

WYROK

z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2020r. **przez odwołującego:** Konsorcjum wykonawców: N CONSTRUCTION Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki – lider Konsorcjum, BETONIARNIA N. Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego ELBLĄG Sp. z o.o. ul. Grażyny 2, 82-300 Elbląg w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań

przy udziale przystępującego: Konsorcjum wykonawców: J. G. p.dz.g.pn. PBW INŻYNIERIA J. G. ul. Pochyła 23/4D, 53-512 Wrocław- lider Konsorcjum, Probudowa.com Sp. z o. o ul. Sokolnicza 5/79, 53-676 Wrocław **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej, po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego
- 1.1. Kosztami postępowania obciąża Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: N CONSTRUCTION Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki – lider Konsorcjum, BETONIARNIA N.

Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego ELBLĄG Sp. z o.o. ul. Grażyny 2, 82-300 Elbląg tytułem wpisu od odwołania

- 1.2. zasądza od Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum wykonawców: N CONSTRUCTION Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki – lider Konsorcjum, BETONIARNIA N. Sp. z o. o. Sp. k. Pierwoszewo 10, 64-510 Wronki, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego ELBLĄG Sp. z o.o. ul. Grażyny 2, 82-300 Elbląg 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 (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Poznaniu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 - „ustawa Pzp”) odwołał się od czynności oraz zaniechań zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 160 odc. Sowiec Góra-Międzychód-budowa mostu w m. Międzychód rz. Warta - dokończenie zadania (rozbiórka mostu). Numer postępowania WZP.271-13/20.

W dniu 18 lutego 2020 roku zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 513754-N-2020 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie

Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przystępującego po stronie zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej, pomimo iż ocena przedłożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez bezzasadny wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wnosi o nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert wraz z odrzuceniem oferty wybranej jako najkorzystniejszej oraz ponowieniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego w zakresie dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów

postępowania odwoławczego zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu, na dowód czego złożono potwierdzenie jej przesłania.

Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Wskutek wadliwie przeprowadzonej procedury badania i oceny ofert Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana jako druga spośród ofert nieodrzuconych. Podkreślenia wymaga także, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy mieści się w zakresie zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Termin na wniesienie odwołania.

W dniu 14 kwietnia br. drogą elektroniczną Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie z zachowaniem 5- dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

(1) Przedmiotem udzielanego zamówienia są specjalistyczne roboty budowlane polegające na rozbiórce mostu w miejscowości Międzychód na rzece Warta. Ze względu na miejsce prowadzenia prac oraz związane z tym ryzyka dla środowiska Zamawiający w dokumentacji postępowania zamieścił szczególnie restrykcyjne wymagania wpływające istotnie na koszt prowadzonych prac.

(2) Niniejsze postępowanie jest drugim w tym roku prowadzonym postępowaniem na ten sam przedmiot zamówienia. Poprzednie zostało unieważnione z powodu nieusuwanej wady. W obu postępowaniach Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 4.747.235,69 zł. W pierwszym przetargu wpłynęły trzy oferty na następujące kwoty brutto:

- 4.233.774,21 zł
- 3.271.694,42 zł
- 4.003.625,13 zł

W drugim postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami:

- Want Sp. z o.o. 4.494.001,22 zł.
- PPUH L. T. 3.690.453,80zł.
- Odwołujący 4.233.774,21zł.
- Wykonawca wybrany 2.289.595,10zł.

Cena oferty Wykonawcy wybranego stanowi około 48% wartości przedmiotu zamówienia oraz około 55% wartości średniej pozostałych trzech ofert. W ocenie Odwołującego zaproponowana cena nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia opisanych w dokumentacji przetargowej. Duża część pozycji kosztorysowych znacząco odbiega od cen rynkowych. W ocenie Odwołującego Konsorcjum alternatywnie albo dokonało wadliwego oszacowania kosztów wykonania świadczenia albo zamierza wykonać zamówienie niezgodnie z dokumentacją przetargową.

Przykładowy koszt rozbiórki ustroju nośnego.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do jednego z kluczowych kosztów wykonania zamówienia, to jest kosztu rozbiórki ustroju nośnego mostu. Co istotne, w niniejszym zamówieniu Zamawiający ustanowił wynagrodzenie kosztorysowe (§6 ust. 2 wzorca umowy). Zatem nie tylko cena łączna oferty, ale także ceny jednostkowe (poszczególne pozycje kosztorysowe) mogą podlegać badaniu w zakresie ich realności.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej ustanowił szczególne wymagania w zakresie wykonania rozbiórki ustroju nośnego. Zadanie to obejmuje:

- POZ. 19 wg TER (Branża mostowa) - Załadunek elementów mostowych - belki kablobetonowe WBS (1666,01)
- POZ. 20 wg TER (Branża mostowa) - Transport elementów mostowych na składowisko Wykonawcy wraz z utylizacją (1666,0 t)
- POZ. 21 wg TER (Branża mostowa) - Wyładunek elementów mostowych - belek (1666,0 t)

Decyzją Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Poznaniu z dnia 16 grudnia 2014 roku (strona 5 Tom Tb dokumentacji) zobowiązano inwestora do prowadzenia prac w sposób niepowodujący zanieczyszczeń wód oraz terenu. W punkcie 5.3.5 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych wprost stwierdzono, iż: „Kablobetonowe belki WBS należy zdemontować po przecięciu podłużnym płyty pomostu (zatków) i podziale przęsła na mniejsze elementy przy pomocy żurawia samochodowego o odpowiednim udźwigu.

Prefabrykaty po demontażu należy przewieźć na składowisko tzw. dłuźcami i „rozprężyć”. Sposób rozprężania belek winien opracować Wykonawca i przedstawić Inżynierowi do zaakceptowania”. W rysunku projektowym (widok ogólny, stan istniejący i projekt rozbiórki) projektant wprost zastrzegł, iż elementy betonowe należy transportować za pomocą dźwigu poza teren doliny rzecznej. Dalsze prace związane z kuciem i kruszeniem na mniejsze elementy należy prowadzić w specjalnie wyznaczonym miejscu. Nie dopuszcza się zanieczyszczenia wód rzeki Warty. Tym samym prawidłowo wykonany przedmiot zamówienia w tym zakresie powinien obejmować (zgodnie z dokumentacją):

- Demontaż przy pomocy dźwigu w całości belek kablobetonowych WBS w ilości 21 szt. (3 przęsła po 7 szt. belek), każda belka długości 37,0 m oraz wadze 80 ton.
- Wywóz belek poza teren budowy na składowisko Wykonawcy zaakceptowane przez Inspektora Nadzoru z ramienia Zamawiającego.
- Rozładunek, rozprężenie i rozkucie belek na składowisku Wykonawcy. Szczegółowe wymagania zostały omówione w załączonej Notatce na temat sposobu opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania rozbiórki ustroju nośnego.

Powyżej przywołana treść dokumentacji projektowej nakłada na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia prac rozbiórkowych z zastosowaniem żurawi samojezdnych lub gąsienicowych umożliwiających demontaż ustroju nośnego (21 szt. belek WBS). W załączeniu przekazano szczegółową Analizę kosztów (rozbiórka ustroju nośnego) wraz z kopiami ofert dla dwóch wariantów zgodnych z Opisem przedmiotu zamówienia. Zgodnie z prezentowanymi przez nas danymi koszt całkowity demontażu ustroju nośnego według pozycji kosztorysowej 19, mieści się w przedziale pomiędzy 340.000 złotych, a 580.000 złotych. Wybór droższego wariantu I generuje mniejsze ryzyka budowlane prowadzonych prac. Ponadto koniecznym jest uwzględnienie następujących kosztów związanych z robotami dodatkowymi dla pozycji 19 oraz realizacji pozycji 20 - 21:

- ryzyka związane z przedłużeniem prac, przykładowo dodatkowy dzień pracy dźwigu to ok. 20.000 zł (koszt około 100.000 zł),
- koszt wykonanie dróg dojazdowych i platform roboczych dla dźwigu wraz z niezbędnymi badaniami gruntu, koszt obsługi hakowych na potrzeby pracy z wynajętym dźwigiem, koszt rozprężenia i rozkucia belek, koszt wywozu gruzu i stali powstałych z rozkuwania belek (koszt około 100.000 zł wzmiankowany w Analizie),
- koszt transportu wielkogabarytowego belek WBS na składowisko wykonawcy oraz pracę dodatkowego dźwigu na potrzeby rozładunku belek na składowisku wykonawcy (koszt około 50.000 zł wzmiankowany w Analizie),

- koszt pracy i nadzoru wykonawcy wraz z zyskiem (około 30.000 zł).

Sumarycznie jest to kwota około 620.000 - 860.000 zł. Są to koszty minimalne, przykładowo w ofercie Odwołującego ze względu na założenie większych ryzyk koszt ten został ujęty na wyższym poziomie.

W ofercie wykonawcy wybranego koszt wykonania powyżej opisanego świadczenia został określony na kwotę 319.872 zł. W przedłożonej przez wykonawcę wybranego ofercie podwykonawczej koszt ten określono na kwotę 244.702,08 zł.

Reasumując, mamy do czynienia ze znaczącym zaniżeniem wartości tego świadczenia. W ocenie Odwołującego wykonawca wybrany alternatywnie albo dokonał wadliwego oszacowania kosztów wykonania świadczenia albo zamierza wykonać zamówienia nie dostosowując się do wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej (przykładowo rozbiórka i kruszenie belek na miejscu bez ich demontowania wraz z wywiezieniem). Należy przypomnieć, iż wykonawca nie może przewidywać odmiennego sposobu wykonania zamówienia niż opisany w dokumentacji przetargowej. W orzecznictwie podkreśla się, iż z jednej strony opis przedmiotu zamówienia umożliwia realizację potrzeb zamawiającego, a z drugiej gwarantuje porównywalność ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co służy wyborowi oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę powyższe mamy w ocenie Odwołującego do czynienia z oczywistą rażąco niską ceną za wykonanie rozbiórki i utylizacji ustroju nośnego.

Inne przykłady zaniżonych cen jednostkowych.

Kosztorysy zawierają dane potwierdzające brak możliwości wykonania poszczególnych pozycji za oferowaną cenę. Jedynie przykładowo:

- W odniesieniu do pozycji 12 w branży drogowej (Wygrozdzenie segmentowe U-12 PM ,2m). Przy założonym koszcie jednej r-g na poziomie 33,61 PLN/r-g, który jest deklarowany przez wykonawcę (treść wyjaśnień) należałoby przyjąć, iż montaż 66 szt. segmentów wygrozdzenia U-12 będzie wykonany w niecałe 7 r-g. Nie jest to możliwe.
- W odniesieniu do pozycji 12 w branży drogowej (Wygrozdzenie segmentowe U-12 H=1,2m). Obecnie na rynku 1 segment wygrozdzenia U-12 (dł. 2,0m) kosztuje średnio ok. 230 PLN netto. Wykonawca przyjął natomiast koszt całkowity w wysokości 6.143,15 zł co daje możliwość zakupu około 20 segmentów.
- W pozycji 4 branży mostowej (Demontaż znaków sygnałowych żeglugi) przyjęto koszt robocizny 12,69 PLN za zdemontowanie 6 szt. znaków sygnałowych żeglugi (przy założeniu że koszt 1 r-g wynosi ponad 33,61 PLN/r-g). Nie jest to koszt rynkowy.

- Pozycja 26 branży mostowej (Obrzeża betonowe 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej z wypełnieniem spoin zaprawą cementową). Przy założonym koszcie jednej r-g na poziomie 33,61 PLN/r-g, który jest deklarowany przez wykonawcę (treść wyjaśnień) należałoby przyjąć, iż ułożenie obrzeża betonowego o długości 54m nastąpi w około 5 r-g. Nie jest to możliwe.

W naszej ocenie mamy do czynienia z cenami rażąco odbiegającymi do stawek rynkowych. Reasumując, oferowana cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut wadliwości badania wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 10 marca br. wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w tym przedłożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Warto tytułem wstępu podkreślić, iż jedynie rzetelne badanie wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Jak podkreśla Prezes UZP w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. Jak podkreśla Izba : „Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych ”.

Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, w naszej ocenie Konsorcjum w przedłożonych wyjaśnieniach nie obaliło domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia są ogólnikowe, nic nie wnoszą do sprawy, wykonawca nie przedłożył także wiarygodnych dowodów na potwierdzenie argumentów użytych w treści wyjaśnień. Odnosząc się do treści pisma Konsorcjum z dnia 18 marca 2020 roku sygn. PI.18.03.20:

- Konsorcjum powołuje się na swoje wieloletnie doświadczenie, sprawną organizację pracy, prowadzoną politykę zarządzania ryzykiem, wprowadzenie procesu doskonalenia zarządzania firmą, czy wypracowanie modelu minimalnych kosztów stałych. Brak jednak informacji na temat tego, jak powyżej przywołane ogólne okoliczności wpłynęły na możliwość zaoferowania ceny w tym konkretnym postępowaniu. Jaka jest zależność pomiędzy tymi okolicznościami, a wysokością zaoferowanej ceny. Jak wskazuje Izba w podobnych okolicznościach : „W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w

postępowaniu. Ponadto przystępujący nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności - o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty”.

- Wykonawca powołuje się na oszczędność metod wykonania zamówienia jednak bez wyjaśnienia, na czym ta oszczędność ma polegać. Podobnie nie jest wystarczającym powołaniem się na zastosowanie rozwiązań technicznych / technologicznych bez wyjaśnienia jakie to konkretnie rozwiązania i w jakim stopniu wpłynęły na wysokość ceny.
- Wykonawca wybrany wskazuje na posiadane doświadczenie, które pozwala mu na zoptymalizowanie wydajności pracy oraz w pełni wykorzystanie zasobów ludzkich i sprzętowych w sposób pozwalający na wykonanie robót ze znacznym obniżeniem ceny. Ponownie, mamy do czynienia z ogólnikowymi zapewnieniami bez przedstawienia w tym zakresie jakichkolwiek szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów. KIO wskazuje: „Za takie sprzyjające warunki nie można uznać gołosłownych informacji wykonawcy o korzystaniu z własnych zasobów ludzkich i technicznych, dużym potencjale wykonawczym, minimalizacji kosztów czy uniknięciu korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Informacje te nie zostały bowiem poparte żadnymi dowodami, jak też nie wskazano, w jaki sposób wymienione czynniki i w jakiej wysokości przełożyły się na obniżenie ceny oferty”.
- Wykonawca oświadczył także, iż zatrudnia wykwalifikowaną kadrę inżynierów i pracowników fizycznych posiadających bogate doświadczenie zdobyte na licznych budowach, na których zespoły osobowe są ze sobą zgrane co pozwala na sprawne wykonywanie zadań. Brak jednak informacji jak owo zgranie wpływa na koszty wykonywania zamówienia, jacy to konkretnie pracownicy będą wykonywać zamówienia, jakie konkretnie posiadają doświadczenie etc. Brak wreszcie informacji na temat wysokości ich wynagrodzeń wraz z przedłożeniem odpowiednich dowodów. Warto podkreślić, iż podobnie ogólnikowe wyjaśnienia mogą stanowić ośnowę szczegółowych wyjaśnień, jednak samodzielnie nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla obalenia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny: „W ocenie Izby przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków inspektorów zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty placowe, a w sytuacji, gdy inspektorzy dopiero mają być zatrudnieni — złożone oferty. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami.

Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie”.

- « Wykonawca wskazał także, iż prowadzi scentralizowane zakupy materiałów i usług co w powiązaniu z innymi realizowanymi robotami pozwala na oszczędności w zakupach materiałów. Ponownie nie mamy informacji, jakie oszczędności przynoszą powyższe okoliczności. Jakże to umowy wykonawca ma zawarte pozwalające na scentralizowane zakupy. Jakże konkretnie zakupy będą lub są realizowane i jaki to wpływ miało na dane zamówienie. W szczególności nie przedstawiono składanych zwyczajowo w takich okolicznościach cenników: „Odwołujący nie wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych mu przez jego dostawców. Powołał się on na cenniki mu zaoferowane, nie przedłożył ich jednak Zamawiającemu. Składanie ich Izbie w toku rozprawy jest działaniem spóźnionym, stąd też nie mogą one zostać uwzględnione jako argument przemawiający za słusnością twierdzeń Odwołującego”.
- Konsorcjum wskazało także na to, iż posiada własne zaplecze biurowe i socjalne niezbędne do organizacji zaplecza budowy. Brak jednak informacji jakie konkretnie oszczędności to przyniosło. Brak także przedłożenia dowodów potwierdzających posiadanie takiego zaplecza. Ponadto jest praktyką przedsiębiorstw realizujących podobne prace, iż dysponuje się własnym zapleczem biurowo - socjalnym.
- Wykonawca wyjaśnił, iż przy kalkulacji ceny zostały zastosowane rozwiązania technologiczne umożliwiające realizację robót przy maksymalnym wykorzystaniu dostępnego sprzętu. Nie podano jaki to sprzęt, jakie przyniosło to oszczędności. Nie załączono dowodów.

Reasumując, mamy do czynienia z ogólnikowymi zapewnieniami niepopartymi dowodami.

Wykonawca przedłożył także wraz z pismem z dnia 18 marca br. kosztorysy. Podkreślenia wymaga jednak, iż samo zestawienie cen składowych bez udowodnienia ich rynkowego charakteru nie pozwala jeszcze na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny: „Przedstawienie elementów składowych ceny może być pomocne przy ocenie oferty, jednak na takim poziomie ogólności oraz bez wskazania i udowodnienia dodatkowych okoliczności samo w sobie nie może przesądzać o prawidłowości ceny”. W orzecznictwie wprost podkreśla się, iż samo rozbiecie zaoferowanego wynagrodzenia na bardziej szczegółowe kwoty nie umożliwia ustalenia, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Kosztorysy mogą stanowić punkt wyjścia dla dalszych wyjaśnień, nie zaś stanowić dowodu na rynkowy charakter ceny. Rażąco niska cena łączna nie przestaje być ceną rażąco niską tylko ze względu na jej rozbiecie na ceny jednostkowe.

Odnosząc się do treści kosztorysów wskazać należy na zasadnicze wątpliwości co do rzetelności przedstawionych danych. W przypadku każdej pozycji kosztorysowej powinniśmy mieć do czynienia z odmiennymi proporcjami kosztów w zakresie kosztu bezpośredniej robocizny (R), kosztów bezpośrednich materiałów (M), kosztów bezpośrednich pracy maszyn i sprzętu budowlanego (S) oraz kosztów pośrednich (Kp). Różnie bowiem się rozkładają - dla danej pozycji kosztorysowej - poszczególne rodzajowo koszty. Przykładowo ze względu na różnorodność poszczególnych zadań tj. roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, roboty brukarskie oraz każdorazowo związany z nimi odmienny zakres, stopień trudności, technologię oraz warunki wykonywania, bezzasadnym byłoby założenie identycznych nakładów na R, M, S i Kp. W zestawieniach przedstawionych przez Konsorcjum mamy (w oderwaniu od charakteru poszczególnych pozycji) przyjęcie takich samych proporcji poszczególnych kosztów. Świadczy to w naszej ocenie o nierzetelności przedstawionych danych w branży mostowej:

- w 28 poz. kosztorysowych spośród 43 poz. (65%) ceny jednostkowe dotyczące R, M, S, Kp wyliczono proporcjonalnie, stosując za każdym razem taki sam podział:

R-> 5,88 %

M-> M

S-> (100%-R-M-Kp-Z)

Kp-> 34,17%

Z -> 7,06 %

- w 5 poz. kosztorysowych spośród 43 poz. (12%) ceny jednostkowe dotyczące R, M, S, Kp wyliczono proporcjonalnie, stosując za każdym razem taki sam podział:

R -▶ 12,25 %

M -> M

S -▶ (100%-R-M-Kp-Z)

Kp -▶ 31,67%

Z -> 7,06 %

- w 4 poz. kosztorysowych spośród 43 poz. (9%) ceny jednostkowe dotyczące R, M,

S, Kp wyliczono proporcjonalnie, stosując za każdym razem taki sam podział:

R-> 2,88 %

M-> M

S-> (100%-R-M-Kp-Z)

Kp-> 35,34 %

Z-> 7,06 %

Podobnie w branży drogowej:

• w 6 poz. kosztorysowych spośród 14 poz. (43%) ceny jednostkowe dotyczące R, M, S, Kp wyliczono proporcjonalnie, stosując za każdym razem taki sam podział:

R -▶ 5,88 %

M -▶ M

S -▶ (100% - R - M - Kp - Z)

Kp -▶ 34,17%

Z -▶ 7,06 %

• w 5 poz. kosztorysowych spośród 14 poz. (36%) ceny jednostkowe dotyczące R, M, S, Kp wyliczono proporcjonalnie, stosując za każdym razem taki sam podział:

R -▶ 12,25%

M-▶ M

S-▶ (100%-R-M-Kp-Z)

Kp-▶ 31,67%

Z-▶ 7,06%

Reasumując, mamy do czynienia ze sztucznym podziałem kosztów nieuwzględniającym rzeczywistych nakładów. W załączeniu przekazano szczegółowe zestawienie obrazujące powyższą prawidłowość.

Warto także podkreślić, iż Konsorcjum nie zastosowało się do treści wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego. Brak bowiem w przedłożonych wyjaśnieniach wnioskowanych przez Zamawiającego informacji na temat szczegółowej kalkulacji kosztów wynagrodzeń osób biorących udział w realizacji zamówienia (koszty zatrudnienia pracowników w tym koszty wynagrodzeń, delegacji, transportu), czy też kalkulacji kosztów związanych z wykorzystaniem sprzętu oraz kosztów w zakresie instalacji urządzeń obcych, a także zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych, demontażu rusztowań etc. Wykonawca wybrany/Konsorcjum nie przedstawiło w tym zakresie żadnych dowodów pomijając wytyczne Zamawiającego. Należy zauważyć, iż w podobnych okolicznościach KIO

nakazuje odrzucić ofertę: „Pismo nie zawiera odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego przedstawione w wezwaniu, a zatem nie może być uznane za przedstawiające wyjaśnienia, że cena oferty skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie jest ceną rażąco niską” Podobnie Izba w wyroku z dnia 29 lipca 2010 roku sygn. akt KTO 1479/10 w zakresie zaniechania przedłożenia szczegółowych kosztorysów.

Zamawiający pismem z dnia 20 marca br. skierował do Konsorcjum ponowne wezwanie przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami w szczególności w zakresie sześciu wskazanych zadań. W piśmie z dnia 25 marca br. sygn.P2.25.03.20 Konsorcjum ograniczyło się do złożenia oświadczenia, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa uwzględnia wszelkie wymagania zawarte w SIWZ oraz jest ceną skalkulowaną rzetelnie. Ponadto wykonawca dodał, iż w celu przygotowania się do realizacji robót rozpoczął negocjacje złożonych przez Podwykonawców ofert na wykonanie poszczególnych asortymentów robót w wyniku których to negocjacji zaoferowane ceny są obniżane od 5%-10% ich wartości co potwierdza poprawność przyjętych przez Wykonawcę założeń w zakresie zysku uwzględnionego w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót. Do pisma załączono szczegółową kalkulację oraz oferty podwykonawców TRANS-KOP Sp. z o.o. Sp. k. oraz AROR Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 02.03.2020 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać na wątpliwości co do rzetelności przedłożonych ofert podwykonawczych. Pomimo, iż oferty są datowane odpowiednio na dzień 27 lutego br. oraz 2 marca br. ich treść bezpośrednio odnosi się do treści pisma Zamawiającego z dnia 25 marca 2020 roku. Oferta TRANS-KOP zawiera powtórzenie treści punktów 1 - 3 pisma Zamawiającego, zaś oferta AROR punktów 4 - 6 i to w kolejności przyjętej przez Zamawiającego. Nie jest prawdopodobne, by spośród 57 pozycji kosztorysowych, podwykonawcy złożyli przed datą skierowania zapytania oferty na 6 tych samych pozycji i to w takiej samej kolejności. Jak przypomina Izba: „podwykonawcy, na których wskazuje wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinni być także wiarygodni. Wiarygodne i uzasadnione powinny być także oferty tych podwykonawców, w szczególności, jeśli są to oferty dotyczące wykonania przez podwykonawcę konkretnych robót budowlanych”. Oferty podwykonawcze winny podlegać takiej samej ocenie w zakresie swojej wiarygodności jak wyjaśnienia oferowanej ceny składane przez samego wykonawcę.

Co najmniej nieoczywiste należy uznać złożenie przez podwykonawcę AROR oferty na wykonanie opracowania dokumentacji projektowej i montaż na konstrukcji mostu oznakowania szlaku żeglownego. Zgodnie bowiem z informacjami prezentowanymi przez to przedsiębiorstwo jego zakres działania obejmuje wykonawstwo zabezpieczenia

antykorozyjnego konstrukcji stalowych, zabezpieczenia ognioochronne, mycie ciśnieniowe konstrukcji, wykonawstwo kompletnych konstrukcji stalowych, renowację konstrukcji betonowych etc. Opracowanie dokumentacji projektowej oznakowania szlaku żeglownego wymaga posiadania wiedzy specjalistycznej w zakresie gospodarki wodnej. Nie wydaje się, by przed datą zapytania Zamawiającego ten podwykonawca deklarował zamiar wykonywania takich świadczeń.

Co istotne, w treści formularza ofertowego Konsorcjum zadeklarowało zamiar powierzenia podwykonawcom wyłącznie następujących prac:

- Rozbiórka elementów betonowych (podwykonawca Langeo)
 - Cięcie piłą elementów żelbetowych (podwykonawca Probudowa A.Drożdzał)
- Niewątpliwie opracowanie dokumentacji projektowej i montaż na konstrukcji mostu oznakowania szlaku żeglownego, a także czyszczenie podpór, czy uzupełnienie powłok malarskich wykraczają poza zakres pod wykonawstwa deklarowany w ofercie. Ponadto podwykonawca Probudowa A. D. deklarujący udział w pracach jest podmiotem, na którego zasobach Konsorcjum polegało przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jak podkreślała Izba w podobnych okolicznościach : „Udzielone wyjaśnienia, zdaniem Izby, nie były spójne z treścią oferty tego wykonawcy, a tym samym okazały się niewiarygodne. Izba nie mogła pominąć istotnej okoliczności, iż w ramach niniejszego zamówienia konkretny zakres zleconych prac na podstawie treści oferty Odwołującego konkretnym firmom podwykonawczym nie odpowiada wskazanym zakresom prac i innym firmom podwykonawczym, na które powoływał się Odwołujący w swoich wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Reasumując, w naszej ocenie Zamawiający bezkrytycznie ocenił przedłożone wyjaśnienia nie weryfikując ich wiarygodności, czy też zgodności z całością treści oferty. Konsorcjum nie wzruszyło domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie.

Załączono do odwołania

1. Notatka dot. rozbiórki ustroju nośnego;
2. Analiza kosztów (rozbiórka ustroju nośnego) wraz z ofertami oraz schematami;
3. Analiza kosztowa - branża drogowa;
4. Analiza kosztowa - branża mostowa.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 3 lipca 2020r.

W wyroku z dnia 07 stycznia 2019 r., KIO 2640/18, LEX nr 2624239, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp”. Tym samym, wskazywanie przez Odwołującego na niewłaściwe — jego zdaniem — skalkulowanie kosztów wykonania niektórych robót nie ma znaczenia dla uznania ceny ofertowej PWB INŻYNIERIA za rażąco niską. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał (nie podniósł zarzutu), iż cena oferty Przystępującego jako całość jest rażąco niska, ale wskazał na wycenę niektórych składników jednostkowych podając, iż zawierają niską cenę. Tym samym przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp.

W tym miejscu zważyć należy, że składane przez PWB INŻYNIERIA Wyjaśnienia zawierały konkretne dane liczbowe i wskazywały poczynione założenia, które miały wpływ na o wyliczenie ceny, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie.

Ponadto Wyjaśnienia wskazywały że istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Wobec powyższego Zamawiający uznał je za wystarczające (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2019 r. KIO 990/19). W konsekwencji, wyjaśnieniom Przystępującego nie można w ocenie Zamawiającego przypisać cech ogólności czy też braku kalkulacji wymaganych przez Zamawiającego kosztów. Są bowiem spójne i logiczne.

Zaznaczam, iż Wykonawca ma prawo do dowolnego, w granicach prawa i SIWZ, kształtowania ceny wykonywanych prac (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 507/19).

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia PWB INŻYNIERIA są w pełni spójne, logiczne oraz poparte wyliczeniami w zakresie kosztów pracy.

Co się tyczy rzekomej ogólnikowości Wyjaśnień Przystępującego, Zamawiający pragnie podkreślić, iż kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane (por. wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 25 lutego 2020 r., KIO 263/20). Stąd też różnice w poszczególnych cenach jednostkowych TER są oczywiste.

Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, jakoby Przystępujący miał obowiązek wskazywania i składania bardzo szczegółowych dowodów do wyjaśnień, nie w każdym przypadku znajduje swoje racjonalne uzasadnienie. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący załączył do Wyjaśnień kosztorys i oferty co w ocenie Zamawiającego, w tym postępowaniu, w pełni potwierdziło, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska.

W powyższym zakresie należy powołać się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, który w orzeczeniu z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19, wskazał, iż "z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy należy wyprowadzić wniosek, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednak brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień. Liczy się treść tych wyjaśnień, jako oświadczenie własne wykonawcy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1396/14). Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające

Zamawiający pragnie zaznaczyć, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat

konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2019 r. KIO 2409/19;

Tym samym, nie można oczekiwać od Przystępującego, żeby prezentował w Wyjaśnieniach informację o określonym stopniu szczegółowości, w sposób w jaki oczekuje tego inny wykonawca lub też w sposób, który w jego ocenie byłby dostateczny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2019 r., KIO 1670/19), jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

Z Wyjaśnień Wykonawcy z dnia 18 marca 2020 r. oraz 25 marca 2020 r. wynika, iż cena oferty uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmuje wszelkie koszty z tytułu należytej, zgodnej z umową oraz obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca wyjaśnił, że wpływ na wysokość ceny ofertowej miały m.in. oszczędności metod wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne/technologiczne dopuszczone dokumentacją przetargową, sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, założenie skrócenia czasu realizacji zadania o minimum 10% umownego czasu trwania kontraktu oraz inne elementy mające bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną

kalkulację ceny ofertowej, w tym posiadane przez Przystępującego doświadczenie, prowadzenie scentralizowanego zakupu materiałów i usług oraz przyjęte rozwiązania technologiczne umożliwiające mu realizację robót przy maksymalnym wykorzystaniu dostępnego sprzętu. Przystępujący przedłożył przy tym szczegółowe rozbieżności wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, oferty firm Langeo Construction, Trans-Kop Sp. z o.o., Sp.k., Aror Sp. z o.o. sp.k. oraz DROMOSTTOR s.c. na wykonanie części prac w ramach przedmiotowego zamówienia, a także zobowiązanie podmiotu PROBUDOWA A. D. .

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, iż czynności Zamawiającego były nieprawidłowe i ze szkodą dla Odwołującego naruszały wskazywane przepisy 90 ust. 3 p.z.p., czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający działał z naruszeniem prawa. Odwołanie winno być w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przeprowadzone postępowanie odwoławcze w sprawie udowodniło słuszność postawionych zarzutów przez odwołującego co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, którymi są art.90 ust.1 a pkt 1) w zw. z art.90 ust.1 i ust.3 oraz ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w wyniku przeprowadzonej procedury wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny miał obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

Czynność odrzucenia oferty wykonawcy wybranego powinna nastąpić po pierwszym złożeniu wyjaśnień to jest wyjaśnień z dnia 18 marca 2020 r., ponieważ wykonawca wybrany nie wyjaśnił przyczyn zaoferowania ceny poniżej 30 % wyceny zamawiającego i również średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (wykonawca wybrany złożył ofertę z wyceną ok. poniżej 50 % wyceny zamawiającego/średniej złożonych ofert).

Zamawiający w wezwaniu z dnia 10 marca 2020 r. skierowanym do wykonawcy wybranego wskazał temu wykonawcy prawidłową podstawę wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny to jest art.90 ust.1 a pkt 1) i wymienił wszystkie okoliczności ustawowe wynikające z art.90 ust.1 ustawy Pzp., które wykonawca wezwany miał obowiązek wyjaśnić, w kontekście uzyskanych oszczędności.

Z treści złożonych wyjaśnień z dnia 18 marca 2020r. przez wykonawcę wybranego wynika, ze złożył szereg oświadczeń i zapewnień, że wykona prawidłowo zamówienie w ramach zaoferowanej ceny, ponieważ posiada stosowne doświadczenie zawodowe, personel, sprzęt jak i zobowiązania podwykonawców, czy też podmiotów udostępniających zasoby zawodowe. Do wyjaśnień załączył zbiorcze zestawienie kosztów z podziałem na branżę drogową i mostową ze szczegółowym ich podziałem oraz dwie oferty zewnętrznych podmiotów.

Izba oceniając złożone wyjaśnienia wykonawcy wybranego z dnia 18 marca 2020r., nie znajduje w nich argumentacji wykazującej oszczędności, w wycenie przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów, w stosunku do wyceny przedmiotu zamówienia sporządzonej przez zamawiającego. Takiej argumentacji ma prawo oczekiwać zamawiający od wykonawcy wezwanego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w myśl art. 90 ust.2 w związku z art.90 ust.1 ustawy Pzp (obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy a zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia). Należy przyjąć, że zamawiający w myśl art. 32 ust.1 ustawy Pzp dokonał wyceny przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Zresztą zamawiającemu zarzutu braku należytej staranności przy ustaleniu wartości zamówienia wykonawca wybrany nie postawił, ani jej tym bardziej nie uzasadnił składając wyjaśnienia. Również na tym samym poziomie, wyceny wartości zamówienia, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, to jest poniżej 50 % wyceny zamówienia kształtuje się średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert (art.90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp) pozostałych wykonawców. To również potwierdza prawidłowość wyceny przedmiotu zamówienia przez zamawiającego.

Składając wyjaśnienia co do podejrzenia rażąco niskiej ceny wykonawca powinien posłużyć się szczegółową kalkulacją kosztów złożonej oferty w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych czy też oryginalności projektu wykonawcy a do czego był wezwany wykonawca wybrany w piśmie zamawiającego z dnia 10.03.2020roku. Wezwanie zamawiającego było zgodne z treścią przesłanek wymienionych w art. 90 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp, które zasadniczo sprowadzają się do wykazania oszczędności to jest ich udowodnienia z uwagi na aspekty techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy też kadrowe wykonawcy. Tym samym nie wystarczy przedstawić szczegółowych kalkulacji, które potwierdzają cenę ofertową ale należy wyjaśnić/udowodnić oszczędności wyceny oferty, ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W obydwu wyjaśnieniach to jest w dniu 18 marca 2020r, jak i dniu 25 marca 2020r. wykonawca wybrany nie wykazał z jakiego powodu i w jakiej skali uzyskał oszczędności w stosunku do wyceny zamawiającego i średniej arytmetycznej złożonych ofert. Na marginesie sprawy należy wskazać, że złożone przy drugim

wyjaśnieniu (25.03.2020r.) kalkulacje ceny podane przez podwykonawców, czy podmioty udostępniające zasoby zawodowe, również nie zawierają elementu wykazania przyczyn oszczędności, ich skali w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też średniej cen złożonych ofert. W tej sytuacji mamy tylko do czynienia z nie wykazanymi oszczędnościami a tylko z oświadczeniami wykonawcy wybranego o okolicznościach powodujących oszczędności.

Przy czym w ocenie Izby drugie wezwanie zamawiającego było bezprzedmiotowe, ponieważ pierwsze wezwanie z dnia 10.03.2020r. zawierało wyczerpujący katalog pouczeń co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a wykonawca wybrany w pierwszym wyjaśnieniu z dnia 18.03.2020r. wezwaniu nie sprostał. Tym samym zamawiający powinien odrzucić ofertę w trybie art.90 ust.3 ustawy Pzp. już po pierwszym wyjaśnieniu wykonawcy wybranego. Nota bene nie uczynił tego również po drugim wyjaśnieniu, które jak pierwsze wyjaśnienie nie zawierało wykazania oszczędności w stosunku do wyceny zamawiającego jak i średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Natomiast odwołujący w postępowaniu prowadzonym już przed zamawiającym wskazywał, na nieprawidłowości wyceny wykonawcy wybranego, które powodowało kolejne zapytanie ze strony zamawiającego do wykonawcy wybranego (pismo odwołującego z dnia 25 marca 2020r. i pismo wykonawcy wybranego z dnia 9 kwietnia 2020r.). Analiza tych pism wskazuje, że już na etapie postępowania przed zamawiającym, odwołujący wykazywał „miażdżącą” argumentację co do nieprawidłowej wyceny zamówienia przez wykonawcę wybranego. Zarzuty odwołującego w tym piśmie zostały powtórzone w postępowaniu odwoławczym wraz z argumentacją faktyczną i prawną oraz złożonymi na tę okoliczność dowodami w szczególności załączonymi do odwołania: Notatka dotycząca rozbiórki ustroju nośnego, Analiza kosztów (rozbiórka ustroju nośnego) wraz z ofertami oraz schematami, Analiza kosztowa - branża drogowa, Analiza kosztowa - branża mostowa.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego Izba stwierdza, że odwołujący podniósł przede wszystkim takie błędy w wycenie wykonawcy wybranego jak zastosowanie takiego samego podziału cen jednostkowych dotyczących R, M, S, Kp do wszystkich wycenianych robót a zasadniczo różniących się z uwagi na ich odmienność techniczną i technologiczną (branża drogowa a branża mostowa) i wynikającą stąd konieczność uwzględnienia różnego podziału cen jednostkowych między tymi branżami. Ta różnorodność polegała na zróżnicowaniu prac budowy mostu (prace drogowe po wykonawcy, który zszedł z budowy przy uwzględnieniu okoliczności, że nowobudowany most jest już dopuszczony warunkowo do ruchu) w porównaniu do wysokonakładowych prac rozbiórkowych starego mostu znajdującego się obok mostu nowo wybudowanego. Odwołujący podał szereg wskazań co do obowiązujących obostrzeń zwłaszcza z uwagi na ochronę środowiska związanych z demontażem starego

mostu. Obowiązuje zakaz rozbiórki mostu przez zburzenie w miejscu jego lokalizacji, co spowodowałoby zanieczyszczenie środowiska czyli rzeki i najbliższego otoczenia rzeki. Nakazano demontaż mostu przez jego pocięcie, po czym wywóz pociętych części mostu i utylizację poza miejscem jego lokalizacji. Tak więc roboty rozbiórkowe mostu (branża mostowa) ze względu na narzuconą technologię wymagają wyższego podziału a nie proporcjonalnego cen jednostkowych R. M. S. Kp w stosunku do branży drogowej. Tego nie uwzględnił w kalkulacjach wykonawca wybrany stosując proporcjonalny to jest za każdym razem taki sam podział cen jednostkowych dotyczących R, M, S, Kp. w branży drogowej i mostowej. Powyższym wskazywanym okolicznościami w odwołaniu i na rozprawie nie zaprzeczyli zamawiający i wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego, które Izba w tej sytuacji uznała za przyznane. Chociażby ta okoliczność wskazuje na udowodnienie przez odwołującego braku prawidłowej wyceny (zastosowanie proporcjonalnego/takiego samego podziału cen jednostkowych do branży drogowej i mostowej), co skutkuje zaniżeniem ceny powyżej 50 % w ofercie wykonawcy wybranego do wyceny zamawiającego i potwierdzającej tę prawidłowość przez uzyskaną średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Również Izba wzięła pod uwagę obowiązującą zasadę w kalkulowaniu kosztów co do zakazu lokowania elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji w przenoszeniu do innych pozycji elementów obliczeniowych, a co znalazło odzwierciedlenie w postanowieniach Rozdz.16.opis sposobu obliczenia ceny oferty pkt 16.1 SIWZ. Zasada ta ma również istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie z uwagi na to, że rozliczenie za wykonane roboty ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego (§ 6 ust.2 wzoru umowy), co ma wpływ na prawidłowość rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą, a w konsekwencji gwarantuje zamawiającemu pewność wykonania umowy a wykonawcy rzetelne wynagrodzenie za poszczególne elementy wykonanych robót.

W tym stanie rzeczy Izba podziela w całości argumentację zarzutów odwołania, przedstawionych powyżej w uzasadnieniu wyroku.

Izba stwierdza, że zamawiający miał obowiązek już po pierwszym wyjaśnieniu wykonawcy wybranego z dnia 18 marca 2020r. uznać w trybie art.90 ust.3 ustawy Pzp o nie złożeniu wyjaśnień zwalniających wykonawcę z zarzutu rażąco niskiej ceny. W konsekwencji pierwszych wyjaśnień zamawiający powinien odrzucić ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp. Z nieznanymi przyczynami zamawiający dwukrotnie wyzwał wykonawcę wybranego do wyjaśnień w trybie art.90 ust.1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podsumowując Izba w wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego stwierdza naruszenie przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp., które

miało wpływ na wynik postępowania to jest wybór najkorzystniejszej oferty. Izba na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000,00zł zł na rzecz odwołującego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: