

Sygn. akt: KIO 1533/16

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**  
**Piotr Kozłowski**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę: **SKANSKA SA, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum firm: **"ENERGOPOL-POŁUDNIE" S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Partyzantów 11, 41-200 Sosnowiec** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum firm: **TRAKCJA PRKił S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., ul. Złota 59 XVIII p., 00-120 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

**SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

.....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: „Obwodnica Zatora, Podolsza w ciągu DW Nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2016 r. nr 2016/S 040-064498.

W dniu 05.08.2016 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku przetargu, tj. o wyborze oferty Konsorcjum Firm: TRAKCJA PRKiL S.A. i Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (zwane dalej: „Konsorcjum TRAKCJA PRKiL”). Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta Konsorcjum ENERGOPOL-POŁUDNIE Sp. z o.o. i Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Katowicach Sp. z o.o. (dalej zwane: „Konsorcjum ENERGOPOL”). Wykonawca Skanska S.A. został sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu ofert.

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TRAKCJA PRKiL pomimo, iż nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert;
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TRAKCJA PRKiL pomimo, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL pomimo, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie obliczania ceny oferty nieuwzględniającej wszystkich prac określonych w SIWZ, PFU i Koncepcji Programowej;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum TRAKCJA PRKil,
- 3) odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty SKANKA S.A. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

### **1. Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum TRAKCJA PRKil na podstawie art. 24. ust. 2 pkt. 2 Pzp.**

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło Konsorcjum Firm: TRAKCJA PRKil S.A. i Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o.. Dla zabezpieczenia złożonej oferty wniesiono wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG11/0132/16/0009 z dnia 08.04.2016 r. wraz z aneksem, wystawionej przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group, gdzie zobowiązanym jest wykonawca TRAKCJA PRKil S.A. Treść gwarancji wskazuje, że to TRAKCJA PRKil S.A., a nie Konsorcjum obu ww. firm, złożyło ofertę w postępowaniu.

Z powyższego wynika, że złożona w ofercie Konsorcjum TRAKCJA PRKil gwarancja przetargowa jako „zobowiązanego” określa firmę TRAKCJA PRKil S.A. i to ofertę złożoną przez tego wykonawcę samodzielnie (a nie Konsorcjum) przedmiotowa gwarancja wadialna zabezpiecza. Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się do udziału tego podmiotu w postępowaniu w ramach Konsorcjum TRAKCJA PRKil oraz nie wymienia w treści - drugiego członka Konsorcjum, tj. wykonawcy Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., w szczególności - w definicji „wykonawcy”, za działania i zaniechania którego InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group zobowiązuje się zapłacić kwotę gwarancyjną.

Tak udzielona gwarancja wadialna, zdaniem Odwołującego, nie spełnia warunków określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to jest niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego uprawnieni są do złożenia gwarancji wadialnej, która wskazuje podmiot lub grupę podmiotów odmiennych od składu wykonawców, którzy złożyli ofertę w danym postępowaniu.

W przedmiotowej gwarancji wadialnej pominięcie w definicji „wykonawcy” partnera konsorcjum pozbawia Zamawiającego możliwości zatrzymania wadium, w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum TRAKCJA PRKil okoliczności wskazanych w art. 46 Pzp. Podmiot zlecający wystawienie gwarancji może jako zobowiązanego z gwarancji wskazać

podmiot trzeci, nie związany z podmiotem zlecającym, kluczowe jest więc precyzyjne określenie zobowiązanego z gwarancji ubezpieczeniowej.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zupełny zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). Nie jest możliwa zatem rozszerzająca wykładnia podstaw uprawniających beneficjenta do zrealizowania zobowiązania gwarancyjnego. Podmiot zlecający wystawienie gwarancji łączy z Ubezpieczycielem, stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz beneficjenta gwarancji. Nie istnieje natomiast żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji podmiot zlecający wystawienie gwarancji z beneficjentem gwarancji, chyba że z treści gwarancji wynika, że zlecający wystawienie gwarancji jest równocześnie zobowiązanym z gwarancji. Wówczas gwarant uprawniony jest do żądania od zobowiązanego z gwarancji/zlecającego wystawienie gwarancji określonego zachowania.

Analizując przedmiotową gwarancję wadialną Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum TRAKCJA PRKil nie jest zobowiązanym z gwarancji wystawionej na zlecenie TRAKCJA PRKil S.A., a zatem, w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum TRAKCJA PRKil okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, warunkujących zapłatę wadium, Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania od InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group zapłaty sumy gwarantowanej. Definicja „wykonawcy”, zawarta w przedmiotowej gwarancji, jest w pełni spójna z definicją „Oferty”. Oferty złożonej przez Konsorcjum TRAKCJA PRKil przedmiotowa gwarancja nie zabezpiecza. W doktrynie wyrażono pogląd, że w dokumencie wadialnym (gwarancja, poręczenie) powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich podmiotów wadium jest wnoszone. Brak wskazania wykonawców wspólnie składających ofertę powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty. Co więcej, wystawca dokumentu wadialnego, w którym nie wskazano wszystkich wykonawców, w imieniu których wadium jest wnoszone, może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji czy poręczenia. Odwołujący podniósł, że wprawdzie zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie, a art. 23 ust. 3 przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, to jednak żaden z przepisów dotyczących uczestnictwa wykonawców wspólnie w postępowaniu nie przewiduje ich solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym. Oznacza to, że w przypadku uchybień dokonanych przez jednego członka konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, inny członek konsorcjum za działania i zaniechania odpowiedzialności nie ponosi. W ocenie Odwołującego, solidarna odpowiedzialność

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi jedynie wówczas, gdy tak wskazują przepisy ustawy. Zgodnie z art. 141 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność wyłącznie za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe wskazuje, że odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na inne czynności dokonywane w toku postępowania, w tym nie dotyczy obowiązku wniesienia wadium. Tym samym, gwarancja wadialna nie odnosząca się do okoliczności dotyczących każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie może być uznana za prawidłowe wniesienie wadium.

## **2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TRAKCJA PRKiI.**

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą, a tym samym oferta Konsorcjum TRAKCJA PRKiI powinna zostać uznana za odrzuconą.

## **3. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Odwołujący podniósł, że w dniu 22.06.2016 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum ENERGOPOL wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp ze wskazaniem, iż złożone wyjaśnienia i dowody mają przekonać Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający wyraźnie zaznaczył w wezwaniu, iż zgodnie z art. 90 ust. 2, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Co do zasady wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Tymczasem, Konsorcjum ENERGOPOL złożyło w dniu 27.06.2016 r. wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynika, że konkurencyjna cena jego oferty wynika z przyjętego rozwiązania zamiennego, tj. nie wliczenia do ceny oferty jednego obiektu mostowego, co jest niezgodne z treścią SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego obniżenia ceny oferty, gdyż wyceniono przedmiot zamówienia zupełnie inny niż wymagał tego zamawiający.

Zgodnie z opisem SIWZ przedmiotem zamówienia jest min. budowa 4 małych mostów nad potokiem (rowem) Rudzianka, co jednoznacznie wynika z opisu przedmiotu zamówienia i zestawienia WWER zał. 3.1. do SIWZ. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia ofert wariantowych, wykonawcy nie mogli więc złożyć ofert przewidujących odmienny sposób wykonania przedmiotu zamówienia niż określony przez Zamawiającego.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 143, Zamawiający dopuścił optymalizację projektowanych wg. Koncepcji Programowej, w tym ilości obiektów inżynierskich, o ile te spełniać będą wymagania wynikające z PFU, obowiązujących przepisów techniczno -

prawnych, uzyskanej Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach pozyskanych na etapie projektowania, niezbędnych decyzji i uzgodnień oraz nie przyczynią się do pogorszenia warunków funkcjonalno - użytkowych i zostaną stosownie uzasadnione względami techniczno - ekonomicznymi. Zamawiający dopuścił zmianę rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji Programowej na rozwiązania umożliwiające rezygnację z niektórych obiektów inżynierskich pod warunkiem uzasadnienia konieczności ich wprowadzenia, akceptacji przez Zamawiającego oraz zmiany decyzji środowiskowej przy zachowaniu umownego terminu realizacji. Tym samym zmiana wykonania zamówienia mogła być dokonana dopiero na etapie realizacji, pod warunkiem spełnienia wskazanych wymagań.

Działanie Konsorcjum ENERGOPOL polegające na złożeniu oferty z przyjętym rozwiązaniem zamiennym polegającym na nie ujęciu w cenie ofertowej jednego mostu doprowadziło do złożenia oferty nieporównywalnej z innymi oferentami, a przede wszystkim oferty wariantowej i niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Nieodrzućenie oferty Konsorcjum ENERGOPOL jest także naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający nie powinien uprzywilejować tego wykonawcy i pozwolić mu dokonać tej zmiany na etapie ofertowania.

#### **4. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL pomimo treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.**

Odwołujący wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powinny mieć charakter kompleksowy i rzeczowy, powinny być szczegółowe i wyczerpujące, tak aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca ma wskazać w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ENERGOPOL w dniu 27.06.2016 r. nie wyjaśniają wysokości ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem wynikającym z treści SIWZ. Wyjaśnienia te w ogóle nie wskazują, dlaczego Konsorcjum ENERGOPOL zaoferowało taką cenę i jakie czynniki miały na nią wpływ. Co więcej, wykonawca w wyjaśnieniach tych oświadczył, iż nie wycenił jednego obiektu mostowego, co należy ocenić jako oświadczenie o niezgodności oferty z SIWZ. Poza tym wskazanie przewagi konkurencyjnej w postaci powołania się na nie ujęcie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i udowadnianie ceny na tej podstawie jest nadużyciem przez wykonawcę prawa podmiotowego. Ponadto, wyjaśnienia powyższe należy ocenić jako zbyt ogólne i nieuzasadniające możliwości zaoferowania ceny w taki sposób, aby przedmiot

zamówienia był zgodny z SIWZ. Wykonawca nie wskazał żadnych obiektywnych przesłanek, które umożliwiają mu zaoferowanie takiej ceny. Jedynym argumentem, dlaczego zaproponowano taką cenę jest argument technologii zamiennej polegającej m.in. na nie ujęciu w wycenie jednego obiektu mostowego, która na etapie składania ofert nie była możliwa do wskazania, bo zmiana ta może nastąpić dopiero po spełnieniu szeregu warunków na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień jednoznacznie wymagał, aby przedstawić szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny. Do wyjaśnień należało dołączyć dowody. Konsorcjum ENERGOPOL nie złożyło takowych wyjaśnień i żadnych dowodów na potwierdzenie m.in. oszczędności metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy. Ograniczyło się jedynie do przedstawienia 3 ofert podwykonawców, które nie potwierdzają zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ.

W dniu 19 sierpnia 2016 r. Konsorcjum firm: „ENERGOPOL-POŁUDNIE” S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz Konsorcjum firm: TRAKCJA PRKiL S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosiły swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum TRAKCJA PRKiL Zamawiający wyjaśnił, że Konsorcjum TRAKCJA PRKiL wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 02GG11/0132/16/0009 z dnia 08.04.2016 r. aneksowaną w dniu 21.06.2016 r. wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group. Wadium zostało wniesione w terminie, w prawidłowej formie oraz w wymaganej wysokości. Gwarancja zawiera w swej treści wszystkie niezbędne elementy umożliwiające Zamawiającemu skuteczne dochodzenie ewentualnych roszczeń. Potwierdza w szczególności, iż Gwarant, działając na zlecenie wykonawcy, zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Beneficjenta (Zamawiającego) do zapłaty na jego rzecz pełnej kwoty gwarancji w przypadku zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, gwarantując tym samym Zamawiającemu skuteczne i bez przeszkód zabezpieczenie jego interesów



w przypadku zaistnienia warunków do zatrzymania wadium. Zdaniem Zamawiającego, dla skutecznego i ważnego wniesienia wadium nieistotne jest wystawienie gwarancji na wniosek Lidera Konsorcjum - TRAKCJA PRKił S.A., który jest upoważniony do reprezentowania w postępowaniu drugiego członka Konsorcjum. Analiza treści gwarancji pozwala na jednoznaczną identyfikację oferty, którą zabezpiecza, jej treść wskazuje jednoznacznie nazwę postępowania oraz Zamawiającego, a także pozostałe wymagane elementy. Treść gwarancji nie uzależnia wypłaty gwarantowanej kwoty od podjęcia jakichkolwiek czynności sprawdzających przez Gwaranta. Brak wskazania w treści gwarancji drugiego członka Konsorcjum nie ma żadnego wpływu na możliwość skutecznego zatrzymania wadium i zaspokojenia interesów Zamawiającego. Prawidłowo umocowany pełnomocnik Konsorcjum reprezentuje w sposób wiążący pozostałych wykonawców wobec Zamawiającego, stąd gwarancja wystawiona na Lidera Konsorcjum obejmuje również pozostałych uczestników Konsorcjum, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Zamawiający podkreślił, że nie wskazał w SIWZ żadnych szczególnych wymagań dotyczących złożenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców działających wspólnie.

Odnosnie oferty złożonej przez Konsorcjum ENERGOPOL, Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy, a zatem na etapie SIWZ nie było możliwości sprecyzowania szczegółowych i optymalnych rozwiązań projektowych dla całej inwestycji. Posiadana przez Zamawiającego Koncepcja Programowa jest materiałem poglądowym, opracowanym dla celów wyboru optymalnego wariantu inwestycji oraz pozyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. W związku z powyższym w pkt 1.4.3.1.lit.n PFU Zamawiający dopuścił możliwość zmiany rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji Programowej - na rozwiązania umożliwiające rezygnację z niektórych obiektów inżynierskich, pod warunkiem: uzasadnienia konieczności jej wprowadzenia, akceptacji przez Zamawiającego i pozyskania zmiany decyzji środowiskowej oraz zachowania umownego terminu realizacji inwestycji. W przypadku wprowadzenia takich zmian ryzyko ich wprowadzenia leży po stronie wykonawcy. W związku z powyższym wykonawca ma prawo w kosztorysie ofertowym uwzględnić oszczędności wynikające z innowacyjnych rozwiązań projektowych lub zastosowanych technologii.

Konsorcjum ENERGOPOL wskazało w wyjaśnieniach na możliwość rezygnacji z jednego obiektu mostowego, jednak w kalkulacji wyceniono cztery obiekty mostowe nad potokiem Rudzianka. Wycenione koszty w tym zakresie są dwukrotnie wyższe niż w ofercie Odwołującego, co wskazuje, że nawet bez wprowadzenia zmian optymalizacyjnych wykonawca będzie w stanie zrealizować cztery mosty w tej kwocie. Nie budzi wątpliwości Zamawiającego, że wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyjaśnienia i kalkulację ceny ofertowej, potwierdzając uwzględnienie w ofercie wszystkich robót

budowlanych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Udzielone wyjaśnienia pozwalały Zamawiającemu na uznanie, że wykonawca przeanalizował rozwiązania, które zamierza zastosować w trakcie realizacji projektu i znalazły one odzwierciedlenie w zaoferowanej cenie. Zamawiający wyjaśnił, że cena oferty Konsorcjum ENERGOPOL odbiegała od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o mniej niż 30%, a od wartości zamówienia o ponad 30%, jednak sytuacja taka wystąpiła w odniesieniu do ponad połowy złożonych ofert, co świadczy raczej o niskim poziomie cen na rynku. Z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, że cena oferty Konsorcjum ENERGOPOL jest realna.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum TRAKCJA PRKiI oraz Konsorcjum ENERGOPOL skutecznie przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki w zakresie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

**Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum TRAKCJA PRKiI na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 2 Pzp oraz uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą.**

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zarzut naruszenia powyższych przepisów przez Zamawiającego w odniesieniu do Konsorcjum TRAKCJA PRKil, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie zasługuje na uwzględnienie.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Rozdział VII *Wadium*, Zamawiający, stosownie do art. 45 ust. 1 Pzp, zobowiązał wykonawców składających ofertę do wniesienia wadium przetargowego na czas równy okresowi związania ofertą w wysokości; 400 000,00 zł (słownie: czterysta tysięcy złotych 00/100). Zamawiający przewidział możliwość wniesienia wadium w formach określonych w ustawie Pzp (art. 45 ust. 6 Pzp). Zamawiający nie zawarł w SIWZ jakichkolwiek szczególnych wymagań co do formy lub sposobu wniesienia wadium w przypadku złożenia oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, w szczególności nie określił, czy gwarancja ubezpieczeniowa ma być wystawiona na jednego czy też kilku bądź wszystkich członków konsorcjum składającego ofertę.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło 14 wykonawców, w tym Konsorcjum składające się z firm: TRAKCJA PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. Na mocy umowy konsorcjum z dnia 1 marca 2016 r. oraz pełnomocnictwa z dnia 18 marca 2016 r., pełnomocnikiem do reprezentowania Konsorcjum TRAKCJA PRKil (wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp, został ustanowiony jeden z dwóch członków konsorcjum, tj. wykonawca TRAKCJA PRKil S.A. Umowa konsorcjum zawarta przez obu członków konsorcjum w dniu 1 marca 2016 r. w pkt 3 ustanawia firmę TRAKCJA PRKil S.A. pełnomocnikiem konsorcjum na czas przetargu, a w przypadku uzyskania kontraktu – na czas jego wykonania i ostatecznego rozliczenia. Strony wspólnie upoważniły Lidera do dokonywania wszystkich czynności w postępowaniu, w tym m.in. do wniesienia wadium. W pkt 6 ww. umowy Lider w imieniu Stron Umowy Konsorcjum został zobowiązany do udzielenia wymaganego w postępowaniu zabezpieczenia oferty, W pkt 4 ww. umowy Strony potwierdziły solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego, zgodnie z warunkami kontraktu. W dniu 18 marca 2016 r. Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. udzieliło pełnomocnictwa wykonawcy TRAKCJA PRKil S.A. do reprezentowania go w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawarcia umowy z Zamawiającym.

Dla zabezpieczenia złożonej oferty Konsorcjum TRAKCJA PRKil wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG11/0132/16/0009 z dnia 8 kwietnia 2016 r. wystawionej, na wniosek „TRAKCJA PRKil SPÓŁKA AKCYJNA” przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group, dla - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie, dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu

nieograniczonego na zamówienie pod nazwą: „Obwodnica Zatora, Podolsza w ciągu DW Nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych” wraz z oznaczeniem numeru sprawy nadanego przez Zamawiającego przedmiotowemu postępowaniu.

Nie budzi wątpliwości fakt, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium uznaje się za wniesione skutecznie wówczas, gdy pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w przypadkach określonych w ustawie Pzp (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp).

Przepis art. 23 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. w formie konsorcjum, którego istotą jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Jednym z takich działań jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec treści art. 23 ust. 2 Pzp, konsorcjum musi być reprezentowane wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy przez jednego z członków konsorcjum, umocowanego w tym zakresie przez pozostałych członków konsorcjum.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego należy uznać, że obowiązki wykonawcy wynikające z treści przepisów art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, odpowiednio dotyczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy są traktowani w określonych sytuacjach w postępowaniu o udzielenie zamówienia tak jak jeden wykonawca.

Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp, wadium może być wnoszone przez wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, co w przypadku ubiegania się o zamówienie przez wykonawców w ramach konsorcjum oznacza, że wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) powinno być wniesione przez konsorcjum złożone z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący słusznie zauważył w odwołaniu, że konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej, a przez to jest niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej, jako konsorcjum. Jednocześnie należy zauważyć, że z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów ustawy Pzp nie wynika wymóg wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum. Bezspornym jest również, że w badanym postępowaniu specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera obowiązku wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum, jako wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, rozpatrujących skargi na orzeczenia KIO, występuje rozbieżność poglądów, co do skuteczności wadium

wniesionego w formie gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie jednego z uczestników konsorcjum. Zgodnie z jedną linią ukształtowaną w orzecznictwie, gwarancja wadialna musi być wystawiona na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a w treści gwarancji musi znaleźć się informacja o wszystkich podmiotach uczestniczących w konsorcjum bądź też informacja o reprezentacji jednego podmiotu przez drugi, gdyż brak takiej informacji skutkuje brakiem należytego zabezpieczenia oferty złożonej przez konsorcjum, a w konsekwencji stanowi niezłożenie wadium zgodnie z wymogami art. 45 Pzp. Zgodnie z drugim poglądem prezentowanym w orzecznictwie, gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem, uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz spółkonsorcjantów, nawet bez wskazania w treści gwarancji faktu zawarcia konsorcjum oraz bez wskazania pozostałych wykonawców, którzy składają wspólną ofertę, spełnia wymogi ustawowe i stanowi skutecznie wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zabezpieczając interesy Zamawiającego.

Izba rozważając argumentację powoływaną w niniejszej sprawie, jak i prezentowaną w orzecznictwie, podziela pogląd, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (składający wspólną ofertę) są uprawnieni do złożenia gwarancji wadialnej, która jako podmiot zobowiązany z gwarancji wskazuje tylko jednego wykonawcę spośród składu konsorcjum i taka gwarancja wadialna spełnia wymagania ustawy Pzp. Tym samym brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w treści gwarancji ubezpieczeniowej, jak w niniejszej sprawie, nie pozbawia zamawiającego możliwości zatrzymania wadium, w przypadku wystąpienia po stronie konsorcjum okoliczności wskazanych w art. 46 Pzp.

W ocenie Izby, z treści oferty złożonej przez Konsorcjum TRAKCJA PRKiI i załączonego do niej pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum wynika jednoznacznie, że podmiot, na zlecenie którego gwarancja została wystawiona, nie jest samodzielny uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma tym samym żadnych wątpliwości co do możliwości identyfikacji oferty, która została zabezpieczona gwarancją ubezpieczeniową wystawioną na lidera Konsorcjum TRAKCJA PRKiI. Nie można przy tym pominąć okoliczności, że udzielone liderowi konsorcjum pełnomocnictwo umocowuje ten podmiot do dokonania w postępowaniu wszelkich czynności prawnych ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 1 i 2 k.c.). Odwołujący podnosił co prawda w odwołaniu, że Gwarancja wadialna nr 02GG11/0132/16/0009 (wraz z aneksem) zabezpiecza ofertę, którą TRAKCJA PRKiI S.A. samodzielnie planowała złożyć w postępowaniu, jednak okoliczność ta nie znajduje żadnego potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym - w toku postępowania Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie zasadności tej tezy.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). W przypadku oferty złożonej wspólnie przez konsorcjum nie ma znaczenia który z członków konsorcjum wywoła okoliczności skutkujące koniecznością zatrzymania wadium. W sytuacji wystąpienia po stronie Konsorcjum TRAKCJA PRKił okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp warunkujących zapłatę wadium, niezależnie od tego który z uczestników konsorcjum przyczyni się do powstania tych okoliczności, Zamawiający będzie uprawniony do żądania od InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group zapłaty sumy gwarantowanej, gdyż okoliczności będą wywoływały skutek bezpośrednio po stronie lidera –TRAKCJA PRKił S.A. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, a tym samym wykonawcy wspólnie składający ofertę ponoszą wspólną (łącną) odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym, jako konsorcjum. Prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, ponosi zatem odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą skutkować obowiązkiem zatrzymania wadium. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone m.in. w treści wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn.. akt II Ca 489/06, w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IV Ca 357/15, a także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15).

W ocenie Izby, nie można pomijać przy tym natury abstrakcyjnego stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje w wyniku złożenia zobowiązania przez Gwaranta do wypłaty kwoty wadium, opatrzonego klauzulą „nieodwołalnie i bezwarunkowo” wobec beneficjenta, niezależne od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Zgodnie w orzecznictwie przyjmuje się, że abstrakcyjny charakter tego zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego, a Gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Istotne jest zatem to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych w treści gwarancji.

Należy również zauważyć, iż gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum TRAKCJA PRKił Zamawiającemu została wystawiona przed sporządzeniem i złożeniem oferty, a po zawarciu umowy konsorcjum i udzieleniu pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, co potwierdza, że podmiot zlecający wystawienie gwarancji był umocowany do działania

w tym zakresie na rzecz drugiego członka konsorcjum, a Gwarant wystawił gwarancję do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, bez badania treści oferty, tj. niezależnie od tego czy podmiot zlecający wystawienie gwarancję złoży ofertę samodzielnie czy też wspólnie z innymi wykonawcami.

Izba w całości podziela stanowisko przedstawione przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. akt XXIII Ga 1313/15, który w podobnym stanie faktycznym wskazał, że *„Niezależnie od powyższego należy zaznaczyć, iż przedmiotowa gwarancja wadialna także z tego względu w sposób skuteczny zabezpieczała interesy zamawiający, albowiem odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 k.c., zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy PZP. Niemniej powyższe nie oznacza, iż w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Zdaniem Sądu Okręgowego całkowicie bezpodstawny jest pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 ustawy PZP brak jest podstaw do przyjmowania solidarności współkonsorcjantów.”* Sąd stwierdził ponadto, że *„Wreszcie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 70<sup>3</sup> § 3zd. 2 k.c. w zw. z art. 70<sup>2</sup> §3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP w razie wyboru oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregośkolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na*

*zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczenia przez którekolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Reasumując, Izba uznała, że wadium zostało wniesione przez Konsorcjum TRAKCJA PRKil w dopuszczalnej prawem formie i w wymaganej przez Zamawiającego kwocie oraz zostały spełnione wszystkie wymagania dotyczące skuteczności wniesionej gwarancji wadialnej. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum TRAKCJA PRKil z powodu niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert. Oferta Konsorcjum TRAKCJA PRKil nie podlega uznaniu za odrzuconą. Jednocześnie, uznając, że charakter gwarancji wynika wyłącznie z treści dokumentu gwarancyjnego, Izba nie brała pod uwagę, treści pisma InterRisk Vienna Insurance Group – TU z dnia 26 sierpnia 2016 r., które złożył na rozprawie Zamawiający, gdyż nie może ona mieć żadnego znaczenia przy ocenie skuteczności wniesienia wadium w niniejszej sprawie.

### **Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że oferta Konsorcjum ENERGOPOL jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie obliczania ceny oferty nieuwzględniającej wszystkich prac określonych w SIWZ, PFU i Koncepcji Programowej. Odwołujący nie podnosił przy tym zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 Pzp, który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny. Biorąc pod uwagę przedstawioną przez Odwołującego argumentację, należało uznać, że istotą zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było stwierdzenie przez Odwołującego, że oferta Konsorcjum ENERGOPOL nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia, gdyż z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że w ofercie nie uwzględniono wykonania jednego



z czterech wymaganych w PFU mostów na potoku Rudzianka.

Jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu, zgodnie z SIWZ Rozdział I pkt. 2 przedmiotem zamówienia jest zadanie, którego zakres obejmuje:

- Opracowanie dokumentacji projektowej - projektu budowlanego, wykonawczego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót w oparciu o Program funkcjonalno użytkowy i decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z uzyskaniem decyzji ZRID z klauzulą natychmiastowej wykonalności oraz innych decyzji administracyjnych, uzgodnień i opinii niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego. Opracowanie dokumentacji projektowej obejmuje budowę drogi klasy G jednojezdniowej, o 2 pasach ruchu szer. 3,5 m o długości ok. 3 km.
- Wykonanie robót budowlanych związanych z budową drogi wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w oparciu o dokumentację projektową wykonaną przez Wykonawcę robót, z uwzględnieniem wymogów wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Niesporne było w niniejszej sprawie, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i zestawienia WWER zał. 3.1. do SIWZ, opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał min. budowę 4 małych mostów nad potokiem (rowem) Rudzianka.

W związku z tym, że zamówienie będzie realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj” zadaniem wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia będzie opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie (roboty budowlane) drogi zgodnie z tą dokumentacją. Jak wyjaśnił Zamawiający, przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie projektu, zgodnego z Koncepcją Programową i PFU, które to dokumenty nie zawierają na obecnym etapie szczegółowych i optymalnych rozwiązań projektowych pod względem technicznym ani też pod względem ekonomicznym. Należy zatem przyjąć, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez Zamawiającego, poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych i użytkowych, a w związku z tym przedmiot zamówienia w zakresie „wybuduj” nabierze ostatecznego kształtu na etapie po wykonaniu projektu budowlanego i uzyskaniu wszelkich wymaganych decyzji i uzgodnień z tym związanych.

Zamawiający jednoznacznie dał temu wyraz w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców do SIWZ (nr 143) z dnia z 19 kwietnia 2016 r. o treści: „Czy ilość obiektów mostowych jest obligująca, czy można z niektórych obiektów zrezygnować?”. Zamawiający wyjaśnił, że „dopuszcza optymalizację projektowanych wg. Koncepcji Programowej rozwiązań, w tym ilości obiektów inżynierskich, o ile te spełniać będą wymagania wynikające z PFU, obowiązujących przepisów techniczno-prawnych, uzyskanej Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach, pozyskanych na etapie projektowania niezbędnych decyzji i uzgodnień oraz nie przyczynią się do pogorszenia warunków funkcjonalno-użytkowych i zostaną stosownie uzasadnione względami techniczno-ekonomicznymi. Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji

Programowej na rozwiązania umożliwiające rezygnację z niektórych obiektów inżynierskich, pod warunkiem uzasadnienia konieczności ich wprowadzenia, akceptacji przez Zamawiającego oraz zmiany decyzji środowiskowej przy zachowaniu umownego terminu realizacji inwestycji.” Zamawiający w oparciu o powyższe wyjaśnienia wprowadził dodatkowy zapis do treści pkt 1.4.3.1. PFU w postaci litery „n” o treści: „Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji Programowej na rozwiązania umożliwiające rezygnację z niektórych obiektów inżynierskich, pod warunkiem uzasadnienia konieczności ich wprowadzenia, akceptacji przez Zamawiającego, pozyskania zmiany decyzji środowiskowej oraz zachowania umownego terminu realizacji inwestycji.”

W wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum ENERGOPOL na wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 27 czerwca 2016 r.) wykonawca wskazał, że „przyjął dodatkowo w swojej ofercie inne korzystniejsze pod względem bezpieczeństwa i ekonomicznie uzasadnione rozwiązanie skrzyżowania projektowanej obwodnicy z drogą gminną w km 2+215. W obrębie skrzyżowania zgodnie z PFU znajduje się rów Rudzianka oraz cztery projektowane obiekty mostowe na wyżej wymienionym potoku. W zakresie przyjętych do oferty zmian jest regulacja rowu Rudzianka, optymalizacja gabarytów obiektów mostowych i obniżenia kosztów ich wykonania. W celu poprawy bezpieczeństwa zrezygnowano z wykonania włączenia drogi serwisowej w obrębie skrzyżowania i przeniesiono jego lokalizację. W ten sposób uzyskano możliwość nie wliczenia do oferty jednego obiektu mostowego.” Wykonawca wskazał także w dalszej części wyjaśnień na inne założenia związane z optymalizacją rozwiązań projektowych (wiadukt nad torami kolejowymi, przebieg niwelety), które nie zostały zakwestionowane w odwołaniu, jako niezgodne z treścią SIWZ.

W załączeniu do wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2016 r. Konsorcjum ENERGOPOL złożyło wymaganą przez Zamawiającego kalkulację zaoferowanej ceny w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny oferty. W poz. 8 tabeli wymaganej przez Zamawiającego, wykonawca wycenił element robót opisany jako „Budowa 4 małych mostów nad potokiem (rowem) Rudzianka wraz z odcinkową korektą przebiegu potoku Rudzianka” na kwotę 1 407 714,31 zł (brutto).

Biorąc pod uwagę zarówno treść SIWZ (wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego), jak i wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ENERGOPOL z dnia 27 czerwca 2016 r., w ocenie Izby nie ma podstaw do przyjęcia, że w ofercie tego wykonawcy pominięto jeden z elementów przedmiotu zamówienia, a tym samym że oferta nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania rozwiązań zamiennych, pozwalających na rezygnację z części obiektów inżynierskich, w stosunku do rozwiązań opisanych w Koncepcji Programowej, to wykonawcy mogli założyć w ofercie możliwość zastosowania takich rozwiązań zamiennych. Możliwe zatem było i dopuszczalne

ujęcie w ofercie rozwiązania zamiennego, które zastąpi rozwiązanie wymagające wybudowania czterech mostów na potoku Rudzianka i będzie pełniło te same funkcje. Rozwiązanie to umożliwi jednocześnie rezygnację z budowy jednego obiektu mostowego. Zamawiający w sposób jednoznaczny dopuścił taką możliwość w odpowiedzi na pytanie nr 143 do treści SIWZ. Przyjęcie w ofercie rozwiązania zamiennego nie oznacza zatem, że przedmiot zamówienia nie został w całości uwzględniony w ofercie i nie został wyceniony w pełnym zakresie.

Uwzględniając to, że decyzje w sprawie wprowadzenia założonych w ofercie rozwiązań zamiennych zapadną na etapie realizacji zamówienia, wykonawcy powinni w ofercie uwzględnić i wycenić te rozwiązania, uwzględniając także ryzyko związane z koniecznością spełnienia wszystkich warunków, które Zamawiający postawił, tj. uzasadnienia konieczności wprowadzenia zmian, akceptacji przez Zamawiającego oraz zmiany decyzji środowiskowej przy zachowaniu umownego terminu realizacji.

Odnosząc powyższe do oferty złożonej przez Konsorcjum ENERGOPOL, Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał w toku postępowania okoliczności, iż nie jest możliwe spełnienie powyższych warunków przez tego wykonawcę, a w szczególności pozyskania w danym zakresie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach - przy zachowaniu umownego terminu realizacji inwestycji.

Zauważyć należy również, że w świetle treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, każdy wykonawca mógł przewidzieć w ofercie i wycenić ryzyko związane z możliwością zaproponowania zmian optymalizacyjnych do rozwiązań opisanych w koncepcji Programowej, co wprost przeczy zarzutowi nieporównywalności ofert oraz zarzutowi złożenia oferty wariantowej (w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości składania ofert wariantowych).

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum ENERGOPOL nie potwierdził się.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ENERGOPOL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

Zgodnie z SIWZ Rozdział V Opis sposobu przygotowania i złożenia oferty pkt. 5 Sposób ustalenia ceny ofertowej ppkt. 5.2. cenę oferty brutto należy obliczyć na podstawie załącznika do SIWZ Programu funkcjonalno - użytkowego (PFU) wypełniając załącznik „Wyceniony Wykaz Elementów Rozliczeniowych” WWER - zał. nr 3.1. SIWZ. W dalszym ppkt 5.5. Zamawiający ustalił, że w cenie oferty należy skalkulować wszystkie koszty i czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, między innymi: wszelkie koszty

robót przygotowawczych, koszty wykonania projektu organizacji ruchu na czas robót, jego uzgodnienie, wykonanie, utrzymanie i likwidacja organizacji ruchu na czas robót, koszt robót porządkowych, koszty obsługi geodezyjnej, dokumentacji powykonawczej, koszty badań laboratoryjnych, inne koszty i opłaty, kary i odszkodowania dla osób trzecich wynikające z konieczności wykonania zamówienia w całości i gotowości do użytkowania.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje m.in., że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że na 14 ofert, które zostały złożone w tym postępowaniu, 4 oferty były badane pod kątem rażąco niskiej ceny. Oferta Konsorcjum ENERGOPOL zawiera cenę o 40,3% niższą od wartości zamówienia, lecz nie odbiega od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert. Powyższe stanowiło podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że ponad połowa złożonych ofert zawierała cenę poniżej wartości zamówienia.

Wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r. skierowane do Konsorcjum Energopol zostało sformułowane w oparciu o treść art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wymagał także odpowiedzi na pytania dotyczące cen składowych podanych w formularzu Wycenionego Wykazu Elementów Rozliczeniowych złożonym w ofercie oraz wypełnienia przez wykonawcę tabeli odnoszącej się do kalkulacji cenowej wykonania robót budowlanych.

Konsorcjum ENERGOPOL w dniu 27 czerwca 2016 r. złożyło wyjaśnienia, uwzględniające wszystkie wymagane przez Zamawiającego kwestie, z załączeniem ofert podwykonawców oraz kalkulacją zaoferowanej ceny w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny, stosownie do treści wezwania.

Powyższe wyjaśnienia, w ocenie Izby, nie mogą być uznane za „zbyt ogólne”, gdyż odnoszą się w sposób rzeczowy i konkretny do wszystkich okoliczności, które budziły wątpliwości Zamawiającego i zostały wyrażone w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, tj. do zawartych w wezwaniu pytań, a także do kwestii wybranych rozwiązań technicznych, oszczędności metody wykonania przedmiotu zamówienia, wyceny robocizny, kosztów

ogólnych, planowanego zysku. Wykonawca przedstawił wycenę kluczowych składników kosztów oraz przewidział koszty związane z czynnikami wynikającymi z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach itp. Wyjaśnienia obejmują także kalkulację ceny na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pozyskaniem decyzji ZRID.

Odnosząc się do zarzutu, iż złożone wyjaśnienia należy uznać za „nieuzasadniające możliwości zaoferowania ceny w taki sposób, aby przedmiot zamówienia był zgodny z SIWZ” należy podkreślić, że Odwołujący w tym zakresie podnosił w szczególności brak wyceny w ofercie jednego obiektu mostowego na potoku Rudzianka, tj. brak ujęcia w ofercie wyceny pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Jak stwierdzono powyżej, przyjęcie przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu możliwości zastosowania technologii zamiennej, mającej na celu optymalizację rozwiązań opisanych w PFU i Koncepcji Programowej, było dopuszczalne i zgodne z treścią SIWZ. W ofercie należało zatem wycenić całkowity zakres przedmiotu zamówienia, uwzględniając jednoznacznie dopuszczoną przez Zamawiającego możliwość, a zarazem ryzyko zastosowania zamiennych rozwiązań optymalizacyjnych, w tym polegających m.in. na możliwości rezygnacji z części obiektów inżynierskich opisanych w dokumentacji przetargowej.

Wprowadzenie zmian optymalizacyjnych wymagać będzie spełnienia określonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków, jednak nie można wykluczyć możliwości spełnienia tych warunków na etapie realizacji zamówienia (na etapie prac projektowych). Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających brak możliwości spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków, co do wprowadzenia rozwiązań zamiennych. W ofercie można było zatem uwzględnić koszty związane z możliwością wprowadzenia tych zmian oraz ryzyko związane z koniecznością spełnienia wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego w tym zakresie.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie tezy, że Konsorcjum ENERGOPOL nie wyceniło w ofercie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów przedmiotu zamówienia, a w szczególności, że zaniżyło w ten sposób cenę oferty. Podkreślić należy, że wycena robót związanych z wykonaniem elementu przedmiotu zamówienia w postaci „4 małych mostów na potoku Rudzianka” została dokonana z uwzględnieniem możliwości optymalizacji opisanego w PFU rozwiązania. W tym zakresie wycena została przeprowadzona w oparciu o ofertę podwykonawcy, załączoną do wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu. Wykonawca przyjął koszt wykonania tego elementu na poziomie wyższym o 150 tys. zł niż w ofercie podwykonawcy, a ponadto koszt ten został przyjęty na poziomie dwukrotnie wyższym niż w ofercie Odwołującego. Okoliczności te przeczą tezie prezentowanej przez Odwołującego, że koszty oferty Konsorcjum ENERGOPOL w tym zakresie zostały zaniżone.

Reasumując powyższe należało stwierdzić, że Konsorcjum ENERGOPOL złożyło wyjaśnienia odpowiednio - w zakresie wymaganym w wezwaniu Zamawiającego. Wycenione zostały wszystkie elementy wymagane w kalkulacji, w tym element obejmujący wykonanie 4 mostów na potoku Rudzianka. Pozycja ta uwzględnia koszt wykonania pełnego zakresu prac związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia, wraz z możliwością zastosowania rozwiązań zamiennych, które zostały dopuszczone przez Zamawiającego.

Tym samym nie stwierdzono podstaw do uznania, że oferta Konsorcjum ENERGOPOL zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ze względu na niezasadność zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty SKANSKA S.A.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....

.....

.....