

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eurovia Polska S.A. oraz Warbud S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**

przy udziale:

- A. **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR S.A., UNIBEP S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eurovia Polska S.A., Warbud S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
**Eurovia Polska S.A., Warbud S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040
Kobierzyce** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i
Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, w imieniu którego postępowanie
prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział
w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok** kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy
tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień
publicznych (tj. Dz.U.2017.1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego
doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S- 61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł Łomża Zachód (z węzłem) - węzeł Kolno (bez węzła) na długości około 12,922 km [S61] + DK64 [GP] 6,963 km”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2017/S 064-119640 w dniu 31.03.2017 r.

W dniu 17 listopada 2017r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A. oraz Warbud S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego, o czym Odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego mailem w dniu 8 listopada 2017r.;
- zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. art. 7 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że Odwołujący dokonał zmiany głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU, w sytuacji, gdy wskazane przez Odwołującego niezgodności były możliwe do usunięcia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. polegające na błędnym przyjęciu przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego nie spełnia minimalnych wymagań dla wytwórni mieszanek betonowych do betonów na nawierzchnie z betonu cementowego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. poprzez uznanie, iż z treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień należy wnioskować, iż - odmiennie aniżeli to zostało określone w dokumencie WWIORB 05.03.04 pkt. 3.3. - do realizacji zamówienia przewidział on 3 węzły betoniarskie o wydajności 100 m³, w sytuacji, gdy

pytanie Zamawiającego, na które w tym zakresie udzielił odpowiedzi Odwołujący nie odnosiło się do kwestii minimalnego potencjału, określonego ww. dokumencie, który każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Odwołujący zobowiązany był spełniać, ale do - co wynika z literalnej wykładni tego pytania - do ilości oraz wydajności węzłów betoniarskich, jakie „*zamierza Wykonawca przydzielić do przedmiotowego zadania*”, a więc do przyszłej koncepcji realizacji zamówienia, ewentualnych wniosków Odwołującego podyktowanych organizacją robót, ich harmonogramem, które poddane zostać mogą ocenie właściwego organu, Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego, nie zaś przyjętych w ofercie Odwołującego założeń stanowiących podstawę do wyceny przedmiotu zamówienia;

- art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 Pzp poprzez brak poinformowania Odwołującego o powodach odrzucenia oferty tj. jakie konkretnie niezgodności w SIWZ popełnił Odwołujący i ograniczenie się przez Odwołującego jedynie do stwierdzenia, że Odwołujący zaproponował niedozwoloną zapisami zmianę głównych parametrów obiektów inżynierskich w tabeli 1.1 PFU, a zatem bez wskazania jakich parametrów dotyczy ta zamiana, czym uniemożliwił Odwołującemu poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu;

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
- względnie
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień celem usunięcia tych niezgodności.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem przesłanym Odwołującemu w dniu 08.11.2017r. za pośrednictwem poczty elektronicznej Zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że w jego ocenie, Odwołujący zaproponował niedozwolone zapisami Programu Funkcjonalno - Użytkowego rozwiązania konstrukcyjne i technologiczne, a także nie spełnił minimalnych wymagań dla wytwórni mieszanek betonowych do betonów na nawierzchnie z betonu cementowego określonych w dokumencie Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych 05.03.04 pkt. 3.3. (zwanych dalej także: WWIORB). Nie zgadzając się z takim stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że w treści zadanego pytania z dnia 31.08.2017r. nie określono jakichkolwiek ram czasowych etapu realizacji kontraktu przez wykonawcę, w którym tzw. „przydział” węzłów betoniarskich miałby zostać dokonany. Zamawiający nie odwołał się też

do zapisów WWIORB pkt 3.3, które w zakresie wykazania się możliwością *korzystania* z węzłów betoniarskich (nie zaś ich „przydzielenia”, co jest przedmiotem pytania Zamawiającego) odnoszą się do momentu przystąpienia przez wykonawcę do wykonania warstwy nawierzchniowej z betonu cementowego. Co więcej, Zamawiający nie zadaje przykładowo pytania o to:

- czy wykonawca przyjął w swojej ofercie, że dla realizacji zadania (vide: fragment uzasadnienia o odrzuceniu oferty, lit. b, zd. 2) *wykaże się możliwością korzystania wytwórni stacjonarnych zapewniających ciągłą produkcję mieszanki betonowej na potrzeby kontraktu, w tym:*
 - *wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę górną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 100 m³/godz.,*
 - *wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę dolną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 250 m³/ godz.,*
 - *wytwórni zapasowej o wydajności nie mniejszej niż 100 m³/ godz. (vide: pkt 3.3.WWIORB 05.03.04 ?*
 - *czy dokonując wyceny oferty wykonawca uwzględnił wymagania wymienione w pkt 3.3.WWIORB 05.03.04?*

Z tych względów, w ocenie Odwołującego, odpowiedź którą udzielił, na inne przedmiotowo, aniżeli wyżej wskazane - przykładowo - pytania, iż: „(...) zamierza przydzielić do zadania dla obiektów inżynierskich i nawierzchni betonowej 3 węzły betoniarskie o wydajności 100 m³/h. (...)” nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty.

Podniósł, że pytanie Zamawiającego nie odnosiło się tak wprost, jak i bezpośrednio do treści oferty Odwołującego i związanego z nią wymogu wykazania się możliwością korzystania wytwórni stacjonarnych na etapie przystąpienia do wykonania warstwy nawierzchniowej z betonu cementowego. Czynienie z niej podstawy do odrzucenia oferty, z pominięciem - w przypadku zaistnienia w tym względzie wątpliwości po stronie Zamawiającego - wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, stanowi nadinterpretację treści przekazanych przez Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że jakkolwiek przyjął na potrzeby złożenia oferty wariant określony przez Zamawiającego, to na etapie realizacji robót, po przystąpieniu do nich, zamiarem Odwołującego - uwidocznionym w odpowiedzi na pytanie - było wdrożenie w trybie przewidzianym przez zapisy SIWZ (a więc po uzyskaniu zgody odpowiedniego organu oraz Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego) wariantu bezpieczniejszego - węzły o mniejszej wydajności i w większej liczbie zmniejszają bowiem ryzyko ewentualnej awarii wytwórni o wydajności 250 m³/h, co może powodować całkowite wstrzymanie robót. Ryzyko jednoczesnego unieruchomienia trzech węzłów betoniarskich o wydajności 100 m³/h każdy, przede wszystkim z uwagi na odrębność tych instalacji, jest o wiele niższa aniżeli jednego węzła o

wysokiej wydajności (250 m³/h). Także czas naprawy i ewentualne ponowne uruchomienia w przypadku awarii węzłów betoniarskich o wydajności 100 m³/h jest krótszy z uwagi na większą popularność tego typu konstrukcji. Ponadto węzeł o wydajności 100 m³/h umożliwia bardziej wydajną organizację robót oraz jest lepiej dostosowany do specyfiki układania nawierzchni z betonu cementowego przyjętej przez Zamawiającego. Stąd intencją Odwołującego - uwidocznioną w odpowiedzi na pytanie - był zamiar zastosowania i wdrożenia tego wariantu, co nie oznacza, że dla zapewnienia porównywalności ofert w swojej ofercie przyjął inny wariant, aniżeli określony przez Zamawiającego. Dlatego też udzielona przez Odwołującego odpowiedź na zadane przez Zamawiającego pytanie nie może być podstawą do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej instytucja ta służy jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 989/17). Przy czym, wykładnia oświadczenia woli, rozumiana w myśl przepisu art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego, która musi znaleźć swoje zastosowanie w związku z art. 14 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż oświadczenie woli wykonawcy należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Skoro zatem oświadczenie woli Odwołującego wyrażone poprzez złożenie oferty, daje się ocenić (wyłożyć, tłumaczyć) w sposób, który potwierdza określone, ustalone okoliczności, w których zostało złożone, w oparciu o dokumenty, z których taka wola zostaje jednoznacznie uzewnętrzniona, to nie sposób rozumieć takiego oświadczenia w sposób odmienny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1029/15). Toteż za nieuprawnione należy uznać takie działanie Zamawiającego, który nie mając ku temu wyraźnych podstaw, przyjmuje, iż treścią oferty objęte jest oświadczenie, które rodzi dla Odwołującego negatywne konsekwencje tym bardziej, że na co zwraca się uwagę w orzecznictwie, iż wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, bowiem celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia" (zob. również wyrok KIO z 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1079/13).

W powyższym względzie podkreślenia wymaga, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2098/16, iż „każde wezwanie, a w szczególności wezwanie do wyjaśnień winno być precyzyjne i określać treść pytania, jego cel, czego dotyczy, tj. jakiego dokumentu oraz jakich zagadnień. Nadto, celem wykluczenia ewentualnych różnic nomenklaturowych zawierać wnioski o wskazanie, w którym

fragmencie złożonego dokumentu znajduje się informacja będąca potwierdzeniem oczekiwanego parametru.”. Dlatego też, tak jak niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców, tak odpowiedzi będące wynikiem nieprecyzyjnego wezwania, nieskonkretyzowanego pytania, z pominięciem ww. elementów, nie mogą być rozpatrywane na niekorzyść w tym wypadku Odwołującego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1934/16; KIO 1993/16).

Odnosnie odrzucenia oferty z powodu zmiany głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności o odrzuceniu nie wskazał, jakie konkretnie niezgodności z SIWZ popełnił Odwołujący. W tym względzie ograniczył się do stwierdzenia, że Wykonawca w swojej ofercie założył inne parametry obiektów inżynierskich niż wskazane w PFU w tabeli 1.1, która to stanowi dokument wiążący i jest składową częścią opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał, przy tym, w jakich konkretnie punktach zachodzą wskazane przez niego niezgodności. Jak podkreśla się natomiast w orzecznictwie z uwagi na newralgiczny dla wykonawcy charakter decyzji o odrzuceniu jego oferty ustawodawca w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. nałożył na zamawiającego obowiązek każdorazowego przedstawiania wykonawcom powodów podjętej decyzji. Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt KIO 946/15; KIO 947/15). Zamawiający informując o faktycznych przyczynach odrzucenia oferty powinien wykazać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, dlatego nie można w sposób niczym nieograniczony brać pod uwagę przyczyn bardziej lub mniej zasadnie przedstawionych dopiero na późniejszym etapie postępowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2016 r. KIO 553/16, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1429/15).

Brak wskazania przez Zamawiającego konkretnych przyczyn względem których Zamawiający widział podstawy do wykluczenia powoduje, że zarzuty Odwołującego muszą zostać postawione jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej. W ocenie Odwołującego popełnione omyłki w odpowiedzi na pytanie nr 29 nie mogły być podstawą do odrzucenia jego oferty i powinny zostać poprawione na zasadach określonych w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp.

W powyższym względzie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający na skutek odpowiedzi na pytania wykonawców zadanych w toku postępowania poprawił omyłki występujące w tabeli 1.1. w PFU (pismo Zamawiającego z dnia 05.07.2017r.). Zmiany dotyczyły parametrów

takich jak nazwy obiektów, określenie usytuowania obiektów, zmiany w zakresie szerokości oraz długości obiektów. Odwołujący, sporządzając ofertę uwzględnił ww. zmianę w tabeli 1.1.

w PFU, stanowiącą zmianę SIWZ. Potwierdził to wprost w udzielonej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, gdzie wskazał, że zaoferowana przez Odwołującego cena uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i zawiera wszystkie związane z tym koszty, w tym uwzględnił w ofercie wszystkie wymagania i parametry dla zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich (vide: str. 1 wyjaśnień i n., w tym odpowiedzi na pytania 22, 29, 30, 31, 37, 38, 43.) Niemniej jednak Odwołujący w udzielonej odpowiedzi (nr 29) powołał się omyłkowo na parametry dotyczące długości i szerokości obiektów inżynierskich wynikające z innego dokumentu Zamawiającego tj. Dokumentacji Projektowej w stadium Koncepcji Programowej dla przedmiotu zamówienia (dalej także jako: KP). Wartości tam opisane zostały na skutek pomylenia treści plików przeniesione do tabeli, którą Odwołujący przekazał Zamawiającemu w drodze złożonych wyjaśnień. Potwierdza to jednoznacznie skala zjawiska. Odwołujący błędnie dokonał skopiowania wszystkich wymaganych parametrów dotyczących długości oraz szerokości z Koncepcji Programowej do tabeli sporządzonej na potrzeby odpowiedzi nr 29.

Dokonane przez Zamawiającego zmiany SIWZ w toku postępowania, a także znajomość przez Zamawiającego udostępnionej dokumentacji, w szczególności w zakresie KP, w oczywisty sposób wskazują, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z wewnętrznych sprzeczności treści oferty złożonej przez Odwołującego i ich źródeł. Zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp prowadziłoby jedynie do ich usunięcia w treści oferty. W takim też zakresie możliwe jest także poprzedzenie poprawienia omyłek w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wystosowaniem żądania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Jak podkreśla się w orzecznictwie złożenie oferty de facto wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 235/17). Celem postępowania - na co wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 727/16 - nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu tego poglądu izba wskazywała, że możliwe jest poprawienie oferty wykonawcy i dostosowanie ich do

aktualnych i wiążących zapisów SIWZ.

Następnie Odwołujący wskazał, że opis obiektów podany w odpowiedzi nr 29 zamieszczonej w piśmie-odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 14.09.2017 r. zawierał również niezgodności o podłożu redakcyjnym, pisarskim, które również w zgodzie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp Zamawiający miał obowiązek sprostować. Odwołujący wskazał tam na opisy obiektów nr 2, tj. „WD-2/S61/4” oraz nr 7, tj. „WD-5/S61/4”, a także nr 12, tj. „WD-12/S61/4” zamiast odpowiednio „WS-2/S61/4”, „WS-5/S61/4” oraz „WS-12/S61/4”. Odwołującemu znane są wymagania Zamawiającego odnośnie sposobu pokonania przeszkody co potwierdzają przyjęte parametry długości oraz szerokości, które jednoznacznie wskazują że nie może to być obiekt zlokalizowany nad drogą ekspresową ponieważ całkowite długości obiektów (odpowiednio: 21,20m, 27,24m, 24,28m) uniemożliwiały by pokonanie przeszkody jaką jest S61, a równocześnie przyjęte szerokości (odpowiednio: 26,7m, 25,4m, 26,65m) identyczne z wymogami dla obiektów zlokalizowanych w ciągu S61 potwierdza poprawność przyjętych założeń względem wymogów stawianych w tabeli 1.1 PFU dla tego obiektu. Warto przy tym wskazać, że orientacyjnie długość obiektów przy przyjęciu wariantu WD (co było alternatywnie możliwe w przypadku WS-2/S61/4 oraz WS-5/S61/4) oznaczałoby, że przyjęto zupełnie nieprawidłowe parametry, albowiem przy wariacie WD (wiadukt drogowy - wiadukt przebiegający nad budowaną) orientacyjne długości obiektów powinny wynosić minimum 55m, a szerokość maksymalnie 10m. Mając jednak na uwadze przyjęte parametry, należy przyjąć, że intencją Odwołującego od początku było zrealizowanie obiektów typu WS (wiadukt drogi ekspresowej) we wszystkich trzech analizowanych przypadkach.

Odwołujący wskazał, że źródłem pojawienia się błędów - podobnie jak wyżej - było niezamierzone działanie Odwołującego. Nie dysponował on edytowalną wersją tabeli i przepisywał poszczególne kolumny ręcznie. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że litera 's' na standardowych klawiaturach typu OWERTY znajduje się tuż obok litery 'd' co potwierdza i uzasadnia możliwość, a także przypadkowość zaistniałej omyłki. Warto wskazać, że błąd ten został popełniony również przez samego Zamawiającego, który w pierwotnym PFU w tabeli nr 1.1 pisał o obiekcie nr 1 jako obiekcie WS-1/S61_war2/4, chociaż podane wymiary (długość 72,6m i szerokość 19,8m) od początku sugerowały, że chodziło o obiekt typu WD nad drogą ekspresową, co zostało sprostowane w zmienionym PFU (zmiana na WD-1/S61/4). Niewątpliwie świadczy to o tym, że jest to błąd nie tylko oczywisty, nieistotny, ale jednocześnie częsty i „łatwy” do popełnienia, co w świetle dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp oznacza, że powinien podlegać poprawieniu przez Zamawiającego. Zwłaszcza jeśli uwzględnić ilość pytań zadanych przez Zamawiającego oraz czasu na ich opracowanie, a także ilość dokumentów źródłowych niezbędnych do ich opracowania.

W dniu 20 listopada 2017r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo - uzupełnienie zarzutów oraz uzasadnienia odwołania wniesionego w dniu 17.11.2017r. Pismo to zostało wniesione w terminie do wniesienia odwołania - w związku z informacją otrzymana od Zamawiającego w dniu 20.11.2017r. o korespondencji między Zamawiającym a pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia - pismo zamawiającego z dnia 16.11.2017r. doręczone Odwołującemu w dniu 20.11.2017r. W piśmie, oprócz zarzutów podniesionych w pierwotnym odwołaniu z dnia 17.11.2017r., Odwołujący wskazał na naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, którzy udzielili podobnych wyjaśnień w zakresie odpowiedzi na pyt. Nr 29, 41, co Odwołujący zostali wezwani do doprecyzowania treści oferty/ złożenia dodatkowych wyjaśnień, a ich oferty nie zostały odrzucone, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zostali potraktowani w sposób bardziej korzystny od odwołującego. Do Odwołującego oraz innych wykonawców (Mota- Engil Central Europe S.A., TOTO S.p.a. Construzioni Generali, Polaqua Sp. z o.o., Impresa Pizzarotti &C. S.p.A oraz Strabag Sp. z o.o.) zostało skierowane pismami z dnia 31.08.2017 wezwanie do złożenia wyjaśnień m.in. przez udzielenie przez każdego z wykonawców odpowiedzi na 61 tożsamyh przedmiotowo pytań. Wskazał, że do innych wykonawców, Zamawiający kierował korespondencję z dalszymi pytaniami w przedmiocie, który dotyczyło co najmniej jedno z pytań o nr 29 lub 41. W ocenie Odwołującego, na dalszym etapie postępowania umożliwiono wykonawcom, aby kolejny raz zajmowali oni stanowisko w takim zakresie przedmiotowym, jako w przypadku Odwołującego został potraktowany jako dyskwalifikujący oraz uzasadniający odrzucenie oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 27 listopada 2017r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołania, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed KIO. W dniu 29 listopada 2017r. Odwołujący wniósł odpowiedź na pismo Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 963 554 228,73 zł, oferta Odwołującego opiewała na kwotę 642 439 224,26zł.

W Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWIORB), stanowiących część Programu Funkcjonalno -Użytkowego, stanowiącego załącznik do SIWZ, 05.03.04 pkt 3.3 przyjęto:

„Wykonawca przystępując do wykonania warstwy nawierzchniowej z betonu cementowego powinien wykazać się możliwością korzystania z następującego sprzętu: wytwórni stacjonarnych zapewniających ciągłą produkcję mieszanki betonowej na potrzeby kontraktu, w tym:

- wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę górną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 100m³/h,
- wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę dolną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 250m³/h,
- wytwórni zapasowej o wydajności nie mniejszej niż 100m³/h”.

W dniu 31.08.2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 „w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ”. Zamawiający wezwał o wyjaśnienie wskazując: „czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Programie Funkcjonalno - Użytkowym oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące jej wykonaniu”.

Zamawiający skierował 61 pytań, w tym m.in.:

Pyt. 41 „Jaką ilość węzłów betoniarskich oraz o jakiej wydajności zamierza Wykonawca przydzielić do przedmiotowego zadania? Proszę podać lokalizację tych węzłów. Proszę podać ilość i wydajność węzłów przeznaczonych na potrzeby robót związanych z wykonaniem obiektów inżynierskich. Proszę podać ilość i wydajność węzłów przeznaczonych na potrzeby robót związanych z wykonaniem nawierzchni z betonu cementowego”,

Pyt 29 „Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa. Jakiego rodzaju posadowienia przewidujecie Państwo dla każdego obiektu. Prosimy o podanie całkowitego kosztu budowy obiektów, w tym kosztu posadowienia. Prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej”.

W tabeli podał: Lp, obiekt, długość całkowita, szerokość całkowita, rodzaj konstrukcji, rodzaj posadowienia, koszt całkowity (netto), koszt posadowienia (netto).

Podobnej treści pismo Zamawiający skierował do innych wykonawców, którzy złożyli oferty: Polaqua S.A., Mota- Engil Central Europe S.A., TOTO S.p.a. Construzioni Generali,

Impressa Pizzarotti &C. S.p.A oraz Strabag Sp. z o.o.

W dniu 14.09.2017r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, potwierdził, m. in. że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i zawiera wszystkie związane z tym koszty. Jednocześnie przedłożył odpowiedzi na poszczególne pytania. W odpowiedzi na pytanie 29 podał w tabelarycznym zestawieniu nazwy obiektu, długość całkowitą, szerokość całkowitą, rodzaj konstrukcji, posadowienie, koszt całkowity (netto), koszt posadowienia (netto). W odpowiedzi na pytanie 41 podał, „wykonawca zamierza przydzielić do zadania dla obiektów inżynierskich i nawierzchni betonowej 3 węzły betoniarskie o wydajności 100m³/h. Lokalizacja na terenie placu budowy”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 2 listopada 2017r) odnośnie udzielonej odpowiedzi na pyt. 29 zamawiający zwrócił uwagę, że w ofercie wykonawca uwzględnił zmianę SIWZ 6.II.9 natomiast w tabeli wiersz 20 dla obiektu WD-5 wskazał szerokość 12,45, gdzie w PFU Zamawiający określił szerokość 14,55. Pismem z dnia 6 listopada 2017 r. wykonawca wskazał, że uzupełniając tabelę popełnił omyłkę pisarską wstawiając szerokość obiektu 12,45, która powstała w wyniku przeciągania komórek w excelu, prawidłowa szerokość obiektu WD-5 wiersz 20 tabeli to 14,55m, zgodnie ze zmianą SIWZ 6.II.9 z dnia 5 lipca 2017r. Wykonawca ponownie przedstawił poprawioną tabelę.

W dniu 08.11.2017r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ i nie da się tej niezgodności usunąć na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że z otrzymanych od wykonawcy wyjaśnień wynika, że wykonawca zaproponował niedozwolone zapisami Programu Funkcjonalno - Użytkowego rozwiązania konstrukcyjne i technologiczne tj:

- a. zmiana głównych parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1 PFU. Zmiana sposobu pokonania przeszkody, ilości i parametrów obiektów inżynierskich, podanych w tabeli 1.1:
 - są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
 - wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko – w stosunku do decyzji środowiskowej.

Wykonawca w swojej ofercie założył inne parametry obiektów inżynierskich niż wskazane w PFU w tabeli 1.1 która to stanowi dokument wiążący i jest składową opisu przedmiotu

zamówienia,

b. niespełnienie minimalnych wymagań dla wytwórni mieszanek betonowych do betonów na nawierzchnie z betonu cementowego. Wykonawca w swojej ofercie przyjął, iż do realizacji niniejszego zadania zastosuje „3 węzły betoniarskie o wydajności 100m³/h”. Zamawiający w dokumencie WWIORB 05.03.04 pkt 3.3., który to dokument jest wiążący dla Wykonawcy i stanowi opis przedmiotu zamówienia wymagał minimum:

- wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę górną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 100m³/h,
- wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę dolną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 250m³/h,
- wytwórni zapasowej o wydajności nie mniejszej niż 100m³/h.

Zamawiający podkreślił, iż przyjął taką formułę postępowania, że na etapie składania oferty wszyscy Wykonawcy mieli wycenić ten sam zakres wykonania obiektów inżynierskich oraz spełniać minimalne wymagania zawarte w WWIORB, zaś dopiero na etapie realizacji istniały możliwości optymalizacji kosztowej i organizacyjnej robót o ile zmiany proponowane przez Wykonawcę zostałyby zaakceptowane przez odpowiedni organ oraz Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutu naruszenia art.89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 kc i uznała, że oferta Odwołującego nie spełnia minimalnych wymagań SIWZ w zakresie wytwórni mieszanek betonowych do betonów na nawierzchnie z betonu cementowego. Wymaganie określone w pkt 3.3 WWIORB 05.03.04 nie budzi żadnych wątpliwości i nie jest między stronami sporne. Zamawiający wymagał, aby wykonawca „przystępując do wykonania warstwy

nawierzchniowej” z betonu cementowego wykazał się możliwością korzystania z wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę górną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 100m³/godz., wytwórni do produkcji mieszanki betonowej na warstwę dolną nawierzchni o wydajności nie mniejszej niż 250m³/godz. oraz wytwórni zapasowej o wydajności nie mniejszej niż 100m³/godz. Nie ulega także wątpliwości, że w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2017r. zadane w trybie art. 90 st. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „jaką ilość węzłów i o jakiej wydajności zamierza wykonawca przydzielić do przedmiotowego zadania” Odwołujący wskazał, że zamierza przydzielić 3 węzły betoniarskie o wydajności 100m³.h. Nie zasługuje na uznanie argumentacja Odwołującego, iż pytanie Zamawiającego nie dotyczyło treści oferty i nie określało ram czasowych etapu realizacji kontraktu i w związku z tym nie dotyczyło wymogu wykazania się możliwością korzystania z wytwórni stacjonarnych na etapie przystąpienia do wykonania warstwy nawierzchniowej. W ocenie Izby, skierowane przez Zamawiającego pytanie dotyczyło treści złożonej oferty, miało ono na celu wyjaśnienie elementów mających wpływ na wycenę oferty, która w sposób znaczny odbiegała od wartości przedmiotu zamówienia. Celem pytania było zatem zweryfikowanie czy do kalkulacji ceny oferty przyjęto wszystkie niezbędne składniki cenotwórcze i czy cena obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym wprost nie tylko podstawa prawna wezwania, określona w piśmie z dnia 31 sierpnia 2017r. ale także sama jego treść, gdzie Zamawiający pytał czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ oraz zawarte w Programie Funkcjonalno - Użytkowym oraz Warunkach Kontraktu. Zadane przez Zamawiającego pytanie dotyczyło bez wątpienia etapu wyceny oferty a nie, jak twierdzi Odwołujący, etapu realizacji zamówienia i ewentualnej optymalizacji kosztów. W konsekwencji Odwołujący, udzielając odpowiedzi na pytanie Zamawiającego winien podać ilość i wydajności węzłów betoniarskich, które skalkulował i ujął w cenie oferty. Twierdzenie Odwołującego, wyrażone zarówno w odwołaniu jak również w toku rozprawy, iż do kalkulacji ceny oferty przyjął wariant wymagany przez Zamawiającego a rozwiązanie, które przedstawił w odpowiedzi na wyjaśnienia jest rozwiązaniem, które zamierza wprowadzić po przystąpieniu do realizacji robót, jest twierdzeniem głośnym. Argumentacja Odwołującego jest chybiona również z tego powodu, że ewentualna możliwość, na jaką powołuje się Odwołujący, zezwalająca na optymalizację kosztów i organizacji robót może być zastosowana dopiero na etapie realizacji kontraktu i to pod warunkiem jej zaakceptowania przez Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu. Na etapie zaś składania ofert każdy z wykonawców winien przyjąć w ofercie wariant zaproponowany przez Zamawiającego.

Z tych względów, w ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ z uwagi na nie ujęcie w cenie oferty pełnego zakresu przedmiotu zamówienia jest prawidłowa.

Niezasadnym jest stanowisko Odwołującego co do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.. W piśmie z dnia 8 listopada Zamawiający wyjaśnił, że powodem faktycznym odrzucenia oferty było m.in. zaproponowanie niedozwolonych zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych polegających na błędnym przyjęciu innych parametrów obiektów inżynierskich, sposobu pokonania przeszkody niż podane w PFU w tabeli 1.1, która stanowi dokument wiążący i jest składową opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, podane uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji Zamawiającego jest wyczerpujące i jednoznaczne.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na zmiany zapisów głównych parametrów obiektów inżynierskich w tabeli 1.1 PFU i zaniechania poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 omyłek w treści oferty Odwołującego. Fakt popełnienia omyłek w treści tabeli zamieszczonej w odpowiedzi na pytanie 29 jest oczywisty i pozostaje niesporny.

Odwołujący w szeregu przypadkach podał w sposób niezgodny z PFU parametry dotyczące długości, szerokości a w trzech przypadkach (poz. 3, 7, 12) błędnie wskazał nazwy obiektów: WD-2/S61/4, WD-5/S61/4, Wd-12/S61/4 zamiast odpowiednio: WS-2/S61/4, WS-5/S61/4, WS-12/S61/4.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany do poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie literalna wykładnia przywołanego przepisu prowadzi do wniosku, że omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego. Jest ona bowiem inną kategorią omyłek niż omyłki pisarskie i rachunkowe, co do których ustawodawca przewidział możliwość ich poprawienia wyłącznie w sytuacji ich oczywistości. Dla ustalenia możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znaczenie ma nie tyle oczywistość omyłki ale ocena czy poprawienie owych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty oraz to czy stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność ta nie może bowiem wynikać ze świadomego działania wykonawcy – w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym przywołanym przepisem ustawy Pzp

W ocenie Izby, zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż źródłem pojawienia się niezgodności w nazwach obiektów poz. 3, 7 i 12 jest niezamierzone działanie wykonawcy, który nie dysponował edytowalną wersją tabeli i dokonywał ręcznego

przepisywania danych. Nadmienić należy, że Zamawiający przed składaniem ofert dokonywał szeregu modyfikacji i wyjaśnień treści PFU, w tym w odpowiedzi na pytania wykonawców poprawił omyłki w tabeli 1.1. PFU (pismo Zamawiającego z dnia 5 lipca 2017r) w zakresie nazw obiektów, szerokości i długości obiektów. Ponadto dane dotyczące nazw obiektów, ich długości i szerokości były także zawarte w Koncepcji Programowej, która choć nie była materiałem wiążącym dla wykonawców, ale została załączona do dokumentacji postępowania. Wszystkie te okoliczności, w tym przede wszystkim obszerność dokumentacji postępowania, która była wielokrotnie modyfikowana i wyjaśniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprawiają, że w sposób łatwy mogło dojść do niezamierzonej przez wykonawcę omyłki. W ocenie Izby, omyłki te biorąc pod uwagę skalę zamówienia oraz obszerność dokumentacji nie są omyłkami o charakterze istotnym. Doprowadzenie do zgodności treści oferty – tabeli przedstawionej przez Odwołującego w piśmie z dnia 15 września 2017r. z danymi wynikającymi z aktualnej wersji PFU w zakresie długości, szerokości obiektów oraz w trzech przypadkach w zakresie nazwy obiektu nie jest istotną zmianą treści oferty. W zakresie długości i szerokości, istotnie Odwołujący podał w niektórych przypadkach dane zawarte w PFU przed zmianą, PFU po zmianie lub -w większości przypadków- dane pochodzące z Koncepcji Programowej zaś w kilku przypadkach omyłki wynikają ze zwykłego przeoczenia. Zdaniem Izby, Zamawiający posiadał dane w swojej dokumentacji umożliwiające mu poprawienie zaistniałych omyłek, a ich poprawa nie ma istotnego znaczenia i wpływu na treść oferty.

W przypadku nazw obiektów zmiana polega jedynie na zastąpieniu sformułowania „WD” sformułowaniem „WS”, przy czym zmiana ta jest oczywista dla profesjonalistów w branży, bowiem przyjęte przez Odwołującego parametry długości i szerokości w sposób jednoznaczny wskazują na obiekt WS (wiadukt drogi ekspresowej) a nie WD (wiadukt drogowy).

Uwzględnienie zarzutu zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłek w treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego pozostaje jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie niniejszego odwołania, w sytuacji stwierdzenia, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie wymagań SIWZ w zakresie wytwórni mieszanek betonowych do betonów na nawierzchnie z betonu cementowego była prawidłowa.

Izba nie oceniła prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie poprawienia omyłek w ofertach innych wykonawców, biorących udział w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, mając na uwadze to, że Odwołujący w uzupełnionym odwołaniu wskazywał jedynie na naruszenie zasady równego traktowania, polegającej na tym, że inni wykonawcy przy podobnych uchybieniach jak w wyjaśnieniach Odwołującego byli wzywani do złożenia

dodatkowych wyjaśnień i doprecyzowania treści ofert. Odwołujący jednak zarówno w odwołaniu jak i jego uzupełnieniu nie podniósł zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wskazanych przez niego wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....

