

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **S. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto P. (...)**

przy udziale wykonawcy **P. S.A., ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. Sp. z o.o., ul. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. Sp. z o.o., ul. (...)** 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, 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 Płocku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Miasto P. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa trasy północno – zachodniej miasta P. na odcinku od węzła „B.” do węzła „D”. WZP.271.1.138.2016.JM (Dz. U. UE z 18.01.2017 r. nr: 2017/S 012-017195) wykonawca S. Sp. z o.o. z P. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na nieprawidłowym i sprzecznym z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] zaniechaniu odrzucenia oferty P. P. I. S.A. z siedzibą w W. (dalej „P.”) pomimo, że istotna część składowa ceny oferty tego wykonawcy jest rażąco niska, a jednocześnie pomimo, że oferta ta jest sprzeczna z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P., pomimo, że istotna część składowa ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdzają złożone przez P. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,
2. art. 89 ust.1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 7 ust. 3, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty P. jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W odniesieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wskazanym w Rozdziale IV SIWZ, zakres inwestycji drogowej, której dotyczy niniejsze odwołanie obejmuje:

Zakres I – wykonanie robót budowlanych obwodnicy północno zachodniej miasta

Płocka na odcinku od ul. D .j do węzła „B.” i budowę odcinka ul. P. łączącego obwodnicę z ul. Pr. i K. wraz z przebudową skrzyżowania tych dróg – w zakres nie objętym Zakresem II.

Zakres II – zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dwupoziomowego węzła „Trzepowo” w ciągu trasy północno – zachodniej miasta P. skanalizowanego z ul. P. i ul. N. P.

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XIV SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty), Cena przedstawiona w Formularzu oferty powinna obejmować pełen zakres prac określonych SIWZ i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem materiałów, urządzeń, produktów, rozwiązań równoważnych, jakie wykonawca zamierza zastosować podczas realizacji zamówienia, które wykazał w ofercie.

Uzupełnił, że wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do Oferty Tabelę Elementów Scalonych, zawierającą wycenę poszczególnych robót branżowych.

Zdaniem Odwołującego analiza wyceny poszczególnych elementów w tabeli załączonej do oferty P. pozwala stwierdzić, że istotna część składowa ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę dotycząca robót branży geotechnicznej jest rażąco niska, ponieważ wynika to między innymi z porównania cen za wykonanie robót dotyczących tej branży, które zostały zaoferowane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu:

Nazwa oferenta	cena ofertowa dla poz. I.1 Tabeli Elementów Scalonych (netto)	Odchylenie kwotowe od oferty P.	Odchylenie od oferty P. [%]
P. P. I. S.A.	28 439,29		100,00%
B. P. Sp. z o.o. (lider konsorcjum) C.P. B. S.A. (partner konsorcjum)	1 414 354,67	1 385 915,38	4773%
P. B. D. i M. K. S.A.	1 096 343,36	1 067 904,07	3755%
S. Sp. z o.o.	811 256,09	782	2753%

Na podstawie różnicy w wycenie robót branży geotechnicznej zachodzącej pomiędzy wyceną dokonaną przez P. i wyceną dokonaną przez pozostałych oferentów, odwołujący za uprawniony uznał wniosek, że wycena robót geotechnicznych dokonana przez P. jest nierealna i w odróżnieniu od wyceny dokonanej przez pozostałych wykonawców, nie może zawierać ceny za wykonanie wszystkich robót dla tej branży określonych w SIWZ.

Pokreślił, że zamawiający w sposób szczegółowy opisał w SIWZ zakres robót dla branży geotechnicznej (dokumentacja projektowa robót geotechnicznych i SST opracowanych przez T. G. Sp. z o.o.).

Oświadczył, że na etapie przygotowania oferty dokonał weryfikacji ilości robót

określonej w tej dokumentacji, i jego zdaniem ilości zaprojektowane i te konieczne do wykonania w całości się pokrywają za wyjątkiem robót dotyczących wzmocnienia podłoża gruntowego, poprzez stabilizację spoiwami – ilość tych robót w dokumentacji T.G. Sp. z o.o. wynosiła 40 944 m<sup>2</sup>, według S. Sp. z o.o. ilość ta jest nieznacznie niższa i wynosi 31 850 m<sup>2</sup>.

Odwołujący stanął na stanowisku, że mając na względzie wskazany w SIWZ zakres robót branży geotechnicznej, nie jest możliwe wykonanie wszystkich robót tej branży za cenę zaoferowaną przez P., czyli 28 439,29 zł netto.

Zdaniem odwołującego cena zaoferowana przez P. na wykonanie robót branży geotechnicznej nie wystarczy nawet na zakup materiału niezbędnego do wykonania przedmiotowych robót – co wynika z obliczeń dokonanych przez odwołującego przy zastosowaniu czynników cenotwórczych, które P. wskazał w swoim piśmie z dnia 16 marca 2017 r. nr PPI/TTG/BB/67/17, tj.:

1. Robotnik drogowy – siły własne – 30 zł/r-g.
2. Piasek – oferta Dostawcy loco budowa 14 zł/tonę.
3. Koparka gąsienicowa o poj. łyżki 1,2 m<sup>3</sup> – własna baza sprzętowa 145 zł/m-g.
4. Spycharka gąsienicowa 250 KM – własna baza sprzętowa 200 zł/m-g.
5. Równiarka samojezdna – własna baza sprzętowa 190 zł/m-g.
6. Walec stalowy wibracyjny 13 ton – własna baza sprzętowa –120 zł/m-g.

Podniósł, że biorąc pod uwagę rodzaj i ilość robót wskazanych w SIWZ stwierdzić należy, że cena zaoferowana przez P. nie wystarczy nie tylko na zakup materiału na wykonanie przedmiotowych robót branży geotechnicznej, ale nie wystarczy nawet na zakup materiału niezbędnego do wykonania części robót tej branży objętych opisem przedmiotu zamówienia – wniosek ten wynika z przemnożenia ilości robót wzmocnienia podłoża gruntowego przez wymianę gruntów słabonośnych, tj. 14897 m<sup>3</sup> przez stawkę na zakup piasku wskazaną przez P. w swoich wyjaśnieniach czyli 14 zł/tonę i 1,8 t/m<sup>3</sup> (ciężar objętości piasku), co daje wartość 375 404,40 zł.

Zaznaczył, że obliczenia nie zawierają narzutów wykonawcy, stąd wskazana cena tylko częściowo daje obraz wartości materiału jaka powinna zostać przyjęta w kalkulacji robót określonych w pierwszym punkcie tabeli robót geotechnicznych.

Stwierdził, że ww. wyjaśnienia potwierdzają, że cena P. jest rażąco niska, a tym samym, że zamawiający nie powinien tych wyjaśnień uwzględniać.

Odwołujący wskazał, że dysponując informacjami dotyczącymi czynników cenotwórczych wskazanych w wyjaśnieniach P. z 16.03.2017 r. wartość robót geotechnicznych w tabeli elementów scalonych P. powinna wynosić 1 304 526,52 zł (co wynika z kalkulacji robót geotechnicznych).

Odwołujący stwierdził, że wyliczona kwota jest wartością kosztów i nie posiada ewentualnych narzutów wykonawcy P., wobec czego w dalszym ciągu cena ta jest tylko przybliżona, niemniej potwierdza, że wycena wskazana przez P. w pkt I.1 Tabeli elementów scalonych dotyczących robót branży geotechnicznej jest nierealna i nie pozwoli na wykonanie tych robót zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w świetle aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić nie tylko do ceny na wykonanie całego zamówienia, lecz także do jej istotnej części składowej – przepis nie zawiera definicji pojęcia „istotności”, niemniej – w ocenie odwołującego – kwestia ta powinna być badana w sposób indywidualny, ściśle powiązany z danym konkretnym zamówieniem.

Stanął na stanowisku, że w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie o istotności wyceny robót geotechnicznych jako istotnym elemencie całej ceny, świadczy przede wszystkim znaczenie technologiczne tych robót w kontekście możliwości wykonania wszystkich robót objętych zamówieniem, czego przejawem jest m.in. sposób wyceny przedmiotowych robót przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Podsumował, że mając na względzie powyższe okoliczności nie ma wątpliwości, że istotna część składowa ceny zaoferowanej przez P. jest rażąco niska, tym samym oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodał, że jednocześnie wycena robót geotechnicznych na poziomie 28 439,29 zł oznacza, że oferta P. jest niezgodna z SIWZ, gdyż zakres zobowiązania, dotyczącego wykonania robót geotechnicznych, które opisał zamawiający w SIWZ, a tym samym którego przyjęcia oczekiwał, jest niezgodny z zakresem zobowiązania, które w swojej ofercie zawarł P., co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zakres robót branży geotechnicznej wynika z opisu przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych, tj.:

1. Projekt Budowlany "Geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych. Nr PD-655/PB/D/1A/2. Projekt geotechniczny" opracowany przez T.G. Sp. z o.o.
2. Projekt Wykonawczy Tom I Branża Geotechniczna Nr PD-655/PW/G/1. Projekt geotechniczny Opracowany przez T.G. Sp. z o.o.
3. Szczegółowe Specyfikacje Techniczne – Branża Geotechniczna Tom XII. 1 w szczególności:

- SST D-02.01.01A Wymiana gruntu
  - SST D-02.01.01B Stabilizacja Podłoża
  - SST D-02.01.01C Gwoździowanie skarp
  - SST D-02.03.01B Zbrojenie skarp nasypów.
4. Przedmiar pomocniczy "1.gt\_plock(przedmiar-kosztorys) – MAT POMOCNICZY" – cały przedmiar.
  5. "Dokumentacja geotechniczna warunków posadowienia nowoprojektowanego odcinka obwodnicy północno – zachodniej miasta P., biegnącego od węzła "B." do granicy miasta w rejonie ulicy S.– dokumentacja wykonana przez G., opracowanie wykonane na potrzeby wykonania projektu budowlanego.
  6. SIWZ Dział II – zał. 2 – Tabela elementów scalonych poz. I.1 tabeli.
  7. SIWZ Dział II Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 1.1 Branża drogowa.

Ponownie stwierdził, że cena, którą P. zaoferował za wykonanie robót branży geotechnicznej nie wystarczy na wykonanie nawet części robót tej branży objętych SIWZ, co oznacza, że P. nie zawarł w swojej ofercie zobowiązania na wykonanie wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, co przemawia za wnioskiem, że oferta P. jest niezgodna z SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia w nim zawartym, zamawiający wskazał w nim konkretne wymagania dotyczące wykonania konstrukcji nawierzchni, tj.:

Etap I i II

Konstrukcje nawierzchni dla trasy głównej na odcinku od km 4+112.20 do km

4+453.82:

- warstwa ścieralna mieszanka SMA grubości 4 cm,
- warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 9 cm,

Konstrukcje nawierzchni dla trasy głównej na odcinku od km 4+453.82 do km

5+202.14 oraz od km 6+070 do km 6+140:

- warstwa ścieralna mieszanka SMA grubości 4 cm,
- warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 9 cm,
- warstwa podbudowy zasadniczej beton asfaltowy grubości 18 cm,

ul. D.:

- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 4 cm,

ul. D. łącznik:

- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 5 cm,

- warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 6 cm,
  - warstwa podbudowy zasadniczej beton asfaltowy grubości 7 cm,
- ul. P.:
- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 4 cm,
  - warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 9 cm,
  - warstwa podbudowy zasadniczej beton asfaltowy grubości 10 cm,
- ul. DS-3 od km 0+003.50 do km 0+009.75:
- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 4 cm,
  - warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 4 cm,
- ul. DS-4 od km 0+021.00 do km 0+093.00:
- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 4 cm,
  - warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 4 cm,
- ul. DD-7 i ul. DD-8a (rodzaj nawierzchni na całej długości drogi):
- warstwa ścieralna beton asfaltowy grubości 4 cm,
  - warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 4 cm,
- Zjazdy publiczne do przedsiębiorstw:
- 4 cm - beton asfaltowy - warstwa ścieralna,
  - 4 cm - beton asfaltowy - warstwa wiążąca,
- Ścieżka rowerowa:
- warstwa ścieralna - beton asfaltowy 4 cm,
- Konstrukcja nawierzchni pętli autobusowej:
- warstwa ścieralna - SMA 4 cm,
  - warstwa wiążąca - beton asfaltowy 9 cm,
- Etap III
- Konstrukcja jezdni w konstrukcji KR6 - trasa główna obwodnicy, łącznice węzła,
- ul. P. z rondami:
- warstwa ścieralna mieszanka SMA grubości 4 cm,
  - warstwa wiążąca beton asfaltowy grubości 9 cm,
  - warstwa podbudowy zasadniczej beton asfaltowy grubości 18 cm,
- Konstrukcja jezdni w konstrukcji dróg serwisowych:
- 4 cm - beton asfaltowy - warstwa ścieralna,
  - 4 cm - beton asfaltowy - warstwa wiążąca,



Ścieżka rowerowa:

- warstwa ścieralna - beton asfaltowy 4 cm,

Odwołujący podniósł, że wymagania dotyczące grubości konstrukcji nawierzchni miały bezpośrednie przełożenie na konieczność skalkulowania w ofercie odpowiedniej ilości masy bitumicznej – w celu osiągnięcia zakładanej w SIWZ grubości konstrukcji nawierzchni.

Zdaniem odwołującego P. w swojej ofercie skalkulował niewystarczającą ilość masy, która nie pozwoli na osiągnięcie wymaganych w SIWZ parametrów, ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami tego wykonawcy z 16.03.2017 r., skalkulowana ilość mieszanek wynosi 14 tysięcy ton, co z pewnością nie pozwoli na osiągnięcie wymagań określonych w SIWZ odnośnie grubości warstw konstrukcyjnych.

Wyliczył konieczną do wbudowania ilość masy w celu osiągnięcia wymaganej w SIWZ grubości nawierzchni na 26 240,60 ton.

Podniósł, że obliczenie to jest o ponad 87 % większe od ilości przedstawionej przez P.

Podkreślił, że obliczenia dokonane przez odwołującego dotyczyły tylko nawierzchni drogi, bez uwzględnienia wykonania odsadzki dla dolnych warstw bitumicznych, zjazdów bitumicznych, pętli autobusowych, nawierzchni na rondach itp. oraz, że nawet przy uwzględnieniu wskazanych w SST tzw. odchyłek, ilość mieszanki wskazana przez P. jest niewystarczająca dla wykonania robót, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Podsumował, że wykonawca P. wykonał kalkulację robót, opierając się na innych założeniach co do grubości warstw konstrukcyjnych, niż te wymagane przez zamawiającego w SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 5 maja p2017 r., w tym:

- Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami,
- wezwania z dnia 10 marca 2017 r. do złożenia wyjaśnień skierowanego przez zamawiającego do przystępującego,
- wyjaśnień przystępującego z dnia 16 marca 2017 r. na ww. wezwanie,
- wezwania z dnia 24 marca 2017 r. do złożenia wyjaśnień skierowanego przez zamawiającego do przystępującego,
- wyjaśnień przystępującego z dnia 30 marca 2017 r. na ww. wezwanie,
- Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo zamawiającego z dnia

20 kwietnia 2017 r.).

Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 11 maja 2017 r.), Pisma procesowego przystępującego (pismo z dnia 12 maja 2017 r.), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P., pomimo, że istotna część składowa ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdzają złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 2 SIWZ „Cena ofertowa jest ceną ryczałtową”.

Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 45 969 422,95 zł; w Tabeli Elementów Scalonych (dalej także „TES”) przystępujący w pozycji I.1. „Roboty geotechniczne” wpisał wartość netto 28 439,29 zł.

Pismem z dnia 10 marca 2017 r. zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że jego wątpliwości budzi duża różnica pomiędzy wartością szacunkową, tj. 76 541 451,70 zł a ceną zaoferowaną przez przystępującego.

Zamawiający podał, że „ponieważ wskazana w pozycji I.1. Tabeli Elementów Scalonych (...) wartość jest znacząco niższa niż od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego, prosimy o jednoznaczne stwierdzenie, że przedstawiona wartość umożliwi Wykonawcy realizację wszystkich robót geotechnicznych przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym: Projektu Budowlanego i Wykonawczego, S. oraz wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego”.

Podobne oczekiwanie „jednoznacznego stwierdzenia” zamawiający sformułował w odniesieniu do innych pozycji TES (I.9, II.3, III., III.3, III.5, III.6).

Jednocześnie zamawiający poprzedził żądanie wyjaśnień odnośnie do poszczególnych pozycji TES następującą „prośbą”: „prosimy o jednoznaczne stwierdzenie Wykonawcy, że przedłożona w ofercie cena na wykonanie zamówienia, jest skalkulowana dla prac objętych Opisem Przedmiotu Zamówienia, w tym: Projektu Budowlanego i Wykonawczego, S. oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego”.

Pismem z dnia 16 marca 2017 r. przystępujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień (częściowo zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiane informacje). Oświadczył w nich m.in., iż: „przedłożona w ofercie cena na wykonanie zamówienia jest skalkulowana dla prac objętych Opisem Przedmiotu Zamówienia, w tym: Projektu Budowlanego i Wykonawczego, S. oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego, (...) wartość przedstawiona w pozycji I.1 Tabeli Elementów Scalonych (...) umożliwi Wykonawcy realizację wszystkich robót geotechnicznych przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym: Projektu Budowlanego i Wykonawczego, S. oraz wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego”.

Pismem z dnia 24 marca 2017 r., zamawiający (na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) zwrócił się do przystępującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień, a w szczególności: „Zamawiający prosi o jednoznaczne potwierdzenie przez Wykonawcę, że wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych, będących Załącznikiem nr 6 do Oferty Wykonawcy (Załącznik nr 2 do Opisu przedmiotu zamówienia), nie tylko umożliwią Wykonawcy realizację wszystkich robót przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym w projekcie Budowlanym i Wykonawczym, S. wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale że wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych, będących Załącznikiem nr 6 do Oferty Wykonawcy (Załącznik nr 2 do Opisu przedmiotu zamówienia), umożliwią Wykonawcy realizację wszystkich robót przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym w projekcie Budowlanym i Wykonawczym, S. wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez”.

*Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób w nich przewidziany.*

*Pismem z dnia 30 marca 2017 r. przystępujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień (częściowo zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiane informacje). Oświadczył w nich m.in., iż: „Wykonawca jednoznacznie potwierdza, że wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych, będącej załącznikiem nr 6 do Oferty Wykonawcy (Załącznik nr 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia) nie tylko umożliwią Wykonawcy realizację wszystkich robót przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym w Projekcie Budowlanym i Wykonawczym, S. wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale że wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych, będących Załącznikiem nr 6 do Oferty Wykonawcy (Załącznik nr 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia), umożliwią Wykonawcy realizację wszystkich robót przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym w Projekcie Budowlanym i Wykonawczym, S. wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób w nich przewidziany. Jednocześnie Wykonawca pragnie podkreślić, że wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych nie wynikają z ilości wskazanych w przekazanych przedmiarach robót, ze względu na ich niewiążący i pomocniczy charakter, a Wykonawca, jako profesjonalny podmiot dokonał samodzielnie sprawdzenia zakresu i ilości robót do wykonania.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodzić należy się z odwołującym co do tego, że uwzględniając aktualne brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić nie tylko do ceny za wykonanie całego zamówienia, lecz także do jej istotnej części składowej oraz, że kwestia ta powinna być badana w sposób indywidualny, ściśle powiązany z danym konkretnym zamówieniem.

Jednak w ocenie składu orzekającego Izby odwołujący błędnie przyjął, że część składowa ceny ofertowej, tj. wycena robót geotechnicznych (abstrahując nawet od oceny, czy jest to istotna czy nie jest to istotna część składowa) ujęta w pozycji I.1. Tabeli Elementów Scalonych to jedyna pozycja, w której wykonawcy, w tym przystępujący, mogli wycenić roboty geotechniczne oraz niezasadnie przyjął, że przystępujący zaoferował wykonanie robót geotechnicznych za 28 439,29 zł netto, tj. wartość wskazaną w pozycji I.1. TES.

Skład orzekający Izby w pełni podzielił stanowisko (i argumentację) przystępującego

zaprezentowane w stanowisku pisemnym co do niezobowiązującego charakteru przedmiarów załączonych do dokumentacji przetargowej, w konsekwencji czego wykonawcy uprawnieni byli do sporządzenia kalkulacji cenowej w oparciu o dokumenty przedstawione przez zamawiającego (z uwzględnieniem ich niewiążącego charakteru), względnie o przedmiary opracowane samodzielnie przez wykonawcę na potrzeby postępowania: "(...) *Dokumenty zawierające kalkulacje cenowe, określające składniki cenotwórcze, do których złożenia wraz z ofertą instytucje zamawiające zobowiązują wykonawców służą, co do zasady, określeniu wynagrodzenia w przypadku, gdy ma ono charakter kosztorysowy. W analizowanym przypadku Zamawiający zdecydował się jednak na rozliczenie z wykonawcą w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe. Znajduje to potwierdzenie w: (...). Konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest rola, jaką dla TES przewidział Zamawiający. Odesłanie do tego dokumentu znajdziemy kilkakrotnie w treści wzoru umowy. Po pierwsze, wykonawcy zobligowani zostali do uwzględnienia TES na etapie formułowania Harmonogramu (zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 9 wzoru umowy, Harmonogram musi pozostawać w zgodzie z TES). Po drugie, TES (oraz Harmonogram) stanowić ma oparcie dla kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową, który przedłożony ma zostać Zamawiającemu po podpisaniu umowy (§ 5 pkt 24). Wymogi te oznaczają, że zarówno w Harmonogramie, jak i kosztorysie uwzględnione zostać muszą wszystkie rodzaje prac przewidziane w TES. Wartości przewidziane w poszczególnych pozycjach TES pozostają bez wpływu na ostateczną wysokość wynagrodzenia (co stanowi konsekwencję obranej przez Zamawiającego formuły wynagrodzenia). (...) Charakter i znaczenie TES obrazuje również ściśle powiązanie tego dokumentu z przedmiarami, które Zamawiający zawarł w dokumentacji przetargowej. To właśnie w oparciu o przedmiary skonstruowana została TES, o czym świadczy zbieżność rodzajowa prac wyszczególnionych w przedmiarach z tymi scalonymi w TES. Trudno zresztą z tym polemizować; to przedmiary bowiem, jako dokumenty znacznie bardziej szczegółowe, stanowiły bazę dla TES zawierającej pozycje scalone. Tymczasem Zamawiający nie pozostawia wątpliwości w zakresie znaczenia i charakteru załączonych do dokumentacji przedmiarów, stwierdzając w treści wzoru umowy: (i) „Załączony do SIWZ przedmiar robót jest elementem pomocniczym (...)” (§ 1 ust. 4); (ii) „Załączony do SIWZ przez Zamawiającego przedmiar robót ma jedynie charakter informacyjny i pomocniczy” (§ 13 ust. 5). (...) Ponadto, każdy z kilkunastu przedmiarów opublikowanych przez Zamawiającego zawiera w nazwie sformułowanie „MAT POMOCNICZY”. Zamawiający nie sformułował obowiązku załączeniu do oferty wypełnionych przedmiarów. Skoro więc nie może budzić wątpliwości, że przedmiary mają jedynie pomocniczy i informacyjny charakter, to przypisywanie odmiennego znaczenia dokumentowi TES, opracowanej w oparciu o te przedmiary, uznać należy za nieuzasadnione. Ostatecznie pomocniczego charakteru przedmiarów, udostępnionych przez Zamawiającego, w stosunku*

do treści TES, dowodzi fakt, że nie wszystkie prace niezbędne dla realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania zostały ujęte w TES. Jako przykład wskazać można roboty elektryczne i energetyczne, które widnieją w dokumentacji przetargowej (Tom VII\_Ib Przebudowa kolizji elektroenergetycznych - UM P., Tom VII\_Ilb Zasilanie UM P.), a nie wymieniono ich w TES. W związku z tym każdy z wykonawców był zmuszony do uwzględnienia tych robót w innych pozycjach TES, dowolnie przez siebie wybranych. Co oczywiste, fakt, że pewne roboty nie zostały wymienione w TES nie oznacza, że zwycięski wykonawca nie będzie zobowiązany do ich wykonania. Dowodzi to jednak, że kalkulacja cenowa powinna zostać dokonana w oparciu o całość dokumentacji (w tym program funkcjonalno – użytkowy), a zarówno przedmiary, jak i TES, mają drugorzędne znaczenie, dla celów wyceny.”

Zauważenia wymaga, że w wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2017 r. przystępujący podkreślał „wartości przedstawione w Tabeli Elementów Scalonych nie wynikają z ilości wskazanych w przekazanych przedmiarach robót, ze względu na ich niewiążący i pomocniczy charakter, a Wykonawca, jako profesjonalny podmiot dokonał samodzielnie sprawdzenia zakresu i ilości robót do wykonania.”

Wskazując zatem, że wykonawca mógł skalkulować oferowaną cenę w oparciu o samodzielnie opracowane przedmiary, uwzględniając fakt, że zamawiający nie sformułował wymogów w zakresie uzupełnienia Tabeli Elementów Scalonych, skład orzekający Izby uznał, że także sposób wypełnienia tej tabeli, wobec ryczałtowego charakteru ceny w tym postępowaniu, jest kwestią wtórną.

Porównanie wartości pozycji I.1 TES wskazanych przez poszczególnych wykonawców pozostaje w tym stanie rzeczy bez znaczenia (tak długo, jak długo nie zostanie wykazane, że wykonawcy ujęli w tej pozycji taki sam zakres robót geotechnicznych).

Skład orzekający Izby za wiarygodne uznał przy tym wyjaśnienia przystępującego, iż „TES podzielony został na trzy Działy, z których każdy odpowiadał wyodrębnionej części projektu (Dział I - budowa obwodnicy północno -zachodniej na odcinku od ul. Długiej do węzła Bielska, Dział II - rozbudowa odcinków dróg i skrzyżowania dróg powiatowych na odcinku ul. P., ul. K., Dział IM - przeprojektowanie i realizacja węzła „Trzepowo”). W ramach każdego spośród tych Działów niezbędne będzie wykonanie robót geotechnicznych. Tymczasem pozycja „Roboty geotechniczne” zawarta została jedynie w Dziale I. Oznacza to, iż wykonawcy zobowiązani byli do ujęcia tego zakresu robót dla Działów II i III w dziale I (a więc niezbędne było „przeniesienie” kosztów do pozycji dotyczącej jednego tylko działu) lub przypisania kosztów związanych z tymi pracami w innych pozycjach ujętych w danym Dziale (jak to uczynił Przystępujący). Oba rozwiązania uznać należy za w pełni

*odpowiadające wymaganiom Zamawiającego (dla którego istotne jest wykonanie wymaganego zakresu prac geotechnicznych). (...) W toku sporządzania własnych przedmiarów Przystępujący, opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu i praktyce w zakresie kosztorysowania w przypadku obiektów drogowych, sporządził (podobnie jak Zamawiający w przedmiarach pomocniczych) jeden przedmiar i kosztorys na zakres obejmujący Dział I i II TES, tj. zawarł koszty z kwestionowanej przez Odwołującego pozycji I.1 TES (roboty geotechniczne) w pozycjach pn. Roboty drogowe z docelową organizacją ruchu. Stanowiło to naturalną konsekwencję faktu, iż roboty geotechniczne pozostają nierozzerwalnie powiązane z robotami drogowymi (posadowienie drogi oraz wzmocnienie podłoża, a więc właśnie roboty geotechniczne, zawsze poprzedzają wykonanie robót drogowych). Następnie dokonał podziału tego kosztorysu na kwoty, którymi wypełnił Dział I i Dział II TES (w tym odpowiednio pozycje 1.3 oraz II.1 TES). Należy zauważyć, że również przedmiary pomocnicze Zamawiającego nie zawierały podziału na Dział I i Dział II, a więc każdy z wykonawców (również Odwołujący) musiał takiego podziału dokonać samodzielnie.”*

Bez znaczenia pozostaje także okoliczność, że wartość pozycji I.1 TES wskazana przez przystępującego to jedynie 28 439,29 zł netto skoro roboty geotechniczne wykonawca ten mógł i ujął w innych pozycjach Tabeli Elementów Scalonych (ww. wyjaśnienia), przy czym odwołujący nie wykazał, że jest inaczej.

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że odwołujący nadmierne znaczenie przypisał wyjaśnieniom przystępującego z dnia 16 marca 2017 r., tj. użytemu sformułowaniu, iż „wartość przedstawiona w pozycji I.1 Tabeli Elementów Scalonych (...) umożliwi Wykonawcy realizację wszystkich robót geotechnicznych”.

Po pierwsze, „umożliwić” w języku polskim rozumiane jest jako „stworzyć warunki sprzyjające czemuś”.

Uwzględniając powyższy sposób rozumienia wyrazu „umożliwić”, na gruncie niniejszej sprawy wartość przedstawiona w pozycji I.1 Tabeli Elementów Scalonych, tj. 28 439,29 zł netto z pewnością nie może być utożsamiona z wartością, za którą przystępujący zaoferował realizację wszystkich robót geotechnicznych (wartość ta sprzyja realizacji, poprzez to, że składa się na większą wartość).

Dostrzeżenia także wymaga, że w tych samych wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2017 r. przystępujący potwierdził także, zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego, że „przedłożona w ofercie cena na wykonanie zamówienia jest skalkulowana dla prac objętych Opisem Przedmiotu Zamówienia, w tym: Projektu Budowlanego i Wykonawczego, S. oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na etapie postępowania

przetargowego”.

Ponownie, w wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2017 r. przystępujący oświadczył, że „przedłożona w ofercie cena na wykonanie przedmiotu zamówienia jest skalkulowana dla prac objętych Opisem Przedmiotu zamówienia (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ, co odwołujący potwierdził na rozprawie, minimalnej, niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia ilości mieszanek mineralno-bitumicznych.

W wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2017 r. przystępujący oświadczył m.in.: *„Wykonawca posiada własną bazę sprzętowo – transportową oraz wytwórnię mas bitumicznych w W. przy ul. W., oddalonej od placu budowy o ok. 100 km, co gwarantuje szybki dowóz mieszanek mineralno-bitumicznych, zapewniając jednocześnie odpowiednią temperaturę ich wbudowania. P. (..) jest doświadczonym Wykonawcą zarówno w produkcji, jak i w układaniu mieszanek mineralno – bitumicznych. Na potwierdzenie swojego stanowiska informujemy, że w ostatnich ośmiu latach wyprodukowaliśmy łącznie ponad 1,340 tys. ton mieszanek różnych rodzajów, dla potrzeb robót m.st. Warszawy oraz dla zamówień na terenie województwa mazowieckiego. Daje to średnią roczną produkcję na poziomie 168 tys. ton, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu jest do wbudowania ok. 14 tys. ton mieszanek mineralno – bitumicznych, co stanowi niecałe 9% naszej rocznej produkcji.”*

Odwołujący twierdził, że przystępujący skalkulował w ofercie nieprawidłową, niewystarczającą dla osiągnięcia określonych w SIWZ wymagań co do grubości warstw konstrukcyjnych ilość masy (mieszanek) do wbudowania, tj. iż 14 tys. ton, co odwołujący przyjął na podstawie zacytowanego powyżej fragmentu wyjaśnień przystępującego z dnia 16 marca 2017 r.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący oparł zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ co do założonych grubości warstw konstrukcyjnych na błędnym założeniu, że przystępujący zaoferował i wycenił realizację przedmiotu zamówienia



z wbudowaniem jedynie 14 tys. ton mieszank (masy).

Wbrew stanowisku odwołującego taka ilość masy do wbudowania przez przystępującego nie wynika z wyjaśnieniach przystępującego z dnia 16 marca 2017 r.

Po pierwsze, fragment dotyczy sprzyjającego, mającego wpływ na wysokość zaoferowanej przez przystępującego wysokości ceny czynnika, tj. posiadania przez przystępującego własnej bazy (sprzętowo transportowej) i zaplecza (wytwórni mas bitumicznych), nie zaś przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia materiałów.

Po drugie, wskazane ilości mieszank zostały podane w kontekście „doświadczenia Wykonawcy zarówno w produkcji, jak i układaniu mieszank mineralno-bitumicznych”.

Po trzecie, wskazane ilości dotyczą konkretnych czasokresów: 1 340 tys. ton dotyczy okresu ośmiu lat, 168 tys. i 14 tys. ton dotyczy okresu roku – w przypadku pierwszej z wielkości zostało to wskazane wprost („Daje to średnią roczną na poziomie 168 tys. ton”), w przypadku drugiej z wielkości pośrednio, poprzez umiejscowienie tej wielkości pomiędzy wielkością średnią roczną podaną w tonach a wielkością roczną podaną w procentach (*Daje to średnią roczną na poziomie 168 tys. ton, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu jest do wbudowania ok. 14 tys. ton mieszank mineralno – bitumicznych, co stanowi 9 % naszej rocznej produkcji*”).

Wywodzenie z zacytowanego fragmentu wyjaśnień przystępującego, że wskazując dane dotyczące produkcji w skali roku, podał jednocześnie, iż przewidział do realizacji przedmiotu zamówienia jedynie 14 tys. ton jest ze strony odwołującego nadinterpretacją.

W ocenie składu orzekającego Izby, poprzez wskazanie wielkości 14 tys. ton do wbudowania w przedmiotowym postępowaniu na tle łącznych, rocznych (średnio rocznych) możliwości produkcyjnych posiadanej przez przystępującego wytwórni przystępujący wykazywał zamawiającemu tyle tylko, że jest w stanie sprostać potrzebom przedmiotowego zamówienia (produkcji na potrzeby tego zamówienia w ilości 14 tys. ton mieszank rocznie), niezależnie od innych realizowanych w danym roku przez przystępującego zamówień.

Reasumując, w ofercie wykonawcy nie byli zobowiązani wskazać konkretne ilości mieszank, wielkość 14 tys. ton została podana w związku z opisem możliwości produkcyjnych wytwórni przystępującego w skali roku i nie była to wielkość przewidziana do zrealizowania przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący w swoim stanowisku pisemnym (str. 11 – „*potrzeby projektu stanowiącego przedmiot Postępowania wynoszą ok. 14 tys. ton rocznie*”) i na rozprawie („*nie jest prawdą, że uwzględnił jedynie 14 tys. ton mieszank do realizacji przedmiotu zamówienia i to tylko w 2017 roku*”) potwierdził, że 14 tys. ton nie jest wielkością przewidzianą przez przystępującego do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby, wobec braku sporu co do ilości mieszanek bitumicznych niezbędnych do wbudowania w celu realizacji przedmiotu zamówienia (nie jest to z pewnością 14 tys. ton) za bezprzedmiotowy uznał złożony przez odwołującego dowód z „Opinii technicznej rzeczoznawcy budowlanego”.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W konsekwencji uznania, że nie potwierdził się żaden z zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą (oferty przystępującego) skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się także zarzut udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....