

Sygn. akt: KIO 627/18
KIO 628/18

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez:

- 1) **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce** (sygn. akt KIO 627/18),
- 2) **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Oddział w Polsce** (sygn. akt KIO 628/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach**,

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 627/18 i KIO 628/18,
- 2) wykonawcy **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 628/18,

orzeka:

- I. Sygn. akt KIO 627/18:
 1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

II. Sygn. akt KIO 628/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Alumbrados Viarios Sociedad Anonima Oddział w Polsce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Inteligentny System Zarządzania i Sterowania Ruchem w Tychach*.

Sygn. akt KIO 627/18

W dniu 3 kwietnia 2018 r. wykonawca Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium oraz czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w pkt 9 SIWZ Zamawiający zamieścił wymóg wniesienia wadium w wysokości 1.500.000,00 PLN, które należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podał, że wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach, zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp:

- pieniądzu - przelewem na rachunek bankowy: Bank Pekao SA nr 34 1240 2975 1111 0010 6080 1992
- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-rozliczeniowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.)

Zgodnie z SIWZ:

- dokument potwierdzający wniesienie przez wykonawcę wadium w formie innej niż pieniądź winien być wystawiony na zamawiającego - Gminę Miasto Tychy - Miejski Zarząd Ulic i Mostów jako beneficjenta,
- wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany powyżej
- wadium w pozostałych formach należy złożyć wraz z ofertą lub w pokoju nr 201 Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach,
- wadium wniesione przez wykonawcę w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym
- z treści gwarancji lub poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp,
- wadium dla wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie (np. konsorcjum) może być wniesione przez jednego z nich.

Odwołujący wskazał, że wniósł wadium w formie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez CBL INSURANCE EUROPE DAC na kwotę 1.500.000,00 zł. W treści gwarancji wskazano, że *CBL INSURANCE EUROPE DAC (zwany dalej „Gwarantem”) (...) oświadcza, że zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia WAM (Beneficjentowi) każdej kwoty do łącznej maksymalnej wysokości: 1.500.000,00 zł w związku z postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Inteligentny System Zarządzania i Sterowania Ruchem w Tychach”, znak sprawy.I.DDA.40/1 7, w którym wysokość wadium wynosi 1.500.000,00, w którym konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa - Lider Konsorcjum oraz AERONA VAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES SA, c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, działająca na terenie Polski przez swój oddział Aeronoval de Construcciones e Instalaciones S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa - Partner Konsorcjum, zwane łącznie „Wykonawcą”, złoży ofertę, zwaną dalej „Ofertą”. Zapłata nastąpi na każde Wasze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie, że kwota roszczenia jest Wam należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonych w Ustawie - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, czyli Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 45 ust. 4a i 5 ustawy, tj. (...).*

W piśmie z 22 marca 2018 r. Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, wskazując, że gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona została na zlecenie podmiotu, który nie złożył oferty, co spowodowało, że oznaczenie tego podmiotu w treści gwarancji nie zidentyfikowało wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu, a w konsekwencji wadium nie zostało prawidłowo wniesione.

Odwołujący podniósł, że problematyka gwarancji ubezpieczeniowej jako formy wadium w zamówieniach publicznych rodzi szereg wątpliwości natury interpretacyjnej, sama gwarancja ubezpieczeniowa nie została bowiem dotychczas szczegółowo uregulowana normatywnie. Gwarancja stanowi umowę, a z uwagi na brak szczegółowych unormowań prawnych tego rodzaju umów, jej strony mogą ją ukształtować wedle reguł wyznaczonych zasadą swobody umów (art. 353¹ Kc). Gwarancja to nic innego niż umowa o zabezpieczenie wiarygodności, sens prawny gwarancji ubezpieczeniowej polega na przyjęciu przez gwaranta zobowiązania do zapłaty beneficjentowi (zamawiającemu) świadczenia pieniężnego w postaci sumy gwarancyjnej w razie wystąpienia wypadku gwarancyjnego. Gwarancja ubezpieczeniowa może być ukształtowana jako stosunek prawny o charakterze abstrakcyjnym albo kauzalnym. W pierwszym wypadku płatność gwarantowanego świadczenia z racji wprowadzenia klauzuli "nieodwołalnie i bezwarunkowo" następuje na pierwsze żądanie. W drugiej sytuacji zobowiązanie gwaranta powstaje po spełnieniu przesłanek określonych w umowie. W obu przypadkach zobowiązanie gwaranta nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym wobec stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona. Oznacza to, że z racji samodzielności zobowiązania gwaranta, jego odpowiedzialność i jej zakres nie zależy od istnienia zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego (rzecz jasna, górną granicą zobowiązania gwaranta stanowi suma gwarancyjna).

Odwołujący stwierdził, że prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Powszechnie przyjmuje się, że poziom zabezpieczenia oferty w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, czy ubezpieczeniowej nie może odbiegać od poziomu gwarantowanego przez wadium wniesione w pieniądzu. W związku z powyższym dopiero gdy zamawiający będzie w stanie wykazać, że wobec nieprawidłowości w treści gwarancji jego interes może doznać uszczerbku, upoważniony jest do odrzucenia oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający jest uprawniony oraz zobowiązany do rozstrzygnięcia niejasności czy niedopatrzeń wynikających z treści gwarancji wadium. Oznacza to, że przyjęcie założenia, że każda wadliwość, niezależnie od jej znaczenia, powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, jest błędem. Granicę wyznaczającą

zakres przysługujących zamawiającemu możliwości interpretacyjnych w odniesieniu do gwarancji wyznacza zakres ochrony jego interesu.

Odwołujący przywołał orzecznictwo dotyczące istoty stosunku gwarancji, z którego wynika, że nie każda wada wniesionego zabezpieczenia skutkować będzie koniecznością wykluczenia wykonawcy jako tego, który nie wniósł wadium. Niezbędne jest ustalenie, że zamawiający nie będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać, a zatem, że wniesione wadium nie potwierdza faktycznego zabezpieczenia interesów zamawiającego. Dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady Pzp i art. 65 Kc. W sytuacji zatem, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, a zamawiający ma możliwość zaspokojenia roszczenia z wadium, to wadium jest skutecznie wniesione.

Odwołujący wskazał, że spór w przedmiotowej sprawie sprowadza się do tego, czy wskazanie w treści gwarancji konsorcjum dwóch spółek jako wykonawcy, powoduje, że w sytuacji, gdy w postępowaniu ofertę złożyła jedna z tych spółek, jej działanie lub zaniechanie nie może stanowić podstawy do skutecznego dochodzenia roszczeń przez Zamawiającego od Gwaranta. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że w sytuacji ziszczenia się podstaw do zatrzymania wadium w stosunku do jednego z podmiotów wskazanych w treści gwarancji ubezpieczeniowej, który *złożył ofertę, gwarant miałby podstawę do odmowy wypłaty kwoty gwarancyjnej. Co istotne, w toku prowadzonego postępowania Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem: Czy gwarancja będzie skuteczna, pomimo tego, że jako wykonawcę wskazuje łącznie działające firmy Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. i ACISA, podczas gdy ofertę w postępowaniu złożyła samodzielnie firma ACISA?* W odpowiedzi Odwołujący potwierdził, że *przedmiotowa gwarancja wadialna będzie skuteczna, pomimo tego, że została wystawiona na konsorcjum firm Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A., Oddział w Polsce, a ofertę złożyła tylko firma Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. Oddział w Polsce. Wskazujemy, że w dokumencie gwarancji prawidłowo został wskazany jej beneficjent, tj. Gmina Miasto Tychy - Miejski Zarząd Dróg i Mostów, została ona wystawiona dla prawidłowego postępowania, tj. Inteligentnego Systemu Zarządzania Ruchem w Tychach, a jednym z członków konsorcjum była spółka, która finalnie złożyła ofertę w postępowaniu. Wykonawca potwierdza niniejszym, że w przypadku jakiegokolwiek działania bądź zaniechania Wykonawcy, będącego w myśl Prawa zamówień publicznych podstawą do zatrzymania wadium, Zamawiający będzie uprawniony do zaspokojenia swoich roszczeń na warunkach określonych w gwarancji, tj. na każde pisemne, prawidłowo podpisane żądania zapłaty Zamawiającego wraz z oświadczeniem, że kwota roszczenia jest Zamawiającemu należna. Gwarancja wadialna*

wystawiona na konsorcjum składające się z dwóch członków (*Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A., Oddział w Polsce*) jest ważna i skuteczna wobec niezależnych działań lub zaniechań któregokolwiek z wskazanych w niej ww. podmiotów.

Odwołujący podniósł, że ww. wyjaśnienia złożył po dodatkowej konsultacji z wystawcą gwarancji, który ostatecznie złożył oświadczenie w ww. przedmiocie również na piśmie, a w którym potwierdza, że: *przedmiotowa gwarancja, w której treści jako Wykonawcę wskazano konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. działająca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez swój Oddział w Polsce: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, jest ważna i skuteczna zarówno dla wyżej wymienionych spółek występujących łącznie jako konsorcjum w przedmiotowym przetargu, jak również gdy ofertę złożyła któraś z wyżej wymienionych spółek samodzielnie. W szczególności CBL INSURACE DAC potwierdza, że wszystkie postanowienia gwarancji pozostają ważne i skuteczne w przypadku samodzielnego złożenia oferty przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. działającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez swój Oddział w Polsce: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce. Zdaniem Odwołującego, w oparciu o brzmienie gwarancji ubezpieczeniowej, jak również treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że gwarancja nie zabezpiecza jego interesów.*

W ocenie Odwołującego, w żadnej mierze o nieprawidłowości gwarancji nie przesądza dosłany przez ubezpieczyciela na skutek zapytań ACISA aneks do gwarancji, w którym konsorcjum firm zamieniono na ACISA. Aneks ten ubezpieczyciel wystawił bowiem jedynie po to, by w związku z pytaniem Zamawiającego, rozwiązać wszelkie wątpliwości co do skuteczności gwarancji w przypadku złożenia oferty przez jednego z członków Konsorcjum. Aneks ten miał na celu wyłącznie doprecyzowanie kwestii, która wzbudziła wątpliwość Zamawiającego. Co więcej, zarówno pierwotna treść gwarancji, jak również gwarancja w brzmieniu po zmianie, cały czas zabezpieczała roszczenia Zamawiającego związane z podstawami zatrzymania wadium, spowodowanymi działaniami lub zaniechaniami ACISA. Całkowicie błędne jest zatem twierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie o odrzuceniu, jakoby *stanowisko Zamawiającego potwierdziło również Towarzystwo Ubezpieczeniowe, które po upływie wymaganego terminu składania wadium, przekazało Zamawiającemu aneks do gwarancji zmieniający zapis dotyczący podmiotu składającego ofertę.* Odwołujący, jak również wystawca gwarancji, od początku twierdzili, że gwarancja zabezpiecza roszczenia Zamawiającego również w przypadku zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium

w stosunku do ASCIA, która złożyła w niniejszym Postępowaniu ofertę samodzielnie, nie zaś jako członek konsorcjum. Nieprawidłowo Zamawiający przyjął zatem, że gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona została na zlecenie podmiotu, który nie złożył oferty, co spowodowało, że oznaczenie tego podmiotu w treści gwarancji nie zidentyfikowało wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że ofertę złożył podmiot wskazany wprost literalnie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Tym samym Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek trudności z przypisaniem wadium do treści oferty Odwołującego, zwłaszcza że w praktyce, nawet w przypadku wniesienia oferty przez wykonawców działających wspólnie, okoliczności będące podstawą zatrzymania wadium dotyczą częstokroć jednego z nich.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący obszernie przywołał orzecznictwo dotyczące sytuacji, gdy gwarancja ubezpieczeniowa lub bankowa była wnoszona przez lub na zlecenie jednego z członków konsorcjum, w sytuacji, gdy oferta była następnie składana wspólnie, kiedy to treść gwarancji w zakresie podmiotu wykonawcy również nie była tożsama z określeniem wykonawcy w ofercie. Wskazał na wynikające z orzecznictwa tezy, zgodnie z którymi m.in. brak jest podstaw do wywodzenia ze sposobu oznaczenia zlecającego, iż nie zabezpiecza ona jego oferty złożonej wspólnie z innym podmiotem, możliwe jest nawet wystawienie gwarancji na zlecenie podmiotu, który nie składa oferty. Skoro gwarant nie bada przed wystawieniem gwarancji oferty, to nie ma to znaczenia dla skuteczności zobowiązania złożonego zamawiającemu wypłaty kwoty zabezpieczonej tytułem wadium w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wskazanych w treści dokumentu.

W ocenie Odwołującego, takie stanowisko zostało również zajęte w wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: IV CSK 86/17, w którym Sąd, uwzględniając skargę kasacyjną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2016 r. (sygn. akt: XII Ga 697/15), uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania. Zdaniem Odwołującego wyrok Sądu Najwyższego oznacza, że gwarancja wadialna wystawiona po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, jeżeli jakikolwiek spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odstąpi od podpisania umowy lub nie zastosuje się do innych wymagań zamawiającego, zamawiający będzie uprawniony do zaspokojenia się z gwarancji wadialnej, nawet w sytuacji, gdy podmiot ten nie został literalnie wskazany w gwarancji jako jeden z członków konsorcjum. W praktyce nie ma znaczenia czy do stanu takiego doprowadzą działania czy zaniechania lidera konsorcjum, czy któregokolwiek innego

podmiotu spośród pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż przepisy nie rozróżniają tych podmiotów. Przyjmując zatem nawet, że gwarancja ubezpieczeniowa została wniesiona na zabezpieczenie wywiązania się konsorcjum dwóch podmiotów z obowiązków wynikających z udziału w przetargu, to – zdaniem Odwołującego – w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO, zaistnienie podstaw do zatrzymania wadium w stosunku do jednego z wykonawców objętych gwarancją, skutkuje przyjęciem, że podstawy do zatrzymania wadium zaistniały w stosunku do całego konsorcjum, co uprawnia Zamawiającego do zaspokojenia się z gwarancji wadialnej.

Odwołujący podniósł, że w przypadku, gdy gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez ACISA w postępowaniu obejmuje dwa podmioty, jednakże tylko jeden spośród nich złożył ostatecznie ofertę, to analogicznie zaistnienie w stosunku do niego podstaw uprawniających do zatrzymania wadium, będzie uprawniać Zamawiającego do zabezpieczenia się z gwarancji. Innymi słowy, z uwagi na fakt, że działania lub zaniechania jednego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum mają skutek wobec pozostałych konsorcjantów, to w sytuacji, gdy ofertę złożyła ACISA i zajądą w stosunku do niej podstawy do zatrzymania wadium, to automatycznie podstawy te zindywidualizują się wobec podmiotu wskazanego w treści gwarancji, a Zamawiający bezsprzecznie będzie miał skutecznie roszczenie do ubezpieczyciela o wypłatę kwoty zatrzymanego wadium.

Odwołujący podniósł, że w konsekwencji braku podstaw do odrzucenia jego oferty, uchyleniu powinna ulec czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jak wynika z pisma Zamawiającego z 22 marca 2018 r. *Zamawiający – stosowanie do art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 90.001.990,00 PLN brutto. Cena najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po analizie możliwości finansowych jednostki Zamawiający stwierdził, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację niniejszego zamówienia. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w niniejszym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę zgodną z kryteriami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedstawił wykonawca SPRINT S.A., cena oferty którego wynosiła: 110.326.947,39 PLN.*

Podkreślić należy, że decyzję o unieważnieniu postępowaniu Zamawiający podał po analizie możliwości zwiększenia kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do oferty spółki SPRINT S.A., która w obliczu niezasadnego odrzuceniu oferty ACISA, nie powinna być w ogóle uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, Zamawiający winien dokonać przedmiotowej oceny w zakresie możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do wartości

oferty ACISA, która opiewa na cenę ponad 8 mln niższą niż cena oferty wykonawcy SPRINT S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 628/18

W dniu 3 kwietnia 2018 r. wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima wniósł odwołanie odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę, powołał się jednocześnie na dwie przesłanki, tj. złożenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ oraz rażąco niską cenę. Jednakże w szeregu ze szczegółowych pozycji wskazanych w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty (w piśmie z 22 marca 2018 r.) Zamawiający nie precyzuje, czy dana pozycja obarczona jest wadą polegającą na niezgodności treści oferty z SIWZ, czy też wynika z niej rażąco niska cena oferty złożonej przez Odwołującego. Już z lektury pkt. 1.1. nie jest jasne, czy Zamawiający zarzuca, że wskazanie w wyjaśnieniach „wyłącznie części konstrukcji nawierzchni” stanowi o niezgodności oferty z SIWZ, czy też o rażąco niskiej cenie całej oferty. Podobny sposób formułowania ocen prezentuje Zamawiający w całym swoim uzasadnieniu, z nielicznymi wyjątkami. Zdaniem Odwołującego taki sposób sformułowania uzasadnienia czynności odrzucenia oferty sam w sobie wpływa na ocenę zasadności tej czynności, Odwołujący powołał się na orzecznictwo, z którego wynika, że jeżeli Zamawiający uznał, iż wykonawca przedstawił ofertę niezgodną z SIWZ, to nie może jednocześnie przyjąć, że cena jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien precyzyjnie wskazać w odniesieniu do każdej z zakwestionowanych przez niego pozycji, jakiego rodzaju wadą – uzasadniającą odrzucenie oferty – są obarczone. Tymczasem sposób uzasadnienia czynności przyjęty przez Zamawiającego uniemożliwia faktyczne odniesienie się do poszczególnych zarzutów. Tym samym czynność ta obarczona jest wadą, która powinna powodować jej unieważnienie.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający uruchomił procedurę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pismem z 2 lutego 2018 r., uzyskując niezbędne wyjaśnienia w piśmie z dnia 15 lutego 2018 r. Kolejnym

pismem, z 28 lutego 2018 r. Zamawiający nie wzywał już do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, lecz wyłącznie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca zatem, odpowiadając na to pismo, nie składał wyjaśnień w zakresie przedstawionej przez siebie uprzednio kalkulacji, lecz odpowiadał na pytania dotyczące merytorycznej zawartości oferty, wskazując przede wszystkim na fakt, że zgodnie z jego oświadczeniem złożonym w ofercie wykona całość zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania Zamawiający odnosi się wprost do zagadnień, które sformułował właśnie w swym ostatnim piśmie (dotyczącym jedynie wyjaśnienia treści oferty, a nie rażąco niskiej ceny), przy czym formułuje zarzuty do udzielonych wyjaśnień w taki sposób, jak gdyby udzielane one były w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co nie miało przecież miejsca.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez program funkcjonalno-użytkowy, a nie przez dokumentację projektową i specyfikację techniczną. Żaden z warunków określonych SIWZ nie wymagał, by wykonawca w toku postępowania przedkładał Zamawiającemu kosztorys ofertowy lub części dokumentacji projektowej, w tym by wykonawca miał wykonać dokładne przedmiary robót. Wręcz przeciwnie, zgodnie z SIWZ i wzorem umowy, wykonawca miał uzyskać dokumentację projektową, w tym przedmiary, dopiero po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem w piśmie z dnia 28 lutego 2018 r. Zamawiający, dążąc do uściślenia treści złożonej przez oferty, zażądał – wbrew postanowieniom SIWZ – przedłożenia wykonanych przedmiarów robót, a wyjaśnienia dotyczące braku takiego obowiązku zakwalifikował jako brak złożenia wyjaśnień, powodujący niezgodność treści oferty z SIWZ. Odrzucenie oferty m.in. z tego powodu, że wykonawca nie przedstawił swoich wyjaśnień (czy to co do treści oferty, czy to co do rażąco niskiej ceny) w formie narzuconej przez Zamawiającego, nie może zostać uznane za zasadne. Skoro SIWZ wskazywał, że przedmiary będą wymagane w ramach realizacji zamówienia po zawarciu umowy, to Zamawiający nie może ich żądać na etapie postępowania i uznawać, że ich nieprzedłożenie stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ.

1. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Kwestionując tezę o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ Odwołujący podniósł, że oferta złożona została na formularzu ofertowym, przygotowanym przez samego Zamawiającego, a jedynie wypełnianym przez wykonawcę. W treści tej oferty znalazło się wyraźne zapewnienie wykonawcy (o treści narzuconej przez Zamawiającego), zgodnie

z którym składa on ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ, oraz oświadcza, że zapoznał się z SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania. Do oferty nie był dołączany ani kosztorys, ani żadne inne dokumenty określające sposób wykonania świadczenia. Cena ma charakter ryczałtowy, nie ulega rozbiciu na poszczególne elementy. Wykonawca nie był również zobowiązany do przedstawienia żadnego kosztorysu pomocniczego. W tych okolicznościach „treścią oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp były więc wyłącznie oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym przygotowanym przez Zamawiającego i wypełnionym przez wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę tak rozumianą, rzeczywistą treść oferty, nie sposób stwierdzić, by była ona w jakimkolwiek zakresie sprzeczna z wymogami SIWZ. Sam Zamawiający nigdzie nie wskazuje, by treść oferty wskazana w formularzu ofertowym była sprzeczna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ. Nie jest zresztą możliwe wykazanie sprzeczności z postanowieniami SIWZ oferty, której treścią jest zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. W istocie Zamawiający, wskazując na sprzeczność oferty z treścią SIWZ, w rzeczywistości opiera się na przyjętym założeniu, w myśl którego to nie treść oferty, a wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazują na to, że wykonawca nie oferuje wykonania całego zakresu świadczenia opisanego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego takie rozumowanie Zamawiającego jest błędne z dwóch zasadniczych powodów:

Po pierwsze, w każdym z pism składanych w toku postępowania zawierających wyjaśnienia udzielane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wyraźnie wskazywał i potwierdzał, że wykona zamówienie w całości zgodnie z wymaganiami SIWZ. Nawet jeśli więc szczegółowe wyjaśnienia w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały jego wymagań, to Zamawiający i tak związany był oświadczeniem wykonawcy wyraźnie stanowiącym, że wykonawca wykona całość świadczenia zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego.

Po drugie, wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie są – w przeciwieństwie do samej oferty – niezmiennie. Koncepcja sposobu wykonania zamówienia określona w takich wyjaśnieniach może zostać zmieniona – zarówno w toku postępowania, jak i w toku wykonywania zamówienia na podstawie zawartej umowy. Tym samym wyjaśnienia złożone w omawianym trybie nie stanowią elementu oferty, a ich treść może być niepełna i podlegająca zmianom. Okoliczność taka nie może jednak stanowić podstawy do uznania, że sama oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby mające potwierdzać jego stanowisko. Podniósł, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wymagał przedstawienia wraz z ofertą żadnych szczegółowych dokumentów lub oświadczeń (w tym kosztorysów i przedmiarów) określających sposób

wykonania świadczenia, czyniąc treścią oferty jedynie ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Szczegółowy sposób wykonania zamówienia miał zostać dookreślony przez wykonawcę już po udzieleniu zamówienia, poprzez stworzenie dokumentacji projektowej podlegającej akceptacji Zamawiającego. Na etapie oceny ofert istotne było jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym PFU stanowiącego opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami w SIWZ. Wzorcem, do którego porównywana jest treść oferty, jest ustalona jednoznacznie treść specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, a nie dokumenty Zamawiającego nie będące częścią tej specyfikacji. Tymczasem w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania Zamawiający praktycznie w żadnym miejscu nie wskazał konkretnie, które to jednoznacznie ustalone wymogi SIWZ lub PFU (w tym programu funkcjonalno-użytkowego) nie zostały wypełnione przez ofertę, co już w samo w sobie przesądza o wadliwości tej czynności i powinno prowadzić do jej unieważnienia. Dodatkowo w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty unieważnieniu postępowania Zamawiający jako wzorzec, do którego porównuje ofertę, ustala nie tyle konkretnie wskazaną treść SIWZ (PFU), lecz bliżej nieokreślone „obliczenia Zamawiającego”, przy czym dokumenty będące „obliczeniami Zamawiającego” nie były częścią dokumentacji postępowania, nie mogą więc stanowić podstawy odrzucenia oferty. Powołanie się na owe „obliczenia” ma miejsce w szczególności w pkt.: 1.5, 1.6,1.7,1.8,1.10,1.11,2.4, 2.7, 2.9,4.2, 4.3,4.4, 4.5,4.6, 6,2, 6.4 zawiadomienia z 22 marca 2018 r.

Odwołujący wskazał, że program funkcjonalno-użytkowy jedynie w sposób ogólny precyzował wymogi wykonania zamówienia, zaś załącznikiem do programu był Plan Zagospodarowania Terenu sporządzony w skali 1:500. Wykonawca, w celu kalkulacji oferty, dokonał pomiarów z mapy, które z natury rzeczy, ze względu na jej skalę, mogą różnić się od pomiarów dokonanych przez inne osoby (w tym Zamawiającego), Okoliczność ta nie stanowi jednak o sprzeczności treści oferty z SIWZ, bowiem pomiary dokonane przez Zamawiającego nie były częścią dokumentacji, przy czym w oczywisty sposób pomiary te nie mają z założenia większego waloru wiarygodności niż pomiary dokonane przez wykonawcę. Znikąd więc nie wynika, by „obliczenia Zamawiającego” dokonane na podstawie tych samych dokumentów (PFU i załączników do PFU) mogły służyć jako wzorzec oceny dla pomiarów sporządzonych przez innych wykonawców. Z tego względu powołanie się przez Zamawiającego na duże „rozbieżności” (np. pkt 1.2, 2.3, 2.9, 4.2, 6.4) w dokonaniu obliczeń

(np. konstrukcji nawierzchni) nie może prowadzić do zakwestionowania oferty, rozbieżności te mogą dowodzić równie dobrze tego, że to Zamawiający dokonał niewłaściwych pomiarów.

Odwołujący podniósł, że w szeregu ze wskazanych w piśmie z 22 marca 2018 r. pozycji, Zamawiający w sposób niezasadny uznaje, że wykonawca zobowiązany był do dodatkowego „potwierdzenia przyjęcia do wykonania” jakiegoś zakresu prac (np. pkt 1.3, 2.6 pisma Zamawiającego). Zdaniem Odwołującego żadne z postanowień SIWZ nie wymagało składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń i zapewnienia o przyjęciu do wykonania szczegółowych zakresów prac. Wykonawca zarówno w treści oferty, jak i w treści swoich wyjaśnień wielokrotnie złożył zapewnienie, że wykona świadczenie zgodnie ze wszelkimi wymogami SIWZ i nie był zobowiązany do składania dodatkowych oświadczeń co do poszczególnych zakresów prac. Brak takich oświadczeń nie może skutkować odrzuceniem oferty, nie stanowi bowiem o niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w szeregu przypadków ustala sprzeczność treści oferty z postanowieniami SIWZ tylko z tego powodu, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień w sposób, który byłby satysfakcjonujący dla Zamawiającego (np. pkt 1.3.1 pisma Zamawiającego oraz cały pkt 7 tego pisma). W ocenie Odwołującego samo nieprzedstawienie wyjaśnień, a tym bardziej przedstawienie wyjaśnień w sposób, który nie spełnia niesprecyzowanych w SIWZ, lecz ustalonych arbitralnie przez Zamawiającego wymagań, nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty. Należy również mieć na względzie, że Odwołujący w piśmie z 16 marca 2018 r. udzielił szczegółowych wyjaśnień, dla których żądanie Zamawiającego, by wykonawca przedstawił wykonane przez siebie przedmiary (w zakresie pkt. 7), jest całkowicie niezasadne i niezgodne z SIWZ. Wykonawca wskazał w szczególności, że dołączenie do oferty przedmiarów mogłoby zostać uznane za naruszenie zakazu zmiany lub uzupełnienia oferty po terminie składania ofert. Brak przesłania przedmiarów nie może być więc traktowany jako przesłanka uznania, że oferta nie spełnia wymogów SIWZ i że podlega odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że w toku postępowania odniesie się szczegółowo, punkt po punkcie, do wszystkich pozycji wskazanych przez Zamawiającego w jego piśmie z 22 marca 2018 r., przyporządkowując poszczególne zarzuty do tych pozycji.

2. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Na wstępie Odwołujący podniósł, że Zamawiający uczynił podstawą odrzucenia jego oferty art. 89 ust. 1 pkt 4, a nie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający w sposób kategoriyczny i obiektywny stwierdził, że oferta Odwołującego rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie, że wyjaśnienia lub ich brak

potwierdziły tezę Zamawiającego o rażąco niskiej cenie. Zastosowana przez Zamawiającego podstawa prawna implikuje konieczność wskazania przez Zamawiającego podstawowych przesłanek ustalenia, dlaczego cena całej oferty jest obiektywnie nierynkowa (a nie tylko wykazania, że wyjaśnienia w tym zakresie nie są właściwe, co byłoby przesłanką do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). W szczególności konieczne jest choćby pobieżne wskazanie, jaki jest według niego poziom rynkowy cen za wykonanie całości zamówienia lub istotnych części zamówienia będącego przedmiotem postępowania i w jakim stopniu zaoferowana cena od poziomu tego odbiega. Tymczasem Zamawiający w żadnym punkcie swego pisma nie przekazał tych podstawowych informacji, koncentrując się na kwestionowaniu szczegółowych wyliczeń, np. kosztu przebudowy metrów bieżących krawężników, a nigdzie nie wykazując porównania oferowanej ceny do ustalonej przez siebie ceny rynkowej. Już sam brak takiej informacji przez się przesądza, że odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest wadliwe, Zamawiający nie poczynił bowiem żadnych ustaleń w przedmiocie rynkowości zaoferowanej ceny.

Dalej Odwołujący podniósł, że kwestionowanie przez Zamawiającego poszczególnych pozycji zawartych w kalkulacji wykonawcy nie może prowadzić do odrzucenia oferty. Kwestionowane przez Zamawiającego pozycje nie mogą bowiem zostać uznane za „istotne części składowe ceny”, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O ich istotności przesądzać musi kryterium odnoszące się do oferowanej ceny, tj. zdolność tych części składowych do wpłynięcia na całość ceny za zamówienie publiczne. Ocena istotności części składowej ceny musi bowiem zostać osadzona w kontekście celu, któremu służy procedura wyjaśnienia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. ustalenia, czy zaoferowana cena poprzez jej nieuprawnione zniżenie nie narusza równowagi rynkowej podmiotów, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w postępowaniu. W tym kontekście kluczowe znaczenie danego elementu oferty w aspekcie technologicznym nie ma żadnego znaczenia. Istotne jest jedynie znaczenie cenotwórcze danego składnika oferty. Odwołujący podniósł, że porównując wartości ceny za całość przedmiotu zamówienia z wartością należy uznać, że przedmiotowe składniki stanowią niewielki procent całości ceny, a przez to ich znaczenie dla ceny całego zamówienia nie jest duże, nie mogą one więc zostać uznane za istotne części składowe ceny w rozumieniu art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Co więcej, cena zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji w żaden sposób nie powoduje, by cena za całość przedmiotu zamówienia mogłaby zostać uznana za rażąco niską. Niewątpliwie całość zaoferowanej ceny ma charakter rynkowy i nie są spełnione przesłanki, które mogłyby podawać w wątpliwość osadzenie tej ceny w realiach rynkowych. Zdaniem Odwołującego, chociaż obecnie obowiązujący art. 90 ust 1 ustawy Pzp przewidział możliwość badania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny nie tylko całości zamówienia, lecz również istotnych

części składowych, to jednak ustawa nadal nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty z powodu uznania przez Zamawiającego, że istotna część składowa ceny jest rażąco niska, bez jednoczesnego wskazania, że cena za całość zamówienia nosi znamiona rażąco niskiej. Przesądza o tym aktualna treść art. 89 ust. 1 pkt 4 i art 90 ust. 3 ustawy Pzp. Oba te przepisy wskazują, że podstawą odrzucenia może być jedynie rażąco niska cena, nie zaś cena, której istotna część składowa jest rażąco niska. W związku z tym – zdaniem Odwołującego – aktualne pozostają te orzeczenia KIO, z których wynika, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny może odnosić się tylko i wyłącznie do ceny całkowitej jej wartości, a nie do jednego z elementów składających się na cenę oferty, a zamawiający oceniając tylko jeden element oferty, nie może odrzucić tej oferty, choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską. W ocenie Odwołującego stanowisko to w nowym stanie prawnym zostało również podtrzymane w orzecznictwie KIO (np. w sprawie o sygn. akt KIO 2155/17).

Odwołujący podkreślił, że chociaż cena zaoferowana przez niego za wykonanie całości zamówienia była najniższa, to cena w tym zakresie, w którego skład wchodziły zakwestionowane przez Zamawiającego pozycje, tj. w zakresie przebudowy układu drogowego, była ceną o 3.854.618,87 zł wyższą od ceny oferowanej przez firmę Sprint oraz o 8.122.157,58 wyższą od ceny zaoferowanej przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. To właśnie takie zakresy oferty jak przebudowa układu drogowego mogłoby stanowić „istotny element ceny” i podlegać ocenie z punktu widzenia rynkowości. Natomiast elementami takimi nie są wskazane przez Zamawiającego szczegółowe pozycje kalkulacji Odwołującego przedstawione w jego wyjaśnieniach.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że niezasadne jest kwestionowanie przez Zamawiającego wykazywania w wyjaśnieniach pozycji „koszty ogólne”. Pozycja ta jest naturalna przy dużych i skomplikowanych projektach i zawiera w sobie koszty przeznaczone na pokrycie różnego rodzaju ryzyk, takich jak np. odpowiedzialność kontraktową (kary umowne), koszty zabezpieczenia, koszty finansowania, a przede wszystkim ewentualne niedoszacowanie pracochłonności przy poszczególnych elementach. Nawet jeśli w jakimś zakresie nastąpiło niedoszacowanie kosztów ujętych w kalkulacji, to źródłem sfinansowania takiego niedoboru jest właśnie kategoria kosztów ogólnych. Sytuacja taka stanowi zasadę przy dużych i skomplikowanych projektach, w szczególności opartych o zasadę projektuj i buduj.

Odwołujący stwierdził, że z ostrożności procesowej w toku postępowania odniesie się szczegółowo do poszczególnych pozycji zakwestionowanych przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny.

3. Zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący podniósł, że choć Zamawiający unieważnił postępowanie, to jednak w czynności tej mieści się wybór najkorzystniejszej oferty, za którą Zamawiający uznał ofertę spółki SPRINT S.A. Czynność ta jednak jest wadliwa, gdyby bowiem Zamawiający niezasadnie nie odrzucił oferty Odwołującego, to właśnie oferta Odwołującego powinna być zostać oceniona jako ofert najkorzystniejsza – z następującą punktacją za poszczególne kryteria: cena – 60 pkt, serwis gwarancyjny z czasem naprawy – 20 pkt, wsparcie techniczne w zakresie oprogramowania – 2 pkt, cykliczne wsparcie szkoleniowe – 2,5 pkt, poprawa warunków ruchu – skrócenie czasu rzeczywistego przejazdu – 8 pkt, redukcja zużycia energii – redukcja zużycia energii zarówno elektrycznej jak i zużycia paliw płynnych – 4 pkt, zapewnienie ciągłości działania wszystkich przełączników sieci infrastruktury IT (3.13 PFU) – 3 pkt, co daje łącznie 99,5 pkt. Oferta spółki SPRINT S.A. w takim przypadku otrzymałaby 48,13 pkt za cenę, a łącznie 88,13 pkt.

4. Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania

Odwołujący podniósł, że przesłanką unieważnienia postępowania było błędne przyjęcie, że w postępowaniu złożona została wyłącznie jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu, która to oferta przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem do oceny powinna zostać również oferta Odwołującego, która nie powinna być podlegać odrzuceniu, a która powinna być zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Oferta ta nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie istnieje zatem przesłanka unieważnienia postępowania, na którą powołał się Zamawiający.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 627/18

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sprint S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt. 9 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 1.500.000,00 PLN, w formach określonych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. W odniesieniu do wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia Zamawiający podał, że z ich treści powinno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr CA-31815217J0 wystawionej przez CBL INSURANCE EUROPE DAC na kwotę 1.500.000,00 zł. W treści gwarancji wskazano, że *CBL INSURANCE EUROPE DAC (zwany dalej „Gwarantem”) (...) oświadcza, że zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam (Beneficjentowi) każdej kwoty do łącznej maksymalnej wysokości: 1.500.000,00 zł w związku z postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Inteligentny System Zarządzania i Sterowania Ruchem w Tychach”, znak sprawy.DDA.40/1 7, w którym wysokość wadium wynosi 1.500.000,00, w którym konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (...) Lider Konsorcjum oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SA (...) Partner Konsorcjum, zwane łącznie „Wykonawcą”, złoży ofertę, zwaną dalej „Ofertą”. Zapłata nastąpi na każde Wasze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie, że kwota roszczenia jest Wam należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonych w Ustawie - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, czyli Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 45 ust. 4a i 5 ustawy, tj. (...).*

Pismem z 26 stycznia 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, czy gwarancja będzie skuteczna, mimo że jako wykonawcę wskazuje działające łącznie firmy: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SA, podczas gdy ofertę w postępowaniu złożył tylko drugi z tych podmiotów. Odwołujący złożył wyjaśnienia w których potwierdził, że gwarancja będzie skuteczna i podał, że prawidłowo wskazano w niej beneficjenta gwarancji oraz przedmiot postępowania przetargowego, a ponadto jednym z członków konsorcjum była spółka Aeronaval, która finalnie złożyła ofertę. Odwołujący stwierdził, że gwarancja wystawiona na konsorcjum jest ważna i skuteczna wobec niezależnych działań lub zaniechań któregokolwiek ze wskazanych w niej podmiotów.

Ponadto Zamawiający zwrócił się do wystawcy gwarancji (pismo z 10 stycznia 2018 r.) o wyjaśnienie kwestii skuteczności przedmiotowej gwarancji. W odpowiedzi ubezpieczyciel przedstawił aneks do gwarancji, sporządzony 29 stycznia 2018 r., którym zapis określający jako wykonawcę konsorcjum spółek Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SA zastąpiono zapisem: (...) *w którym Aeronaval de Construcciones e Instalaciones SA (...) zwana dalej wykonawcą złoży ofertę (...).*

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp (pismo z 22 marca 2018 r.), w uzasadnieniu podając: *Z treści złożonego dokumentu jednoznacznie wynika, iż Wykonawcą składającym w niniejszym postępowaniu ofertę jest Konsorcjum firm: (...). Wątpliwości nie budzi fakt, iż Wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu nie jest konsorcjum ww. przedsiębiorstw, lecz działające samodzielnie przedsiębiorstwo – Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. (...). Gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona została na zlecenie podmiotu, który nie złożył oferty co spowodowało, że oznaczenie tego podmiotu w treści gwarancji nie zidentyfikowało wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest natomiast prawidłowe przypisanie wadium do oferty złożonej w terminie. Stanowisko Zamawiającego potwierdziło również Towarzystwo Ubezpieczeniowe CBL Insurance Limited wystawiające gwarancję ubezpieczeniową, które to w dniu 7 lutego br., tj. po upływie wymaganego terminu składania wadium, przekazało Zamawiającemu aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej nr CA-31815217J0 zmieniający zapis dotyczący podmiotu (Wykonawcy) składającego ofertę w niniejszym postępowaniu. Za prawidłowe wniesienie wadium uznaje się wniesienie wadium w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację i daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle*

powyższego, Zamawiający stwierdza, iż wadium wniesione przez ww. wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr CA-31815217J0 nie może być traktowane jako wadium skutecznie zabezpieczające ofertę złożoną przez wykonawcę – Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. działająca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez swój Oddział w Polsce (...).

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Po pierwsze wskazać należy, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada.

Dalej podkreślić należy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. W odniesieniu do gwarancji bankowej, jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Analogiczne cechy należy przypisać gwarancji ubezpieczeniowej, która swoim charakterem jest bardzo zbliżona do gwarancji bankowej. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Wobec powyższego stwierdzić należy, że prawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymaga prawidłowego określenia w treści tej gwarancji tych wszystkich elementów, które determinują skuteczność ewentualnych roszczeń zamawiającego.

Następnie zauważenia wymaga, że wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany gwarancji wadialnej czy oświadczenia gwaranta niemające oparcia w treści pierwotnego dokumentu nie mogą sanować tego rodzaju błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń zamawiającego i przesądzać o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to z następujących okoliczności: po pierwsze – oferta od początku i nieprzerwanie musi być zabezpieczona wadium, po drugie – to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty, po trzecie – dopuszczenie „naprawiania” wad gwarancji wadialnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z wyraźnym przepisem ustawy Pzp, która w art. 45 ust. 3 stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Odwołującego polegała na braku tożsamości podmiotowej w odniesieniu do oferty oraz dokumentu stanowiącego jej zabezpieczenie. W gwarancji wprost stwierdza się, że wykonawcą są dwa podmioty działające łącznie jako konsorcjum, tymczasem ofertę złożył jeden z tych podmiotów, działający samodzielnie. W takiej sytuacji należy przyjąć, że gwarant mógłby się skutecznie uchylić od odpowiedzialności, jako że nie gwarantował za podmiot, który faktycznie ofertę złożył. Już samo istnienie takiego obiektywnie uzasadnionego ryzyka powoduje, że oferta nie jest prawidłowo zabezpieczona.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiona przez Odwołującego argumentacja, że o prawidłowym zabezpieczeniu oferty wadium przesądza okoliczność, że w treści gwarancji prawidłowo określono jej beneficjenta oraz postępowanie przetargowe, którego gwarancja dotyczy. Tych dwóch elementów nie można uznać za wystarczające i stanowiące o skutecznym wniesieniu wadium, równie istotne jest bowiem – jako wyznaczające zakres zobowiązania gwaranta – określenie, czyją ofertę gwarancja zabezpiecza. Istotą wadium jest przecież zabezpieczenie konkretnej oferty składanej przez konkretnego wykonawcę.

Odnosząc się do orzecznictwa, które Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska, zauważenia wymaga, że jest ono nieadekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Dotyczy to również wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt: IV CSK 86/17). Orzeczenia te odnoszą się do odmiennej sytuacji, w której ofertę składa konsorcjum, a w gwarancji wskazany jest jeden z członków tego konsorcjum. W odniesieniu do takiej sytuacji wystąpiła w orzecznictwie Izby, a także sądów sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, rozbieżność dotycząca oceny prawidłowości gwarancji wadialnej, czego skutkiem było wniesienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

skargi kasacyjnej na jedno z orzeczeń negatywnie oceniające taki dokument. Z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, natomiast z faktu uwzględnienia przez Sąd Najwyższy skargi kasacyjnej, w której zagadnienie prawne koncentrowało się wokół kwestii umocowania członka konsorcjum wskazanego w gwarancji, nie sposób wnioskować o prawidłowości wadium w takim stanie faktycznym, jaki ma miejsce w niniejszej sprawie. Jakkolwiek na dzień wyrokowania treść uzasadnienia tego wyroku nie była znana, to analiza zaskarżonego orzeczenia i skargi kasacyjnej oraz informacji zamieszczonej na stronie www.uzp.gov.pl (w której podano, że rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego oznacza, że gwarancja wadialna wystawiona po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej) nie pozwala dostrzec żadnej analogii zagadnienia rozpoznawanego przez Sąd Najwyższy do zagadnienia podlegającego ocenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Dalej zauważyć należy, że z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia, o prawidłowości wadium Odwołującego nie może świadczyć ani sporządzony po upływie terminu określonego w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp aneks do gwarancji z 29 stycznia 2018 r., ani przedstawione przez Odwołującego dopiero w postępowaniu odwoławczym oświadczenie ubezpieczyciela, zgodnie z którym: *przedmiotowa gwarancja, w której treści jako Wykonawcę wskazano konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (...), Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. (...) jest ważna i skuteczna zarówno dla wyżej wymienionych spółek występujących łącznie jako konsorcjum w przedmiotowym przetargu, jak również gdy ofertę złożyła któraś z wyżej wymienionych spółek samodzielnie.* Dokumenty te nie zostały przedstawione zamawiającemu w ustawowym terminie. Podkreślenia wymaga także, że obowiązkiem wykonawcy jest wniesienie wadium w ustawowym terminie. Zgodnie bowiem z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z przepisu tego jednolicie w orzecznictwie Izby i sądów sprawujących nadzór nad orzecznictwem Izby wywodzi się, że ustawa Pzp nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej (por. wyrok Izby z 6 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1046/17).

Ponadto, odnosząc się do takiego oświadczenia dodatkowo zauważyć należy, że nawet gdyby przyjąć, że w istocie zamiarem gwaranta było – tak jak potwierdził w późniejszym oświadczeniu – objęcie gwarancją zarówno oferty konsorcjum, jak i oferty jego poszczególnych członków, prowadziłoby to do wniosku, że w sytuacji, gdyby obie spółki złożyły odrębne oferty, to *de facto* konkurowałyby one o wadium, którego górna wartość została określona na 1,5 mln zł, zatem poszczególne oferty z osobna nie byłyby zabezpieczone wymaganą kwotą. Nie sposób natomiast twierdzić, że o prawidłowości

wadium w niniejszej sytuacji miałyby świadczyć to, że obie spółki odrębnych ofert nie złożyły. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest chybiona, nie do przyjęcia jest bowiem pogląd, że o prawidłowości wadium może przesądzać lista podmiotów, które złożyły oferty w postępowaniu.

W odniesieniu do złożonej przez Odwołującego opinii prawnej, mającej potwierdzać prawidłowość wniesionego wadium (pod której treścią brak zresztą podpisu osoby ją sporządzającej, co samo w sobie podważa jej wartość), zauważyć należy, że jest ona w znacznej mierze nieadekwatna do tezy dowodowej, zawiera bowiem wywody na temat istoty konsorcjum, jego podobieństw do spółki cywilnej oraz solidarnej odpowiedzialności jego członków, podczas gdy nie mamy w tej sprawie do czynienia z ofertą konsorcjum. Chybiona, zdaniem Izby, jest przedstawiona w opinii argumentacja, że gwarant nie zaciągał zobowiązania dotyczącego tego, kto złoży ofertę, a zobowiązywał się do zapłaty sumy gwarancyjnej w razie kumulatywnego wystąpienia dwóch przesłanek: złożenia oferty w postępowaniu oraz wystąpienia przesłanek wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Z tezy tej zdaje się wynikać, że z punktu widzenia zobowiązania gwaranta nie jest istotne, za jakie podmioty (za czyją ofertę) odpowiada, z czym nie sposób się zgodzić. Ponadto nie wiadomo, w czym autor opinii upatruje związku między solidarną odpowiedzialnością członków konsorcjum wobec zamawiającego (która zresztą zgodnie z art. 141 ustawy Pzp dotyczy jedynie etapu wykonania umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy) z zakresem zobowiązania gwaranta i jego odpowiedzialnością w przypadku złożenia oferty samodzielnie przez jednego wykonawcę. Ponadto trudno podzielić przedstawione w opinii stanowisko, jakoby aneks do gwarancji ubezpieczeniowej miał charakter jedynie informacyjny i nie zmieniał istoty zobowiązania gwarancyjnego, aneks jest bowiem zmianą pierwotnej umowy, i to zmianą w tak istotnym aspekcie, jak określenie, czyją ofertę zabezpiecza.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b, a w konsekwencji także art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlegało oddaleniu.

Sygn. akt KIO 628/18

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Sprint S.A. oraz Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 10 ust. 1 i 2 Załącznika nr 10 do SIWZ Wzór umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w szczególności koszty robocizny oraz materiałów i urządzeń niezbędnych do należytego wykonania umowy zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę Wykazem Cen.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Załącznikami do PFU były plany zagospodarowania terenu, zawierające rysunki zwymiarowane w skali.

W Załączniku nr 4 do SIWZ (Wykaz cen) w punkcie 2 Zamawiający podał, że kwoty wprowadzone przez wykonawcę w odniesieniu do wszystkich pozycji w Wykazie Cen muszą odzwierciedlać właściwy związek z kosztem wykonania prac opisanych w SIWZ.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta nr 1 z ceną 110.326.947,39 zł,
- oferta nr 2 z ceną 114.887.700,00 zł,
- oferta nr 3 (Odwołującego) z ceną 88.507.373,16 zł,
- oferta nr 4 z ceną 102.139.596,31 zł.

Pismem z 2 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień, wskazując, że ustalił, iż wartość części elementów mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do ceny żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, co dotyczy:

- poz. 1.2 Wykazu cen (Sieć światłowodowa dzierżawa IRU. Dzierżawa rozległej sieci światłowodowej na podstawie umowy IRU łączącej węzły komunikacyjne typu W1, W2, W3 oraz centrum sterowania ruchem),
- poz. 2.1 Wykazu cen (Budowa podsystemu obszarowego sterowania ruchem),
- poz. 2.4 Wykazu cen (Budowa podsystemu ważenia pojazdów w ruch o klasie dokładności B+(7),
- poz. 2.6 Wykazu cen (Budowa podsystemu automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych),

- poz. 2.8 Wykazu cen (Podsystem odcinkowego pomiaru prędkości),
- poz. 3.2 Wykazu cen (Budowa podsystemu pomiaru napelnienia pojazdów komunikacji zbiorowej),
- poz. 3.4 Wykazu cen (Budowa podsystemu alarmowego),
- poz. 6 Wykazu cen (Przebudowa układu drogowego skrzyżowań i odcinków drogowych),

Zamawiający skierował do Odwołującego szczegółowe pytania dotyczące ww. poz. Wykazu cen, w tym w zakresie przebudowy układu drogowego – pytania dotyczące następujących podpunktów: 6.1.3 (Mikołowska/Dojazdowa), 6.1.4 (Oświęcimska/Marzanny/Jaskrów), 6.1.9 (Burschego/Andersa/Hlonda), 6.1.10 (Edukacji/Grota Roweckiego), 6.1.15 (Sikorskiego/Uczniowska), 6.1.17 (Sikorskiego/Zjazd do parku wodnego), 6.1.26 (Oświęcimska/Czarna/Sadowa).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył w dniu 16 lutego 2018 r. wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 28 lutego 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnień, wskazując, że wezwanie następuje w nawiązaniu do wyjaśnień z 16 lutego 2018 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jako podstawę prawną wezwania Zamawiający podał przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający sformułował szczegółowe pytania dotyczące w szczególności zakresu poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia przyjętych do kalkulacji. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 22 marca 2018 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę prawną odrzucenia Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz poinformował, że złożone wyjaśnienia potwierdziły obawy Zamawiającego, iż złożona przez Wykonawcę oferta nie przewiduje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wypunktował elementy oferty, które stały się podstawą odrzucenia oraz w odniesieniu do każdego z nich przedstawił uzasadnienie faktyczne. Dotyczy to następujących elementów:

- pkt 1.3 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (konstrukcja nawierzchni, krawężniki, geologia, badania nośności, zieleń) – podpunkty: 1.3.1, 1.3.2, 1.3.3, 1.3.4, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.3.9, 1.3.10, 1.3.11, 1.3.15-1.3.17,
- pkt 2 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (przebudowa skrzyżowania ulic Oświęcimskiej, Marzanny, Jaskrów) – podpunkty: 2.2.1, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.8, 2.3.9, 2.3.10, 2.3.11, 2.3.13, 2.3.16, 2.3.17-2.3.18,

- pkt 3 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (przebudowa skrzyżowania ulic Mikołowska/Dojazdowa) – podpunkty: 3.1.1, 3.3.1, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.5, 3.3.7, 3.3.8,
- pkt 4 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (przebudowa skrzyżowania ulic Sikorskiego/Uczniowska) – podpunkty: 4, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, .3.8, 4.3.10,
- pkt 5 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (przebudowa skrzyżowania ulic Sikorskiego/Zjazd do Parku Wodnego) – podpunkty: 5.3.8, 5.3.9,
- pkt 6 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (przebudowa skrzyżowania ulic Burschego/Andersa/Hlonda) – podpunkty: 6.3.1, 6.3.2, 6.3.5, 6.3.7, 6.3.8, 6.3.9-6.3.11,
- pkt 7 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (uwagi ogólne do przebudowy układu drogowego skrzyżowań i odcinków drogowych) – w tym podpunkty: 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4, 7.1.5, 7.1.6, 7.1.7, 7.1.8, 7.1.9, 7.1.13,
- pkt 8 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (budowa podsystemu ważenia pojazdów w ruchu o klasie dokładności 8+(7) – podpunkty: 8.1.1, 8.1.3, 8.1.4, 8.1.11,
- pkt 10 pisma Zamawiającego z 28 lutego 2018 r. (budowa podsystemu obszarowego sterowania ruchem) – podpunkty: 10.1.1, 10.1.6.

Ponadto Zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia, mimo skierowania szczegółowych pytań, były zdawkowe i ogólne, a wykonawca nie wskazał, jakie konkretne warunki wykonania zamówienia są na tyle sprzyjające, by miały one wpływ na kalkulację poszczególnych cen i umożliwiły mu zaoferowanie niższych cen, wykonawca nie przedstawił również dowodów.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2),
- zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4).

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że ocenie Izby mogły podlegać tylko te zarzuty, które zostały skonkretyzowane (w tym w zakresie okoliczności faktycznych stanowiących ich podstawę) w treści odwołania. Określenie zarzutu nie może ograniczyć się do podania jego kwalifikacji prawnej i ogólnego zakwestionowania czynności

zamawiającego, ale musi towarzyszyć temu przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów. Elementy te muszą być przedstawione w odwołaniu na tyle precyzyjnie, żeby strona przeciwna mogła się do zarzutów merytorycznie odnieść, niedopuszczalne jest natomiast konkretyzowanie zarzutów po terminie na wniesienie odwołania. W tym kontekście zauważyć należy, że Odwołujący w treści odwołania w przeważającym zakresie nie przedstawił polemiki ze szczegółowymi podstawami odrzucenia jego oferty, ograniczając się do ogólnych twierdzeń mających podważać dokonaną przez Zamawiającego czynność. Dopiero w przedłożonym na posiedzeniu Izby piśmie zatytułowanym *Szczegółowe wyjaśnienia do odwołania* Odwołujący odniósł się do konkretnych okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, co należy uznać za spóźnione i stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp niemogące podlegać ocenie Izby.

Wobec powyższego ocenie Izby zostały poddane te twierdzenia Odwołującego, które wynikają wprost z wniesionego odwołania.

Pierwszym z nich był zarzut, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była wadliwa przez fakt nieprzypisania poszczególnych podstaw prawnych (tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4) do poszczególnych okoliczności faktycznych. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Zauważyć należy, że Zamawiający szczegółowo odniósł się do poszczególnych okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty i zrobił to w sposób, który nie nastrocza trudności w ustaleniu, jaką wadliwość oferty w nich dostrzegał. Tytułem przykładu wskazać można na pkt 1.3 pisma Zamawiającego, w którym podał: *Wskazanie przez Wykonawcę pozycji „koszty ogólne” uniemożliwia zamawiającemu ocenę rzetelności i poprawności kalkulacji cenowej*, czy pkt 2.1 tego pisma, gdzie Zamawiający podał: *Oferowana przez Wykonawcę liczba słupów (8 szt.) jest niezgodna z wymaganiami PFU planem zagospodarowania terenu przebudowy skrzyżowania*. To samo dotyczy innych okoliczności przywołanych przez Zamawiającego, w związku z czym brak każdorazowego wskazywania podstawy prawnej nie może sam w sobie przesądzać o wadliwości odrzucenia oferty. Dodatkowo zauważyć należy, że Odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który nakazuje niezwłoczne poinformowanie wykonawców, których oferty zostały odrzucone, o powodach tego odrzucenia.

Następnie Odwołujący podniósł, że pismem z 28 lutego 2018 r. był wezwany wyłącznie do wyjaśnienia treści oferty, a Zamawiający odrzucając ofertę z uwagi na rażąco niską cenę odniósł się do tych właśnie wyjaśnień, które nie dotyczyły ceny oferty. Odnosząc się do tego zarzutu zauważyć należy, że Zamawiający wskazał wprost w ww. wezwaniu, że następuje ono w nawiązaniu do wyjaśnień z 16 lutego 2018 r. dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny. Fakt przywołania w treści tego pisma tylko art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bez wskazania tej podstawy w związku z art. 90 ust. 1, ma znaczenie drugorzędne, gdyż rozstrzygająca jest treść pisma. Dodatkowo nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja, że Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach, które nie są niezmiennie i nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Jakkolwiek wyjaśnienia mogą być niepełne i podlegać doprecyzowaniu, to jednak trudno przyznawać wykonawcy prawo od zmieniania swoich wyjaśnień poprzez przedstawienie wyjaśnień odmiennych niż poprzednie. Ponadto, skoro wyjaśnienia odnoszą się do złożonej oferty, to okoliczności w nich wskazane mogą prowadzić do przekonania, że złożona została oferta niezgodna z SIWZ, rolą wyjaśnień jest bowiem uzyskanie informacji pozwalającymi upewnić się co do prawidłowości oferty.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów stwierdzić należy, że okoliczności, iż zamówienie udzielane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj” a wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania prawidłowości kalkulacji ceny oraz zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca w takim przypadku musi być gotowy do przedstawienia szczegółów kalkulacji ceny i wykazania przyjętych do wyceny elementów, w sposób pozwalający na dokonanie ich weryfikacji. Przyjęcie założenia przeciwnego prowadziłoby do niedopuszczalnego wniosku, że w przypadku takich zamówień oferta i kalkulacja ceny nie podlegają de facto badaniu. Wobec powyższego chybiona jest teza, która zdaje się wynikać z odwołania, że wobec brak obowiązku przedłożenia przedmiarów wykonawca mógł nie przedstawić żądanych wyjaśnień.

Podobnie, nie zasługuje na uwzględnienie argument, że o zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego miałyby świadczyć przedstawienie w niej oświadczenia wykonawcy o złożeniu oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ oraz oświadczenie, że wykonawca zapoznał się ze SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania. To samo dotyczy tego rodzaju oświadczeń składanych w procedurze wyjaśniającej. W orzecznictwie Izby wielokrotnie stwierdzano, że złożenie takiego zapewnienia nie zwalnia z badania faktycznej zgodności oferty z treścią SIWZ w każdym aspekcie i nie może prowadzić do uznania takiej zgodności wbrew szczegółowym informacjom wynikającym z oferty czy potwierdzonym w wyjaśnieniach. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, że cyt. *nie jest zresztą możliwe wykazanie sprzeczności z postanowieniami SIWZ oferty, której treścią jest zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ.*

Nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania teza Odwołującego, jakoby Zamawiający odrzucił ofertę nie w związku z jej niezgodnością z wymaganiami określonymi

w SIWZ, ale z bliżej nieokreślonymi obliczeniami Zamawiającego, które nie były częścią SIWZ. We wskazanych w odwołaniu punktach pisma informującego o odrzuceniu oferty Zamawiający zakwestionował takie elementy jak powierzchnia ścieżek rowerowych, chodników, długości krawężnika czy konstrukcji nawierzchni, które to zakresy wynikają z planów zagospodarowania terenu stanowiących załączniki do PFU, w których poszczególne powierzchnie są zwymiarowane w skali. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że przeliczenie tych wielkości podanych w skali w ww. dokumentach może ewentualnie prowadzić do nieistotnych rozbieżności, nie uzasadnia natomiast odstępstw rzędu kilkudziesięciu procent, na które wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty. Dodatkowo Odwołujący nie podjął nawet próby podważenia przedstawionych przez Zamawiającego danych, nie przedstawił przeliczeń, które wykazywałyby błędy Zamawiającego.

Kolejną okolicznością mającą świadczyć o nieprawidłowości czynności odrzucenia oferty, jest według Odwołującego fakt, że jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4, a nie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia). Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że powyższe oznacza, że Zamawiający ustalił rażąco niski charakter ceny nie na podstawie wyjaśnień, w związku z czym powinien wykazać, dlaczego cena całkowita oferty jest nierynkowa. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę zawsze musi być poprzedzone procedurą wyjaśniającą, nieuprawniony jest więc wniosek, że po ocenie wyjaśnień odrzucenie następuje wyłącznie na podstawie art. 90 ust. 3, a art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp znajduje zastosowanie niezależnie od tych wyjaśnień. Niewskazanie przez Zamawiającego, że odrzucenie oferty następuje na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w żadnej mierze nie może być uznane za podważające zasadność odrzucenia, która została wykazana w uzasadnieniu faktycznym tej czynności i nie została skutecznie zakwestionowana w postępowaniu odwoławczym.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko, że kwestionowane przez Zamawiającego pozycje nie mogą zostać uznane za „istotne części składowe ceny”, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący nie zakwestionował samej zasadności skierowania wezwania do wyjaśnień na podstawie ww. przepisu. Po drugie, Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do gołosłownego zanegowania dokonanej przez Zamawiającego oceny oraz wskazał, że w zakresie przebudowy układu drogowego zaoferował ceny wyższe niż Przystępujący. Zauważenia wymaga jednak, że powodem odrzucenia oferty nie była tylko cena odnosząca się do przebudowy układu drogowego, ale

też wycena innych elementów przedmiotu zamówienia. Ponadto podkreślić należy, że wycena poszczególnych składników przedmiotu zamówienia w dużej mierze uzależniona jest od indywidualnych okoliczności dotyczących konkretnego wykonawcy, zatem sam fakt wyceny na poziomie wyższym niż w ofertach innych wykonawców nie może świadczyć o realności ceny, jeżeli wykonawca nie jest w stanie wykazać prawidłowości kalkulacji. W odniesieniu do istotności zakwestionowanych przez Zamawiającego elementów zauważyć należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło pozycji o wartości ok. 50 mln zł (okoliczność niezakwestionowana przez Odwołującego), a znacznej części z nich Odwołującemu nie udało się przekonująco wyjaśnić. Już sama skala wytkniętych przez Zamawiającego nieprawidłowości może świadczyć o istotnym wpływie wyceny poszczególnych elementów na cenę oferty, a Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu niezasadności kwestionowania przez Zamawiającego wykazywania w wyjaśnieniach wykonawcy pozycji „koszty ogólne” stwierdzić należy, że nieuprawnione jest powoływanie się na tę pozycję w celu usprawiedliwienia nieuwjęcia lub niedoszacowania kosztów, które powinny być ujęte bezpośrednio przy wycenie konkretnych składników przedmiotu zamówienia, z którymi są związane. Słusznie stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, że wskazanie przez wykonawcę pozycji „koszty ogólne”, która służy do ujęcia kosztów pośrednich, niewycenianych bezpośrednio w innych pozycjach, uniemożliwia ocenę rzetelności i poprawności kalkulacji cenowej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....