

Sygn. akt: KIO 716/13

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Barbara Bettman

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 10 oraz 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 marca 2013 r. przez **Metrostav a.s.**, z siedzibą w Republice Czeskiej w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwo**

Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Metrostav a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Skarbu Państwa: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Metrostav a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej** z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Kontynuację projektowania i przebudowę drogi S8 odc. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska, znak: 140/2011”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 6 grudnia 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 238-384108.

Metrostav a.s., z siedzibą w Pradze, w Republice Czeskiej (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 28 marca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. (zwanego dalej również Konsorcjum Astaldi), zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi, z uwagi na fakt, iż złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a tym samym brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty Konsorcjum Astaldi;
- 4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi, pomimo, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Astaldi,

której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Astaldi, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie;

7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert niepodlegających odrzuceniu lub uznanych za odrzucone;

8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania poprzez:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem, w szczególności w zakresie wadliwości dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Konsorcjum Astaldi jako oferty najkorzystniejszej;

b) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny oraz wyboru oferty Konsorcjum Astaldi jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

c) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Astaldi;

d) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 18 marca 2013 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 marca 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 2 kwietnia 2013 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (zwanego dalej: „*Konsorcjum Astaldi*” bądź „*Przystępującym Astaldi*”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odc. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska, znak: 140/2011*”.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia: Tom III – Program Funkcjonalno – Użytkowy:

Pkt 1 „Opis ogólny przedmiotu zamówienia”: Optymalizacja dokumentacji projektowej polegać ma m. in. na: a) wykonaniu kompletnego projektu wykonawczego w zakresie niezbędnym do wykonania wszelkich robót objętych przedmiotem zamówienia, w sytuacji w której w wyniku opracowania projektu wykonawczego, przyjęte rozwiązania bądź technologia prowadzenia robót będą istotną zmianą w stosunku do decyzji o pozwoleniu na budowę wymienionych na wstępie Zamawiający dopuści uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, zaproponowane zmiany muszą być zgodne z wymaganiami niniejszego PFU.

W zakresie optymalizacji Wykonawca jest zobowiązany wykonać w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wszelką niezbędną do prowadzenia robót dokumentację projektową, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. W terminie opisanym jako Kamień Milowy nr 1 Wykonawca uzyska zatwierdzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Kontraktem oraz w przypadku koniecznym złoży wniosek o wydanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych wskazanych w zdaniu poprzednim nie jest objęty zakresem zobowiązań wykonawcy opisanych jako Kamień Milowy nr 1, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania wynikający z Prawa nie uprawnia wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych. Jednocześnie informuje się, że Wykonawca od dnia przyjęcia placu budowy jest uprawniony do prowadzenia robót budowlanych, zgodnie z przywołanymi na wstępie decyzjami o pozwoleniu na budowę, w szczególności roboty powinny być prowadzone w obszarach gdzie nie zachodzi potrzeba uzyskania zamiennych decyzji o pozwoleniu na budowę bądź wprowadzane zmiany nie będą kolidowały z robotami budowlanymi (PFU, str. 5/103).

- I. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie, których Zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej Wykonawcy dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej, wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i realizowania prac budowlanych:
 - a. budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Powązkowska węzeł Modlińska wraz z przebudową kolidującej infrastruktury technicznej z wyłączeniem pkt 1.5.3 PFU oraz konstrukcji nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco – rozprowadzających,

- b. budowa nowego obiektu: 411T(A), 416T(A), 416T(B), 416T(C), 8T(A), 18T(A), 7T(A), 7T(B), 8T(B), 8T(C), 10T, 10T(A), 9T(B), PT1, 48T(A),
 - c. rozbiórka istniejącego i budowa nowego obiektu: 411T(B), 16T, 9T, 9T(A), 54T, 55T, 51T, 52T, 53T, 56T, 57T, 27T, 28T, 29T, 4T, 5T, 6T, 32T,
 - d. remont obiektu: KT.
- II. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie których Zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej Wykonawcy dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych z uwzględnieniem uprawnień Projektanta Wykonawcy określonych w Prawie budowlanym:
- a. przebudowa obiektu 2T,
 - b. remont obiektu: 410T, 411T, 416T, 17T, 7T, 8T, 11T, 11Tk, 12T, 12Tk, 12Tkz, 18T, 413T, 45T, 47T, 48T, 49T, 50T, 58T, 30T, 22T, 24T, 26T, 31T,
 - c. konstrukcja nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco-rozprowadzających,
 - d. budowy i przebudowy wynikające z pkt 1.5.3 PFU.
- III. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie których Zamawiający wymaga od Wykonawcy sporządzenia dokumentacji projektowej w całości oraz uzyskania decyzji administracyjnej i zrealizowania prac budowlanych:
- a. obiekt 59T.

Powyższy podział rozwiązań budowlanych i obiektów został wprowadzony - w efekcie zaskarżenia treści PFU przez wykonawców - wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12.

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie nr 16 – Zestaw III – PFU pkt 1, II wymienia obiekty (elementy) dla których wymaga się uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Czy wymóg uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę dla wymienionych w tym punkcie obiektów (elementów) jest obligatoryjny?

Odpowiedź na pytanie nr 16: Wymóg uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę uzależniony jest od przyjętego ostatecznego rozwiązania technicznego i wynika z uprawnień projektanta Wykonawcy określonych w prawie budowlanym.

Ponadto Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia: Pkt 1.5.8.4 PFU „Wymagania podstawowe dla obiektów nowo budowanych: (...) Obiekty powinny nawiązywać swoją konstrukcją, formą, kształtem, architekturą lub jej elementami do innych obiektów architektonicznych znajdujących się w tej samej przestrzeni bądź w jej sąsiedztwie (...)”.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- | | |
|--|----------------------------|
| 1) Przystępujący Astaldi: | 544 498 624,18 zł brutto, |
| 2) Odwołujący: | 796 304 041,43 zł brutto, |
| 3) Konsorcjum firm FCC Construccion
oraz IDS - BUD S.A., | 835 888 320,00 zł brutto, |
| 4) Konsorcjum firm Mota-Engil Central Europe
S.A oraz Mota-Engil Engenharia
e Construcao S.A., | 897 022 196,26 zł brutto, |
| 5) Konsorcjum firm: Pol-Aqua S.A. oraz
Dragados S.A., | 920 142 626,06 zł brutto, |
| 6) Konsorcjum firm: Budimex S.A. oraz
Ferrovial Agroman S.A. | 1 781 681 555,31 zł brutto |

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2013 r. wezwał Przystępującego Astaldi do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący Astaldi pismem z dnia 14 marca 2013 r. udzielił Zamawiającemu częściowych wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 18 marca 2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie niezgodności oferty Przystępującego Astaldi z postanowieniami SIWZ – w zakresie zmian opisanych w złożonych wyjaśnieniach co do obiektu 10T - jest zasadny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia: Tom III – Program Funkcjonalno – Użytkowy:

Pkt 1 „Opis ogólny przedmiotu zamówienia”: Optymalizacja dokumentacji projektowej polegać ma m. in. na: a) wykonaniu kompletnego projektu wykonawczego w zakresie niezbędnym do wykonania wszelkich robót objętych przedmiotem zamówienia, w sytuacji w której w wyniku opracowania projektu wykonawczego, przyjęte rozwiązania bądź technologia prowadzenia robót będą istotną zmianą w stosunku do decyzji o pozwoleniu na budowę wymienionych na wstępie Zamawiający dopuści uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, zaproponowane zmiany muszą być zgodne z wymaganiami niniejszego PFU.

W zakresie optymalizacji Wykonawca jest zobowiązany wykonać w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wszelką niezbędną do prowadzenia robót dokumentację projektową, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. W terminie opisanym jako Kamień Milowy nr 1 Wykonawca uzyska zatwierdzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Kontraktem oraz w przypadku koniecznym złoży wniosek o wydanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych wskazanych w zdaniu poprzednim nie jest objęty zakresem zobowiązań wykonawcy opisanych jako Kamień Milowy nr 1, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania wynikający z Prawa nie uprawnia wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych. Jednocześnie informuje się, że Wykonawca od dnia przyjęcia placu budowy jest uprawniony do prowadzenia robót budowlanych, zgodnie z przywołanymi na wstępie decyzjami o pozwoleniu na budowę, w szczególności roboty powinny być prowadzone w obszarach gdzie nie zachodzi potrzeba uzyskania zamiennych decyzji o pozwoleniu na budowę bądź wprowadzane zmiany nie będą kolidowały z robotami budowlanymi (PFU, str. 5/103).

I. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie, których Zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej Wykonawcy dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennnej dokumentacji projektowej, wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i realizowania prac budowlanych:

- a) budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Powązkowska węzeł Modlińska wraz z przebudową kolidującej infrastruktury technicznej z wyłączeniem pkt 1.5.3 PFU oraz konstrukcji nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco – rozprowadzających,

- b) budowa nowego obiektu: 411T(A), 416T(A), 416T(B), 416T(C), 8T(A), 18T(A), 7T(A), 7T(B), 8T(B), 8T(C), 10T, 10T(A), 9T(B), PT1, 48T(A),
- c) rozbiórka istniejącego i budowa nowego obiektu: 411T(B), 16T, 9T, 9T(A), 54T, 55T, 51T, 52T, 53T, 56T, 57T, 27T, 28T, 29T, 4T, 5T, 6T, 32T,
- d) remont obiektu: KT.

II. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie których Zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej Wykonawcy dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę i zrealizowania prac budowlanych z uwzględnieniem uprawnień Projektanta Wykonawcy określonych w Prawie budowlanym:

- a) przebudowa obiektu 2T,
- b) remont obiektu: 410T, 411T, 416T, 17T, 7T, 8T, 11T, 11Tk, 12T, 12Tkw, 12Tkz, 18T, 413T, 45T, 47T, 48T, 49T, 50T, 58T, 30T, 22T, 24T, 26T, 31T,
- c) konstrukcja nawierzchni drogi głównej i jezdni zbierająco-rozprowadzających,
- d) budowy i przebudowy wynikające z pkt 1.5.3 PFU.

III. Wykaz rozwiązań budowlanych i obiektów w zakresie których Zamawiający wymaga od Wykonawcy sporządzenia dokumentacji projektowej w całości oraz uzyskania decyzji administracyjnej i zrealizowania prac budowlanych:

- a) obiekt 59T.

Powyższy podział rozwiązań budowlanych i obiektów został wprowadzony w efekcie zaskarżenia treści PFU przez wykonawców wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12.

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie nr 16 – Zestaw III – PFU pkt 1, II wymienia obiekty (elementy) dla których wymaga się uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Czy wymóg uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę dla wymienionych w tym punkcie obiektów (elementów) jest obligatoryjny?

Odpowiedź na pytanie nr 16: Wymóg uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę uzależniony jest od przyjętego ostatecznego rozwiązania technicznego i wynika z uprawnień projektanta Wykonawcy określonych w prawie budowlanym.

Z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Astaldi z dnia 14 marca 2013 r. wynika, że co do obiektu 10T (Ad. 5 złożonych wyjaśnień) wykonawca założył całkowitą zmianę konstrukcji obiektu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11).

Wobec powyższego z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mamy do czynienia wówczas, gdy oferta złożona w postępowaniu po jej porównaniu – pod względem merytorycznym - nie spełnia wymogów Zamawiającego, co w ocenie Izby ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający w zacytowanych postanowieniach PFU dokonał wyraźnego rozgraniczenia i podziału m. in. na rozwiązania budowlane dotyczące obiektów wymagających optymalizacji bez konieczności sporządzania zamiennych dokumentacji projektowej (pkt I) – w których to zawarto obiekt 10T, oraz na rozwiązania dotyczące obiektów wymagających optymalizacji dostarczonej Wykonawcy dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę (pkt II). W ocenie Izby wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 16 zestawu III nie dotyczą rozwiązań budowlanych, o których mowa w pkt I PFU, a jedynie rozwiązań wymienionych w pkt II PFU. Wobec udzielonej odpowiedzi niedopuszczalne było przyjęcie takiej interpretacji niniejszych postanowień, że przedmiotem optymalizacji, która będzie skutkować koniecznością uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę mogą być wszystkie obiekty wskazane w PFU – również te, dla których Zamawiający nie przewidział uzyskania nowego pozwolenia na budowę – t.j. obiektów wskazanych w pkt I PFU. Ponadto nieuprawnionym jest przyjęcie szerokiej interpretacji wyjaśnień Zamawiającego, z uwagi na treść zadanego przez wykonawcę pytania, które to wprost odnosi się do obiektów wymienionych w pkt II PFU – t.j. obiektów, dla których wymaga się uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. W ocenie Izby odpowiedź Zamawiającego odnosząca się do udzielonej odpowiedzi nie daje podstaw do rozciągania niniejszych wyjaśnień również na obiekty wymienione w pkt I PFU.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem reprezentowanym przez Zamawiającego – zawartym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 kwietnia 2013 r. – że Odwołujący błędnie interpretuje postanowienia PFU. Według Zamawiającego zgodnie z pkt 1 PFU opis ogólny przedmiotu zamówienia podpunkt a) *„nawet w przypadku optymalizacji wprowadzającej zmiany uznane za istotne w stosunku do decyzji o pozwoleniu na budowę, Zamawiający dopuszcza uzyskanie nowego bądź zamiennego pozwolenia na budowę. Wymóg uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę uzależniony jest od przyjętego ostatecznego rozwiązania technicznego i wynika z uprawnień projektanta wykonawcy określonych w prawie budowlanym”*.

W ocenie Izby Zamawiający dokonując wykładni niniejszych postanowień PFU, cytując podpunkt a) PFU nie uwzględnił okoliczności, że niniejsze postanowienie (podpunkt a) dotyczy projektu wykonawczego, a nie zamiennego pozwolenia na budowę, a ponadto z jednoczesnym zastrzeżeniem, że zaproponowane zmiany muszą być zgodne z wymaganiami niniejszego PFU, a więc i pkt I PFU.

Ponadto przyjęcie interpretacji niniejszych postanowień PFU w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego i Przystępującego Astaldi powodowałoby nieporównywalność złożonych przez wykonawców ofert w niniejszym postępowaniu i przeczyłoby istocie wprowadzonego - wyrokiem KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12 - podziału rozwiązań budowlanych.

Dodatkowo Izba wzięła pod rozwagę również oświadczenie Przystępującego Astaldi złożone na rozprawie który przyznał, że wycena dokonana przez niego jest konsekwencją przyjęcia założenia, że można optymalizować i przeprojektować wszystkie obiekty wskazane w PFU - co w ocenie Izby w świetle zacytowanych postanowień PFU oraz wyjaśnień Zamawiającego (odpowiedź na pytanie nr 16 zestawu III) jest niezgodne z treścią SIWZ, t.j. tomem III – Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego analogicznej niezgodności treści oferty Przystępującego Astaldi z SIWZ – w zakresie m. in. obiektów: 416T(B), 52T, 52T Izba oceniając tak ustalony stan faktyczny stwierdziła, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty co do ww. obiektów zostały przedstawione dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie mogły być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba rozpoznała zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ tylko co do obiektu 10T, gdyż wyłącznie w tym zakresie - Odwołujący w odwołaniu z dnia 28 marca 2013 r. – postawił niniejszy zarzut.

Należy pamiętać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Wobec powyższego Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż przytoczone wyżej zarzuty (dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - co do obiektów 416T(B), 52T, 52T) zostały przedstawione w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Użycie sformułowania, iż o niezgodności treści oferty z SIWZ świadczy *„przykładowo zakres zmian opisanych w Wyjaśnieniach pkt 5 (obiekt 10T)”*, nie upoważnia Odwołującego do rozszerzania tak postawionego zarzutu, nie można zatem w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - powołując się na bliżej nieskonkretyzowaną część oferty rozszerzać postawiony zarzut o inne wskazane przez Odwołującego obiekty. Wobec powyższego wskazanie innych okoliczności faktycznych (w tym stanie rzeczy innych obiektów) jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10).

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie pkt 1.5.8.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Niewykazane zostało przez Odwołującego, że zaproponowane rozwiązania zakładane przez Przystępującego Astaldi (t.j. kładka) narusza koncepcję architektoniczną. Jak słusznie wskazał Zamawiający przywołana przez Odwołującego opinia z dnia 23 kwietnia 2008 r. (znak: AM-BE/731/605*4/PK/08) odnosi się do całej drogi S8 (na odcinku od ul Prymasa Tysiąclecia w Warszawie do ul. Piłsudskiego w Markach). Tymczasem na już wybudowanym odcinku drogi S8 Modlińska –Marki wykonano identyczną technologicznie kładkę do tej jaką zamierza wybudować Przystępujący Astaldi, co ustalono w oparciu o zdjęcie złożone przez Zamawiającego w trakcie rozprawy. Zatem skoro już wybudowana kładka okazała się zgodna z wymaganiami koncepcji architektonicznej, to

za taką musi być uznana również kładka dopiero projektowana. Ponadto nie można mówić o niezachowaniu spójności architektonicznej, skoro zostanie zbudowana kładka identyczna technologicznie. Nie potwierdził się zatem zarzut braku spójności architektonicznej kładki przyjętej przez Przystępującego Astaldi z kładkami już wykonanymi na drodze S8 odc. Modlińska-Marki.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niskiej ceny) wobec przedstawionej argumentacji również należy uznać za zasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2013 r. wezwał Przystępującego Astaldi do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący Astaldi pismem z dnia 14 marca 2013 r. udzielił Zamawiającemu częściowych wyjaśnień.

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym poprzez skierowanie do wykonawcy wezwania z dnia 4 marca 2013 r.

Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania – co wynika z istoty instytucji wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią Zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia,

wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). *„Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”*. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedziwszy swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że

zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuceniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10 na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności zbadła, czy wyjaśnienia z dnia 14 marca 2013 r. złożone przez Przystępującego Astaldi są wystarczające – dające możliwość weryfikacji, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Izba uznała za zasadne odniesienie się do wezwania Zamawiającego z dnia 4 marca 2013 r., stwierdzając że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wezwania, t.j. w sposób szczegółowy zapytał – Przystępującego Astaldi – o elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. Takie działanie Zamawiającego zasługuje na aprobatę i zgodne jest z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie - Izba dokonując analizy wyjaśnień Przystępującego Astaldi podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając, że wyjaśnienia te m. in. w punktach (t.j. Ad. 6, 7, 8, 9, 10, 11, wyjaśnień) są ogólnikowe, nie wskazują na szczegółowe wyliczenia, czy też kalkulacje. Należy zauważyć, że wskazane w niniejszych punktach obiekty realizowane miały być zgodnie z projektem, zaś Przystępujący Astaldi w sposób ogólnikowy odniósł się do wezwania Zamawiającego używając jednocześnie określeń nieostrych, t.j.: *„dokładnie przeanalizowane zostały wszystkie elementy konstrukcyjne obiektu, zebrano oferty różnych dostawców na poszczególne elementy (...)*”, *„wyznaczono szczegółowe ilości konstrukcji stalowej i wypełnień*”, *„w wyniku obliczeń znacznie zmniejszono ilość stali zbrojeniowej ustroju nośnego oraz nieznaczne zmniejszenie ilości stali zbrojeniowej podpór oraz ław fundamentowych (...)*”, *„zoptymalizowano ilość stali zbrojeniowej, nieznacznie zredukowano długość pali wbijanych, zmieniono deski gzymsowe*”. Przystępujący Astaldi na rozprawie przyznał, że dokładnie przeanalizowano poszczególne pozycje, jednak w złożonych wyjaśnieniach ani na rozprawie nie powołał się na konkretne wyliczenia, kalkulacje (choćby procentowe), nie wskazał również zakresu redukcji stali.

W ocenie Izby – tak sformułowane wyjaśnienia – nie pozwalają Zamawiającemu stwierdzić w sposób obiektywny na czym takie zoptymalizowanie ma polegać, jaki będzie stopień owej optymalizacji, a w efekcie czy takie zoptymalizowanie jest w ogóle możliwe za podaną przez wykonawcę cenę i w konsekwencji czy zaoferowana cena jest realna. Znamiennym w tym zakresie było stanowisko Zamawiającego przedstawione w trakcie

rozprawy. Zapytany przykładowo o sposób oceny wyjaśnień Przystępującego Astaldi w zakresie pkt 6, a mianowicie w jaki sposób wyjaśnienia Przystępującego Astaldi pozwoliły upewnić się Zamawiającemu, że możliwym było zaoszczędzenie około 50 mln zł na dostawie ekranów, nie potrafił udzielić odpowiedzi. Wskazał jedynie, że realność ceny w tej pozycji ustalił ostatecznie nie w oparciu o wyjaśnienia Przystępującego Astaldi, ale dochodząc do wniosku, że cena zaproponowana przez Przystępującego Astaldi w tym elemencie nie różni się jednak, aż tak znacząco od cen innych wykonawców. Analogiczna sytuacja dotyczyła wyjaśnień w pozycjach 7-11. Powyższe świadczyło o tym, że to nie wyjaśnienia Przystępującego Astaldi ani nie obiektywne czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, rozwiały wątpliwości Zamawiającego, lecz inne, bliżej nieokreślone okoliczności.

Ponadto nie można zgodzić się z stanowiskiem Przystępującego Astaldi, że różnica w cenie wynika wyłącznie z przyjętej przez Przystępującego Astaldi interpretacji postanowień SIWZ – umożliwiającej wykonawcy dokonanie optymalizacji w szerszym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia zawarte w punktach (Ad. 6, 7, 8, 9, 10, 11), będące w swej treści ogólnikowe nie przewidują przeprojektowania – przeciwnie wykonawca oświadcza, w niniejszych punktach, że obiekty: PT1, 9T, 54T, 55T, 47T, 50T wykona zgodnie z projektem, zatem argumentacja Przystępującego Astaldi w niniejszym zakresie jest nieuzasadniona. Skoro wykonawca w zakresie ww. obiektów nie zamierzał dokonać przeprojektowania, to tym bardziej uzasadnionym było wskazanie skąd wzięły się oszczędności względem szacunku Zamawiającego. Jednocześnie Izba odnosząc się do stanowiska Przystępującego Astaldi - stwierdzającego, iż trudno jest jednoznacznie udzielić odpowiedzi co do wybranych pozycji kosztorysu – uznała, że możliwym było udzielenie szczegółowych wyjaśnień, co do poszczególnych pozycji, obiektów, co Przystępujący Astaldi uczynił przykładowo w punkcie Ad 18 – urządzenia infrastruktury technicznej.

Analogicznie – jak wyżej – Izba uznała, że w zakresie wyjaśnień w punkcie Ad 14 – obiekt 2T - również nie wskazano w wyjaśnieniach, w jaki sposób dokonano redukcji i o ile zredukowano ilości stali, nie wskazano ewentualnych oszczędności. Nie wyjaśniono również, na czym polegać miała „*pogłębiona analiza rozwiązań projektowych*”. Było to o tyle istotnym, że wyjaśnienia w tym punkcie dotyczyły jednego z najbardziej kosztownych elementów robót budowlanych – t.j. mostu Grota-Roweckiego w Warszawie.

Ponadto – co zasługuje na szczególną uwagę – Przystępujący Astaldi w wyjaśnieniach w punktach Ad. 19 i 20 stwierdzeniem, że „*pytanie wykracza poza zakres wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiej ceny, a wkracza w zakres wstępnej kwalifikacji, którą konsorcjum Astaldi przeszło z wynikiem pozytywnym, spełniając*

wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, co sam Zamawiający potwierdził zapraszając nas do składania ofert, to należy uznać, że nie jest ono uprawnione. Wykonawcy na etapie postępowania do złożenia oferty nie mieli obowiązku precyzowania tak szczegółowych informacji i sporządzania harmonogramu (...)” uchylił się od udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na pytania dotyczące potencjału sprzętowego oraz kadrowego, co tym bardziej uzasadnia podstawę do odrzucenia niniejszej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – nie można w tym względzie zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego Astaldi, że Zamawiający nie był uprawniony do pytania wykonawcy o mobilizację sprzętową oraz kadrową. Należy pamiętać, że czym innym jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wyjaśnienia składane w tym zakresie, a czym innym są wyjaśnienia - o ewentualny potencjał kadrowy/sprzętowy – dotyczące rażąco niskiej ceny. W tym ostatnim przypadku istotnym jest bowiem aspekt ekonomiczny zagadnienia, t.j. poprawność skalkulowania wszelkich kosztów jakie wynikają z konieczności zapewnienia odpowiedniego potencjału. W ocenie Izby Zamawiający uprawniony był do pytania wykonawcy o ten potencjał na gruncie wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, celem ustalenia czy w cenie prawidłowo skalkulowano potencjał kadrowy oraz sprzęt i czy w konsekwencji – po dokonanej ocenie – można stwierdzić, że cena jest rażąco niska. Istotą tak zadanego pytania – co do potencjału kadrowego oraz sprzętu – jest uzyskanie informacji, danych jedynie ilościowych, nie ma zaś wymogu składania wykazu osób, czy też wykazu sprzętu – jak to ma miejsce w przypadku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na co wskazywał Przystępujący w wyjaśnieniach.

Ponadto zarówno Przystępujący Astaldi – jak również Zamawiający na rozprawie – nie był w stanie wytłumaczyć z czego wynika różnica w cenie co do obiektu PT1. Słusznie Odwołujący podniósł, że obiekt ten – wbrew temu co twierdził Zamawiający – nie był schematycznie przedstawiony w załączonej przez Zamawiającego dokumentacji.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego Astaldi, że to Odwołujący powinien wykazać, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska. Wniosek taki byłby zasadny przy założeniu, że Przystępujący Astaldi ujawniłby w wyjaśnieniach w sposób dostateczny w czym upatruje optymalizacji, jaki jest zakres optymalizacji, tzn. o ile można obniżyć cenę ze względu na wskazane przez siebie czynniki. Przykładowo Przystępujący Astaldi nie pokusił się o wyjaśnienie jaki założono choćby szacunkowo stopień optymalizacji stali, celem ustalenia przez Zamawiającego czy taka optymalizacja jest w ogóle możliwa – skoro Przystępujący Astaldi, wbrew treści wezwania,

nie ujawnił w wyjaśnieniach obiektywnych czynników, które umożliwiły mu obniżenie ceny, to trudno oczekiwać, aby Odwołujący, nie znając nawet elementarnych założeń leżących u podstaw założonej przez wykonawcę optymalizacji mógł przeprowadzić jakikolwiek dowód na okoliczność, że wykonanie robót z uwzględnieniem owej optymalizacji jest nierealne za zaoferowaną cenę.

Należy dodatkowo podkreślić, że przywołane pozycje - m. in. Ad 6-11, 14, 19-20 złożonych przez Przystępującego Astaldi wyjaśnień - dotyczą kluczowych elementów jego oferty i mają istotny wpływ na zaoferowaną cenę (która w efekcie - wobec wezwania Zamawiającego budziła jego wątpliwości). Jednocześnie wobec braku wyjaśnień - odnoszących się do kluczowych elementów oferty Przystępującego Astaldi, wykonawca nie wskazał na ewentualne oszczędności dotyczące innych elementów złożonej oferty - do czego zobowiązywało go wezwanie Zamawiającego z dnia 4 marca 2013 r.

Biorąc pod uwagę, że postępowanie wyjaśniające prowadzone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest czynnością jednokrotną, obwarowaną sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp należy uznać, że oferta Przystępującego Astaldi powinna podlegać odrzuceniu.

Zatem, dokonując analizy złożonych wyjaśnień Izba stwierdziła naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i uznała, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Astaldi w oparciu o art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie wykazane zostało przez Odwołującego, że zakładane przez Przystępującego Astaldi zmiany będą niezgodne z wydanymi już decyzjami, np. decyzją środowiskową. Dodatkowo nie wykazano również przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego Astaldi kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący Astaldi zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego Astaldi. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący Astaldi działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Ponadto nie ma podstaw do stwierdzenia – na podstawie notatki Komisji Przetargowej z dnia 15 marca 2013 r. - że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Astaldi – nie były w ogóle przedmiotem badania Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła dowodów Odwołującego załączonych do pisma z dnia 10 kwietnia 2013 r. uznając, że złożone załączniki techniczno-finansowe są stanowiskiem Odwołującego, a nie zostały przez niego podpisane. Co do innych dowodów, dotyczących m. in. wyciągów z projektu, wyciągi z PFU stanowią one dokumentację niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, która została włączona w poczet materiału dowodowego z urzędu.

Ponadto Izba orzekając, nie brała pod uwagę wydruków i materiałów ze stron internetowych, złożonych przez Odwołującego, uznając iż dane zawarte na stronach internetowych mogą być modyfikowane, zmieniane i zdaniem Izby nie mogą stanowić wystarczającego dowodu okoliczności, na które powołuje się strona w postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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).

Przewodniczący:

.....

.....

.....