Sygn. akt: KIO 945/17

WYROK
z dnia 23 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Porr S.A. w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IDS-BUD S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……..…

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „projekt i rozbudowa węzła na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 czerwca 2015 r., nr 2015/S 115-207663.

28 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę IDS-BUD S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym", o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Porr S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny odwołujący wniósł 8 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
3) zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w

zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w postepowaniu złożono 11 ofert. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 257.491.912,15 zł netto.

Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego za kwotę: 190.392.755,35 zł netto. Ceny 7 z 10 pozostałych ofert wynoszą od ok. 230.000.000,00 zł do ok. 250.000.000,00 zł, różnica pomiędzy ofertą przystępującego a ofertą odwołującego, która jest drugą w kolejności, wynosi 45.077.244,65 zł a różnica pomiędzy średnią wszystkich złożonych ofert a ofertą przystępującego to 67.099.156,80 zł. Już sam ten fakt winien budzić wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości skalkulowania przez przystępującego Porr ceny jego oferty. Odwołujący wywiódł, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący argumentował, że zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. W przedmiotowym przypadku, tj. w sytuacji, w której jedynie oferta przystępującego odbiega cenowo od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, konieczne jest ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia, może bowiem okazać się, iż przystępujący zaoferował cenę, za którą nie da zrealizować się przedmiotu zamówienia bądź cena jego oferty nie uwzględnia wszystkich wymagań zamawiającego, postawionych w szczególności w tomie II Szczegółowe warunki kontraktu, tomie IV Program funkcjonalno - użytkowy, tomie V Materiały informacyjne, pytaniach i odpowiedziach oraz modyfikacjach SIWZ, a będzie to możliwe dopiero po przeanalizowaniu wyjaśnień przystępującego, tj. czynników, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł.

Nie bez znaczenia pozostaje, iż przedmiot zamówienia publicznego nie daje wykonawcom dużych możliwości indywidualnych optymalizacji, gdyż ww. węzeł jest połączeniem czterech odcinków dróg i wybrany wykonawca musi dostosować opracowywany projekt do uwarunkowań pozostałych odcinków, co uniemożliwia mu optymalizację ilościową oraz zakresową np. optymalizacja niwelety drogi, która powoduje bardzo duże oszczędności, jest w tym przypadku niemożliwa. Należy uwzględnić okoliczność, iż dwa odcinki są już w trakcie realizacji (S-2 południowa obwodnica Warszawy wykonawca: Warbud data

---

podpisania umowy 11.12.2015, S-17 od węzła Lubelska do granicy województwa lubelskiego wykonawca Strabag, data podpisania umowy: 27.01.2016r.). W dniu 21.04.2017 r. zamawiający dokonał wyboru wykonawcy na odcinek drogi A-2. Natomiast dla odcinka S-17 do węzła Zakręt trwa procedura przetargowa. Powoduje to, iż co prawda mamy do czynienia z przetargiem w formule „projektuj i buduj", jednakże w przedmiotowym przypadku dowolność w zakresie projektowania jest ograniczona, w szczególności w zakresie tych prac, które mogłyby spowodować oszczędności. Powyższe potwierdza chociażby fakt, iż oferty 7 z pozostałych 10 wykonawców są do siebie bardzo zbliżone cenowo. Dlatego też,

zamawiający powinien był, przed dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, zwrócić się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Porr S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: wniosek o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego z 11 czerwca 2015 r., protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28 kwietnia 2017 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Porr S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy, którego wybrano do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wezwania ww. wykonawcy do złożenia tych wyjaśnień skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Ewentualna negatywna ocena wyjaśnień składanych przez ww. wykonawcę może bowiem doprowadzić do konieczności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tej sytuacji oferta odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa węzła „Lubelska" na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi.

Z pkt 2 protokołu postępowania wynika, że wartość zamówienia wynosi 241.714.846,44 zł netto i że wartość ta uwzględnia wartość przewidywanych zamówień uzupełniających w wysokości 80.571.615,48 zł.. Wartość ta została ustalona w dniu 6 maja 2015 r. na podstawie wykazu cen sporządzonego przez autora Projektu budowlanego skorygowanego przez Wydział Dokumentacji, Zespół Inżynierii Wartości oraz w oparciu o aktualną bazę cenową GDDKiA na 2015 r. zgodnie z pkt 1 pisma GDDKiA znak: DPI.4110.20.2015.2PK z dnia 2 kwietnia 2015 r. przez M.S. Kierownika Projektu i K.K. – Wydz. Dokumentacji.

Z dokumentu z 6 maja 2015 r., zatytułowanego „planowane koszty prac projektowych

i robót budowlanych" wynika, że całkowita wartość szacunkowa bez uwzględnienia robót uzupełniających wynosi 161.143.230,96 zł netto, co po powiększeniu o podatek VAT daje kwotę 198.206.174,08 zł brutto, z czego na poszczególne elementy przeznaczono następujące kwoty netto:
a) koszty ogólne wykonawcy – 9.000.000 zł,
b) projekt budowlany, materiały projektowe do uzyskania opinii, uzgodnień i pozwoleń wymaganych przepisami szczegółowymi – 160.000 zł,

c) projekt wykonawcy, instrukcja obsługi i konserwacji, specyfikacje techniczne – 160.000 zł,
d) raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko – 55.944,92 zł,
e) mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych - 42.500,00 zł,
f) dokumentacja geodezyjna i kartograficzna (…) - 65.000 zł,
g) geologia – 160.000 zł,
h) prawa autorskie - 20.000 zł,
i) roboty budowlane - 151.479.786,04 zł.

Z pkt 12 protokołu postępowania wynika, że do upływu terminu składania ofert wpłynęło 11 ofert:
a) Budimex S.A. - cena ofertowa 244.984.020,00 zł brutto,
b) odwołujący - cena ofertowa 232.470.000,00 zł brutto,
c) konsorcjum Trakcja PRKiI S.A. - cena ofertowa 236.775.000,00 zł brutto,
d) konsorcjum Strabag sp. z o.o. – cena ofertowa 257.263.312,95 zł brutto,
e) PUT Intercor sp. z o.o. – cena ofertowa 252.150.000,00 zł,
f) PRM Mosty – Łódź S.A. – cena ofertowa 286.250.178,70 zł brutto,
g) Warbud S.A. – cena ofertowa 254.996.002,11 zł brutto,
h) Mostostal Warszawa S.A. – cena ofertowa 237.254.331,17 zł brutto,
i) Metrostav Polska S.A. – cena ofertowa 319.668.634,44 zł brutto,
j) konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. – cena ofertowa – 320.226.798,93 zł brutto,
k) przystępujący – cena ofertowa 190.392.755,34 zł brutto.

Ustalono ponadto, że 28 kwietnia 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający nie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do najdalej idącego wniosku zamawiającego, który domagał się oddalenia odwołania bez merytorycznego jego rozpoznania. Zamawiający wywiódł w trakcie rozprawy, że w sytuacji, gdy cena oferty przystępującego nie jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert ani od wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający miał jedynie prawo wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, ale nie było to jego obowiązkiem. Przywołał przepis

art. 180 ust. 1 Pzp i podniósł, że skoro wezwanie nie było obowiązkiem zamawiającego, to wykonawca nie może skutecznie zaskarżyć zaniechania wykonania tej czynności.

Stanowisko zamawiającego należało uznać za chybione. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania (12 czerwca 2015 r.) stanowi, że *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle literalnej wykładni tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, jeżeli cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Na powyższe jednoznacznie wskazują użyte przez ustawodawcę słowa „zwraca się". Sytuacja, w której cena badanej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jest zaś tylko jednym z przypadków, kiedy ten obowiązek się aktualizuje, na co wskazuje słowo „w szczególności". W konsekwencji wykonawca może podnieść zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp także w sytuacji gdy cena kwestionowanej oferty nie przekracza ustawowych progów i udowodnić przesłanki wynikające z pierwszej części hipotezy przepisu. Może argumentować, że w okolicznościach danej sprawy cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przez co zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc pod uwagę przedstawione rozważania wniosek zamawiającego o oddalenie odwołania z samego tylko powodu, że nie zostały przekroczone progi ustawowe, o

których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, należało uznać za bezzasadny. W konsekwencji Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie.

Podkreślenia wymagało, że ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie spoczywał na zamawiającym, lecz na odwołującym. Jak wynika z art. 90 ust. 2 i z art. 190 ust. 1a Pzp odwrócony rozkład ciężar dowodu ustawodawca przewidział wtedy, gdy spór pomiędzy stronami dotyczy tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żądanie takie można skutecznie sformułować dopiero po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez wykonawcę. W przypadku postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej, obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, wynikający z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. W konsekwencji obowiązek wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na odwołującym, gdyż to on wywodził skutki prawne z określonych faktów.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania ustawowych przesłanek, które obligują zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano wcześniej, z przepisu tego wynika obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena „wydaje się" rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości".

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena oferty przystępującego nie była niższa o ponad 30% ani od wartości szacunkowej zamówienia ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Cena oferty przystępującego wynosiła 190.392.755,35 zł brutto, podczas gdy szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego po powiększeniu o VAT wyniosła 198.206.174,08 zł brutto. Natomiast średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 257.493.730,33 zł brutto. Cena oferty wybranej jest niższa od wartości zamówienia o 3,94 %, zaś od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 26,06 %.

Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym odwołania jako powody dla których zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny przystępującego podał w pierwszej kolejności argumenty natury matematycznej. Wskazał, że ceny wybranych przez niego 7 z 10 ofert mieściły się w zakresie od 230 do 250 mln zł brutto, zaś cena oferty przystępującego wyniosła ok. 190 mln zł brutto. Drugą okolicznością, na jaką się powołał było zaś to, że pomimo iż kontrakt będzie realizowany w formule „projektuj i

buduj” to jednak nie ma możliwości poczynienia znacznych optymalizacji. Wskazał, że węzeł drogowy „Lubelska” ma powstać na połączeniu czterech dróg i projekt musi być dostosowany do uwarunkowań sąsiednich odcinków, z których część jest w budowie. Były to wszystkie okoliczności faktyczne, jakie zdaniem odwołującego miały świadczyć o tym, że cena oferty przystępującego miała się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego o braku możliwości znacznych optymalizacji pozostały lakoniczne i gołosłowne. Odwołujący nie podjął choćby próby wyjaśnienia, jakiego rzędu oszczędności można poczynić. Nie wskazał także czy, a jeżeli tak to w jakim zakresie on sam zamierza dokonać optymalizacji.

Odwołujący zobowiązany był wykazać brak możliwości poczynienia znacznych optymalizacji, albowiem zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem, że *wiążące dla Wykonawcy są jedynie styki projektowe z sąsiednimi odcinkami, natomiast poprowadzenie niwelety na objętych inwestycją odcinkach S2 o długości 1,5 km, S17 o długości 2 km oraz niwelety 8 łącznic o łącznej długości 7,1 km jest ograniczone jedynie sposobem krzyżowania się dróg (parametrem wiążącym jest przejście górą lub dołem w miejscach skrzyżowań). Możliwości wzmocnienia podłoża gruntowego również mogą podlegać optymalizacji. Podsumowując, w zakresie inwestycji jest 10,6 km dróg ekspresowych i łącznic, które mogą podlegać optymalizacji. Biorąc pod uwagę,* że *w zakresie inwestycji jest między innymi zaprojektowanie i budowa odwodnienia, ekranów akustycznych, 9 obiektów inżynierskich i 9* ścian *oporowych możliwy zakres optymalizacji jest duży, co w ocenie Zamawiającego, może przyczynić się do przyjęcia przez Wykonawców rozwiązań umożliwiających znaczne oszczędności i tym samym zaoferować ceny na jeszcze niższym poziomie.* Stanowisko zamawiającego znalazło oparcie w treści tabeli nr 1.1, znajdującej się na str. 23 i 24 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), w której podano, że wiążące dla wykonawców są parametry przejścia (góra, dół), klasa obciążenia, przekrój ruchowy na obiekcie i ilość obiektów.

Zamawiający zaprzeczył także stanowisku odwołującego, jakoby niemożliwa była optymalizacja niwelety dróg, co do której sam odwołujący przyznał w odwołaniu, że może generować znaczne duże oszczędności. Skoro odwołujący uważał, że tego rodzaju optymalizacja jest niemożliwa i na tej podstawie formułował zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, to powinien swe twierdzenia poprzeć dowodem, czego jednak nie uczynił.

Natomiast druga okoliczność, na jaką odwołujący powołał się w odwołaniu, odnosiła się do prostego matematycznego porównania ceny oferty przystępującego z cenami wybranych przez odwołującego ofert złożonych w analizowanym postępowaniu. W ocenie Izby, w okolicznościach danej sprawy, sam ten fakt był niewystarczający aby stwierdzić naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Rzeczywiście cena oferty przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o 26%, zaś ceny 7 z 10 ofert mieściły się w zakresie cenowym podawanym przez odwołującego. Odwołujący nie podniósł jednak w

odwołaniu i nie przedstawił podstawowych założeń, jakie choćby on sam poczynił co do kalkulacji ceny. W szczególności nie wiadomo, czy odwołujący przy kalkulacji swej ceny uwzględnił jakąś optymalizację, jakie są zdaniem odwołującego minimalne koszty realizacji zamówienia itd. Dostrzeżenia wymagało, że cena oferty wybranej okazała się niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego jedynie o 3,94 %. Odwołujący w odwołaniu nie podniósł, że zamawiający nieprawidłowo ustalił wartość zamówienia. Tymczasem informacja o sposobie szacowania wartości zamówienia, terminie szacowania, dokumentach, które służyły do tego szacunku znajdowały się w protokole postępowania i załącznikach do niego. Odwołujący mógł zakwestionować prawidłowość tego szacunku, ale tego nie uczynił. Co więcej, odwołujący w odwołaniu wręcz oświadczył, że punktem odniesienia dla badania ceny przystępującego powinna być także ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia. Zarzut co do tego, że szacunki zamawiającego mogą być nieprawidłowe bądź niemiarodajne odwołujący sformułował dopiero w trakcie rozprawy.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Za zarzut zaś uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zarzuty takie nie zostały sformułowane w odwołaniu, zatem przedmiotem oceny Izby nie mogła być prawidłowość ustalenia wartości szacunkowej zamówienia bądź miarodajność tego szacunku. Wobec powyższego Izba uznała szacunki zamawiającego za prawidłowe i miarodajne. Wzięto pod uwagę, że wartość tę oszacowano w drodze kilkustopniowego procesu, a mianowicie na podstawie wykazu cen sporządzonego przez autora projektu budowlanego skorygowanego przez Wydział Dokumentacji, Zespół Inżynierii Wartości oraz w oparciu o aktualną bazę cenową GDDKiA na 2015 r. zgodnie z pkt 1 pisma GDDKiA znak: DPI.4110.20.2015.2PK z dnia 2 kwietnia 2015 r. Powyższe miało o tyle duże znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż okazało się, że zamawiający działając z należytą starannością ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 198.206.174,08 zł, zaś cena oferty przystępującego różniła się od niej zaledwie o niecałe 8 mln zł. Ponadto, jak wcześniej wskazano, odwołujący nie wykazał podnoszonego przez siebie braku możliwości poczynienia przez wykonawców znacznych optymalizacji. W konsekwencji Izba stwierdziła, że oparcie zarzutu jedynie na samych matematycznych rozbieżnościach pomiędzy ceną ofertową przystępującego a cenami kilku innych ofert, w sytuacji gdy cena ta nie odbiegała od niekwestionowanej wartości szacunkowej to za mało, aby wykazać naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp.

Dostrzeżenia wymagało również, że odwołujący nie zarzucił w odwołaniu, iż stawka za wybudowanie 1 km drogi wynikająca z ceny oferty przystępującego odbiega od cen za wybudowanie 1 km drogi zaoferowanych na innych, porównywalnych kontraktach. Dopiero w trakcie rozprawy odwołujący przedstawił sporządzone przez siebie zestawienie cen za

budowę 1 km drogi zaoferowanych w wybranych przez siebie kilku przetargach. Wywodził w oparciu o nie, że są to inwestycje porównywalne, a zaoferowane na tych kontraktach ceny za wybudowanie 1 km drogi okazały się wyższe, niż cena zaoferowana przez przystępującego a analizowanym postępowaniu. Izba stwierdziła, że takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Jeżeli zdaniem odwołującego, źródłem wątpliwości w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp miał być fakt, że cena za wybudowanie 1km drogi zaoferowana przez przystępującego odbiega od wskazywanych przez niego cen zaoferowanych w kilku przetargach, to powinien te fakty przedstawić w odwołaniu i poprzeć swe twierdzenia dowodem. Zarzuty odwołującego przedstawione dopiero na etapie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione. Na marginesie jedynie można było wskazać, że kwestia porównywalności bądź nieporównywalności kontraktów wskazywanych przez odwołującego okazała się sporna, gdyż zamawiający i przystępujący temu zaprzeczali przedstawiając swe argumenty. W tej sytuacji to również odwołujący, z uwagi na rozkład ciężaru dowodu, zobowiązany był wykazać, że inwestycje na które się powoływał mogą być uznane za porównywalne do budowy węzła drogowego „Lubelska".

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp należało uznać na chybiony, a odwołanie podlegało oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może

wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W omawianej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

11

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

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W analizowanej sprawie za wynik postępowania odpowiadał w całości odwołujący, zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba nie zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Jak wynika z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia warunkiem zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika było złożenie rachunku. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz.

12

---

60 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.).

W świetle § 14 ust. 1 ww. rozporządzenia, *rachunek potwierdzający dokonanie sprzedaży lub wykonanie usługi zawiera co najmniej:*
1) imiona i nazwiska (nazwę albo firmę) oraz adresy sprzedawcy i kupującego bądź wykonawcy i odbiorcy usługi;
2) datę wystawienia i numer kolejny rachunku;
4) określenie rodzaju i ilości towarów lub wykonanych usług oraz ich ceny jednostkowe;
5) ogólną sumę należności wyrażoną liczbowo i słownie.

W ocenie Izby dokument, jaki zamawiający złożył w trakcie rozprawy, nie odpowiadał ww. wymogom. W szczególności z dokumentu tego nie wynikały dane co do nazwy (firmy) i adresu odbiorcy usługi. Izba nie mogła również stwierdzić, czy odbiorcą tym jest zamawiający. Skoro zatem wymaganego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego nie mogło zostać zasądzone (podobnie wyrok KIO z dnia 15

kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 684/14).

Przewodniczący: ……..……..…..…