

Sygn. akt: KIO 910/16

WYROK

z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2016 r.** przez odwołującego: Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (Członek Konsorcjum),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie: (i) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (Członek Konsorcjum); (ii) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania; oraz (iii) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum wykonawców: 1) PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w**

Kraśniku (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (Członek Konsorcjum).

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie** 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 (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie** 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 (Lider Konsorcjum), 2) PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum), 3) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (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

W dniu 30 maja 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konsorcjum składające się z: PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku, (Lider Konsorcjum), PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, (Partner Konsorcjum) (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy Zamawiający nie wyjaśnił dostatecznie czy zaoferowana cena faktycznie jest ceną rażąco niską, w sytuacji kiedy cena oferty nie może zostać uznana za rażąco niską;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt. 2) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez brak właściwego wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje prawidłowo przygotowaną i złożoną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; (ii) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnienia postępowania; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iv) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 04.12.2015 roku złożył Zamawiającemu ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy Pzp na wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiorem 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”.

Oferta Odwołującego obejmująca kwotę łączną brutto za wykonanie całego zadania wynosi 14.942.860,03 zł, i zajmowała drugie miejsce w postępowaniu.

Ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Strabag), oferując za wykonanie zamówienia kwotę łączną brutto w wysokości 12.815.580,67 zł.

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 (dalej: MATBUD);

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 Niechobrzu (dalej: konsorcjum MPDiM-BD).

Zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę łączną brutto 16.021.230,59 zł, co oznacza, że jedynie Odwołujący i Strabag 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 dot. rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że stosowne, bardzo szczegółowe i przygotowane z najwyższą zawodową starannością wyjaśnienia, Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego w dniu 20.01.2016 r. (Pismo nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r.).

Odwołujący wskazał, że w dniu 11.02.2016 r. otrzymał od Zamawiającego informację o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, gdzie Zamawiający dokonał wyboru oferty Strabag oraz odrzucił oferty MATBUD S.S. z siedzibą w m. Boguchwała oraz konsorcjum MPDiM-BD.

W dniu 18.02.2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podnosząc zarzut naruszenia przepisów m.in. art. 89 ust. 1 pkt. 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp, tj. dokonania wyboru oferty Strabag mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 22.04.2016 r. został ogłoszony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 215/16 w których Izba uwzględniła złożone odwołanie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego (Strabag), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Następnie w dniu 19.05.2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu oferty Strabag zgodnie z powołanym wyżej wyrokiem Izby z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, wykluczeniu pozostałych dwóch wykonawców i odrzuceniu ich ofert, oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, tj. z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego są nieuprawnione. Jak wskazał Odwołujący w dniu 20.01.2016 r. złożył w siedzibie Zamawiającego bardzo szczegółowe i przygotowane z najwyższą starannością wyjaśnienia wyraźnie udowadniające, że cena oferty Odwołującego jest ceną skalkulowaną w sposób prawidłowy, rzetelny, uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz zysk Odwołującego (Pismo nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r.). Podczas (pierwszego) postępowania odwoławczego Odwołujący udowodnił, że treść oferty Strabag nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że celem potwierdzenia powyższego postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 marca 2016 r. zostali powołani biegli, którzy mieli za zadanie przygotować w formie opinii odpowiedź na następujące pytanie cyt.: „Czy jest możliwe wykonanie zamówienia p.n. Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiorem 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) za kwotę 12.815.580,67 złotych (słownie złotych/groszy: dwanaście milionów osiemset piętnaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt siedem groszy) z 23 % VAT przy wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na 50.852.429,55 złotych (słownie złotych/groszy: pięćdziesiąt milionów osiemset pięćdziesiąt dwa tysiące czterysta dwadzieścia dziewięć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) przez wykonawcę Strabag sp. z o.o.

Pruszków z uwzględnieniem treści art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2015 rok poz. 2164)".

Powyższa opinia została objęta w części klauzulą Tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera informacje stanowiące dla Strabag tajemnicę przedsiębiorstwa (w tym - część opinii zawierającą wnioski i ustalenia biegłych), niemniej w trakcie rozprawy, na którą zostali poproszeni biegli (autorzy opinii), potwierdzili oni zarzuty stawiane przez Odwołującego (przyp. treść oferty Strabag nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazał, że ustalenia biegłych związane z badaniem oferty Strabag zostały ujęte w uzasadnieniu wyroku KIO 215/16. Biegli ustalili, że oferta Strabag została przygotowana w sposób nieprawidłowy ponieważ:

- oferta ta nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, m.in. nie uwzględnia piasku jako materiału budowlanego do obsypki i zasypu rurociągu (str. 29 Wyroku),
- do oferty przyjęto wycenę innych materiałów aniżeli wymagane w SIWZ (w tym w PFU), np. przyjęto zastosowanie rur kanalizacyjnych o przekroju 1200 mm zamiast 1400 mm wymaganego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (str. 29 Wyroku);
- do wyceny przyjęto niedozwoloną na etapie postępowania przetargowego optymalizację kosztów wykonania zadania, dokonując w ten sposób de facto wyceny innego przedmiotu zamówienia aniżeli określony w SIWZ.

W końcowej części opinii biegli stwierdzili, że „W załączonej Tabeli nr i wraz z załącznikami (przyp. utajniona część ich opinii) 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 (Strabag) w wysokości 12.815.580,00 zł brutto jest poniżej realnej wartości wykonania robót” (str. 29 Wyroku KIO 215/16).

I dalej na str. 30 Wyroku cyt. „Według nich (biegłych) 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 (Strabag) w wysokości 12.815.580,00 zł brutto jest poniżej realnej wartości wykonania robót”. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa opinia biegłych dotyczy udzielenia odpowiedzi na konkretne pytanie dot. konkretnego podmiotu (tu: Strabag, przyp.: „Czy jest możliwe

wykonanie zamówienia p.n. (...) za kwotę 12.815.580,67 złotych przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. (....”).

Szersza i odmienna interpretacja treści opinii zespołu biegłych aniżeli w odniesieniu do wykonawcy Strabag jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalna a odnoszenie jej sentencji do treści oferty Odwołującego całkowicie chybione.

W ocenie Odwołującego posiada on indywidualne, właściwe tylko dla niego właściwości (okoliczności) powodujące możliwość oferowania niższej ceny aniżeli inni oferenci, którzy nie mogą wykazać się takimi atrybutami.

Wszystkie w/w okoliczności zostały bardzo szczegółowo i rzetelnie opisane i wskazane w złożonym Zamawiającemu w dniu 20.01.2016 r. piśmie nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r., stanowiącym dowód w niniejszym postępowaniu. Wśród nich Odwołujący wskazał w szczególności choć nie wyłącznie:

- posiadanie własnej wytwórni betonu asfaltowego w odległości ok. 5 km od terenu budowy (najbliższa wytwórnia konkurencji znajduje się w odległości ok. 48 km od budowy w m. Przeworsk co powoduje, że Odwołujący posiada tu znacznie niższe koszty transportu betonów asfaltowych na budowę aniżeli pozostali oferenci - szczegółowe kalkulacje i wyliczenia zawarte zostały na str. nr 22 załączonego Pisma nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r. dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny);
- posiadanie Oddziału Technicznego z kompletną i doświadczoną oraz zamieszkałą w bliskiej odległości od lokalizacji przedmiotu zamówienia kadrą inżynierską przygotowaną do realizacji przedmiotu zamówienia (szczegółowe kalkulacje i wyliczenia dot. związanych z tym oszczędności zawarto na str. nr 21 załączonego Pisma nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r. dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny);
- posiadanie własnych placów składowych, magazynów, wag towarowych w m. Oleszyce (szczegółowe kalkulacje i wyliczenia dot. związanych z tym oszczędności zawarto na str. nr 22 i 23 załączonego Pisma nr PBI/2/520/01/2016 z dnia 19.01.2016 r. dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny);
- inne wskazane w załączonym piśmie dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na indywidualne okoliczności, właściwe dla niego, powodujące możliwość oferowania ceny niższej aniżeli inni oferenci oraz wyceny specjalistów, co szczegółowo zostało ujęte w Piśmie Odwołującego nr PBI/2/520/01/2016 z

dnia 19.01.2016 r. kierowanym do Zamawiającego, zawierającym wyjaśnienia dot. oferowanej ceny:

- jest wiodącym producentem betonów asfaltowych na lokalnym rynku (roczny wolumen produkcji wynosi ok. 300 000 ton), posiada pięć wytwórni mas bitumicznych, z czego na potrzeby produkcji betonów asfaltowych na przedmiotowe zadanie wykonawca dysponuje trzema (3) wytwórniami mas bitumicznych w następujących lokalizacjach:
 - > Oleszyce - WMB Oleszyce o wydajności 100 t/h, zlokalizowana 5 km od budowy,
 - > Radymno - WMB Radymno o wydajności 160 t/h, zlokalizowana 30 km od budowy,
 - > Kraśnik - WMB Kraśnik o wydajności 160 t/h, zlokalizowana 120 km od budowy,które są w stanie zapewnić wystarczające, nieprzerwane dostawy mieszanek zgodnych z SIWZ. Powyższe powoduje, że Odwołujący posiada znacznie korzystniejsze aniżeli konkurencja możliwości negocjacyjne z dostawcami surowców służących do produkcji betonów asfaltowych oraz znacznie niższe koszty produkcji (nośniki energii, koszty pracownicze) liczone do jednej tony wyprodukowanego betonu;
- w związku z bogatym portfelem inwestycji drogowych oraz w/w wielkością produkcji betonów asfaltowych, Odwołujący jako spółka z wyłącznie polskim kapitałem jest wiodącym odbiorcą kruszyw w regionie (roczny wolumen ilościowy to blisko 1 mln ton);
- jest znaczącym odbiorcą usług transportowych związanych z przewozem materiałów kamiennych dzięki czemu osiąga korzystne warunki cenowe zarówno w zakresie kupowanych materiałów kamiennych jak i ich transportu;
- kooperuje z wieloma producentami, dystrybutorami i dostawcami materiałów i komponentów stosowanych w budownictwie drogowym, dzięki czemu uzyskuje konkurencyjne warunki handlowe i korzystne ceny;
- prowadzi politykę synergii w zakupach i kontraktacji materiałów i usług, realizuje równoległe kilkadziesiąt projektów, co znacząco wpływa na wykazanie oszczędności wykonania przedmiotowego zamówienia;
- zatrudnia doświadczoną, wykwalifikowaną kadrę techniczną i managerską, która pozwala wprowadzać optymalne rozwiązania techniczne oraz efektywnie zarządzać dostępnymi zasobami, co jest przesłanką do wykazania oszczędności na przedmiotowym zadaniu;
- od 17 lat jest doświadczonym wykonawcą inwestycji budowlanych z zakresu infrastruktury drogowej, realizującym rokrocznie ponad 300 inwestycji na rynku południowo-wschodniej Polski, czego efektem jest utrzymywanie stałej współpracy z

lokalnymi podwykonawcami i usługodawcami, oraz bardzo dobra znajomość lokalnego rynku budowlanego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający po otrzymaniu od niego pisma nr PBI/2/520/01/2016 z dn. 19.01.2016 r. dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pozytywnie je zaopiniował. Zamawiający nie wskazał żadnych przesłanek, które mogłyby wskazywać, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Całkowicie niezrozumiała i w ocenie Odwołującego bezpodstawna jest ocena Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 19.05.2016 r. wskazująca, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Dodatkowo, oparcie w/w stanowiska na podstawie opinii dotyczącej innego podmiotu sporządzonej na okoliczność zbadania, czy jest możliwe wykonanie zamówienia za kwotę oferowaną przez ten podmiot (Strabag), jest nieuprawnione i chybione.

Oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ z załącznikami, w szczególności pkt. 14 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (Opis sposobu obliczenia ceny), tj.:

- 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).

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający swą decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego oparł o art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp cyt.: „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący podkreślił, że ani pierwsza, ani druga przesłanka zawarta w art. 90 ust. 3 ustawy PZP nie zaistniały w niniejszym postępowaniu, mianowicie Odwołujący złożył wyjaśnienia (szczegółowe, poparte licznymi dowodami), a dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w piśmie z dnia 19.05.2016 r. wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie opinii wydanej w postępowaniu prowadzonym w celu wykazania, że oferta innego podmiotu została sporządzona niezgodnie z SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę. Powyższe jest postępowaniem niedopuszczalnym - każda oferta winna być badana i oceniana indywidualnie, a złożone wyjaśnienia oferowanej ceny rozpatrzone rzetelnie i w odniesieniu do podmiotu je składającego.

Zamawiający w swej decyzji nie wskazał, który element (lub elementy) oferty Odwołującego budzą jego wątpliwości w zakresie wyceny, powodując rażące zaniżenie całej ceny oferty, tzn. który element został wyceniony niewłaściwie, nieprawidłowo, zawiera rażąco niską cenę. W przywołanym wyżej piśmie Zamawiający odniósł się jedynie do ceny całej oferty bez badania jej części składowych ją tworzących, co w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne.

Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 215/16, KIO/UZP 226/08, KIO/UZP 383/08, KIO/UZP 466/08, KIO/UZP 1492/08, KIO 1272/14, KIO 2615/14.

Odwołujący wskazał również, że jego wątpliwości budzi wskazana podstawa prawna, na której oparł się Zamawiający, w ocenie Odwołującego nie dająca Zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego - Zamawiający swą decyzję oparł na opinii biegłych wydanej w innej sprawie dot. innego podmiotu (nie Odwołującego) oraz nie zaistniały okoliczności wskazane w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp pozwalające na dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Zamawiający będzie mógł zrealizować zaplanowaną inwestycję publiczną przebudowy drogi wojewódzkiej nr 867 oraz budowy obwodnicy Oleszyc, ponieważ będzie dysponował prawidłowo przygotowaną i złożoną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu

nr 2015/S 194-350964 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego z dnia 18.12.2016 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 20 stycznia 2016 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (v) opinię Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych wydaną w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt: KIO 215/16 (dalej „**Opinia**”) na okoliczność ustalenia jej treści.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że 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 pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

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

1. PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna z siedzibą w Kraśniku (Lider Konsorcjum);
2. PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu (Członek Konsorcjum);
3. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, (Członek Konsorcjum).

Odwołujący w dniu 19 lutego 2016 r. wniósł pierwotne odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 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 wykonawcy Strabag sp. z o.o., 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.

Wyrokiem z dnia 22 kwietnia 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz ponowną ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. W postępowaniu o sygn. akt: KIO 215/16 Izba postanowiła przeprowadzić dowód z biegłego na okoliczność czy wykonawca Strabag sp. z o.o. może wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Pismem z dnia 19 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że w Opinii biegłego sporządzonej w sprawie KIO 215/16 biegły jednoznacznie stwierdził, że wartość zadania nie powinna być niższa niż 12.826.441,28 zł. netto / 15.776.522,77 zł. brutto, co pozwala na przyjęcie, iż cena zaproponowana przez Odwołującego za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską.

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego obejmująca kwotę łączną brutto za wykonanie całego zadania wynosi 14.942.860,03 zł. w tym za fazę projektowania 565.800,00 złotych i za fazę robót budowlanych 14.377.060,03 złotych i zajmuje drugie miejsce w postępowaniu.

Ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Strabag sp. z o.o., 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.

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.

Zamawiający w pkt 14 Rozdziału I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (Opis sposobu obliczenia ceny) wskazał, że 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”.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody

wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 19 maja 2016 r., iż zgodnie z Opinią biegłego wydaną w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO 215/16 wartość całego zadania nie powinna być niższa niż 12.826.441,28 zł netto / 15.776.522,77 zł brutto. Skoro zaś Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia cenę 14.942.860,03 zł brutto uznać należy zaproponowaną cenę za rażąco niską. Swoją argumentację Zamawiający podtrzymał na rozprawie wyjaśniając, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była Opinia biegłego wydana w postępowaniu odwoławczym KIO 215/16, zaś Zamawiający nie dokonywał ponownej analizy i badania oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień w piśmie z dnia 20 stycznia 2016 r.

W ocenie Izby powyższe działanie Zamawiającego uznać należy za nieprawidłowe i naruszające przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy w następujących okolicznościach: (i) braku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny; (ii) w przypadku, gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żadna z przywołanych okoliczności nie wystąpiła w analizowanym stanie faktycznym. Dokonana bowiem ocena oferty Odwołującego po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 215/16 nie była dokonana w oparciu o treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2016 r., lecz wyłącznie w oparciu o nieuprawnione i schematyczne porównanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego za realizację zamówienia do wyceny wartości zamówienia dokonanej przez biegłego w sprawie KIO 215/16 w stosunku do innego wykonawcy, który złożył ofertę w

postępowaniu. W ocenie Izby oparcie swojej decyzji wyłącznie na rozszerzającej interpretacji Opinii biegłego wydanej w odniesieniu do oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. było działaniem nieuprawnionym, zaś Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim ustawowego obowiązku zbadania treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Podkreślić bowiem należy, iż postanowieniem z dnia 4 marca Krajowa Izba Odwoławcza powołała biegłego celem wydania opinii zawierającej odpowiedź na następujące pytanie: „Czy jest możliwe wykonanie zamówienia p.n. 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) za kwotę 12.815.580,67 złotych (słownie złotych/groszy: dwanaście milionów osiemset piętnaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt siedem groszy) z 23 % VAT przy wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na 50.852.429,55 złotych (słownie złotych/groszy: pięćdziesiąt milionów osiemset pięćdziesiąt dwa tysiące czterysta dwadzieścia dziewięć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków z uwzględnieniem treści art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2015 rok poz. 2164)”.

Izba w treści wydanego postanowienia ograniczyła zakres rozstrzygnięcia biegłego wyłącznie do analizy ceny za realizację zamówienia zaproponowanej przez jednego wykonawcę tj. spółki Strabag sp. z o.o. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że w treści Opinii biegłego zawarte zostało stwierdzenie, iż wartość całego zadania nie powinna być niższa niż 12.826.441,28 zł netto / 15.776.522,77 zł brutto, jednakże powyższe stwierdzenie nie może być, jak chciałby Zamawiający, wyrwane z kontekstu celu sporządzenia opinii zawartego w postanowieniu Izby z dnia 4 marca 2016 r. oraz dalszych wniosków w niej zawartych. Biegły bowiem wskazał wyłącznie, iż to cena za realizację zamówienia zaproponowane przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. jest poniżej realnej wartości wykonania robót. Brak zaś w treści Opinii podobnych wniosków w stosunku do ceny zaproponowanej przez Odwołującego.

Oczywistym jest, że przedmiotowa Opinia biegłego może służyć Zamawiającemu jako dokument pomocniczy w procesie badania i analizy ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Nie może być jednak jedynym dokumentem na którym Zamawiający oparł swoją decyzję. Opinia bowiem dotyczy innego wykonawcy tj. spółki Strabag sp. z o.o. W treści Opinii biegły w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień, jakie Odwołujący złożył Zamawiającemu w piśmie z dnia 20 stycznia 2016 r. i ich wpływu na wycenę przedmiotu zamówienia. Nie

można bowiem pominąć, że Odwołujący w przywołanym piśmie w sposób szczegółowy i dokładny rozpiął koszty realizacji zamówienia, wyszczególnił obszary, w których posiada sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia i związane z nimi oszczędności jak również przedstawił stosowane dowody. Ani biegły w swojej Opinii ani Zamawiający w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w żaden sposób nie odnieśli się do treści złożonych wyjaśnień, co do realności wskazanych oszczędności, co do indywidualnych uwarunkowań wykonawcy w procesie realizacji zamówienia rzutujących na globalną cenę, a więc do tych wszystkich okoliczności, jakie ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającego badać w kontekście podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej.

W ocenie Izby rzetelna analiza oferty i treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2016 r. nie może ograniczać się do matematycznego porównania ceny wskazanej przez biegłego w Opinii wydanej w stosunku do innego wykonawcy do ceny zawartej w ofercie Odwołującego, lecz winna odnosić się w pierwszej kolejności do treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 20 stycznia 2016 r. Okoliczności tam wskazane winny być przeanalizowane przez Zamawiającego, zaś proces badania i oceny winien być odzwierciedlony w dokumentacji przetargowej, tak aby wykonawca miał możliwość ustalenia jakie elementy w ocenie Zamawiającego zostały wycenione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, których elementów, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wycenił. Podkreślić ponadto należy, że z treści Opinii w żaden sposób nie wynika czy wyliczając wartość zamówienia biegły w jakikolwiek sposób uwzględnił indywidualne uwarunkowania poszczególnych wykonawców czy też podana wartość ma charakter ogólny, rynkowy, nieuwzględniający indywidualnych uwarunkowań wykonawców. Takie rozstrzygnięcie jest, w ocenie Izby, kluczowe w świetle art. 90 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym badaniu podlega wyłącznie cena globalna za realizację zamówienia. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku o sygn. akt: KIO 215/16, iż na podstawie obowiązujących postanowień SIWZ, odnoszących się do Tabeli o nazwie „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych”, 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. Za nieuzasadnioną Izba uznaje argumentację, 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. Tylko przez pokazanie zaniżonych elementów w cenie ryczałtowej można stwierdzić jej zaniżenie.

Mając na uwadze powyższy, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego. Badanie to winno oprzeć się na treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2016 r., ocenie realności wskazanych tam wyliczeń i oszczędności, zaś proces tej analizy winien być szczegółowo odzwierciedlony w treści dokumentacji przetargowej, tak, aby wykonawca w sytuacji podjęcia przez Zamawiającego niekorzystnych dla niego decyzji miał możliwość szczegółowego odniesienia się do argumentacji i stanowiska Zamawiającego. Opinia biegłego może służyć Zamawiającemu jako dokument pomocniczy w ocenie i analizie ceny jaką Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia, jednakże Zamawiający winien wskazać z których wyliczeń zawartych Opinii i w Załączniku nr 1 skorzystał i w jaki sposób odniósł je do treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 20 stycznia 2016 r.

Z uwagi na uznanie, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasadny również okazał się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż unieważnienie postępowania przez Zamawiającego wobec ustaleń Izby uznać należy za czynność przedwczesną.

Mając na uwadze powyższy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: