź Odwołującego była zgodna z zadanym pytaniem, ale nie wyjaśniała interesujących Zamawiającego kwestii, należało Odwołującemu zadać pytanie ponownie, precyzyjnie je formułując.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczący niezasadnego odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę potwierdził się.

Zamawiający 5 stycznia 2018 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, ponieważ stwierdził, że jako odbiegająca od realnych cen rynkowych może ona nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SIWZ lub jej cena została zaniżona poniżej kosztów realizacji zamówienia. Jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp. W piśmie z 5 stycznia 2018 r. Zamawiający stwierdził: „Wątpliwości Zamawiającego wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne, poniżej wymienione elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”

W części dotyczącej Wykazu płatności: I. „Wymagania ogólne” poz. 1.1 Koszy ogólne Wykonawcy Zamawiający zadał następujące pytania:

1. „Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy oferty Wykonawca uwzględnił w w/w pozycji Wykazu płatności wraz z podaniem szczegółowej kalkulacji ich wyceny i zakładanego poziomu zysku.
2. Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem biura projektowego dla potrzeb etapu projektowania wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie biuro Wykonawca będzie posiadał. W przypadku zatrudnienia podwykonawców dla tego zakresu zamówienia, prosimy o udzielenie wyjaśnień o charakterze obiektywnym i sprawdzalnym.
3. Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem zaplecza Wykonawcy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie zaplecze Wykonawca będzie posiadał.
4. W jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny w/w pozycji związanej z wymaganiami zawartymi w WWiORB D-M.00.00.00 wraz ze wskazaniem zakładanego poziomu zysku.”

Zamawiający wskazał, że Odwołujący ma przedstawić „wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość w/w pozycji, co najmniej w kwestiach wskazanych, powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe

i finansowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.”

W części dotyczącej Wykazu płatności: II. „Dokumenty Wykonawcy” Zamawiający zadał następujące pytania:

1. Prosimy o szczegółowe wskazanie, jakie elementy oferty Wykonawca uwzględnił w w/w pozycji Wykazu płatności wraz z przedstawieniem kalkulacji ich wyceny i zakładanego poziomu zysku.
2. Czy Wykonawca jest świadomy ryzyka związanego z terminem ważności decyzji środowiskowej dla przedmiotowego zadania a tym samym czy jest świadomy ryzyka związanego z Kamieniem Milowym nr 1? Prosimy o wskazanie działań, jakie Wykonawca zamierza podjąć w celu dochowania terminu na złożenie wniosku o ZRID a tym samym wywiązanie się ze zobowiązań wynikających z Kamienia Milowego nr 1.
3. W przypadku ryzyka niedochowania przez Wykonawcę terminu na złożenie wniosku o ZRID w terminie ważności decyzji środowiskowej, jakie działania zaradcze Wykonawca zamierza podjąć w celu dalszej realizacji zamówienia?
4. Ile zespołów projektowych drogowych, mostowych i branżowych, do projektowania Wykonawca zamierza zaangażować?
5. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich zidentyfikowania.
6. W jaki sposób Wykonawca będzie weryfikował zgodność mapy do celów projektowych ze stanem rzeczywistym?
7. Jakie procedury zapewni Wykonawca w celu weryfikacji i poprawności rozwiązań projektowych?
8. Jakie procedury zapewni Wykonawca dla zapewnienia ciągłości i jednorodności rozwiązań w przypadku podziału projektu między poszczególne zespoły projektowe?
9. Czy Wykonawca przeanalizował tryby i procedury działania organów administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu znalezienia ścieżki krytycznej dla realizacji kontraktu w części projektowej? Jakie działania zaradcze zamierza podjąć Wykonawca w przypadku przekroczenia terminów wynikających ze ścieżki krytycznej?
10. Jakie ilości środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe? Czy będą to środki własne czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?

Zamawiający zadał również piętnaście pytań dotyczących części III Wykazu płatności: „Roboty” poz. III.1 Roboty.

W dniu 22 stycznia 2018 roku Odwołujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami. W dniu 5 kwietnia 2018 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że złożone wyjaśnienia nie były wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał między innymi:

„Treść wezwania z 5 stycznia 2018 r. opierała się na art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2018 r. zawierają ogólne informacje dotyczące m.in. doświadczenia, zaplecza kadrowego i technicznego, które wykonawca posiada jako podmiot od wielu lat działający na rynku (bez wskazania jednak Wymaganych przez Zamawiającego szczegółowych informacji - jak zostało to wskazane powyżej), jak też nie wskazują, w jaki sposób powołane przez Wykonawcę okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania, Dodatkowo Wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających większość informacji wskazanych w wyjaśnieniach, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są niewystarczające, gdyż nie może on na ich podstawie zweryfikować, czy skalkulowana przez Wykonawcę jest wystarczająca na pokrycie rzeczywistych kosztów, które Wykonawca będzie musiał ponieść w trakcie realizacji inwestycji.”

Izba ustaliła, że Odwołujący udzielił odpowiedzi na każde z zadanych mu 5 stycznia 2018 roku pytań. Odpowiedzi były rzeczowe, w wielu przypadkach poparte dowodami w postaci m. in. ofert potencjalnych podwykonawców. Treść tych odpowiedzi stanowiła odzwierciedlenie zadanych pytań.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego podzielone zostało na dwie części – A. dotyczącą zarzutu niezgodności oferty z SIWZ i jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pytania 1 i 2) oraz B. dotyczącą rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego i jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W części B Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak precyzji udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, że treść części z zadanych 5 stycznia 2018 r. pytań w ogóle się do niej nie odnosiła.

Przykładowo w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał m. in.: w zakresie „dot. B. Wykazu płatności: II. „Dokumenty Wykonawcy” (pytanie nr B.6) czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym

do podzlecenia? Jeśli tak to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji sposobu działań w przypadku ich zidentyfikowania.

Wykonawca udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie wyjaśnił, iż jako optymalne rozwiązanie organizacyjne przyjął, że całość prac projektowych zostanie zlecona jednej jednostce projektowej dysponującej odpowiednią ilością kadry, eliminując znaczną część ryzyk związanych z powierzeniem prac projektowych odrębnym jednostkom projektowym, w tym w szczególności dotyczących koordynacji międzybranżowej niekompatybilności oprogramowania i dostępnością personelu. Wykonawca poinformował również, że wybrał biuro projektowe posiadające właściwe i odpowiednie zespoły projektowe zapewniające odpowiednie branże.

Wykonawca w odpowiedzi na ww. pytanie wskazał, że jako główne ryzyka wynikające z zakresu umowy planowanej do podzlecenia wykonawca upatruje w tym, iż prace projektowe będą musiały być prowadzone tak, aby zminimalizować niekorzystne oddziaływanie drogi na środowisko oraz życie codzienne mieszkańców, którzy znajdują się w obrębie oddziaływania. Do tych zagrożeń zaliczył: protesty mieszkańców oraz protesty instytucji, stowarzyszeń i komitetów związanych z ochroną środowiska, nie wskazując jednak jakie sposoby działania zostaną podjęte przez Wykonawcę w przypadku ich wystąpienia.

W ocenie Zamawiającego w udzielonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał jakie sposoby działania zostaną przez niego podjęte w przypadku wystąpienia zagrożeń związanych z protestami stowarzyszeń i komitetów związanych z ochroną środowiska, w związku z tym uznał iż takich wyjaśnień nie złożył.”

W ocenie Izby wskazane wyżej działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Wezwanie do wyjaśnień z 5 stycznia 2018 roku dotyczyło możliwości wystąpienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie uwzględniając wyjaśnień w zakresie pytania nr B.6 wyciągnął wobec Odwołującego konsekwencje w postaci odrzucenia oferty z tytułu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, mimo, że zadane pytanie nie odnosi się do kalkulacji ceny oferty, a do planowanego sposobu realizacji świadczenia. W analogiczny sposób Zamawiający odniósł się do pozostałych przypadków, w których nie uznał wyjaśnień Odwołującego za wystarczające. Treść wezwania odnosiła się wprost do wyjaśnienia kwestii związanych z możliwością wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Z tego względu Zamawiający nie mógł oceniać wyjaśnień w sposób szerszy, przekraczający cel, dla którego wezwał Odwołującego do ich złożenia.

W podsumowaniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający poinformował: „W niniejszej sprawie Wykonawca, w opisanym powyżej zakresie, przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy

Prawo zamówień publicznych jest bowiem uzyskanie przez Zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający w piśmie z dnia 5 stycznia 2018 r. jasno wskazał Wykonawcy zakres wymaganych wyjaśnień. Rolą Wykonawcy było zatem przedstawienie szczegółowych wyjaśnień i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę, Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem "wytłumaczyć" się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych, wskazanych szczegółowo w piśmie Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2018 r. pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny. W przypadku złożenia w tym zakresie ogólnych wyjaśnień, które w żadnej mierze nie potwierdzają realności ceny oferty, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, nie zaś wzywać go o przedstawienie wyjaśnień ponownie.

Ponadto Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w zakresie szczegółowo wskazanym powyżej, a wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wystosowane przez Zamawiającego 5 stycznia 2018 r. wezwanie o wyjaśnienia trybie powyższego przepisu, należy uznać, że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi Zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny."

Biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy stwierdzić należy, że doszło do sytuacji, gdy Zamawiający oczekiwał od Odwołującego udzielenia dużo precyzyjniejszych i obszerniejszych wyjaśnień niż wynikałoby to z literalnego brzmienia zadawanych przez niego pytań. Zamawiający zarzucił Odwołującemu między innymi, że udzielając odpowiedzi na pytania o sposób kalkulacji poszczególnych elementów oferty, ten nie przedstawił przedmiotowych kalkulacji. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający zadawał dwa rodzaje pytań dotyczących kalkulacji – wezwanie do przedstawienia kalkulacji (pytania nr A.1, B.1) oraz pytania o sposób dokonania kalkulacji określonych elementów ceny oferty, bez literalnego wezwania do przedstawienia tych kalkulacji (m.in. pytania nr A.3, A.4, C.5).

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dokumentami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dokumentami na ich potwierdzenie. Odpowiedzi były zgodne z treścią zadanych pytań, zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wyjaśnienia nie zostały

udzielone. Ze względu na treść pytań w wielu przypadkach nie odnoszących się do elementów kosztotwórczych oferty wyjaśnienia nie mogły stanowić podstawy do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Fakt, że podstawą wezwania do wyjaśnień był art. 90 ust. 1 Pzp nie daje Zamawiającemu prawa do automatycznego uznania, że nie rozwiewająca jego wątpliwości odpowiedź wykonawcy świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Obowiązkiem Zamawiającego w tej sytuacji było doprecyzowanie i doszczegółowienie pytań oraz ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest wyjaśnienie każdego elementu mającego wpływ na cenę oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiązać wątpliwości Zamawiającego w zakresie jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień. Wobec tego Zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego obowiązku nie wypełnił. Izba nie przesądza czy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i że nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z całą pewnością natomiast czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była przedwczesna. Zamawiający nie wyjaśnił w sposób należyty wszystkich okoliczności, które mogły stanowić o wypełnieniu przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp. W tej sytuacji Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego, w tym art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w konsekwencji przedwczesnego odrzucenia oferty Odwołującego naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Strabag.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....

.....

.....