

Sygn. akt: KIO 215/16

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 2 marca 2016 roku i 20 kwietnia 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **w dniu** 19 lutego 2016 r. przez **odwołującego**: Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku przy ul. Kolejowej 10E; 23-200 Kraśnik (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu przy ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu przy ul. Korczaka 6a, 39-300 Mielec (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 19, 35-105 Rzeszów

przy udziale przystępującego: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków **po stronie zamawiającego**.

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 19, 35-105 Rzeszów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku przy ul. Kolejowej 10E; 23-200 Kraśnik (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu przy ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu przy ul. Korczaka 6a, 39-300 Mielec (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 19, 35-105 Rzeszów kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku przy ul. Kolejowej 10E; 23-200 Kraśnik (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu przy ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu przy ul. Korczaka 6a, 39-300 Mielec (Członek Konsorcjum) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Informacje o postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiającym jest Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 19, 35-105 Rzeszów zwany dalej „zamawiającym”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 867 na odcinku od Oleszyc do Lubaczowa wraz z budową obwodnicy Oleszyc” (znak postępowania: PZDW-WZP/243/3052/WFU- WP-1/10/2015).

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków zwanego dalej „przystępującym po stronie zamawiającego”.

Na drugiej pozycji w rankingu ofert znalazł się wykonawca Konsorcjum w składzie:

1. PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku przy ul. Kolejowej 10E, 23-200 Kraśnik (Lider Konsorcjum);
2. PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu przy ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz (Członek Konsorcjum);
3. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu przy ul. Korczaka 6a, 39-300 Mielec, (Członek Konsorcjum).

zwane dalej „odwołującym”, który złożył odwołanie w związku wyborem najkorzystniejszej oferty.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 poz. 2164) zwaną dalej „ustawą pzp”, odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego posiada następujące dane identyfikacyjne: znak referencyjny postępowania nadany przez zamawiającego: PZDW-WZP/243/3052/WFU-WP-1/10/2015 Strona internetowa Zamawiającego: www.pzdw.pl

Dziennik Urzędowy UE: Nr 2015/S 194-350964 z dnia 7 października 2015 roku oraz ogłoszenie dodatkowych informacji w Dz. Urz. U E 2015/S218 – 396860 z dnia 11.11.2015 roku i Dz. Urz. U E 2015/S219 – 398923 z dnia 12.11.2015 roku.

Termin na wniesienie odwołania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wpłynęło do odwołującego w dniu 11 lutego 2016 r. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy pzp.

W związku z tym stosownie do art. 182 ust. 1 pkt. 1) ustawy pzp odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 roku Izba uznaje za wniesione w ustawowym terminie.

Wskazanie interesu we wniesieniu odwołania.

Odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp. Działania zamawiającego niezgodne z obowiązującymi przepisami spowodowały wybór oferty przystępującego, którego oferta w ocenie odwołującego powinna zostać odrzucona. Natomiast oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą a odwołujący będzie miał wygrany przetarg i możliwość zawarcia umowy.

W zawiązku z powyższym odwołujący powołuje się na legitymację do wniesienia odwołania.

Wskazanie przepisów naruszonych przez zamawiającego.

Odwołujący wskutek czynności zamawiającego bądź ich braku wskazał naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy pzp.;

2) art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy pzp poprzez nieudostępnienie odwołującemu przez zamawiającego kompletnego protokołu postępowania z załącznikami, to jest nieudostępnienie dokumentów złożonych przez przystępującego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo uzasadnionego podejrzenia, iż oferta przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zawiera rażąco niską cenę;

3) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ;

4) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Żądania odwołującego

Wobec naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy pzp odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 2) udostępnienie odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności złożonymi przez przystępującego z wyjaśnieniami dotyczącej rażąco niskiej ceny;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu;
- 4) odrzucenia oferty przystępującego;
- 5) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego kosztów niniejszego postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W dniu 4 grudnia 2015 roku odwołujący złożył zamawiającemu ofertę na przedmiotowe zamówienie.

Oferta odwołującego obejmująca kwotę łączną brutto za wykonanie całego zadania wynosi 14. 942. 860,03 zł. w tym za fazę projektowania 565.800,00złoty i za fazę robót budowlanych 14.377.060,03 złotych i zajmuje drugie miejsce w postępowaniu.

Ofertę z najniższą ceną złożył przystępujący, oferując za wykonanie zamówienia kwotę łączną brutto w wysokości 12.815.580,67 zł. w tym za fazę projektowania 479.700,00 złotych i za fazę robót budowlanych 12.335.880,66 złotych

Kolejne oferty złożone w postępowaniu zawierały następujące kwoty:

a/ 20.954.744,33 zł - taką kwotę oferowała Pani S. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MATBUD S. S. z siedzibą w m. Boguchwała;

b/ 23.299.488,04 zł - taką kwotę oferowało konsorcjum składające się ze spółki Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz spółki B. D. Instalatorstwo Sanitarne WOD.KAN.C.O.GAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Niechobrze.

Zamawiający poinformował na otwarciu ofert, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę łączną brutto 16.021.230.59 zł, co oznacza, że jedynie odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego złożyli oferty zawierające ceny mieszczące się w budżecie zamawiającego.

W dniu 18.12.2016 r. zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyjaśnienia złożył w siedzibie zamawiającego w dniu 20.01.2016 r.

Działając na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dniu 12.02.2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie, stanowiących załącznik do protokołu z postępowania, złożonych ofert przetargowych i innych dokumentów składanych przez wykonawców, w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający udostępnił odwołującemu część posiadanej dokumentacji, z wyłączeniem najistotniejszej dla odwołującego części - złożonych przez przystępującego wyjaśnień zaoferowanej rażąco niskiej ceny, uzasadniając odmowę opatrzeniem przez przystępującego całości wyjaśnień klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zdaniem odwołującego odmowa udostępnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego w sytuacji, gdy:

- zachodzi podejrzenie naruszenia przez przystępującego zasad uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie ceny nierealnej, nierynkowej, „rażąco niskiej”,
- odwołujący zajmuje drugą pozycję w postępowaniu przetargowym z wyraźną różnicą ceny w stosunku do najniższej ceny,
- brak konkretnego uzasadnienia odmowy udostępnienia wyjaśnień z wyłączeniem krótkiej ustnej informacji o zastrzeżeniu całości wyjaśnień klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”,

stanowi w ocenie odwołującego naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący powołując się na swoją wiedzę i orzecznictwo stwierdza, że informacje stanowiące „tajemnicę przedsiębiorstwa” (np. informacje dot. liczby i lokalizacji posiadanych przez przystępującego po stronie zamawiającego wytwórni mas bitumicznych, które zamieszczone są na stronie internetowej pod adresem www.strabag.pl) nie mogą stanowić informacji zastrzeżonych.

Przywołał również pkt. 14 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (Opis sposobu obliczenia ceny), wykonawcy zobligowani byli do dokonania kalkulacji ceny:

- z uwzględnieniem wszelkich zobowiązań, w walucie polskiej (tak: pkt. 14.1),
- wg załączonego do SIWZ jako Rozdział IV SIWZ Wykazu płatności (tak pkt. 14.2). Zgodnie z w/w warunkami SIWZ, cyt.: „wartość całości zadania należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wykazu płatności. Do wyliczonej kwoty należy doliczyć obowiązujący podatek VAT”
- z uwzględnieniem wszystkich pozycji wymienionych w wykazie płatności (tak: pkt. 14.3);
- przy założeniu niezmienności ceny przez cały okres ważności umowy (tak: pkt. 14.4).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał, aby do ofert dołączone były tabele w formacie zgodnym ze wzorem stanowiącym Rozdział IV SIWZ (Wykaz płatności) zatytułowane: „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych według warunków kontraktu pn: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 867 na odcinku od Oleszyc do Lubaczowa wraz z budową obwodnicy”

Zamawiający udostępnił odwołującemu w/w dokumenty pn. „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych według warunków kontraktu złożonych przez wszystkich oferentów.

Odwołujący na podstawie wnikliwej i szczegółowej analizy w/w „Wykazu płatności...”, posiadając szczegółowe informacje o warunkach realizacji zamówienia pozyskane na etapie przygotowania oferty postawił następujące zarzuty:

1. Cena oferty Strabag jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, ponieważ nie zawiera „**wszelkich zobowiązań i kosztów**” jakie należało ująć w cenie oferty;

2. Cena oferty Strabag zawiera rażąco niską cenę, ponieważ w ocenie odwołującego jako doświadczonego wykonawcy robót i inwestycji budowlanych drogowych, w/w cena nie pozwoli na prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego ujętymi w dokumentacji przetargowej.

Ad. I. co do niezgodności oferty przystępującego z SIWZ odwołujący podniósł argumenty takie jak:

oferta przystępującego jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, ponieważ nie zawiera „wszelkich zobowiązań i kosztów jakie należało ująć w cenie oferty w następujących pozycjach dokumentu pn. Wykaz płatności. I tak:

a/ poz. 1.5 Projekty wykonawcze (kod CPV 71320000-7).

W w/w pozycji jako koszt łączny za przygotowanie:

- projektu wykonawczego (branż: drogowej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej),
- SST dla branż drogowej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej oraz
- przygotowanie przedmiarów,

przystępujący ujął kwotę netto łącznie 12 000,00 zł. W tej pozycji oferty konkurencji zawierały kwoty od 161.100,00 zł (odwołującego) do 202 000,00 zł (MATBUD).

Cena oferowana przez przystępującego jest aż o 149 100,00 zł niższa od kwoty odwołującego (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 1342,5 %) i o 190 000,00 zł niższa od kwoty wyceny dokonanej przez przedsiębiorcę MATBUD (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 1 683,3 %).

W/w kwota zaproponowana przez przystępującego jest wartością nierealną, niewystarczającą do sfinansowania w/w czynności. Przystępujący nie ujął tu wszystkich zobowiązań i kosztów niezbędnych do sfinansowania zobowiązań ujętych w w/w poz. 1.5 co powoduje, że jego oferta jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że ujmując w swym Wykazie płatności kwotę 161.100,00 zł, wycenę poprzedził badaniem rynku. Otrzymał dwie oferty, z czego najkorzystniejszą ofertę w formie wyceny poszczególnych pozycji w w/w Wykazie uzyskał od spółki Pracownia Inżynierska Klotoida Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Krakowie przy ul. Bochenka 6a, 30-693 Kraków (NIP: 6760011722, REGON: 351005586), specjalizującej się w przygotowywaniu dokumentacji projektowej dla dużych inwestycji infrastrukturalnych na

zlecenie podmiotów prywatnych jak również zamawiających publicznych (w/w to doświadczony podmiot co potwierdza m.in. zawarcie w dniu 12.01.2016 r. umowy ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania „Budowa autostrady A2 na odcinku od granicy państwa (Świecko) do odcinka autostrady A2 Świecko - Nowy Tomyśl” o wartości brutto 978 957,00 zł).

Dowód: Oferta Pracowni Inżynierskiej Klotoida b/ poz. 2.3 Odwodnienie korpusu drogowego (kod CPV 45232452-5).

b/ poz. 2.3. Odwodnienie korpusu drogowego (kod CPV 4523242-5)

W w/w pozycji jako koszt łączny za:

-wykonanie sieci kanalizacji deszczowej - odwodnienie drogi i terenów przyległych,

-wykonanie przepustów pod koroną drogi,

Przystępujący ujął kwotę netto łącznie 97.848,83 zł. W tej pozycji oferty konkurencji zawierały kwoty od 788.915,15 zł (MATBUD) do 1.962.515,50 zł (konsorcjum MPDiM-BD). Cena oferowana przez Strabag jest aż o 691.430,32 zł niższa od drugiej pod względem wartości kwoty zaproponowanej przez MATBUD (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 706,63 %) i aż o 1 865 030,67 zł niższa od najwyższej wyceny dokonanej przez konsorcjum MPDiM-BD (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 2. 005,66 %).

Odwołujący swoją wycenę poprzedził dokonaniem szczegółowej wizji lokalnej, w której prócz niego uczestniczył lokalny wykonawca branżowy sieci kanalizacji deszczowej. Stwierdzono w terenie, że cała kanalizacja będzie musiała być przebudowana zgodnie z zapisami ujętymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), otrzymanym od zamawiającego, z uwagi na zły stan istniejącej kanalizacji oraz różnice szerokości drogi istniejącej i planowanej do przebudowy.

Zgodnie z zapisami PFU pt. Odwodnienie cyt.:»Roboty związane z wykonaniem odwodnienia drogi polegać będą na przebudowie i budowie urządzeń odwadniających (rowów przydrożnych, ścieków, kanalizacji deszczowej, przepustów, rowów odpływowych z przepustów do odbiorników, rowów melioracyjnych oraz innych w zależności od przyjętych w projekcie rozwiązań np. urządzeń podczyszczających wodę, zbiorników retencyjnych, chłonnych itp.)»

Po dokonaniu wizji lokalnej odwołujący dokonał badania rynku wysyłając do kilku wykonawców branżowych zapytania ofertowe. W odpowiedzi uzyskał najkorzystniejsze oferty od następujących przedsiębiorców:

-wykonanie sieci kanalizacji deszczowej (odwodnienie drogi i terenów przyległych) - najkorzystniejszą ofertę złożył Zakład Instalacyjny Wod.-Kan. CO i Gaz J. S. z/s w Lubaczowie, który wycenił w/w roboty na kwotę łączną netto 1.138. 960,00 zł;

-wykonanie przepustów pod koroną drogi - najkorzystniejszą ofertę złożyła spółka REMOST J. S. i wspólnicy sp.j. z/s w Dębicy, która wyceniła w/w roboty na kwotę łączną netto 88.538,87 zł.

Powyższe po doliczeniu marży odwołującego w kwocie netto 39 880,53 zł pozwoliło zaoferować zamawiającego wykonanie zobowiązań określonych w poz. 2.3 Wykazu płatności za kwotę łączną netto 1.267. 379,40 zł. Jest to kwota o 1.169 530,57 zł wyższa od kwoty oferowanej przez przystępującego po stronie zamawiającego (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 1195,24 %).

Według odwołującego kwota 97.848,83 zł zaproponowana przez przystępującego jest wartością nierealną, niewystarczającą do sfinansowania tej części zamówienia. Odwołujący wskazuje, że sam koszt zakupu 43 kompletów studni rewizyjnych z kręgów żelbetowych o średnicy 1200 mm z montażem, o których mowa w poz. 3.2.1 oferty otrzymanej przez odwołującego od Zakład Instalacyjny Wod.-Kan. CO i Gaz J. S. z/s w Lubaczowie, stanowi netto kwotę 301.000,00 zł.

Przystępujący nie ujął tu wszystkich zobowiązań i kosztów niezbędnych do sfinansowania zobowiązań ujętych w w/w poz. 2.3 co potwierdza zarzut, że jego oferta jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału ISIWZ Instrukcja dla Wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że trudno w przypadku tak znacznych różnic podnosić tezy o niedoszacowaniu wyceny czy też rażąco niskiej cenie. Różnice cen w ujęciu procentowym osiągające 2 000 % w ocenie odwołującego wskazują na nieujęcie w w/w poz. nr 2.3 Wykazu płatności, wszystkich zobowiązań i kosztów zgodnie z wymogami pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców lub też mogą wskazywać na posiadanie przez przystępującego informacji o braku konieczności wykonania danych czynności, których to informacji nie posiadają pozostali oferenci, co w świetle najnowszego orzecznictwa KIO może stanowić również czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle w/w okoliczności zamawiający w ocenie odwołującego winien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp oraz dokonać wyboru oferty odwołującego.

Dowód: Oferta Zakład Instalacyjny Wod.-Kan. CO i Gaz J. S. Oferta z firmy REMOST J. S. i wspólnicy sp.j.

Ad. 2. Cena oferty Strabag zawiera rażąco niską cenę.

Cena oferty przystępującego zawiera najniższą cenę spośród cen wszystkich złożonych ofert.

- ceny odwołującego aż o 2.127. 279,37 zł (co w ujęciu procentowym wynosi ok. 15 %),- kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia o 3 205 649,93 zł (różnica cen w ujęciu procentowym - 20,01 %),-średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 5187 587,59 zł (różnica cen w ujęciu procentowym - 71,18 %).

Analizując wartość ceny oferty Strabag jak i poszczególnych jej części w konkretnych pozycjach Wykazu płatności, wyłania się obraz ceny nierealnej, rażąco niskiej, nie pozwalającej na sfinansowanie prawidłowego wykonania zamówienia.

Na dowód powyższego odwołujący niżej wskazuje konkretne pozycje z Wykazu płatności, który dołączamy jako dowód i załącznik do niniejszego odwołania, które potwierdzają powyższe zarzuty:

a/ Poz. 2.1.1 Zaplecze budowy, inwentaryzacja terenu.W w/w pozycji Strabag ujął kwotę 200 000,00 zł netto. Jest to kwota o 283 530,00 zł niższa aniżeli kwota skalkulowana przez odwołującego (różnica cen w ujęciu procentowym wynosi tu aż 58,64 %), oraz o 840 400,00 zł niższa od kolejnej kwoty wycenionej przez konsorcjum MPDiM-BD (różnica - 80,78 %). W ocenie odwołującego kwota oferty przystępującego jest nierealna, nierynkowa, rażąco niska, a powyższe różnice to potwierdzają.

Odwołujący, podobnie jak w złożonych zamawiającemu w dniu 20.01.2016 r. wyjaśnieniach dot. kalkulacji oferowanej ceny, podkreśla, że jako jedyny spośród wszystkich oferentów posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, realnie pozwalające mu na obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia zw. z szeroko rozumianym zapleczem budowy.

Warunki te bardzo rzetelnie i szczegółowo opisane zostały w złożonych zamawiającemu przez odwołującego wyjaśnieniach dot. kalkulacji ceny oferty. Nie dość zaznaczyć, że w/w wyjaśnienia zostały złożone na 25 stronach, do których dołączone zostały 44 załączniki (43

to dowody potwierdzające prawidłową, szczegółową i rzetelną kalkulację jego ceny). Odwołujący wskazuje, że jako jedyny spośród składających w postępowaniu oferty posiada w bezpośrednim sąsiedztwie planowanego do realizacji zamówienia, tj. w Oleszycach przy ul. Nasiennej 12, swój Oddział Techniczny do obsługi inwestycji budowlanych realizowanych w tej części kraju wraz z zapleczem administracyjno - biurowym, a w związku z czym pod w/w adresem posiada: 1/ własne pełne zaplecze budowy, tj. kompletne zaplecze biurowe, utwardzone place składowe o powierzchni łącznej 3,66 ha (działka o nr 12/19 > KW nr PR1L/370800/8); 2/ kadrę techniczną i robotników budowlanych; 3/ wagę towarową.

Powyższe, jak to zostało wykazane w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach, pozwala mu na osiąganie następujących oszczędności, stanowiących jednocześnie pozycje kosztowe konieczne do ujęcia w cenie ofertowej pozostałych oferentów, w tym przystępującego, tj.: - własne pełne zaplecze budowy.

Koszt pozyskania pomieszczeń biurowych lub kontenerów biurowych w m. Oleszycy/Lubaczów w liczbie niezbędnej do obsługi budowy wyniesie co najmniej ok. 2 110,00 zł/m-c netto + transport, montaż i demontaż (łącznie 9 560,00 zł). Zatem biorąc pod uwagę fakt prowadzenia inwestycji do dnia 20.12.2018 r. (data jego zakończenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) i okresu przez który zaplecze budowy należy utrzymać (co najmniej 24 m-ce) łączny koszt pozyskania zaplecza biurowego budowy wyniesie co najmniej 60.200 zł netto (tak: Oferta firmy „COMBROS” w załączeniu). Amortyzacja istniejącego zaplecza biurowego dla odwołującego wynosi 713,28 zł/ m-c łącznie przez 24 m-ce: 17.118,72 zł) Oszczędność Odwołującego (koszt przystępującego): $60\ 200,00 - 17\ 118,72 = 43\ 081,28$ Zł Do w/w kosztów przystępujący musi doliczyć koszt pozyskania i dzierżawy terenu pod zaplecze biurowe oraz koszt ochrony obiektów. Koszt amortyzacji działki nr 12/19 odwołującego wynosi 1. 275,07 zł/m-c. Łączny w/w koszt przez cały okres realizacji zamówienia dla odwołującego wynosi: $1275,07\ \text{zł} \times 24\ \text{m-ce} = 30\ 601,68$ zł Koszt ochrony zaplecza budowy dla odwołującego wynosi 4 664,16 zł/m-c brutto. Łączny w/w koszt przez cały okres realizacji zamówienia wynosi: $4\ 664,16\ \text{zł} \times 24\ \text{m-ce} = 111\ 939,84$ zł W/w kwoty stanowią koszty bieżące odwołującego, które w przypadku pozyskania zamówienia nie ulegną dla niego zmianie, a które inny wykonawca zamówienia będzie musiał ponieść, co powoduje że muszą być wkalkulowane w cenę oferty, w tym przypadku przystępujący, zwiększając tym samym wartość całej jego oferty.

Dowód: Informacja z PBIWMB Sp. z o.o.. Oferta firmy „COMBROS” O. Sp.j. z/s w Krakowie Faktura z firmy Agencja Ochrony G. Sp. z o.o.

- kadra techniczna i robotnicy budowlani. Odwołujący wskazuje, że zatrudnia doświadczoną i wykształconą kadrę techniczną, w tym personel odpowiadający za przygotowanie produkcji,

kierowników budowy, majstrów i inżynierów budowy, którzy na stałe zamieszkują na terenie realizacji zadania. Odwołujący zatrudnia również doświadczonego menedżera pochodzącego z terenu realizacji zadania (Pan J. S. zam. w Lubaczowie k Oleszyc - Wiceprezes Zarządu Spółki PBI Infrastruktura S.A.odpowiedzialny za nadzór nad realizacją kontraktów budowlanych prowadzonych przez w/w Spółkę we wschodniej i południowo - wschodniej części woj. podkarpackiego i lubelskiego).

Dowód:Umowa o pracę p. J. D. Umowa o pracę p. J. D.

Powyższe powoduje, że z uwagi na lokalny charakter prowadzenia działalności i zatrudnianie kadry miejscowej Odwołujący nie ponosi kosztów związanych między innymi z: a/ kwaterunkiem pracowników.

Koszt zakwaterowania i osoby z wyżywieniem na terenie Oleszyc/Lubaczowa to 60 zł/doba. Łączny koszt zakwaterowania i wyżywienia i pracownika przez okres prowadzenia budowy (24-mce - 730 dni) wynosi: $60 \text{ zł} \cdot 730 \text{ dni} = 43\,800 \text{ zł}$ (oszczędność Odwołującego - koszt dodatkowy przystępującego)

Dowód:Oferta firmy Hotel-Restauracja „U Dina” T. B. z/s w Lubaczowie

b/ wypłatą delegacji, diet, dodatków za rozłąkę, i in. (na dzień składania oferty wartość diety to 30 zł za dobę dla jednego pracownika).

Łączny koszt diety dla 1 pracownika przez okres prowadzenia budowy (24-mce - 730 dni) wynosi: $30 \text{ zł} \cdot 730 \text{ dni} = 21\,900 \text{ zł}$ (oszczędność Odwołującego-koszt dodatkowy Strabag) - waga towarowa.

W przypadku tak dużych jak przedmiotowe zamówienie inwestycji infrastrukturalnych, gdzie przewożone są duże ilości materiałów budowlanych, w szczególności piasku, kruszywa, masy bitumicznej, zawsze istnieje potrzeba a nawet konieczność pozyskania na budowę wagi towarowej celem kontrolowania ilości przewożonych materiałów. Koszt wagi towarowej to ok. 2 400,00 zł/m-c netto (łączny koszt przez okres realizacji robót budowlanych zgodnie z zapisami SIWZ, tj. 24 m-cy - 57 600 zł netto).

Koszt amortyzacji dla odwołującego wynosi 276,57 zł/m-c (łącznie przez 24 m-ce - 6 637,68 zł).Oszczędność odwołującego wynosi tu zatem: $7\,600 \text{ zł} - 6\,637,68 \text{ zł} = 962,32 \text{ zł}$

Dowód: Informacja z PBIWMB Sp. z o.o.;Oferta firmy Ditta Seria E. P. z/s w Nowe Miasto nad Pilicą

W związku z w/w wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia, w pozycji 2.1.1 Wykazu płatności odwołujący mógł ująć konieczne do przewidzenia a gdzieindziej nie ujęte następujące koszty:

-obsługa laboratoryjna całego kontraktu - 120 000,00 zł (Dowód: oferta SBI Technologie Sp. z o.o. - w załączeniu);

-zimowe utrzymanie 2 okresy - 35 000,00 zł (wg kalkulacji własnej);

-rozpoznanie saperskie - 31 960,00 zł (Dowód: Oferta DE-MONT mgr inż. K. G.);

-nadzór archeologiczny - 4 400,00 zł (Dowód: Oferta Arkadia Nadzór Archeologiczny z/s w Rzeszowie),

-nadzór środowiskowy - 4 500,00 zł (wg kalkulacji własnej);

-organizacje ruchu - 35 000,00 zł (wg kalkulacji własnej);

-koszty ogólne, ubezpieczenie budowy, inwentaryzacja terenu - 228 370,00 zł (wg kalkulacji własnej).

Koszty łącznie: 120 000,00 zł + 35 000,00 zł + 31 960,00 zł + 4 400,00 zł + 4 500,00 zł + 35 000,00 zł + 228 370,00 zł = 459 230,00 zł

Zysk Wykonawcy wynosi tu : 182 530 zł - Aso 220 zł - 24 200 zł.

Odwołujący wskazuje, że w/w są to koszty konieczne do przewidzenia i ujęcia w cenie oferty zgodnie z SIWZ, dlatego też kalkulacja ceny w poz. 2.1.1 dokonana przez przystępującego w ocenie odwołującego potwierdza stawiany zarzut rażąco niskiej ceny.

b/ Poz. 2.17 Teletechnika (kod CPV 45232310-8).

W w/w pozycji przystępujący ujął kwotę 320 000,00 zł netto. Jest to kwota o 210. 688,00 zł niższa aniżeli kwota skalkulowana przez Odwołującego (530 688,00 zł - różnica cen w ujęciu procentowym wynosi tu ok. 40 %), oraz o 380 000,00 zł niższa od kolejnej kwoty wycenionej przez konsorcjum MPDiM-BD (różnica - 54,29 %). W ocenie odwołującego kwota oferty przystępującego jest nierealna, nierynkowa, rażąco niska, a powyższe różnice to potwierdzają.

Odwołujący skalkulował tu swą cenę opierając się na wycenie specjalisty - przedsiębiorstwa branżowego RBS Media Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Ławnicy, która wyceniła wartość robót ujętych w poz. 2.17 Wykazu płatności na kwotę łączną 514 772,00 zł (w tym wszystkie koszty, tj. dostawa materiałów, robocizna, transport i in.). W w/w kwocie został ujęty koszt

budowy kanałów technologicznych (kwota 271 212,00 zł) oraz przebudowy i zabezpieczenia sieci (kwota 243 560,00 zł).

Szczegółowa wycena podmiotu specjalizującego się w robotach z branży teletechnicznej w ocenie odwołującego jest wykonana rzetelnie i profesjonalnie.

Powyższe ewidentnie wskazuje, że przystępujący ujmując w poz. 2.17 kwotę 320 000,00 zł w sposób rażący, niedozwolony zaniżył wycenę, przez co wypełnił definicję rażąco niskiej ceny jako ceny niewiarygodnej, nierealnej w porównaniu do cen innych oferentów (do cen rynkowych), wskazującej na fakt realizacji tej części zamówienia poniżej kosztów

Dowód: Oferta z firmy RBS Media Sp. z o.o. Sp.k.

W świetle w/w okoliczności zamawiający w ocenie odwołującego winien odrzucić ofertę Strabag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP oraz dokonać wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z orzeczeniami KIO, „to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie” (Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2632/12).

Odwołujący wskazuje, że wobec niedostępności mu przez Zamawiającego złożonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania informacji, na jakiej podstawie przystępujący mógł zaoferować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 867 na odcinku od Oleszyc do Lubaczowa wraz z budową obwodnicy Oleszyc”, cenę aż o 15 % niższą od ceny Odwołującego (przyp.: różnica cen 2127 279,37 zł przy oferowanej przez przystępującego cenie 12 815 580,67 zł brutto) i aż o 38,9 % niższą od ceny oferty zajmującej trzecią pozycję w postępowaniu. W ocenie odwołującego jako doświadczonego wykonawcy inwestycji budowlanych drogowych i robót budowlanych, cena oferty przystępującego nosi wszelkie znamiona „rażąco niskiej ceny”.

Przedstawiając powyższą argumentację w ocenie odwołującego niniejsze odwołanie jest zasadne w całości.

Zamawiający do odwołania załączył szereg dokumentów w tym: Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych; kosztorys przebudowy kanalizacji deszczowej na kwotę 1.400.920,80 zł.; oferta REMOST J. S. i wspólnicy sp. j. Dębica 88.538,87zł. wraz z kosztorysem; Wykaz płatności porównawczy odwołującego, Strabag, MPDiM Rzeszów i Matbud Boguchwała; Oferta wynajmu zaplecza kontenerów COMBROS O. Sp.J. z 12.01.2016 r.; faktura VAT 442/12/15 na ochronę obiektu; koszty amortyzacji zaplecza z dnia 14.01.2016r.; umowy o pracę z 01.06.2014 i 30.04.2014; oferta kosztu zakwaterowania i wyżywienia restauracja U DINA w Lubaczowie ; koszty amortyzacji odwołującego w zestawieniu miesięcznym z 14.01.2016r. dotyczące działki i kontenera; oferta na koszty wynajmu wagi samochodowej DITTA –SERIA z 15.01.2016 roku; oferta na badania laboratoryjne 25.11.2015 roku SBI TECHNOLOGIE Sp. z o.o. Żołyńia; oferta na badania archeologiczne ARKADIA Pracownia Archeologiczna z dnia 24.11.2015 roku; oferta na badania laboratoryjne RBS MEDIA Sp. z o.o. sp. k. Ławnica na przebudowę sieci teletechnicznej z 02.12.15r. prace projektowe, prace budowlane na przebudowę i zabezpieczenie sieci oraz budowę kanałów technologicznych wraz z kosztorysami na roboty teletechniczne, przebudowę istniejącej sieci.

Do postępowania odwoławczego przystąpił o stronie zamawiającego wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania zwany dalej „przystępującym po stronie zamawiającego” lub „przystępującym”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na rozprawie w dniu 2 marca 2016 roku odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania. Zamawiający i przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Pełnomocnik odwołującego składając wyjaśnienia na rozprawie oświadczył między innymi, że dwóch jego konsorcjantów ma swoje oddziały techniczne w miejscowości Oleszyce. PBI

Infrastruktura z Kraśnika posiada biura z kadrą techniczną. PBI WMB z Sandomierza posiada wytwórnię mas bitumicznych, place składowe jako magazyny, wagę towarową. Analizując płatności w ofercie przystępującego uważa, że podane są tam takie ceny, które są nierealne do uzyskania, aby wykonać wymienione w Wykazie czynności. Pełnomocnik odwołującego zauważył, że najbardziej drastycznym przykładem na zaniżanie cen jest cena wykonania kanalizacji deszczowej. Częściowo kanalizacja deszczowa jest w istniejącej drodze, ale zgodnie z Programem Funkcjonalno Użytkowym (PFU) ma być przebudowana. Odwołujący wycenił kanalizację deszczową na kwotę 1.176.100,00 złotych a przystępujący na kwotę 56.982,36 złotych. Projekty wykonawcze odwołujący wycenił na kwotę 161.100,00 złotych a przystępujący wycenił na kwotę 12.000 złotych. Zaplecze budowy wraz z inwentaryzacją terenu przy uwzględnieniu usytuowania bazy odwołującego, wyceniono na kwotę 483.530,00 złotych, a przystępujący wycenił tylko na kwotę 200.000,00 złotych. Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności wskazują na ceny nierealne, nierzeczywiste, co powinno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny. Odwołujący uważa, że taka polityka cenowa jest prowadzona ewidentnie na okoliczność wyeliminowania wykonawców miejscowych z rynku. Jest to ściśle określona polityka, inna niż w firmach odwołującego, które muszą być nastawione na zysk a taki koncern jak przystępujący jest nastawiony na obrót, oczywiście musi być wypracowany jakiś wynik, ale w skali całego koncernu. Odwołujący takie wnioski wywodzi z faktu obserwacji przystępującego, który działa na rynku krajowym, gdzie oferuje bardzo niskie ceny w stosunku do wycen zamawiających. W skrócie takie stanowisko zajął na rozprawie odwołujący podtrzymując argumentację zawartą w odwołaniu, której treść przedstawiono powyżej.

Z kolei zamawiający na rozprawie odpierając zarzuty zarówno odwołania jak i argumentacji odwołującego przedstawionej na rozprawie w szczególności oświadczył i wyjaśnił jak poniżej.

Zamawiający wartość zamówienia na przedmiotowe postępowanie ustalił na kwotę 48.000.000,00 złotych brutto a netto na kwotę 39.117.000,00 złotych. Przy czym pomniejszając kwotę brutto o 30% uzyskał obowiązkowy poziom badania w trybie art. 90 ustawy przy kwocie oferty niższej niż 33.679.000.00 złotych brutto. Z kolei na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę 16.021.231,00 złotych. Zamawiający szacując wartość zamówienia stosuje ceny sekocenbudu, ceny rynkowe oraz informacje uzyskane na podstawie przeprowadzonych przez zamawiającego postępowań. Osoba ustalająca wartość zamówienia musi stosować obowiązujące cenniki takie jak sekocenbud oraz składane zamawiającemu oferty oraz dostępne materiały na podstawie których został przygotowany PFU oraz całe zamówienie. Jednym z tych materiałów jest zbiorcze zestawienie kosztów,

które opracowała dla nas spółka Promost z siedzibą w Rzeszowie to jest biuro projektowe, które również opracowało cały PFU. To zadanie składa się z dwóch części a mianowicie rozbudowa istniejącej drogi oraz budowa obwodnicy miejscowości Oleszyce po nowym śladzie. Te dwie można powiedzieć inwestycje zostały oddzielnie wycenione i w sumie dały kwotę wymienioną już powyżej to jest 48.000.000,00 złotych brutto. Biuro, które opracowało PFU ustaliło też wartość zamówienia, ale nasz specjalista, przyszły kierownik projektu, uwzględniał również elementy otrzymywanych ofert oraz obowiązujące cenniki sekocenbudu. Szacunek odbywał się w sierpniu 2015 roku na podstawie danych sekocenbudu na podstawie ostatniego kwartalnika 2014. Ze względu na to, że obowiązuje cena ryczałtowa a nie kosztorysowa, to nie wycenione zostały poszczególne elementy robót, tylko całe grupy robót, które znalazły swoje odzwierciedlenie w wykazie płatności i według tej wyceny wyszła nam kwota 48.000.000,00 złotych brutto. Fakt podania na otwarciu ofert kwoty około 16.000.000,00 złotych wynikał z uzyskania w budżecie województwa na tę inwestycję na roboty budowlane kwoty 16.000.000,00 złotych. Kwota 16.000.000,00 złotych obejmuje również prace projektowe. Zamawiający uważa, że w jego sytuacji realizacja przedmiotowego zadania w systemie zaprojektuj i wybuduj jest jak najbardziej racjonalnym rozwiązaniem. Tylko odwołujący i przystępujący wpisali się w kwotę jaką zamawiający zmierza przeznaczyć na realizację zamówienia., pozostali wykonawcy wycenili powyżej tej kwoty(...) Dalej zamawiający stwierdził, że przy systemie „zaprojektuj i buduj” oszacowanie realnych kosztów jest bardziej ogólne. My jeżeli pracujemy w systemie „zaprojektuj i wybuduj” czyli uruchamiamy zamówienie na podstawie PFU, to nie dysponujemy szczegółami tylko ogółami, to wykonawca decyduje o parametrach szczegółowych wykonując nam dokumentację projektową. Nie mniej uważam, że poziom cen, który uzyskaliśmy od tych obydwu firm tj. odwołującego i przystępującego nie odbiega znacząco od podobnych realizowanych inwestycji. Zamawiający zwraca uwagę, że sekocenbud na podstawie którego ustalono wartość, szacunek zamówienia zawierał ceny rynkowe, ale z okresu poprzedniego czyli np. 2013, 2014 roku, gdzie były w toku realizacji przede wszystkim autostrady i trasy szybkiego ruchu, wtedy był poziom cen materiałów wysoki, jak również surowców ropopochodnych, więc cały sprzęt, maszyny budowlane, również roboty asfaltowe w oparciu o ten czynnik produkcji powodowały znacznie wyższy poziom cen. Przy czym zamawiający buduje drogi wojewódzkie, ale zwraca uwagę na trudne uwarunkowania ze względu na tereny górzyste i przebieg rzeki Wisły. (...) Wezwani do wyjaśnień zostali wszyscy wykonawcy. (...).Przed wszystkim badanie tej ceny nastąpiło z powodu art. 90 ustawy. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że znając ceny obowiązujące w praktyce na rynku, nie miał wątpliwości co do racjonalności przedstawionej ceny. „My właściwie nie musimy wdrażać procedury z art. 90, ponieważ jesteśmy związani umową z przystępującym, który realizuje podobny odcinek tj. w podobnym ukształtowaniu terenu, przy

czym tam jest tylko budowa po nowym śladzie, a nie tak jak tutaj częściowo przebudowa istniejącej drogi, co według naszych doświadczeń jest to inwestycja tańsza. Niemniej przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, do którego wykonawca załączył np. przy projektach wykonawczych zawarte umowy. Na podstawie załączonych do wyjaśnień dokumentów przystępujący na wykonanych pracach osiągnie zysk. „Chcąc odnieść się od argumentacji pełnomocnika odwołującego, który podkreślał podniesione w odwołaniu znaczenie posiadania w miejscowości Oleszyce bazy biurowej, składowej, wytwórni mas bitumicznych czy też wagi towarowej, to oświadczam, że ja mając na uwadze zastrzeżoną tajemnicę przez przystępującego nie potwierdzam, że wyliczenia przedstawione w odwołaniu przez odwołującego są wiarygodne co do wyższych kosztów przystępującego w stosunku do kosztów odwołującego w związku z koniecznością organizowania bazy czy to na trasie nowego śladu czy na trasie istniejącej już drogi. Oceniając całościowo wyjaśnienia przystępującego są wiarygodne i rzetelne”.(...) „Przede wszystkim ja uważam, że skoro nie są to ceny kosztorysowe, jednostkowe, tylko cena ryczałtowa, to wywodzenie różnych stwierdzeń o rażącej cenie z poszczególnych elementów nie ma znaczenia, ponieważ pewne koszty mogą być przesunięte do innych pozycji i w tym wypadku liczy się cena końcowa, ryczałtowa. Nie ma ogólnie obowiązujących wytycznych co do sposobu kalkulacji, to decyzja tylko wykonawcy co do lokowania poszczególnych kosztów w poszczególnych pozycjach. Ja uważam, że wykaz płatności służy do rozliczeń, a nie do sprawdzenia prawidłowości kalkulacji kosztów, ceny. W tym miejscu zamawiający co do adekwatności lokowania kosztów zgodnie z nazewnictwem wykazu płatności wyjaśnia, że przykładowo zwracam uwagę, że jest pozycja roboty odwodnieniowe (pozycja wykazu 2.3), ale należy wziąć pod uwagę, że w PFU załączonym na płycie do dokumentacji przewiduje np. roboty odwodnieniowe w formie kanalizacji deszczowej, rowów przydrożnych, ścieków, przepustów, rowów odpływowych od przepustów (strona 13 PFU w części opisowej). W związku z tym roboty odwodnieniowe mogą znajdować się w innych pozycjach wykazu płatności np. elementy ulic, roboty ziemne, roboty wykończeniowe. Reasumując wykaz płatności ma związek bezpośredni z harmonogramem rzeczowo-finansowym, natomiast nie jest adekwatnym dokumentem do lokowania kosztów, tzn. koszty są ujęte co do zasady, jeżeli są roboty odwodnieniowe to powinny być wszystkie roboty związane z odwodnieniem, ale mogą być odstępstwa ze względu na sposób realizacji odwodnienia. Zwraca w szczególności uwagę, że wykaz płatności nie jest odpowiednikiem kosztorysu, ma inną funkcję. Zwracam uwagę na nazwę wykazu który nosi również wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych. W mojej ocenie zarzut naruszenia przez nas art. 89 ust. 1 pkt 2 jest nieuzasadniony, bo nie znajduję dla niego racji w odwołaniu i całej sprawie. Stwierdzam tutaj, że stawiając taki zarzut odwołujący nigdzie w odwołaniu nie wyjaśnia na czym ta sprzeczność oferty z treścią SIWZ u przystępującego polega”.

Z kolei przystępujący popierając stanowisko zamawiającego na rozprawie oświadczył (...) Zwracam uwagę, że program funkcjonalno-użytkowy, który stanowi podstawę przygotowania oferty określa przede wszystkim wymagania co do efektu końcowego tj. rezultatu robót budowlanych, przywołuje na tę okoliczność par. 15 i 18 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, dlatego też w PFU mamy tylko koszt inwestycji, opis przedmiotu zamówienia i wymagania jaki ma ten przedmiot spełnić. Natomiast wskazuje na zapis w PFU, który mówi, że wykonawco masz prawo dojść do rezultatu w inny sposób niż ja do tego rezultatu doszedłem. (...) Dlatego też tak jak zamawiający uważa, że nie można używać wykazu płatności do wykazania rażąco niskiej ceny, w tym celu przedkłada dokument porównawczy sporządzony na podstawie ofert wykonawców sporządzony na podstawie złożonych przez nich wykazów płatności. Chciałam zwrócić uwagę w tym miejscu, że z porównawczego wykazu wynika, że odwołujący w sposób wybiórczy podszedł do przedstawienia pozycji, w których jego cena jest wyższa w stosunku do przystępującego, natomiast zaznaczając kolorem żółtym wskazuję na pozycje gdzie sytuacja jest odwrotna tj. wyceny odwołującego są znacznie niższe od cen przystępującego. Też chciałbym zwrócić uwagę w tym miejscu na postanowienia umowy, które przewidują wysokości płatności w poszczególnych latach, co też wymusiło na przystępującym wpisanie się w kontekście możliwości finansowych zamawiającego, w związku z ujęciem wymaganych płatności w wykazie. Zwracam uwagę na pozycje 2.17 tj. teletechnika i 2.11 – zaplecze budowy, to są kwestie zarzutów rażąco niskiej ceny, niemniej podkreślam w tym miejscu, że na okoliczność tych dwóch pozycji złożyliśmy wyjaśnienia, które są objęte tajemnicą. Po pierwsze, że na teletechnikę mamy korzystniejszą ofertę i podobnie w tym przypadku do odwołującego również na poparcie oferowanej przez nas ceny przedstawiliśmy ofertę podwykonawcy, która to uwiarygodnia podany przez nas koszt. Natomiast co do pozycji 2.11 zaplecze budowy to wykazaliśmy w naszych wyjaśnieniach, że ujęliśmy całość tych kosztów, ale inaczej niż to uczynił odwołujący. Chciałabym tutaj wyjaśnić, że skalkulowane koszty delegacji, zakwaterowania, wyżywienia, które przedstawił odwołujący, jako te które powinniśmy ponieść nie będą miały miejsca z uwagi na to, że pomimo, że jesteśmy koncernem już zatrudniamy osoby miejscowe. Chcąc wykazać przestrzeganie art. 90 to przedstawiliśmy nawet wykaz pracowników na dowód nieobchodzenia przepisu zatrudnienia. Chciałabym też nadmienić na co już wskazywał radca prawny zamawiającego, że realizujemy dla niego zamówienie w miejscowości blisko położonej od miejsca realizacji przyszłej budowy. Ponadto nie ma oficjalnych definicji zaplecza budowy, co należy przez to rozumieć, ale generalnie mamy siedzibę oddziału w Rzeszowie, wytwórnice mamy 40 km od miejsca budowy i w tej chwili realizujemy w pobliżu budowę, także odpieram zarzut wyliczonych dla nas kosztów organizacji zaplecza budowy.

Podsumowując zarzuty dotyczące zaplecza oraz teletechniki, to przywołuję dowody, które złożyliśmy na te pozycje oraz przedstawiliśmy sposób realizacji tych pozycji, (...)

Odwołujący odnosząc się do oświadczeń i wyjaśnień zamawiającego i przystępującego złożonych na rozprawie odniósł się stwierdzając w szczególności "Odnosząc się już do poszczególnych pozycji wyjaśnianych dzisiaj, to nadal twierdzę jako niewiarygodne wykazywanie, że można wykonać projekty wykonawcze za 12 tysięcy, gdy my znaleźliśmy najtańszą ofertę na miejscowym rynku za 161.100,00 zł, a zwracam uwagę, że trzeci oferent dał 177.000,00 zł., jak również, że jest to ogrom prac w tych projektach wykonawczych, które dotyczą wszystkich branż tj. 4 oraz STWOIR, jak również przedmiary w 4 branżach. Też nie jest możliwe przesunięcie kosztów do dokumentacji wykonawczej kosztów z dokumentacji budowlanej, ponieważ różnica między projektami budowlanymi naszymi a przystępującego wynosi tylko 23.000,00 złotych. Uważam, że skoro mamy różnice 149 tysięcy, to nie załata się braków przesuwając 23 tysiące z projektów budowlanych do wykonawczych STRABAGA. Co do znaczenia wykazu płatności, to też nie zgadzam się ze stanowiskami zamawiającego i przystępującego i przywołuje tutaj rozdział 4 pkt 14.2 i pkt 14.3, które mówią o tym, że wykaz płatności stanowi wartość całego zadania, należy ująć jako sumę wszystkich pozycji z wykazu płatności. (...) Co do zaplecza budowy to przystępujący ich nie uniknie mimo, że ma bazę urządzoną w związku z realizacją drugiego zadania. Ja chce podkreślić, że my mamy bazę 500 metrów od miejsca budowy. Inaczej rozkładają się koszty na dwie budowy, które może mieć ewentualnie przystępujący, a nie na wszystkie budowy, tak jak w naszym przypadku, do czego służy nam baza w tym miejscu. Co do przebudowy kanalizacji deszczowej ujętej w wykazie płatności, to znowu porównam kwoty 1 mln 176 tysięcy do 56 tysięcy, czyli różnica ma 1 mln 120 tysięcy, a przystępujący ma różnice między robotami ziemnymi, które wycenił na 268 tysięcy, my wyceniliśmy roboty ziemne na 557 tysięcy. Roboty ziemne i kanalizacyjne u przystępującego wynoszą 365 tysięcy. U nas suma tych robót wynosi 1 mln 740 tysięcy. Różnica między nami a przystępującym równa się 1 mln 400 tysięcy. Ta różnica między przystępującym a nami wskazuje na to, że prawdopodobnie nie skalkulował u siebie przebudowy sieci kanalizacji deszczowej. W naszej ocenie zrobiliśmy wizję lokalną i z niej wynika, że kanalizacja budowana w latach 80 tj. na początku lat 80. z uwagi na jej wiek i z uwagi na to, że dotychczasowa droga ma szerokość 9 metrów, a projektowana ma mieć 8 metrów, to kanalizację trzeba będzie przebudować na części jej przebiegu. Przywołując instrukcje dla wykonawców pełnomocnik przystępującego stwierdził, że PFU przewiduje optymalizację rozwiązań technicznych, ale ja uważam, że nie odnosi się to do etapu wyceny, które musi być zrobione zgodnie z PFU oraz w myśl zasady, że wykonawcy powinni wycenić ten sam przedmiot, który wynika z PFU. Przywołuje na okoliczność tę wyrok KIO 2185/14 z 7 listopada 2014 roku z którego wynika, że

zoptymalizowanie oferty na etapie postępowania przetargowego jest równoznaczne z wykonaniem zamówienia w inny sposób niż to określa PFU i taką ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. (...). Uważam, że cena przystępującego jest rażąco niska i powinna być odrzucona. Wywód naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 podnosimy z nieskalkulowania przebudowania kanalizacji deszczowej w ofercie przystępującego”.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentów zawnioskowanych na rozprawie przez strony i uczestnika a wymienione poniżej:

1. dokumentów załączonych do odwołania;
2. wyjaśnień rażąco niskiej ceny do oferty odwołującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z oferty odwołującego;
3. Programu Funkcjonalno-Użytkowego dalej „PFU” (płyta CD) oraz Specyfikacji Istotnych Warunkowa Zamówienia;
4. Oferty i wyjaśnień do rażąco niskiej ceny (RNC) przystępującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
5. Protokołu postępowania, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
6. Wezwania do złożenia wyjaśnień RNC z 18 grudnia 2015 roku;
7. Pisma zamawiającego z dnia 18 grudnia 2015 roku skierowane do odwołującego i do przystępującego w sprawie złożenia wyjaśnień RNC;
8. Pisma zamawiającego z dnia 5 stycznia 2015 roku do odwołującego wyrażające zgodę na zmianę terminu udzielenia wyjaśnień dot. RNC i pismo odwołującego z dnia 22 grudnia 2015 roku – wniosek o przedłużenie terminu do 21.01.2016;
9. Pisma z 18 stycznia 2016 uzasadnienie do zastrzeżenia objęcia udzielonych wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na okoliczność, że skutecznie została zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa;
10. Zbiorcze zestawienie wykazu płatności i cen elementów rozliczeniowych ofert złożonych w postępowaniu na okoliczność, że cena zaoferowana nie ma charakteru rażąco niskiej, to jak w powyżej zaprotokołowanej wypowiedzi w trakcie rozprawy;
11. Wykazu postępowań prowadzonych przez zamawiającego ze wskazaniem cen złożonych ofert na okoliczność, że cena zaoferowana nie ma charakteru rażąco niskiej, a cena zaoferowana w tym postępowaniu kształtuje się na poziomie cen oferowanych na przetargach organizowanych przez zamawiającego w roku 2015.

Izba postanowiła przeprowadzić dowód z biegłego na okoliczność czy jest możliwe za zaoferowaną cenę wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji zamawiającego. Dowód został przeprowadzony z przywołanych i przeprowadzonych na

rozprawie dowodów przez strony i uczestnika, dokumentacji postępowania obejmującej oferty wszystkich wykonawców jak również sprawozdań finansowych przystępującego.

Izba zważyła

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na podstawie obowiązujących postanowień SIWZ, odnoszących się do Tabeli o nazwie „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych”, ich znaczenie i charakter ocenia inaczej niż to uczynili zamawiający i przystępujący po jego stronie. Bowiem w ocenie Izby podane kwoty wynagrodzenia za poszczególne grupy prac projektowych i robót budowlanych a odzwierciedlone w kolejnych pozycjach ww. Wykazu, stanowią oświadczenie wykonawcy o koszcie tych prac i robót. W związku z tym poszczególne pozycje tzw. „Wykazu płatności” mogą stanowić podstawę do oceny czy poszczególne grupy robót są wycenione zgodnie ze sztuką kosztorysowania a w konsekwencji czy cena ryczałtowa ma charakter ceny rażąco niskiej. Izba nie znajduje uzasadnienia do twierdzeń, że możliwe jest umiejscowienie kosztów w innych pozycjach niż wynika to z przyjętego nazewnictwa grup prac projektowych jak i robót budowlanych. Posługiwanie się pojęciem tzw. inżynierii kosztów w tym lokowaniem kosztów w innych pozycjach, dla usprawiedliwienia zaniżonej wyceny danej pozycji, jest nieuprawnione. W szczególności wydaje się nieuprawnione wydatkowanie środków finansowych, w kontekście inwestora w tym publicznego, bez uzasadnienia ich pokrycia w wykonanych pracach jak i robotach. W związku z tym argumentacja, że koszty przypisane do danej grupy prac jak i robót mogą znajdować się w innych pozycjach Wykazu niż wskazuje ich nazwa nie jest dla Izby usprawiedliwiona. Zwłaszcza, że na etapie przygotowywania oferty Wykaz płatności nie był przez wykonawców kwestionowany. Jak również nie jest przekonująca dla Izby argumentacja, że wobec ceny ryczałtowej nie można badać poszczególnych pozycji wyceny całości zadania. Owszem należy zgodzić się z twierdzeniem, że o rażąco niskiej cenie decyduje całość wynagrodzenia a nie wynagrodzenie poszczególnych jej pozycji. Niemniej by odpowiedzieć na pytanie czy cena ma charakter rażąco niskiej należy zbadać jej poszczególne elementy, składające się na całość, co daje podstawę do odpowiedzi czy cena ryczałtowa pokrywa koszty jak i zysk przedsiębiorcy na zadaniu.

Izba podsumowując zagadnienie na ile Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych stanowi podstawę badania czy zaoferowana cena ma znamiona rażąco niskiej cytuję poniżej postanowienia SIWZ Rozdział IV Instrukcja dla wykonawców pkt. 14

- cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania (vide pkt. 14.1.),
- wartość całości zadania należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wykazu płatności(vide pkt. 14.2.).
- wykonawca określi ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w wykazie płatności (vide pkt. 14.3);
- ceny określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom (vide pkt. 14.4);

Zamawiający wymagał, aby do ofert dołączono Tabele w formacie zgodnym ze wzorem stanowiącym Rozdział IV SIWZ (Wykaz płatności) pod nazwą: „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych według warunków kontraktu pn:„ Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 867 na odcinku od Oleszyc do Lubaczowa wraz z budową obwodnicy”.

W ocenie Izby za przyjęciem argumentacji odwołującego, że poszczególne pozycje Wykazu powinny zawierać koszty zgodnie z ich nazewnictwem, bez prawa lokowania ich w innych pozycjach do tego nie przeznaczonych, potwierdzają postanowienia wyżej cytowanych pkt 14.2. i 14.3. Rozdziału I SIWZ (wartość całości zadania należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wykazu płatności i wykonawca określi ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w wykazie płatności). Takie stanowisko również reprezentował na rozprawie zespół biegłych powołanych w sprawie.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego, odwołujący postawił w odwołaniu zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. ale także przedstawił w nim okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie tego przepisu.

I tak odwołujący stwierdza, (...)”że na podstawie wnikliwej i szczegółowej analizy w/w „Wykazu płatności”, posiadając szczegółowe informacje o warunkach realizacji zamówienia pozyskane na etapie przygotowania oferty postawił następujące zarzuty:

1. Cena oferty przystępującego jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, ponieważ nie zawiera „wszelkich zobowiązań i kosztów” jakie należało ująć w cenie oferty;
2. Cena oferty przystępującego zawiera rażąco niską cenę, ponieważ w ocenie odwołującego jako doświadczonego wykonawcy robót i inwestycji budowlanych drogowych, w/w cena nie pozwoli na prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego ujętymi w dokumentacji przetargowej.

Ad. I. co do niezgodności oferty przystępującego z SIWZ odwołujący podniósł argumenty takie jak:

oferta przystępującego jest niezgodna z pkt. I4.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, ponieważ nie zawiera „wszelkich zobowiązań i kosztów jakie należało ująć w cenie oferty w następujących pozycjach dokumentu pn. Wykaz płatności. I tak:

a/ poz. I.5 Projekty wykonawcze (kod CPV 71320000-7).

W w/w pozycji jako koszt łączny za przygotowanie:

- projektu wykonawczego (branż: drogowej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej),
- SST dla branż drogowej, telekomunikacyjnej, elektrycznej, sanitarnej oraz
- przygotowanie przedmiarów,

przystępujący ujął kwotę netto łącznie 12 000,00 zł. W tej pozycji oferty konkurencji zawierały kwoty od 161.100,00 zł (odwołującego) do 202 000,00 zł (MATBUD).

(...)”Przystępujący nie ujął tu wszystkich zobowiązań i kosztów niezbędnych do sfinansowania zobowiązań ujętych w w/w poz. I.5 co powoduje, że jego oferta jest niezgodna z pkt. I4.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że ujmując w swym Wykazie płatności kwotę 161.100,00 zł, wycenę poprzedził badaniem rynku. Otrzymał dwie oferty, z czego najkorzystniejszą ofertę w formie wyceny poszczególnych pozycji w w/w Wykazie uzyskał od spółki Pracownia Inżynierska Klotoida Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Krakowie przy ul. Bochenka 6a, 30-693 Kraków (NIP: 6760011722, REGON: 351005586), specjalizującej się w przygotowywaniu dokumentacji projektowej dla dużych inwestycji infrastrukturalnych na zlecenie podmiotów prywatnych jak również zamawiających publicznych (w/w to doświadczony podmiot co potwierdza m.in. zawarcie w dniu 12.01.2016 r. umowy ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania „Budowa autostrady A2 na odcinku od granicy państwa (Świecko) do odcinka autostrady A2 Świecko - Nowy Tomysł” o wartości brutto 978 957,00 zł).

Dowód: Oferta Pracowni Inżynierskiej Klotoida b/ poz. 2.3 Odwodnienie korpusu drogowego (kod CPV 45232452-5).

b/ poz. 2.3. Odwodnienie korpusu drogowego (kod CPV 4523242-5)

W w/w pozycji jako koszt łączny za:

- wykonanie sieci kanalizacji deszczowej - odwodnienie drogi i terenów przyległych,
- wykonanie przepustów pod koroną drogi.

Przystępujący ujął kwotę netto łącznie 97.848,83 zł. W tej pozycji oferty konkurencji zawierały kwoty od 788.915,15 zł (MATBUD) do 1.962.515,50 zł (konsorcjum MPDiM-BD). Cena oferowana przez Strabag jest aż o 691.430,32 zł niższa od drugiej pod względem

wartości kwoty zaproponowanej przez MATBUD (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 706,63 %) i aż o 1 865 030,67 zł niższa od najwyższej wyceny dokonanej przez konsorcjum MPDiM-BD (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 2. 005,66 %).

Odwołujący swoją wycenę poprzedził dokonaniem szczegółowej wizji lokalnej, w której prócz niego uczestniczył lokalny wykonawca branżowy sieci kanalizacji deszczowej. Stwierdzono w terenie, że cała kanalizacja będzie musiała być przebudowana zgodnie z zapisami ujętymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), otrzymanym od zamawiającego, z uwagi na zły stan istniejącej kanalizacji oraz różnice szerokości drogi istniejącej i planowanej do przebudowy.

Zgodnie z zapisami PFU pt. Odwodnienie cyt.:»Roboty związane z wykonaniem odwodnienia drogi polegać będą na przebudowie i budowie urządzeń odwadniających (rowów przydrożnych, ścieków, kanalizacji deszczowej, przepustów, rowów odpływowych z przepustów do odbiorników, rowów melioracyjnych oraz innych w zależności od przyjętych w projekcie rozwiązań np. urządzeń podczyszczających wodę, zbiorników retencyjnych, chłonnych itp.)»

Po dokonaniu wizji lokalnej odwołujący dokonał badania rynku wysyłając do kilku wykonawców branżowych zapytania ofertowe. W odpowiedzi uzyskał najkorzystniejsze oferty od następujących przedsiębiorców:

-wykonanie sieci kanalizacji deszczowej (odwodnienie drogi i terenów przyległych) - najkorzystniejszą ofertę złożył Zakład Instalacyjny Wod.-Kan. CO i Gaz J. S. z/s w Lubaczowie, który wycenił w/w roboty na kwotę łączną netto 1.138. 960,00 zł;

-wykonanie przepustów pod koroną drogi - najkorzystniejszą ofertę złożyła spółka REMOST J. S. i wspólnicy sp.j. z/s w Dębicy, która wyceniła w/w roboty na kwotę łączną netto 88.538,87 zł.

Powyższe po doliczeniu marży odwołującego w kwocie netto 39 880,53 zł pozwoliło zaoferować zamawiającego wykonanie zobowiązań określonych w poz. 2.3 Wykazu płatności za kwotę łączną netto 1.267. 379,40 zł. Jest to kwota o 1.169 530,57 zł wyższa od kwoty oferowanej przez przystępującego po stronie zamawiającego (w ujęciu procentowym stanowi to różnicę ok. 1195,24 %).

Według odwołującego kwota 97.848,83 zł zaproponowana przez przystępującego jest wartością nierealną, niewystarczającą do sfinansowania tej części zamówienia. Odwołujący wskazuje, że sam koszt zakupu 43 kompletów studni rewizyjnych z kręgów żelbetowych o średnicy 1200 mm z montażem, o których mowa w poz. 3.2.1 oferty otrzymanej przez odwołującego od Zakład Instalacyjny Wod.-Kan. CO i Gaz J. S. z/s w Lubaczowie, stanowi netto kwotę 301.000,00 zł.

Przystępujący nie ujął tu wszystkich zobowiązań i kosztów niezbędnych do sfinansowania zobowiązań ujętych w w/w poz. 2.3 co potwierdza zarzut, że jego oferta jest niezgodna z pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że trudno w przypadku tak znacznych różnic podnosić tezy o niedoszacowaniu wyceny czy też rażąco niskiej cenie. Różnice cen w ujęciu procentowym osiągające 2 000 % w ocenie odwołującego wskazują na nieujęcie w w/w poz. nr 2.3 Wykazu płatności, wszystkich zobowiązań i kosztów zgodnie z wymogami pkt. 14.1 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców lub też mogą wskazywać na posiadanie przez przystępującego informacji o braku konieczności wykonania danych

czynności, których to informacji nie posiadają pozostali oferenci, co w świetle najnowszego orzecznictwa KIO może stanowić również czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle w/w okoliczności zamawiający w ocenie odwołującego winien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp oraz dokonać wyboru oferty odwołującego."

Izba na podstawie powyżej zacytowanego uzasadnienia zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. w odwołaniu po pierwsze nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego co do braku argumentacji w sprawie naruszenia tego przepisu w odwołaniu. Zarzut ten związany jest z zarzutem z art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy pzp., ponieważ wywodzi się z pominięcia w wycenie wszystkich elementów zamówienia zarówno na etapie projektowania jak i robót budowlanych. Odwołujący sprowadza je do wyceny projektu wykonawczego i wyceny odwodnienia korpusu drogowego. Zarzut naruszenia powyżej przywołanych przepisów wymaga wykazania w toku postępowania odwoławczego wystąpienia rażąco niskiej ceny przy wycenie projektu wykonawczego jak i odwodnienia korpusu drogowego. Powyższe okoliczności zostały uwodnione w związku z wydaną opinią biegłych w sprawie, którzy w opinii jak i na rozprawie potwierdzili zarzuty odwołania w części rażąco niskiej ceny. Stąd należy wywieść, że przystępujący wyceniając projekt wykonawczy obejmujący branże: drogową, telekomunikacyjną, elektryczną sanitarną oraz SST w tych branżach wraz z przedmiarem za łączną kwotę 12.000,00 złotych nie jest w stanie zaoferować pełnego zakresu prac objętych dokumentacją projektu wykonawczego. Powyższa okoliczność wynika również z faktu, że przystępujący prace w zakresie projektu budowlanego wycenił na łączną kwotę 266.000,00 złotych (choć z nieadekwatnym podziałem wewnętrznym wartości prac wymienionych w tej fazie) co jest niewspółmierne do kwoty 12.000,00 zł. za innego rodzaju ale zbliżony charakter prac to jest projekt wykonawczy. Podobne wnioski należy wyciągnąć z zaproponowanych kosztów odwodnienia korpusu drogowego, które to prace zamierza przystępujący wykonać za kwotę 97.848,83 zł przy konkurencyjnych wycenach wahających się w granicach od niemalże 800.000,00 złotych prawie do 2.000.000,00 złotych. Tak więc po drugie zarzut pominięcia całości prac objętych zamówieniem został nie tylko uprawdopodobniony ale także wykazany w związku z potwierdzeniem rażąco niskiej ceny złożonej oferty przez przystępującego, o czym poniżej. Dodatkowo biegli na podstawie obowiązującego PFU ustalili niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie studzienek kanalizacyjnych. Średnica/ przekrój studzienek kanalizacyjnych zaoferowana została o przekroju 1.200 mm a nie jak powinno być według PFU 1.400 mm co wynika ze sporządzonej kalkulacji kosztorysowej przystępującego przekazanej biegłym. Ponadto z wyceny kosztu montażu rurociągu z rur polietylenowych wynika, że przystępujący do wykonania prac podsypki i zasyпки używa ziemi rodzimej a nie materiału budowlanego jakim jest piasek. Należy nadmienić, jak oświadczył na rozprawie

Biegły, że te obydwie niezgodności z SIWZ mają wpływ na trwałość przedmiotu zamówienia, które prowadzą nawet do uszkodzenia konstrukcji drogi. Wbrew protestom przystępującego, co do naruszenia w tym miejscu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Biegłego, nie ma podstaw do potwierdzenia zasadności tego protestu. Zdaniem Izby wyjaśnienia Biegłego nie naruszają tajemnicy przedsiębiorstwa co do sposobu wykonania zamówienia. Bowiem wskazują one na niezgodne ze sztuką budowlaną planowanie robót co świadczy w konsekwencji o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym zakresie nie ma również znaczenia, że sprzeczność ta jest ustalana w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są wyjaśnieniami odnoszącymi się wprost do treści oferty. Reasumując Izba uważa, że Biegły wykazując powyższe sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ nie naruszył tajemnicy przedsiębiorstwa co do sposobu planowania realizacji robót tylko wykazał wadliwość oferty. W związku z tym Biegłemu nie można postawić zarzutu naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w oferowany sposób nie można wykonywać robót.

Jak ze wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku wynika, zamawiający ustalając szacunkową wartość zamówienia, opierając się na wycenie w PFU, Sekocenbudzie i cenach rynkowych, ustalił ją w wysokości 50. 852.429,55 złotych. W związku z nie przydzieleniem zamawiającemu stosownej kwoty, w budżecie wojewódzkim, zdecydował się na przeprowadzenie postępowania za kwotę 16.021.230,59 złotych brutto. Tylko dwie z czterech złożonych ofert zmieściło się w budżecie zamawiającego to jest oferty odwołującego i przystępującego. Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny uznał, że żadna z ofert mieszczących się w jego budżecie nie wypełnia znamion rażąco niskiej ceny. Natomiast odwołujący zaskarżając wybór najkorzystniejszej oferty podniósł również zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy pzp. W jego ocenie oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę z powodu dwóch grup prac a mianowicie projektu wykonawczego oraz odwodnienia korpusu drogi, co Izba rozważała powyżej odnosząc się zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. W pierwszej kolejności odwołujący zakwestionował poziom wyceny prac projektowych w zakresie projektu wykonawczego, który wyceniony został na poziomie 12.000,00złoty przy wycenie projektu budowlanego na poziomie 266.000,00złoty. Przystępujący na rozprawie w szczególności podnosił kwestie zwiększonych wymagań urzędniczych na etapie wydawania pozwoleń na budowę, przy której to czynności przedkłada się projekt budowlany. Według przystępującego wymagania urzędnicze powodują taki duży stopień szczegółowości projektu budowlanego, że prawie spełnia wymagania techniczne dla projektu wykonawczego. Według wiedzy Izby jak i opierając się na przepisach prawa budowlanego projekt budowlany ma gwarantować zgodność z planami zagospodarowania przestrzennego, wymaganiami ochrony środowiska

jak i prawem dysponowania nieruchomością oraz inne wymagania techniczne przepisów budowlanych (art.34 i 35 ustawy Prawo budowlane Dz. U. 2016 r. poz.290). Z kolei projekt wykonawczy i towarzyszące jemu dokumenty takie jak STWiOR, przedmiary robót mówią jak wykonać robotę podając szczegóły techniczne czy to technologii czy to materiałów regulowane Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. 2013 poz.1129) zwane dalej rozporządzeniem. Izba nie przyjmuje za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego na rozprawie, że aktualnie uzyskując pozwolenie na budowę należy mieć wykonany projekt budowlany właściwie obejmujący projekt wykonawczy, ponieważ takie wygórowane żądania stawiają urzędnicy(propozycja przystępującego to 266 tys. złotych projekt budowlany i 12 tys. złotych projekt wykonawczy). Według wiedzy Izby udział wartości projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego na poziomie 40 % do 60% uległ zmianie i udziały tych projektów wycenia się na równym poziomie 50 % do 50 % całości wyceny dokumentacji projektowej. Przy czym Izba odnosząc się do niewspółmiernego udziału poszczególnych prac na etapie projektu budowlanego stwierdza, że z całej kwoty 266 tys. złotych kwota 215 tys. złotych przeznaczona jest na mapy dla celów projektowych. Według wiedzy Izby potwierdzonej przez Biegłych prawidłowa wycena powinna mieścić się w granicach od 7 do 10 tysięcy złotych z przeznaczeniem na mapy dla celów projektowych. Podsumowując zarzut zaniżonej wyceny prac projektowych potwierdził się również w opinii Biegłych, którzy na stronie 13 opinii stwierdzają „Porównując wartość fazy projektowej w ofercie przystępującego (390.000,00zł.) i wyliczonej przez opiniujących (512.030,83 zł.) można stwierdzić, że jest zaniżona (ok.24 %)”.

Biegli na rozprawie, jak wyżej już opisano, podtrzymali zarzut nieprawidłowej wyceny montażu rur polietylenowych, z powodu braku uwzględnienia w kosztorysie piasku, jako materiału budowlanego do obsypki i zasyпки rurociągu. Jak również Biegli podtrzymali zarzut, na podstawie przekazanej im kalkulacji, zastosowania rur kanalizacyjnych o przekroju 1200 mm zamiast 1400 mm wymaganego w Programie Funkcjonalno- Użytkowym.

W końcowej części opinii Biegli stwierdzają ”W załączonej Tabeli nr 1 wraz z załącznikami wykazano, że wartość całego zadania nie powinna być niższa niż 12.826.441,28 zł netto/ 15.776.522,77 zł brutto. Oznacza to, że oferta Przystępującego w wysokości 12.815.580,00 zł brutto jest poniżej realnej wartości wykonania robót.

Dodać należy, że w tym przypadku a więc formuły ”zaprojektuj i wybuduj” oraz charakteru wynagrodzenia – ryczałtowy, z uwagi na większe ryzyko Wykonawców, ceny ofert są wyższe niż w przypadku klasycznego zamawiania robót budowlanych”.

Izba podsumowując ocenę powyżej przedstawionych zarzutów, zarówno co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 jaki i art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy pzp., uznaje je za udowodnione. W szczególności Biegli w złożonej opinii wykazali, że za wskazaną w ofercie przystępującego cenę nie można wykonać zamówienia. Izba nie podziela stanowisk zamawiającego i przystępującego, że opinię dyskredytuje okoliczność zastosowania przy wycenie średnich cen Secocenbudu i że opinia jest wyceną wartości szacunkowej zamówienia a nie rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zastosowanie średnich cen Secocenbudu jest jak najbardziej uzasadnione z uwagi na podnoszoną przez Biegłych okoliczność, że prace są wykonywane w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz, że wynagrodzenie ma charakter ceny ryczałtowej, gdzie według doświadczenia Biegłych ceny są wyższe niż w cenach kosztorysowych. Ponadto porównywanie wyniku badania Biegłych do badania szacunku zamówienia zamawiającego jest nieuprawnione. Według oświadczenia zamawiającego na rozprawie wartość ustalano na podstawie PFU, Secocenbudu i cen rynkowych a mimo to osiągnięto poziom 50. 852.429,55 złotych dokonując wyceny w dniu 24.08.2015 roku. Z kolei wynik badania ceny przez Biegłych, którzy jak oświadczyli na rozprawie opierali się na średnich cenach Secocenbudu IV kwartał 2015 i ich doświadczenia, wskazuje na inną kwotę. Według nich kwotą gwarantującą wykonanie opisanych prac i robót przez przystępującego zgodnie z PFU jest kwota nie niższa niż 12.826.441,28 zł netto/ 15.776.522,77 zł brutto. Oznacza to, że oferta przystępującego w wysokości 12.815.580,00 zł brutto jest poniżej realnej wartości wykonania robót. Zestawiając te trzy powyżej wymienione kwoty nie można przyznać racji twierdzeniom, że Biegli zajęli się badaniem szacunku zamówienia a nie badaniem ceny przystępującego. Nawet przyjmując za wiarygodne twierdzenia zamawiającego na rozprawie o znacznym spadku cen w związku z zakończeniem budowy autostrad i tras szybkiego ruchu (chociaż według obserwacji Izby nadal w Polsce są budowane takie drogi) to przecież zamawiający jednocześnie oświadczył, że jego szacunek sporządził doświadczony inżynier drogowiec i to w sierpniu 2015 roku. Resumując nie można kwoty biegłych 15.776.522,77 zł brutto przyrównywać z kwotą szacunku 50. 852.429,55 a raczej wydaje się miarodajne przyrównywać ja z kwotą 12.815.580,00 zł brutto (cena przystępującego). Argumentacja przystępującego, dlaczego nie można uznać, że ceny mogą być niższe nawet od cen najniższych Secocenbudu jest nieuprawniona, ponieważ nie gwarantuje bezpieczeństwa dla zamawiającego wykonania prac i robót zgodnie ze sztuką. Izba uważa, że cena ustalona przez Biegłych takie bezpieczeństwo zamawiającemu gwarantuje. Izba nie podziela argumentacji zwłaszcza przystępującego, że ma prawo „optymalizować” prace i roboty jak i w związku z tym wynagrodzenie już na etapie przygotowywania oferty. Pojęcie „optymalizacja”

pojawia się w zamówieniach publicznych od jakiegoś czasu chociaż nie znajduje umocowania ani w przepisach obowiązujących, ani w systemie zamówień publicznych. Optymalizacja ma na celu obniżenie kosztów zamówienia ale już na etapie jego realizacji przez wykonawcę i za akceptacją zamawiającego. Z kolei obniżenie kosztów na etapie realizacji zawsze stanowi zagrożenie dla przyjętych standardów przez zamawiającego. Bowiem co do zasady należy przyjąć, że każdy produkt (usługa, dostawa, robota budowlana) oferowany zamawiającemu co do zasady powinien być optymalny to znaczy stanowić najlepsze rozwiązanie z możliwych. W związku z tym skoro zakłada się optymalizację optymalnej oferty to może budzić to zastrzeżenia co do zasady. Natomiast w ocenie Izby niedopuszczalna jest optymalizacja oferty w stosunku do wymagań PFU w systemie zaprojektuj i wybuduj. Oferta powinna spełniać wszystkie wymagania PFU. Optymalizacja wymagań PFU może nastąpić za zgodą zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. W tym kontekście należy uznać za pomyłkę sformułowanie SIWZ Rozdział I SIWZ Instrukcja dla wykonawców „Zamawiający zakłada optymalizację rozwiązań projektowych zawartych w PFU”, ponieważ PFU jest zbiorem opisów a nie jest rozwiązaniem projektowym. Niemniej pojawiają się adekwatne do sytuacji zapisy takie jak ”zakres i rozwiązania optymalizacji muszą być uzgodnione z Zamawiającym na etapie opracowania dokumentacji projektowej”. Reasumując Izba nie przyjmuje za uprawnioną argumentację na rozprawie zamawiającego jak i przystępującego, że optymalizacja PFU może mieć miejsce na etapie składania oferty i w związku z tym nie podlega uzgodnieniu z zamawiającym. W ocenie Izby oferta ma odpowiadać PFU a nie stanowić optymalizację PFU. W innym przypadku nie uniknie się optymalizacji w złego tego słowa znaczeniu polegającej np. na zastosowaniu ziemi rodzimej zamiast piasku do obsypki i zasyпки rurociągów czy studzienek rewizyjnych o mniejszych parametrach niż przewiduje PFU. Podobnie ma się rzecz z utrzymaniem zaplecza budowy. Przekonywujące jest dla Izby stanowisko biegłego co do kosztów zaplecza budowy, który na podstawie własnego doświadczenia stwierdził, że są one w ofercie przystępującego zaniżone (wyceniono je na 200.000,00złotych).

Reasumując opinia Biegłych dla Izby stanowi dowód na rażąco niski charakter ceny zawartej w ofercie. Przystępujący ani zamawiający poza formalnymi zarzutami zgłaszanymi do opinii nie wykazali, że cena nie ma charakteru rażąco niskiego wbrew obowiązkowi wynikającemu z treści art. 190 ust.1 a ustawy pzp.

Na marginesie Izba odnosi się do przedkładanych na rozprawie przez przystępującego dowodów na okoliczność cen rynkowych w innych postępowaniach. Przedkładane zestawienia, oferty miały na celu potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska a jest wręcz jest ceną rynkową. W ocenie Izby okoliczność oferowania w innych przetargach zbieżnych cen z ofertą przystępującego nawet przyjmując podobny zakres zadania nie może

wprost stanowi dowodu na to, że ceny te uznawane jako ceny rynkowe nie posiadają znamion rażąco niskich.

Izba nie podziela stanowisk zamawiającego i przystępującego, że orzecznictwo i doktryna zabrania ustalania cen rażąco niskich przy cenie ryczałtowej na podstawie składowych jej elementów. Tylko przez pokazanie zaniżonych elementów w cenie ryczałtowej można stwierdzić jej zaniżenie. Również brak racjonalnych przesłanek aby twierdzić, że zaniżoną poszczególną pozycję można reperować inną pozycją, która np. wskazuje na zawyżenie w niej kosztów. Zwłaszcza, że takiej argumentacji przystępujący nie przedstawił. Natomiast argumentacja na rozprawie co do umiejscowienia kosztów odwodnienia korpusu drogowego (wykonanie sieci kanalizacji deszczowej - odwodnienie drogi i terenów przyległych, przepusty pod koroną dróg) w przebudowie urządzeń obcych branży sanitarnej (przebudowa sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, gazowej niskiego i średniego napięcia) nie znajduje żadnego logicznego usprawiedliwienia. Wyszczególnione rodzaje robót w odwodnieniu korpusu drogowego w porównaniu z robotami przewidzianymi w przebudowie urządzeń obcych mają zupełnie inny cel i inny zakres.

Dla Izby nie jest przekonywująca argumentacja zamawiającego i przystępującego podnoszona na rozprawie, że Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych nie może stanowić podstawy badania składników ceny a związku z tym całości ceny pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art.8 ust.3 w związku z art. 96 ust.3 ustawy pzp., ponieważ uznała jego bezprzedmiotowość w związku z merytorycznym rozpoznaniem przez Izbę zarzutu rażąco niskiej ceny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) w związku z § 5 ust.2 pkt1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00zł. jako koszty obejmujące uiszczony wpis od odwołania.

Przewodniczący: