

Sygn. akt: KIO 1343/16

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Rejtana 6, 35-310 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zadania pn.: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 988 Babica - Strzyżów - Warzyce na odcinku od miejscowości Zaborów do początku obwodnicy m. Strzyżów. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 056-092963.

W dniu 21 lipca 2016 r. wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. w sytuacji, gdy w przypadku braku wyceny przez tego wykonawcę robót w zakresie pełnego zabezpieczenia przed hałasem przy zachowaniu dopuszczonych prawem norm - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 150 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag

Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o., pomimo iż dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień i załączników do tych wyjaśnień złożonych przez Strabag Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wszczął procedurę uzyskania wyjaśnień określoną art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zażądał od wykonawcy Strabag Sp. z o.o. udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca Strabag Sp. z o.o. jako jedyny był wzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, czyli spośród wszystkich złożonych ofert tylko oferta tego wykonawcy budziła wątpliwości zamawiającego co do realności przyjętej przez tego wykonawcę wyceny prac.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, ww. wykonawca złożył wprawdzie wyjaśnienia w piśmie, jednakże, zdaniem odwołującego, nie podolał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu odwołujący wniósł o odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Strabag Sp. z o.o., jako że zdaniem odwołującego, z pewnością nie cała treść tych wyjaśnień powinna być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Informację o odmowie udostępnienia ww. wyjaśnień odwołujący otrzymał pismem z dnia 20 lipca 2016 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z doktryną prawa i orzecznictwem w tej materii, w przypadku wszczęcia przez zamawiającego postępowania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp występuje domniemanie, że cena danej oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień, a w tym celu powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie podolał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a złożone przez niego wyjaśnienia wręcz potwierdzają dodatkowo ocenę, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawiony w ofercie i wyjaśnieniach tego wykonawcy sposób obliczenia ceny zaoferowanej przez Strabag Sp. z o.o. świadczy, w ocenie odwołującego, o rażącym zaniżeniu ceny, co wyklucza rzetelne i zgodne

z oczekiwaniami zamawiającego wykonanie zamówienia.

Jak wskazał odwołujący, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale I - Instrukcja dla wykonawców w pkt 3 dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia ppkt 3.2.4 wskazał, że zakres zadania obejmuje w szczególności obowiązki:

- a) Wykonania zobowiązań wynikających z Aktu Umowy, SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa.
- b) Opracowania dokumentacji technicznej oraz formalno-prawnej na podstawie której będą realizowane roboty budowlane.
- c) Zaprojektowania na etapie opracowywania projektu budowlanego, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju (dot. dróg serwisowych) z dnia 17 lutego 2015r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015., poz. 329).
- d) Uzyskania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności.
- e) Wykonania robót budowlanych zgodnie z decyzją ZRID, Aktem Umowy, SIWZ, obowiązującymi przepisami prawa oraz warunkami wskazanymi w innych decyzjach administracyjnych.
- f) Zinwentaryzowania terenów objętych decyzją ZRID przed rozpoczęciem robót budowlanych
- g) Przywrócenia zajętych dla potrzeb realizacji inwestycji nieruchomości do należytego stanu umożliwiającego wykorzystanie nieruchomości zgodnie z przeznaczeniem.
- h) Wznowienia i stabilizacji znakami granicznymi punktów załamania granic pasa drogowego po zakończeniu realizacji i protokolarnego przekazania Zamawiającemu.
- i) Ochrony punktów osnowy geodezyjnej, a w przypadku zniszczenia - ich odtworzenie.
- j) Zapewnienia poszanowania, występujących w obszarze oddziaływania obiektu, uzasadnionych interesów osób trzecich.
- k) Ubezpieczenia placu budowy zgodnie z Warunkami Kontraktu.
- l) Poniesienia kosztów czasowego zajęcia działek dla terenów niezbędnych, do realizacji zadania. Wykonawca we własnym zakresie ustali z właścicielami działek formę i zakres czasowego zajęcia działek.
- m) Wykonania objazdów, przejazdów, dojazdów do posesji, gruntów rolnych/pól uprawnych, terenów użytkowanych przyległych do Inwestycji na czas prowadzenia robót.
- n) Zidentyfikowania lokalizacji istniejących mediów takich jak kanalizacja, linie i słupy

telefoniczne i elektryczne, sieć wodociągową, rury gazowe i inne przed rozpoczęciem wykopów lub innych robót.

- o) Uzyskania wszystkich niezbędnych uzgodnień z władzami lokalnymi, firmami lub właścicielami dotyczących usunięcia i ponownej instalacji istniejących mediów.
- p) Umieszczenia tablic informacyjnych i pamiątkowych zgodnie z Wytycznymi Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podkarpackiego na lata 2014 - 2020 dla beneficjentów w zakresie informacji i promocji oraz stosowanie się do tych wytycznych. Zamawiający wymaga wykonania 2 tablic informacyjnych i 2 tablic pamiątkowych. Koszt wykonania 1 tablicy informacyjnej/pamiątkowej nie może przekraczać 1500 zł brutto.
- q) Wykonania inwentaryzacji dróg dojazdowych (które będą wykorzystane do transportu materiałów na budowę] oraz obiektów budowlanych (budynków, ogrodzeń itp.) znajdujących się w obszarze oddziaływania realizowanego odcinka drogi wojewódzkiej nr 988. Inwentaryzację należy dokonać przed rozpoczęciem robót budowlanych. Inwentaryzację dróg dojazdowych należy uzgodnić z właściwym zarządcą drogi.
- r) Wykonania inwentaryzacji wszystkich istniejących zjazdów.
- s) Przewiezienia na Bazę Materiałową PZDW w Jaśle (100 ton) oraz bazę Materiałową PZDW w Strzyżowie (100 ton) po uzgodnieniu z Kierownikiem Rejonu Dróg Wojewódzkich w Jaśle destruktu z rozbiórki, który stanowi własność Zamawiającego. Z przekazania materiałów Zamawiającemu należy sporządzić protokół zdawczo-odbiorczy. Koszty dostawy i rozładunku ponosi Wykonawca.
- t) Zapewnienia w przypadku wystąpienia konieczności w trakcie prowadzonych robót ziemnych nadzoru archeologicznego.
- u) Sprawdzenia przed rozpoczęciem badań i robót terenu pod względem obecności ewentualnych niewypałów/niewybuchów, a w razie potrzeby zapewnienia nadzoru saperskiego.

Odwołujący wskazał, że badanie poszczególnych cen jednostkowych podanych przez wykonawcę w załączonym do oferty kosztorysie - Wykazie płatności i cen elementów rozliczeniowych, pod kątem ich rażąco niskiego charakteru jest na gruncie przepisów Pzp możliwe, gdyż zamawiający wprowadził w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego charakter mieszany (tj. ryczałtowo - kosztorysowy) wynagrodzenia wykonawcy. Poszczególne zapisy Kontraktu pozwalają, zdaniem odwołującego, na stwierdzenie, że przedmiotowe wynagrodzenie nie miało charakteru klasycznego, „sztywnego” ryczałtu, lecz jego wysokość zależy będzie od faktycznie wykonanych robót.

Wynika to, jak stwierdził odwołujący, zarówno z punktów 14.2 i 14.3 Rozdziału I SIWZ, jak i subklauzuli 14.1 (Cena kontraktowa) Warunków Szczególnych Kontraktu:

SIWZ w Rozdziale I pkt 14.2 i 14.3 stanowi, że:

14.2. Ceny należy wypełnić wg załączonego Wykazu płatności - Rozdział IV SIWZ. Wartość całości zadania należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji Wykazu płatności. Do wyliczonej kwoty należy doliczyć obowiązujący podatek VAT.

14.3. Wykonawca określi ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w wykazie płatności - Rozdział IVSIWZ.

Jednocześnie subklauzula 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi, że:

Podstawą do obliczenia należności za wykonane Roboty będą ceny, zawarte w Tabeli elementów rozliczeniowych oraz ilości ustalone na podstawie obmiarów. Ceny elementów, oznaczone w tym Wykazie jako ryczałtowe mogą być w rozliczeniach przejściowych dzielone na uzgodnione z Inżynierem części.

W opinii odwołującego, wyraźnie zamawiający nakazuje określenie ceny oferty poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia podając w pkt 14.2 Rozdziału I SIWZ, że wartość liczbowa podana w ofercie jako „cena”, stanowi *de facto* sumę wartości poszczególnych pozycji Wykazu płatności, powiększoną o podatek VAT. Z powyższego jednocześnie wynika, zdaniem odwołującego, charakter mieszany (tj. ryczałtowo – kosztorysowy) wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu niniejszego zamówienia. Odwołujący zauważył, że treść subklauzuli 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi wprost, że podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty będą ceny zawarte w Wykazie Cen, co oznacza, że wynagrodzenie wykonawcy nie ma charakteru klasycznego ryczałtu. Element „obliczenia wynagrodzenia” na podstawie cen jednostkowych wskazuje na pewną modyfikację ryczałtu poprzez końcowe rozliczenie faktycznie wykonanych przez wykonawcę robót wymienionych w Wykazie Cen. Przy takiej interpretacji, jak wskazał odwołujący, zamawiający miałby prawo odmówić wypłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia w zakresie, w jakim wykonawca nie wykonał poszczególnych robót wymienionych w Wykazie Cen, nawet w przypadku oddania całego przedmiotu zamówienia przewidzianego w Kontrakcie, wskazując, że roboty te nie zostały uwzględnione przy obliczaniu wynagrodzenia na podstawie Wykazu Cen. Potwierdzeniem takiej interpretacji zacytowanych powyżej zapisów SIWZ i Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie charakteru mieszanego (tj. ryczałtowo - kosztorysowego) wynagrodzenia wykonawcy – jest, jak stwierdził odwołujący, udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 28 zadane przez jednego z wykonawców:

„Pytanie 28

Prosimy o potwierdzenie, czy Wykonawca zgodnie z pkt 3.2.1.1 ppkt 8.) oraz pkt 3.2.9 instrukcji dla Wykonawców ma uwzględnić w dokumentacji projektowej i wycenić budowę kanału technologicznego. Zgodnie z art 39 ust 6a oraz w związku z art 62 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, najpóźniej na 6 miesięcy przed dniem złożenia wniosku o wydanie decyzji dotyczących uwarunkowań środowiskowych, zezwolenia na realizację inwestycji drogowej lub pozwolenia na budowę drogi, zarządca drogi zamieszcza na swojej stronie internetowej informacje o: zamiarze rozpoczęcia budowy lub przebudowy drogi, możliwości udostępnienia kanału technologicznego zainteresowanym.

Na stronie internetowej UKE

(<http://www.uke.aov.pl/ktech/?p=l&woi=18&pow-l9&ter=l819043#woi>) na dzień dzisiejszy takie ogłoszenie dla przedmiotowego odcinka drogi nie zostało zamieszczone. Ponadto w granicach istniejącego pasa drogowego zlokalizowana jest kanalizacja teletechniczna wykonana w ramach SSPW.

Odpowiedź 28

Zamawiający zamieścił na witrynie

http://Zwww.pzdw.pl/index.php?content=kanaly_technologiczne o treści:

Zgodnie z art 39 ust 6 i 6a Ustawy z dnia 21 marca 198Sr. o drogach publicznych Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w fizeszow/e informuje o zamiarze realizacji inwestycji pod nazwą: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 988 Babica - Strzyżów - Warzyce na odcinku od końca obwodnicy m. Czudec do początku obwodnicy m. Strzyżów” Informację o inwestycji zamieszczono na stronie www.pzdw.pl w dniu 05.02.2016. Podmioty zainteresowane udostępnieniem kanału technologicznego w pasie drogowym drogi wojewódzkiej Nr 988 w zakresie powyższego zadania mogą składać pisemnie wnioski na adres: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów

Zamawiający informuje Wykonawca winien wycenić poz. Dotyczącą projektowania i budowy kanału technologicznego. Nie mniej jednak w przypadku braku zgłoszenia się zainteresowanego podmiotu - pozycja ta pozostanie nie wykonana - wobec powyższego nie będzie rozliczona.”.

Odwołujący podniósł, że z treści odpowiedzi na pytanie nr 28 jednoznacznie wynika, że również zamawiający postanowienia SIWZ i Warunków Szczególnych Kontraktu interpretuje w analogiczny sposób, jak zaprezentowana powyżej interpretacja odwołującego, że w przypadku, gdy dana pozycja Wykazu Płatności nie będzie wykonana - nie będzie też

rozliczana, a więc w takim przypadku wykonawca nie otrzyma kwoty podanej w Wykazie Płatności dla takiej niewykonanej pozycji.

Odwołujący stwierdził, że ustalenie, że Kontrakt ustanowił opisaną powyżej zasadę obliczania wynagrodzenia - prowadzi do przyjęcia, że skoro wykonawca nie wykona robót objętych którąś z pozycji Wykazu Płatności, to nie może domagać się od inwestora zapłaty całości wynagrodzenia umownego (tzn. kwoty podanej w ofercie jako cena całej oferty). Zamawiający bowiem, powołując się na przytoczoną powyżej subklauzulę 14.1. Warunków Szczególnych Kontraktu przy obliczaniu wynagrodzenia pomniejszy wypłacaną kwotę o wartość robót faktycznie niewykonanych.

Odwołujący wskazał ponadto, że od dnia 25 lipca 2014 r. (kiedy to weszła w życie ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2014 r. poz. 915), której art. 19 nadał nowe brzmienie przepisowi art. 2 pkt 1 ustawy Pzp) - zmieniona została definicja „ceny” na gruncie ustawy Pzp. Przepis art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w obecnie obowiązującym brzmieniu i mającym zastosowanie do rozpoznawanej sprawy, przesądza, jak zauważył odwołujący, że przez cenę należy rozumieć „cenę w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 1 i ust 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915)”. Przepis ten odsyła zatem, jak podał odwołujący, w równym stopniu tak do art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, jak i do jej art. 3 ust. 1 pkt 2. W pierwszym z powołanych przepisów (tj. art 3 ust 1 pkt 1) zawarta została definicja ceny, zgodnie z którą to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, zaś drugi z tych przepisów (tj. art. 3 ust 1 pkt 2) definiuje pojęcie ceny jednostkowej towaru lub usługi, jako cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. Ma to o tyle znaczenie, że przepis art 2 pkt 1 ustawy Pzp w uprzednio obowiązującym brzmieniu odsyłał jedynie do przepisu art. 3 ust 1 pkt 1 „starej” ustawy o cenach, tj. ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) definiującego pojęcie ceny wyłącznie w sposób przyjęty w obecnym art. 3 ust 1 pkt 1, pomijając przy tym przepis art 3 ust. 1 pkt 2 „starej” ustawy o cenach, który podobnie jak w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług definiował pojęcie ceny jednostkowej. Okoliczność ta, tj. zmiana z dniem 25 lipca 2014 r. definicji ceny na gruncie ustawy PZP (zawarcie w tym pojęciu również cen jednostkowych), nie może pozostać bez wpływu na sposób interpretacji przepisu art 90 ust. 1 ustawy Pzp - co dodatkowo potwierdza możliwość i celowość badania w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp poszczególnych cen jednostkowych wymienionych pozycji w wykazie cen.

Odwołujący zarzucił, że co najmniej następujące okoliczności uzasadniają odrzucenie oferty Strabag Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny:

- 1) wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego (okoliczność wprost wskazana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp);
- 2) wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie udzielił zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień, nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) i nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej (skierowane do wykonawcy na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie stanowiło domniemanie, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej);
- 3) wykonawca Strabag Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie od zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił wystarczających dowodów na to, że podana przez niego cena nie jest rażąco zaniżona - a ewentualna próba przedkładania takich dowodów w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą powinna zostać uznana za spóźnioną, gdyż powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji;
- 4) rażąco niska cena za wykonanie robót przygotowawczych wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycje 2.1, 2.1.2) w szczególności robót dot. Odtworzenia trasy punktów wysokościowych (w terenie równinnym) - co przełożyło się na zniżenie ceny całej oferty o ponad 125.000 zł;
- 5) rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie podbudowy i nawierzchni wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycje 2.4, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3) - co przełożyło się na zniżenie ceny całej oferty o ponad 3.300.000 zł;
- 6) rażąco niska cena za wykonanie robót wykończeniowych w zakresie humusowania skarp wraz z obsianiem trawą wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.5.3) - co przełożyło się na zniżenie ceny całej oferty o ponad 80.000 zł;
- 7) rażąco niska cena za wykonanie elementów ochrony środowiska (w szczególności ekrany dźwiękochłonne) wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.7.1.) - co przełożyło się na zniżenie ceny całej oferty o ponad 2.200.000 zł;
- 8) rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie elementów ulic wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycje 2.8, 2.8.1, 2.8.2) - co przełożyło się na zniżenie ceny całej oferty o ponad 190.000 zł;

9) rażąco niska cena za wykonanie robót branży mostowej - małe mosty wskazanych w części B Wykazu Płatności pn. Branża Mostowa - Małe Mosty (pozycje od 2.9 do 2.15.3 włącznie) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 2.800.000 zł;

10) rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie wykonania zabezpieczenia osuwisk wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt C. Zabezpieczenie osuwisk (pozycje 2.16, 2.16.1) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 1.500.000 zł;

11) rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie przebudowy/budowy oświetlenia ulicznego wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt D Przebudowa urządzeń obcych (pozycja 2.17.2) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 90.000 zł;

12) rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie teletechniki - przebudowy sieci teletechnicznych, wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt D Przebudowa urządzeń obcych (pozycje 2.18, 2.18.1) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 80.000 zł;

13) wykonawca nie przedstawił żadnego szacunku planowanej rezerwy na nieprzewidziane wydatki w toku realizacji zamówienia;

14) konsekwencją rażącego zaniżenia cen w zakwestionowanych niniejszym odwołaniem pozycjach: 2.1, 2.1.2, 2.4, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.3, 2.7.1, 2.8, 2.8.1, 2.8.2, od 2.9 do 2.15.3 włącznie, 2.16, 2.16.1, 2.18 i 2.18.1 Wykazu Płatności - było rażące zaniżenie ceny całej oferty, co przełożyło się na to, że cena oferty Strabag Sp. z o.o. jest aż o ponad 9.230.116 zł niższa (a więc o około 30%) od kolejnej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu (tj. oferty odwołującego, której cena była druga w kolejności).

Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla poszczególnych zarzutów:

Ad. 1.

Cena o ponad 30% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego

Odwołujący zwrócił uwagę, że już z prostego porównania łącznej kwoty wynagrodzenia zaoferowanego przez Strabag Sp. z o.o., tj. 21.815.710,39 zł oraz wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego tj. 63.063.068,74 zł wynika, że wysokość ceny z oferty tego wykonawcy jest o znacznie więcej niż tylko 30% niższa od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia w postępowaniu (stanowi jedynie 1/3 tej wartości), co stanowi samoistną przesłankę do przyjęcia domniemania rażącego zaniżenia ceny przez wykonawcę i do wdrożenia postępowania z art. 90 ustawy Pzp (tak komentarz do art. 90 ustawy Pzp, autor Pieróg 2015, wyd. 13 Legalis). W przypadku wystąpienia powyższej

okoliczności wprost wskazanej przez ustawodawcę, zamawiający zobowiązany jest do żądania stosownych wyjaśnień od wykonawcy i dokonanie ich należytej oceny mając na uwadze obiektywne okoliczności związane z realizacją zamówienia, zastosowanymi przez wykonawcę rozwiązaniami, technologiami itp. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie wykonawca Strabag Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny w ogóle nie wskazuje na planowane oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, czy też pomoc publiczną, którą wykonawca wykorzysta na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie odwołują się do żadnych z ww. okoliczności wymienionych przykładowo przez ustawodawcę w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie ograniczają się do próby uzasadnienia kalkulacji planowanych przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, która to kalkulacja tylko potwierdza zarzut rażącego i niedopuszczalnego zaniżenia oferowanej ceny przez tego wykonawcę.

Ad. 2.

Niesprostanie obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy Strabag Sp. z o.o. udzielenia zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień, niesprostanie obowiązkowi wykazania, że oferta wykonawcy Strabag Sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie obalenie domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej

Odwołujący wskazał, że konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 ustawy Pzp pozwala na postawienie jednoznacznej tezy, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, iż cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca zobowiązany jest do obalenia tego domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień, a w przypadku nie obalenia tego domniemania jego oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1157/10, wyrok z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08, wyrok z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1701/09, oraz wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08, jak też wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06.

Jak podkreślił odwołujący, uznanie żądania wyjaśnień za domniemanie prawne oznacza przerzucenie ciężaru dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny oferty na wykonawcę. Tak też uczynił ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i z tych przyczyn to wykonawca

w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Ponieważ celem składanych wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania - wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, w którym stwierdzono, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 PZP było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”. Takie stanowisko wynika, jak wskazał odwołujący, pośrednio z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4. Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Odwołujący zwrócił uwagę, że podobne zdanie wyrażała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (np. wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (tak wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1746/09). Wskazano też, że wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana (wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1902/09). Odwołujący zaznaczył, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wzywał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wyłącznie wykonawcę Strabag Sp. z o.o., czyli spośród wszystkich złożonych ofert oferta tego wykonawcy budziła wątpliwości zamawiającego co do realności przyjętej przez tego wykonawcę wyceny prac, gdyż bardzo odbiegała in minus od cen pozostałych ofert oraz ustalonych przez zamawiającego szacunkowych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że odnośnie treści ww. wyjaśnień ustawodawca, nadając takim wyjaśnieniom udzielanym przez wykonawcę znaczną doniosłość prawną, ustalił jednocześnie w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego dokładnej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeśli wyjaśnienia są niepełne lub można z nich wysnuć stwierdzenie, że oferta zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, że prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i pozwalać zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art 90 ust 1 ustawy Pzp. Dla uzasadnienia ww. twierdzeń odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1415/09, oraz wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 262/09.

Jak zauważył odwołujący, wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat lecz osiągnie co najmniej minimalny zysk. Wykonawca powinien też pokazać, w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. W konsekwencji, jak podkreślił odwołujący, wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, co do rzeczywistości podanych stawek za materiały niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 189/15). W przypadku zaproponowania przez wykonawcę rozwiązania optymalizacyjnego, zamawiający winien ponadto wnikliwie zbadać, czy w świetle opisanych przez zamawiającego wymagań PFU, podane przez wykonawcę rozwiązanie optymalizacyjne jest możliwe do wykonania w danych konkretnych uwarunkowaniach kontraktu. Odwołujący zauważył, że w doktrynie, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i orzecznictwie sądów ugruntowane jest stanowisko, iż przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień, które są niepełne lub niejasne albo nie na temat, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji tego, inni uprawnieni wykonawcy mogą w postępowaniu odwoławczym żądać odrzucenia wybranej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zdaniem odwołującego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie sprostował spoczywającemu na nim obowiązkowi udowodnienia braku zaniżenia oferowanej ceny. Odwołujący podał, że

nie otrzymał dostępu do wyjaśnień wykonawcy Strabag Sp. z o.o. zastrzeżonych jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, niemniej jednak w tym zakresie zwrócił uwagę, że wykonawca ten nie może powoływać się na bliżej nieokreślone warunki szczególne dotyczące realizacji kontraktu, uproszczone zestawienia ogólnych pozycji kosztów, lecz powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie beletrystyki polegającej na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii czy też programów komputerowych lub systemów, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, itp. nie wnosi nic do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Odwołujący zaznaczył, że informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, co w przedmiotowej sprawie oznacza, że powinny być zawierać szczegółowe opisy proponowanych rozwiązań optymalizujących (jeśli takowe wykonawca przewidywał) oraz szczegółowe informacje o przewidywanych ilościach materiałów, jakie mają być użyte do realizacji zamówienia, przewidywanych kosztach pracowniczych, przewidywanych kosztach pracy sprzętu, wysokości zakładanego zysku itp.

Zdaniem odwołującego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. powyższemu obowiązkowi nie sprostał, a w konsekwencji nie obalił domniemania zaferowania ceny rażąco niskiej.

Ad. 3.

Brak możliwości przedkładania nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego

Odwołujący stwierdził, że Strabag Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie od zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawiła wystarczających dowodów na to, że podana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco zaniżona. W ocenie odwołującego, ewentualna próba przedkładania takich dowodów w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą powinna zostać uznana za spóźnioną, gdyż powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał go zamawiający, a nie w ramach postępowania odwoławczego

przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jak zauważył odwołujący, w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Odwołujący zaznaczył, że instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ustawy Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań, dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie, co pozwoliłoby mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie powinien podać wszystkie dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. W ramach postępowania odwoławczego można natomiast w takim przypadku jedynie ocenić i stwierdzić czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Powyższe stanowisko, jak wskazał odwołujący, jest dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej, czego przykładem jest chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14 oraz wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt KIO 557/16. Odwołujący zwrócił również uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 893/14, gdzie wskazano iż „kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 PZP prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art 90 PZP.”.

W konsekwencji powyższego, zdaniem odwołującego, skoro wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie sprostął wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, to obecnie zrobić już tego nie może, gdyż ponowne

umożliwienie temu wykonawcy dokonywania tej czynności (już na etapie postępowania odwoławczego) naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji.

Ad. 4.

Rażąco niska cena za wykonanie robót przygotowawczych wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.1, 2.1.2) w szczególności robót dot. Odtworzenia trasy punktów wysokościowych (w terenie równinnym) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 125.000 zł

Odwołujący stwierdził, że Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżyła wartość robót przygotowawczych wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.1, 2.1.2) w szczególności robót dot. Odtworzenia trasy punktów wysokościowych (w terenie równinnym). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie tych prac kwotę 176.747,24 zł, podczas gdy zdaniem odwołującego, wartość ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, niemożliwa do zaoferowania bez narażenia wykonawcy na straty, gdyż nie pokrywa nawet kosztów pracowniczych, nie wliczając w to kosztów materiałowych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że na podstawie doświadczenia odwołującego w realizacji zbliżonych zamówień do niniejszego, odwołujący jest w stanie oszacować, że realizując kontrakt w roku 2016 sfinalizować będzie można fazę projektową, a od 2017 r. przystąpić będzie można do robót budowlanych, co oznacza około 20 miesięczny okres trwania fazy budowlanej kontraktu (jako, że zgodnie z punktem 4 lit A Aktu Umowy oraz punktem 4.1. Rozdziału I SIWZ roboty należy zakończyć do 31.10.2018 r.). Zgodnie z dokumentacją przetargową, przez cały czas trwania fazy budowlanej kontraktu niezbędna będzie obsługa geodezyjna do czynności związanych z odtworzeniem trasy punktów wysokościowych (w terenie równinnym), bieżących pomiarów, obmiarów, co według odwołującego wymaga zespołu geodezyjnego składającego się minimum z 3 osób. Odwołujący zauważył, iż wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał w ofercie, że czynności geodezyjne na przedmiotowym zadaniu wykonywać będzie za pośrednictwem osoby zatrudnionej w spółce Strabag Sp. z o.o. na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca Strabag Sp. z o.o. w innym postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą udzielił informacji na stronie 9 odwołania wniesionego przez Strabag Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO 1195/16 dotyczącej postępowania o udzielnie zamówienia publicznego pn.: „Budowa północnej obwodnicy miasta Sokołowa Małopolskiego w ramach rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 875 Mielec - Kolbuszowa - Sokołów Małopolski – Leżajsk”, iż stawka roboczogodziny w spółce Strabag

Sp. z o.o. wynosi 26 zł/rbh. Uwzględniając powyższe informacje odwołujący dokonał szacunkowej kalkulacji kosztu zespołu geodezyjnego (3 osób), przy średniej ilości pracujących godzin w miesiącu wynoszącej 168 godz. oraz założonym czasie trwania kontraktu wynoszącym 20 miesięcy, co przedstawia się następująco:

$26 \text{ zł} \times 3 \text{ (osoby)} \times 168 \text{ godz.} \times 20 \text{ miesięcy} = 262.080,00 \text{ zł}$

Odwołujący zaznaczył, że powyższy koszt stanowi wyłącznie koszt wynagrodzeń pracowniczych, bez uwzględniania kosztu niezbędnego sprzętu i materiałów ani bez zysku dla wykonawcy.

Z powyższego odwołujący wywiódł, że całkowita minimalna wartość robót dot. odtworzenia trasy punktów wysokościowych (w terenie równinnym) wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.1.2) w szczególności w przypadku wykonawcy Strabag Sp. z o.o. nie może stanowić mniej niż 262.080,00 zł (a faktycznie stanowić powinna kwotę zbliżoną do 300.000,00 zł, gdyż uwzględniać powinna koszty niezbędnego sprzętu i materiałów oraz co najmniej minimalny zysk dla wykonawcy), natomiast przedstawiona dla tej pozycji Wykazu Płatności wartość 176.747,24 zł stanowi jedynie 67 % tej wartości i stanowi dla tej pozycji rażąco niską cenę. W konsekwencji, jak zauważył odwołujący, zaniżenie wartości w ww. pozycji Wykazu Płatności automatycznie przekłada się także na bezprawne zaniżenie ceny całej ceny oferty tego wykonawcy.

Ad. 5.

Rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie podbudowy i nawierzchni wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.4, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3), co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 3.300.000 zł

Odwołujący podniósł, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót w zakresie podbudowy i nawierzchni wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.4, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie wszystkich tych prac kwotę 4.699.286,40 zł, w tym:

- za nawierzchnie jezdni - kwotę 4.092.368,10 zł,
- za chodniki, powierzchnie zabrukowane - kwotę 349.127,58 zł,
- za drogi serwisowe i zjazdy - kwotę 257.790,72 zł.

Zdaniem odwołującego, wartości te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący oświadczył, że wykonał szczegółową kalkulację kosztów wykonania robót w zakresie podbudowy i nawierzchni określonych w ww. pozycjach Wykazu Płatności, na

podstawie przekrojów poprzecznych zamieszczonych w PFU oraz minimalnych stawek Sekocenbud dla tego typu robót porównując je równocześnie do stawek możliwych do uzyskania przez odwołującego.

Z kalkulacji tej wynika, jak podał odwołujący, że ujęta przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. cena jednostkowa ww. pozycji jest niemożliwa do zaoferowania, gdyż nie pokrywa nawet kosztów materiałowych, nie wliczając w to kosztów pracowniczych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy. Szczególnie dobitnie widać to na przykładzie wykonania chodników, powierzchni brukowanych, gdzie w PFU w tabelce 5A na str. 20-21 wskazana została dokładna powierzchnia do wykonania przez wykonawcę, a zatem w prosty sposób uzyskać można szacunkową wartość minimalną tych prac według stawek Sekocenbud. Zaznaczyć należy, że nawet jeśliby wykonawca zastosował jakąś optymalizację w tym zakresie, to i tak nie jest możliwe zmniejszenie powierzchni brukowanych o więcej niż kilka - kilkanaście procent, co nie może przełożyć się na tak dużą oszczędność, aby można było zastosować stawkę podaną za te prace przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w innym postępowaniu przetargowym (postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa północnej obwodnicy miasta Sokołowa Małopolskiego w ramach rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 875 Mielec - Kolbuszowa - Sokołów Małopolski – Leżajsk”) toczącym się równoległe do niniejszego postępowania - wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazał w swojej ofercie koszt wykonania nawierzchni chodnika wraz z podbudową za kwotę 60,03 zł netto za 1 m², przy czym w tej wartości sam koszt wykonania nawierzchni z kostki brukowej wynosił 43,86 zł netto. Odwołujący zauważył, że gdyby porównywalne stawki zastosować do przedmiotowego zamówienia, to wówczas sama wartość nawierzchni chodnika wynosiłaby około 380.000,00 zł (bez uwzględniania podbudowy chodnika i innych elementów), co znacznie przekraczałoby wartość 349.127,58 zł podaną w niniejszym przetargu w poz. 2.4.2 Wykazu Płatności. W konsekwencji, zaniżenie wartości w ww. pozycji Wykazu Płatności automatycznie przekłada się także na bezprawne zaniżenie ceny całej ceny oferty tego wykonawcy.

Ad. 6.

Rażąco niska cena za wykonanie robót wykończeniowych w zakresie humusowania skarp wraz z obsianiem trawą wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.5.3) - co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 80.000 zł

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót wykończeniowych w zakresie humusowania skarp wraz z obsianiem trawą wskazanych

w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.5.3). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie tych prac kwotę 97.872,00 zł, podczas gdy już z samego porównania tej kwoty z kwotami wskazanymi w dwóch pozostałych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu (które dają pewien obraz sytuacji rynkowej) wynika, jak zauważył odwołujący, że znacząco odbiega in minus od wartości podanych przez pozostałych wykonawców (których oferty nie zostały odrzucone), którzy podali następujące wartości:

- 182.100,00 zł w przypadku oferty odwołującego;
- 135.930,00 zł w przypadku oferty Konsorcjum Firm: Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle, Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe GODROM Sp. z o.o. w Gorlicach, Remost Sp. z o.o. w Dębicy.

Zdaniem odwołującego, wartość podana przez Strabag Sp. z o.o. za wykonanie ww. prac jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że wykonał szczegółową kalkulację kosztów wykonania robót wykończeniowych w zakresie humusowania skarp wraz z obsianiem trawą określonych w ww. pozycji Wykazu Płatności, na podstawie długości pasa drogowego wskazanego w PFU, średniej szerokości skarpy oraz minimalnych stawek Sekocenbud porównując je równocześnie do stawek możliwych do uzyskania przez odwołującego. Z kalkulacji tej wynika, że ujęta przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. cena jednostkowa ww. pozycji jest niemożliwa do zaoferowania, gdyż nie pokrywa nawet kosztów pracowniczych, nie wliczając w to kosztów materiałowych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy, co automatycznie przekłada się także na bezprawne zaniżenie ceny całej ceny oferty tego wykonawcy.

Ad. 7.

Rażąco niska cena za wykonanie elementów ochrony środowiska wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.7.1.), co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 2.200.000 zł

Jak podał odwołujący, wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót w zakresie wykonania elementów ochrony środowiska (w szczególności ekrany dźwiękochłonne) wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.7.1.). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie tych prac kwotę 289.200,86 zł, podczas gdy już z samego porównania tej kwoty z kwotami wskazanymi w dwóch pozostałych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu (które dają pewien obraz sytuacji rynkowej) wynika, że znacząco odbiega in minus od wartości podanych przez pozostałych wykonawców (których oferty nie zostały odrzucone),

którzy podali następujące wartości:

- 2.488.000,00 zł w przypadku oferty odwołującego;
- 6.337.149,30 zł w przypadku oferty Konsorcjum Firm: Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle, Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe GODROM Sp. z o.o. w Gorlicach, Remost Sp. z o.o. w Dębicy.

Zdaniem odwołującego, wartość podana przez Strabag Sp. z o.o. za wykonanie ww. prac jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, niemożliwa do zaoferowania bez narażenia wykonawcy na straty, gdyż nie pokrywa nawet kosztów materiałowych, nie wliczając w to kosztów pracowniczych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 3.2.1.1. ppkt 6 Rozdziału I SIWZ zamawiający wskazał, że zakłada optymalizację rozwiązań projektowych zawartych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, przy zachowaniu zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej, jednakże zamawiający wprowadza następujące wytyczne dotyczące optymalizacji rozwiązań projektowych zawartych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, które w zakresie zabezpieczenia akustycznego stanowią, że „zabezpieczenie akustyczne (ekrany, wymiana stolarki okiennej czy cicha nawierzchnia] winna być przyjęta w oparciu o prognozę ruchu (winne być zgodne z zapisami decyzji środowiskowej)”. Tym samym, zamawiający dopuścił możliwość zastosowania zabezpieczenia akustycznego zarówno w postaci ekranów, jak i wymiany stolarki okiennej czy cichej nawierzchni, nasadzeń ochronnych.

W ocenie odwołującego, już z pobieżnej analizy kwoty podanej przez Strabag Sp. z o.o. w pozycji 2.7.1 Wykazu Płatności wysnuć można przypuszczenie, iż bądź to wykonawca ten w ogóle nie wycenił robót w zakresie należytego zabezpieczenia akustycznego terenów przyległych bądź założył jedynie wymianę stolarki okiennej, gdyż z doświadczenia odwołującego w wykonywaniu tego typu robót wynika, że koszt wykonania nawet najkrótszego odcinka ekranów akustycznych znacząco przekracza kwotę podaną przez Strabag Sp. z o.o. w pozycji 2.7.1 Wykazu Płatności.

Odwołujący podniósł, że jeśli Strabag Sp. z o.o. w ogóle nie wycenił robót w zakresie pełnego zabezpieczenia przed hałasem zachowując dopuszczone prawem normy, to wówczas odwołujący zarzuca, iż oferta tego wykonawcy może okazać się niezgodna z SIWZ, jako że wyceniać powinna pełny zakres robót objęty przedmiotem zamówienia, a tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeśli natomiast Strabag Sp. z o.o. przewidywał w zakresie zabezpieczenia przed hałasem

wykonanie jedynie wymiany stolarki okiennej, to odwołujący zarzuca, iż takie rozwiązanie jest technicznie i prawnie niemożliwe, min. z tego powodu, iż na etapie przygotowywania własnej oferty odwołujący ustalił, iż brak jest zgody właścicieli budynków, których miałyby dotyczyć wymiana stolarki okiennej, na wejście na nieruchomości i wymianę stolarki okiennej, a w sposób przymusowy, bez zgody właścicieli, czynności tych wykonać nie można. Nawet jednak gdyby wszyscy właściciele budynków, których miałyby dotyczyć wymiana stolarki okiennej wyrazili zgodę na taką wymianę stolarki okiennej, to minimalny koszt wykonania wymiany stolarki okiennej (przy zapewnieniu wymagań PFU) znacznie przekracza kwotę podaną dla tych robót przez Strabag Sp, z o.o.

Odwołujący zauważył, że w dokumentacji przetargowej w zasadzie brak jest szczegółowych materiałów (dokumentów) dla tego rodzaju robót. Brak jest analizy akustycznej, która mogłaby stanowić podstawę do przyjęcia jednego określonego rozwiązania technologicznego dla zabezpieczenia akustycznego, względnie rozwiązań mieszanych i w związku z tym odwołujący na własny koszt zlecił wykonanie takiej szczegółowej analizy akustycznej dla przedmiotowego zadania. Odwołujący zaznaczył przy tym, że w myśl obowiązujących przepisów prawa, przedmiotem ochrony przed hałasem jest określone środowisko.

Jak podał odwołujący, natężenie ruchu na przedmiotowej drodze wynosi 10118 pojazdów na dobę (str. 5 Analizy akustycznej), co powoduje hałas o poziomie emisji do 83 dB (co wynika z Analizy akustycznej - części obliczeniowej). Zastosowanie cichej nawierzchni powoduje obniżenie hałasu o 3 dB (str. 10 Analizy akustycznej). Zatem samo zastosowanie tej technologii, czyli zastosowanie wyłącznie cichej nawierzchni jest technicznie niewystarczające. Odwołujący stwierdził, że wykonana na zlecenie odwołującego Analiza akustyczna jednoznacznie wskazała, że w obszarze oddziaływania przedmiotowej inwestycji znajduje się minimum 78 budynków mieszkalnych zlokalizowanych w odległości kilkunastu metrów od krawędzi jezdni, które należy zabezpieczyć przed oddziaływaniem hałasu, z tego 20 budynków są to budynki drewniane, których nie można skutecznie chronić jedynie za pomocą wymiany stolarki okiennej lecz konieczne jest zastosowanie ekranów na co najmniej niektórych odcinkach. Załącznikiem do analizy akustycznej jest dokumentacja fotograficzna wszystkich budynków. Z analizy akustycznej wynika zatem, iż w przypadku zamiaru optymalizacji rozwiązań wskazanych w PFU w zakresie zabezpieczenia akustycznego poprzez rezygnację z ekranów na rzecz cichej nawierzchni i wymiany stolarki okiennej w budynkach przy realizowanej inwestycji - wymagana byłaby wymiana okien w minimum 331 otworach okiennych (przy jednoczesnym założeniu, że byłaby zgoda na to wszystkich właścicieli budynków), a i tak ze względu na występowanie budynków drewnianych, konieczne będzie zastosowanie ekranów na niektórych odcinkach.

Odwołujący podał, że analizując uwarunkowania realizacji zamówienia ustalił, że nie wszyscy właściciele nieruchomości objętych planowaną ochroną akustyczną zgadzają się na takie rozwiązanie techniczne i wymianę stolarki okiennej w ich domach. W takiej sytuacji nie jest możliwe technologicznie wykonanie zabezpieczenia akustycznego wyłącznie poprzez zastosowanie cichej nawierzchni i wymianę stolarki okiennej - lecz trzeba się liczyć z koniecznością zastosowania rozwiązania mieszanego, to jest zastosowania co najmniej na niektórych odcinkach ekranów akustycznych. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z PFU zakładana długość obszaru wynosi 4300 metrów, z czego znaczna część wymaga ochrony ekranami, a więc nawet przy znaczącym ograniczeniu ilości ekranów akustycznych i wybudowaniu jedynie na długości 30% obszaru, to i tak konieczne będzie wykonanie co najmniej 1300 metrów bieżących ekranów. Przy założeniu wysokości ekranu 3 metry, to według minimalnych stawek Sekocenbud dla tego typu robót koszt tych robót wyniesie około 1500 zł za 1 metr bieżący, a zatem nawet jeśli należałoby wykonać tylko 200 metrów bieżących ekranów (przy czym odwołujący uważa, że należałoby wykonać ich znacznie więcej), to sam ten koszt ekranów wyniesie 300.000,00 zł (nie wliczając kosztów wymiany stolarki okiennej), co w całości wyczerpuje kwotę 289.200,86 zł, jaką wykonawca Strabag Sp. z o.o. przewidział za cały zakres tych robót związanych z podał za wykonanie tych prac. Do tej wartości doliczyć trzeba koszt zastosowania cichej nawierzchni i wymiany stolarki okiennej na pozostałym odcinku drogi (przy czym sam koszt wymiany stolarki okiennej wynosi co najmniej 457.000,00 zł według załączonej do odwołania oferty zweryfikowanej przez biegłego rzeczoznawcę), co oznacza, że przy rzetelnej kalkulacji ceny wykonawca powinien był wskazać wartość kilkakrotnie wyższą, a dodatkowo powinien był uwzględnić pewną rezerwę na nieprzewidziane ryzyka i koszty związane z wykonywaniem tych robót.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdził, że podana przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.7.1.) wartość robót w zakresie wykonania elementów ochrony środowiska w kwocie 289.200,86 zł jest absurdalnie niska i stanowi dla tej pozycji rażąco niską cenę, co automatycznie przekłada się na rażące zaniżenie ceny całej ceny oferty tego wykonawcy.

Ad. 8.

Rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie elementów ulic wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.8, 2.8.1, 2.8.2), co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 190.000 zł

W ocenie odwołującego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót w zakresie elementów ulic wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót

budowlanych pkt B. Branża Drogowa (pozycja 2.8, 2.8.1, 2.8.2). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie wszystkich tych prac kwotę 544.173,73 zł, w tym:

- za krawężniki i obrzeża - kwotę 322.280,36 zł,
- za przepusty pod drogami - kwotę 61.478,97 zł.

Zdaniem odwołującego, wartości te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, niemożliwe do zaoferowania bez narażenia wykonawcy na straty, gdyż nie pokrywają nawet kosztów materiałowych, nie wliczając w to kosztów pracowniczych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy.

Ad. 9.

Rażąco niska cena za wykonanie robót branży mostowej - małe mosty wskazanych w części B Wykazu Płatności pn. Branża Mostowa - Małe Mosty (pozycje od 2.9 do 2.15.3 włącznie), co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 2.800.000 zł

Odwołujący podniósł, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót branży mostowej - małe mosty wskazanych Wykazie Płatności w Części B. Branża Mostowa - Małe Mosty (pozycje od 2.9 do 2.15.3 włącznie). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie wszystkich tych prac kwotę 144.261 zł, podczas gdy już z samego porównania tej kwoty z kwotami wskazanymi w dwóch pozostałych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu (które dają pewien obraz sytuacji rynkowej) wynika, że znacząco odbiega in minus od wartości podanych przez pozostałych wykonawców (których oferty nie zostały odrzucone), którzy podali następujące wartości. Wartość ww. robót podana przez Strabag Sp. z o.o. jest około 20 razy mniejsza od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że przygotowana przez zamawiającego dokumentacja przetargowa zawiera szereg wyszczególnionych elementów, które zgodnie z wymaganiami zamawiającego powinny zostać ujęte w ww. pozycji Kosztorysu Ofertowego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił zakres i wielkość robót budowlanych, które zostały objęte przedmiotowym zamówieniem, w tym zamawiający określił zakres przebudowy obiektów inżynierskich.

1. Podział obiektów inżynierskich.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dokumentacji przetargowej wyraźnie zostały rozróżnione pojęcia: obiekt inżynierski, obiekt mostowy, oraz przepust, co ma istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy.

W PFU (str. 7) podano, co należy rozumieć pod pojęciem: obiekt inżynierski, obiekt

mostowy, oraz przepust. W p.l. *Definicje i skróty* zamawiający określił, że:

„[19] Obiekty inżynierskie - obiekty mostowe, tunele, przepusty, konstrukcje oporowe.

[20] Obiekt mostowy - budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo - rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakada, kładka.

[21] Przepust - budowla o przekroju poprzecznym zamkniętym, przeznaczona do przeprowadzenia cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi. Powyższe definicje są zgodne z definicją w przywołanym przez Zamawiającego Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie Dz. U. z 2000r. Nr 63, poz. 735.”.

Tym samym, jak zauważył odwołujący, zamawiający wyraźnie podzielił obiekty inżynierskie objęte zamówieniem na dwie grupy: obiekty mostowe i przepusty.

Odwołujący wskazał, że odzwierciedleniem tego podziału jest przedstawienie charakterystycznych parametrów określających wielkość robót i zakres robót budowlanych oddzielnie dla drogowych obiektów inżynierskich i oddzielnie dla przepustów. Wymagania dotyczące drogowych obiektów inżynierskich zostały przedstawione w PFU wp.111.12, Drogowe obiekty inżynierskie (PFU str. 27), a dla przepustów w p.11.1.1.3. Przepusty (PFU str. 33). W p.11.1.1.2. Drogowe obiekty inżynierskie zamawiający stwierdził, że podstawą zakwalifikowania części obiektów inżynierskich do typu obiekty mostowe były uwarunkowania terenowe i charakter cieków wodnych na których obiekty inżynierskie są usytuowane. Zamawiający w PFU fstr. 301 stwierdził: „Światła nowoprojektowanych przepustów będą wynikać z obliczeń hydrologicznych i hydraulicznych, warunków terenowych oraz uzyskanych decyzji, opinii i uzgodnień w trakcie opracowywania Projektu Budowlanego. Długość obiektów będzie wynikać z warunków terenowych. Podane w poniższej tabeli parametry techniczne przepustów należy traktować jako wstępne, a ich faktyczne wielkości zostaną ustalone na etapie Projektu Budowlanego.”.

Odwołujący zwrócił również uwagę na str. 30 PFU, gdzie stwierdzono, że „obligatoryjnym do zaprojektowania i wykonania jest ilość, lokalizacja i typ poszczególnych obiektów oraz takie parametry jak:

- długość przepustów wynikająca z szerokości użytkowych określonych w niniejszym PFU;
- pod ciągiem głównym drogi klasa obciążenia A wg PN-85/S-10030
- typ obiektu stalowy powłokowy lub żelbetowy,

- elementy bezpieczeństwa ruchu - wg wymagań szczególnych,
- elementy ochrony środowiska - wg wymagań szczególnych

Ze względu na uwarunkowania terenowe i stosunek przepływu maksymalnego rocznego do średniego z wieloletniego okresu w a wymagań Dz. U. z 2000r. Nr 63. poz. 735 część przepustów została zaklasyfikowana do małych mostów.”.

Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający w Tabeli 9 Parametry przepustów i małych mostów Przepusty i małe mosty pod trasą główną i skrzyżowaniami z drogami publicznymi w kolumnie Docelowy typ obiektu zamieszczonej w Załączniku nr 9 podał, że docelowym oczekiwanym przez niego typem obiektu jest Żelbetowy, mały most. Powyższe dotyczy obiektów o numerach od PII-14 do PIII-32 za wyjątkiem obiektów PIII- 19, PIII-21, PIII-32, gdzie zapisano, że docelowym typem obiektu jest Żelbetowy/stalowy przepust (PFU str. 31, 32).

Jak zauważył odwołujący, na etapie ofertowania zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 22 dotyczące wykonania przepustów i małych mostów:

„Pytanie 22

Proszę o informację:

- Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie przepustów pod koroną drogi (małego mostu) w technologii przepustów stalowych z dostosowaniem odpowiedniego kształtu.
- Czy należy je wykonać zgodnie z PFU część rysunkowa w postaci przekroju ramowego monolitycznego.

Odpowiedź 22

Obiekty inżynierskie winny być zgodne z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie Dz. U. z 2000r. Nr 63.

Zamawiający zakłada optymalizację rozwiązań projektowych zawartych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, przy zachowaniu zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej.”.

Wobec powyższego, odwołujący stwierdził, że zamawiający zakwalifikował obiekty od PIII-14 do PIII-32 z wyjątkiem obiektów PIII-19, PIII-21, PIII-32 jako obiekty mostowe. Podstawą takiej kwalifikacji były uwarunkowania terenowe i stosunek przepływu maksymalnego rocznego do średniego z wieloletniego okresu wg wymagań Dz. U. z 2000r. Nr 63. poz. 735. Zgodnie z ww. rozporządzeniem §41.1 Przepusty powinny być zastosowane na ciekach o pochyleniu równym lub większym niż 2%. Przy pochyleniach równych lub

większych niż 2% oraz na potokach górskich zastosowanie przepustu może być dopuszczalne tylko dla klas dróg klasy I i D (rozbudowywana droga wojewódzka posiada klasę techniczną G (droga główna).

2. Kosztorys ofertowy - Rozdział IV Wykaz płatności.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dokumentacji przetargowej przekazał oferentom Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych według warunków kontraktu pn: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 988 Babica - Strzyżów - Warzyce na odcinku od miejscowości Zaborów do początku obwodnicy m. Strzyżów” - Rozdział IV Wykaz płatności. Wykaz płatności został podzielony na dwie zasadnicze części I Faza Projektowanie i Faza II Robót budowlanych. W Części drugiej Faza Robót budowlanych roboty budowlane zostały podzielone według branż:

- A BRANŻA DROGOWA
- B BRANŻA MOSTOWA - MAŁE MOSTY
- C ZABEZPIECZENIE OSUWISK
- D PRZEBUDOWA URZĄDZEŃ OBCYCH
- E PROMOCJA PROJEKTU.

Roboty związane z budową obiektów inżynierskich wyszczególniono w dwóch różnych branżach:

- Przepusty w pozycji 2.8.2. Przepusty pod drogami w części A BRANŻA DROGOWA
- Obiekty mostowe w pozycjach od 2.9 do 2.15. w części B BRANŻA MOSTOWA - MAŁE MOSTY

Tym samym, jak stwierdził odwołujący, zamawiający konsekwentnie i wyraźnie dzieli obiekty inżynierskie na obiekty mostowe, dla których wydzielił specjalną branżę i przepusty, które w kosztorysie zostały umiejscowione w branży drogowej.

3. Przebudowa obiektów mostowych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w p.II. 1.1. Charakterystyczne parametry określające wielkość robót i zakres robót Budowlanych wskazano, że „Realizacja przedsięwzięcia obejmuje w szczególności: Budowę i przebudowę obiektów inżynierskich wynikających z w/w zakresu drogowego - mostów, wiaduktów; estakad, przepustów, w zależności od uwarunkowań terenowych.”. Zamawiający zastrzegł, że „obiekty inżynierskie muszą odpowiadać warunkom określonym w: a) Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny

odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie Dz. U. z 2000r. Nr 63, poz. 735.". W PFU i załącznikach doprecyzowane zostały oczekiwania zamawiającego co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie obiektów mostowych.

Ponadto, jak podał odwołujący, zamawiający w p. II.1.1.2. Drogowe obiekty inżynierskie określił stan techniczny istniejących obiektów inżynierskich (poza jednym) jako zły i stwierdził, że obiekty wymagają całkowitej przebudowy lub likwidacji. W Tabeli 9 Parametry przepustów i małych mostów Przepusty i małe mosty pod trasą główną i skrzyżowaniami z drogami publicznymi (załącznik nr 1) w kolumnie Budowa nowego obiektu/remont/rozbudowa dla wszystkich obiektów mostowych od numeru PIII-14 do PIII-32 wskazano „budowa”. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający stwierdził, że dla obiektów mostowych od PIII-14 do PIII-32 w miejsce istniejących oczekuje budowy nowych obiektów mostowych. Powyższe informacje zostały potwierdzone, jak zauważył odwołujący, w części III.4.7 Załącznik 7 Inwentaryzacja lub dokumentacja obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek. Odwołujący wskazał, że w ww. Załączniku w p.1.2. Obiekty inżynierskie zamawiający stwierdził, że: „Na rozbudowywanych odcinkach drogi wojewódzkiej nr 988 wykonano szczegółową inwentaryzację, ekspertyzy i badania obiektów inżynierskich oraz przepustów. Na przedmiotowym odcinku drogi znajdują się mosty i jeden wiadukt drogowy. Stan techniczny obiektów jest mocno zróżnicowany od nowych obiektów (rok budowy 2012) do obiektów znajdującym się w złym stanie technicznym. Część obiektów posiada nienormatywne skrajnie. Zestawienie w/w obiektów tj. mostów i przepustów z podaniem lokalizacji wg kilometraża istniejącego i kilometraża po rozbudowie przedstawiono w poniższych tabelach.

- Tabela. Inwentaryzacja, ocena stanu technicznego i przeznaczenie obiektów mostowych

- Tabela. Inwentaryzacja, ocena stanu technicznego i przeznaczenie przepustów

Zestawienia obiektów określają także planowany sposób wykorzystania obiektu w związku z planowaną inwestycją z uwzględnieniem etapów realizacyjnych.”.

Odwołujący zauważył, że w Tabeli Inwentaryzacja, ocena stanu technicznego i przeznaczenie przepustów (Załącznik nr 2), w kolumnie Planowany opis wykorzystania obiektu zapisano Rozbiórka istniejącego przepustu wraz z umocnieniem oraz budowa nowego o konstrukcji stalowej lub betonowej. Powyższy zapis, jak stwierdził odwołujący, dotyczy wszystkich wymienionych w tej tabeli obiektów mostowych poza obiektem PIII-17, dla którego zapisano Rozbudowa (wydłużenie) przepustu wraz z wykonaniem nowych ścian

czołowych. Powyższe wymaganie zostało doprecyzowane przez zamawiającego na etapie ofertowania w odpowiedzi na zadane pytanie nr 18.

„Odpowiedź 18

Zamawiający informuje, że obiekt PIII 17 w km 8+288 (km projektowany) należy zrealizować zgodnie z PFU Tabela 1 Parametry przepustów i małych mostów - budowa nowego obiektu.”.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że zamawiający wymagał, aby istniejące obiekty mostowe o numerach od PIII-14 do PIII-32 zostały wyburzone i zastąpione nowymi obiektami.

4. Trwałość obiektów inżynierskich.

Odwołujący podniósł, że zamawiający określił jasno wymagania co do trwałości obiektów inżynierskich. W PFU (str. 30) zapisano: „Obiekty inżynierskie/przepusty powinny być tak zaprojektowane i wykonane, aby w przyjętym okresie użytkowania i poziomie utrzymania była zapewniona ich trwałość rozumiana jako zdolność użytkowania obiektu przy zachowaniu cech wytrzymałościowych i eksploatacyjnych, których miernikiem są stany graniczne nośności i stany graniczne użytkowania. Okres użytkowania jest określony w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie Dz. U. z 2000r. Nr 63, poz. 735. Obiekty powinny charakteryzować się łatwością utrzymania.”.

Odwołujący podał, że rozróżnienie obiektów inżynierskich na: obiekty mostowe i przepusty wiąże się z minimalnym wymaganym okresem użytkowania obiektów (ich trwałością). Jak wskazał odwołujący, okres użytkowania, a więc trwałość obiektu ma niebagatelne znaczenie dla późniejszych kosztów utrzymania obiektów inżynierskich. Wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem nr 63 obiekty mostowe mają inne - wyższe wymagania co do okresu użytkowania niż przepusty. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ww. rozporządzeniem Dział V. Trwałość obiektów inżynierskich; Rozdział 1; Wymagania ogólne:

„§152.Obiekty inżynierskie powinny być tak zaprojektowane i wykonane, aby w przyjętym okresie użytkowania i poziomie utrzymania była zapewniona ich trwałość rozumiana jako zdolność użytkowania obiektu przy zachowaniu cech wytrzymałościowych i eksploatacyjnych, których miernikiem są stany graniczne nośności i stany graniczne użytkowania.

§153.1.Przyjęty okres użytkowania, o którym mowa w § 152, może odnosić się

w szczególności do:

- 1) całego obiektu - jako średnia trwałość podstawowych elementów nie podlegających okresowej wymianie,
- 2) podstawowych elementów obiektu, tj. podpór, dźwigarów i pomostu,
- 3) elementów podlegających okresowej wymianie.

2. Dla elementów obiektu inżynierskiego przyjmuje się okresy użytkowania:

1) dla podpór mostów:

- a) w nurtach rzek - nie mniejszy niż 150 lat.
- b) w wodach stojących o ustabilizowanym poziomie - nie mniejszy niż 200 lat,
- c) na terenach zalewowych - nie mniejszy niż 100 lat,

2) dla przyczółków masywnych i konstrukcji oporowych - nie mniejszy niż 100 lat.

(...)

5) dla ustrojów nośnych pręseł belkowych i skrzynkowych z pomostami:

- a) masywnymi - nie mniejszy niż 80 lat,
- b) lekkimi i gęstożebrowymi - nie mniejszy niż 60 lat

(...)

18) dla przepustów - nie mniejszy niż 40 lat.”.

Odwołujący stwierdził, że minimalny wymagany przepisami okres użytkowania obiektów mostowych w skrajnym przypadku przy zastosowaniu ustroi nośnych z pomostami masywnymi wynosi 80 lat i jest dwukrotnie wyższy niż dla przepustów (40 lat). Natomiast przy zastosowaniu ustroi lekkich lub gęsto żebrowymi wynosi 60 lat i jest dwukrotnie dłuższy niż dla przepustów.

Jak zauważył odwołujący, odnosząc się do warunków kontraktu (subklauzula 14.1. i wskazania na str. 8-9 odwołania) zamawiający dokonał wyraźnego rozdziału na poz. „Małe mosty” i „przepusty” z zastrzeżeniem ich odmiennej wyceny, tzn. oddzielnego określenia wartości dla mostów i przepustów. Tym bardziej wskazuje to, zdaniem odwołującego, że zamówienie ma być realizowane na podstawie wytycznych programem RPO 2014-2020, nie bez znaczenia jest ilościowe i kosztowe określenie obiektów inżynierskich (mostów - jako wskaźników projektu) i oddzielnie przepustów. Z wytycznymi tymi wykonawca zobowiązał się zapoznać i je stosować.

Odwołujący przedstawił ofertę na dostawę podstawowego materiału do wykonania

konstrukcji niezbędnych do wykonania małych mostów. Już z samego tego dokumentu wynika, że ujęta przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. cena jednostkowa ww. pozycji jest niemożliwa do zaoferowania, gdyż nie pokrywa nawet kosztów podstawowego materiału - nie wliczając w to kosztów pozostałych materiałów, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy, co automatycznie przekłada się także na bezprawne zaniżenie ceny całej ceny oferty tego wykonawcy.

Ad. 10.

Rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie wykonania zabezpieczenia osuwisk wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt C. Zabezpieczenie osuwisk (pozycja 2.16, 2.16.1), co przełożyło się na zaniżenie ceny całej oferty o ponad 1.500.000 zł

W opinii odwołującego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót w zakresie wykonania zabezpieczenia osuwisk wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt C. Zabezpieczenie osuwisk (pozycja 2.16, 2.16.1). Odwołujący zauważył, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie tych prac kwotę 2.199.461,49 zł, podczas gdy już z samego porównania tej kwoty z kwotami wskazanymi w dwóch pozostałych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu (które dają pewien obraz sytuacji rynkowej) wynika, że znacząco odbiega in minus od wartości podanych przez pozostałych wykonawców (których oferty nie zostały odrzucone), którzy podali następujące wartości:

- 3.798.000,00 zł w przypadku oferty odwołującego;

- 5.610.000,00 zł w przypadku oferty Konsorcjum Firm: Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle, Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe GODROM Sp. z o.o. w Gorlicach, Remost Sp. z o.o. w Dębicy.

Zdaniem odwołującego, wartość podana przez Strabag Sp. z o.o. za wykonanie ww. prac jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, niemożliwa do zaoferowania bez narażenia wykonawcy na straty, gdyż nie pokrywa nawet kosztów pracowniczych, nie wliczając w to kosztów materiałowych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy.

Ad. 11.

Rażąco niska cena za wykonanie robót w zakresie teletechniki - przebudowy sieci teletechnicznych, wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt D Przebudowa urządzeń obcych (pozycja 2.18, 2.18.1), co przełożyło się na zaniżenie ceny

całej oferty o ponad 80.000 zł;

W ocenie odwołującego, wykonawca Strabag Sp. z o.o. rażąco zaniżył wartość robót w zakresie teletechniki - przebudowy sieci teletechnicznych, wskazanych w Wykazie Płatności w części II Faza robót budowlanych pkt D Przebudowa urządzeń obcych (pozycja 2.18, 2.18.1). Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał za wykonanie tych prac kwoty:

- za roboty z branży teletechnika - łącznie 546.186,17 zł, w tym
- za przebudowę sieci teletechnicznych - kwotę 448.686,17 zł.

Zdaniem odwołującego, wartości podane przez Strabag Sp. z o.o. za wykonanie ww. prac są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, niemożliwe do zaoferowania bez narażenia wykonawcy na straty, gdyż nie pokrywają nawet kosztów materiałowych, nie wliczając w to kosztów pracowniczych, kosztów sprzętu, ani zakładanego zysku dla wykonawcy.

Ad. 12

Brak szacunku rezerwy na dodatkowe lub nieprzewidziane koszty

Odwołujący podniósł, że zarówno oferta, jak też wyjaśnienia Strabag Sp. z o.o. nie przewidują jakiegokolwiek rezerwy na nieprzewidziane wydatki w toku realizacji zamówienia, choćby związane z:

- Opisanymi w punkcie 7 powyżej kwestiami związanymi z wykonaniem elementów ochrony środowiska (w szczególności ekranów akustycznych) - szerzej punkt 7 powyżej,
- wskazanymi w SIWZ w rozdziale I - Instrukcja dla wykonawców w pkt 3 dot. opisu przedmiotu zamówienia, dodatkowymi kosztami czasowego zajęcia działek dla terenów niezbędnych, do realizacji zadania (ppkt 3.2.4 lit. l),
- wskazanymi w SIWZ w rozdziale I - Instrukcja dla wykonawców w pkt 3 dot. opisu przedmiotu zamówienia, dodatkowymi kosztami zapewnienia nadzoru archeologicznego w przypadku wystąpienia konieczności w trakcie prowadzonych robót ziemnych (ppkt 3.2.4 lit. t),
- wskazanymi w SIWZ w rozdziale I - Instrukcja dla wykonawców w pkt 3 dot. opisu przedmiotu zamówienia, dodatkowymi kosztami zapewnienia w razie potrzeby nadzoru saperskiego w przypadku obecności ewentualnych niewypałów/niewybuchów (ppkt 3.2.4 lit. u),
- kosztami zwiększonego zużycia paliwa, wzrostem cen paliw oraz powiązanych z tym wzrostem cen asfaltów niezbędnych do wykonania nawierzchni bitumicznych będących przedmiotem niniejszego postępowania, awarii lub innych niespodziewanych zdarzeń - tym

bardziej, że zgodnie z pkt 4 SIWZ (rozdział I - Instrukcja dla wykonawców) zakończenie realizacja przedmiotu zamówienia nastąpić ma dopiero w ostatnim kwartale roku 2018 r.

W opinii odwołującego, zignorowanie tych okoliczności świadczy o braku wiarygodności i rzetelności oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., co również przemawia za koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Ad. 13.

Rażące zniżenie ceny całej oferty w konsekwencji zniżenia cen w poszczególnych pozycjach

Odwołujący zauważył, że konsekwencją rażącego zniżenia cen w wyżej wskazanych pozycjach: 2.1, 2.1.2, 2.4, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.3, 2.7.1, 2.8, 2.8.1, 2.8.2, od 2.9 do 2.15.3 włącznie, 2.16, 2.16.1, 2.18 i 2.18.1 Wykazu Płatności było rażąco zniżenie ceny całej oferty, co przełożyło się na to, że cena oferty Strabag Sp. z o.o. jest aż o ponad 9.230.116 zł niższa (a więc o około 30%) od kolejnej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu (tj. oferty odwołującego, której cena była druga w kolejności).

W ocenie odwołującego, zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Strabag Sp. z o.o. z przyczyn wskazanych powyżej. Odmienne postępowanie zamawiającego i dokonanie wyboru oferty tego właśnie wykonawcy sprzeczne jest, w ocenie odwołującego, z cytowanymi przepisami ustawy Pzp dotyczącymi odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, jak też stanowi wyraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem odwołującego, analiza oferty Strabag Sp. z o.o. i przedstawionych przez tego wykonawcę wyjaśnień prowadzić powinna do jednoznacznego wniosku, że wykonawca ten w sposób niedopuszczalny i nieakceptowalny przez ustawodawcę próbuje uzyskać zamówienie publiczne objęte postępowaniem.

Odwołujący podniósł, że rażąco zniżenie wartości niektórych robót w Wykazie Płatności, a wskutek tego również łącznej ceny oferty, jest istotne nie tylko dla uznania, iż oferta Strabag Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ale analiza wartości poszczególnych pozycji Wykazu Płatności jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, oferta Strabag Sp. z o.o. wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13.

Dodatkowo, uwzględniając fakt zaferowania przez Strabag Sp. z o.o. cen na

poziomie 144.261 zł za wykonanie całej branży mostowej - małe mosty (cała część B. Wykazu płatności) odwołujący podniósł, że jeżeliby intencją Strabag Sp. z o.o. było przerzucenie kosztów wykonania tych prac do innych pozycji Wykazu płatności (na co wskazuje nieproporcjonalnie wysoka wartość podana przez Strabag Sp. z o.o. w pozycji 2.3.2 Przepusty pod koroną drogi) - to wówczas uzasadnione powinno być przekonanie, że charakter i celowość tego działania nie jest podyktowana rachunkiem ekonomicznym i realną wartością, ale innymi celami, taki jak utrudnienie (zamawiającemu i innym wykonawcom) możliwości prawidłowej weryfikacji oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. pod kątem występowania rażąco niskiej ceny, brak możliwości porównywania ofert. Oczywistym jest bowiem, w opinii odwołującego, że nie opiera się na rachunku ekonomicznym ustalenie ceny za wyżej wymienione prace na poziomie 144.261 zł za wykonanie całej branży mostowej - małe mosty, a jednocześnie nieproporcjonalnie wysokiej wartości 2.870.147,49 zł za wykonanie Przepustów pod koroną drogi (poz. 2.3.2), gdy według Programu Funkcjonalno-Użytkowego zakres tych drugich robót jest mniejszy od robót branży mostowej. Takie zaś działanie ocenione powinno być zostać, zdaniem odwołującego, jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jako zagrażające i naruszające (w skutkach, jakie rodziło) interes innych przedsiębiorców - wykonawców, którzy rzetelnie ustalili poziom oferowanych przez siebie cen jednostkowych za ww. roboty, a tym samym stanowiące naruszenie art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący przypomniał, że treść subklauzuli 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu pozwala na stwierdzenie, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia nie ma charakteru klasycznego, „sztywnego” ryczału, lecz jego wysokość zależeć będzie od faktycznie wykonanych robót, tzn. gdy wykonawca nie wykona robót objętych którąś z pozycji Wykazu Płatności, to zamawiający powołując się na subklauzulę 14.1. Warunków Szczególnych Kontraktu przy obliczaniu wynagrodzenia pomniejszy wypłacaną kwotę o wartość robót faktycznie niewykonanych. W takim kontekście, jak zauważył odwołujący, ewentualne manipulowanie przez Strabag Sp. z o.o. składnikami ceny globalnej może nabierać dodatkowego sensu. Odwołujący podkreślił, że w efekcie tej manipulacji część z wartości jednostkowych wskazanych w ofercie Strabag Sp. z o.o. jest absurdalnie niska w stosunku do stawek rynkowych (np. wykonanie całej branży mostowej - małe mosty), inna zaś część (poz. 2.3.2 przepusty pod koroną drogi) jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek rynkowych. Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, gdy z treści subklauzuli 14.1. Warunków Szczególnych Kontraktu oraz odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 28 wynika, że przy obliczaniu wynagrodzenia do wypłaty dla wykonawcy zamawiający pomniejszy wypłacaną kwotę o wartość tych pozycji Wykazu

Płatności, które faktycznie nie zostały wykonane, takie działania Strabag Sp. z o.o. zagrażają nie tylko interesom innych przedsiębiorców (pozbawionych możliwości realizacji zamówienia, ale przede wszystkim zagrażają interesom klienta, czyli zamawiającego. Może się bowiem okazać, że w trakcie realizacji zadania zostanie ustalone, iż roboty pierwotnie zakwalifikowane do kategorii branży mostowej - małe mosty w ogóle nie będą wykonywane i wówczas pomimo znacznego zmniejszenia zakresu robót (odjęcie całej branży mostowej) zamawiający i tak zmuszony będzie wypłacić wykonawcy wynagrodzenie jak za wszystkie roboty, gdyż odjęcie (na podstawie w/w subklauzuli 14.1.) od całego wynagrodzenia ofertowego rażąco zaniżonej wartości robót branży mostowej praktycznie nie wpłynie na realne obniżenie wynagrodzenia tego wykonawcy. Już samo zagrożenie tą sytuacją stanowi, zdaniem odwołującego, podstawę do uznania działań Strabag Sp. z o.o. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że przesłanki do przyjęcia, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wynikają z przedstawionych powyżej okoliczności i dowodów świadczących o zaniechaniu przez zamawiającego wykonania jego ustawowego obowiązku do odrzucenia oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. ze względu na podanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz ze względu na to, że złożenie oferty przez Strabag Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Strabag Sp. z o.o. i wszystkich załączników do tych wyjaśnień;
- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag Sp. z o.o.;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów i okoliczności podniesionych w odwołaniu;
- 4) odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o.;
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 25 lipca 2016 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o.

W toku postępowania strony podtrzymały swe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o., treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego do Strabag Sp. z o.o. w dniu 24 maja 2016 r., treść wyjaśnień Strabag Sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 28 lipca 2016 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym m.in. z opracowanych przez zamawiającego formularza oferty (pkt 1), czy wykazu płatności, który składa się wyłącznie z podania cen za poszczególne pozycje ujęte globalnie jako cena za dany rodzaj robót, nie zaś za jednostkę miary. Brak jest również możliwości rozliczenia przedmiotowego zamówienia na podstawie cen jednostkowych, bowiem zamawiający nie żądał ich podania. Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez odwołującego na rozprawie Załącznika nr 12 jako dowodu na poparcie stanowiska odwołującego dotyczącego charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym zamówieniu. Składające się na ww. załącznik dokumenty dotyczą innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie mogą mieć przełożenia na warunki przedmiotowego postępowania. O charakterze wynagrodzenia w postępowaniu objętym odwołaniem może rozstrzygać jedynie treść dokumentacji opracowanej przez zamawiającego

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, Izba stwierdziła, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie uniemożliwia badania poszczególnych pozycji wykazu płatności pod kątem rażąco niskiej ceny, jako że wycena poszczególnych pozycji może mieć wpływ na cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła również, że przedmiotem zamówienia objętego rozpoznawanym odwołaniem jest wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zadania pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 988 Babica-Strzyżów-Warzyce na odcinku od miejscowości Zaborów do początku obwodnicy m. Strzyżów”. Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 51 270 787,59 zł (nie wliczając zamówień uzupełniających).

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły oferty następujących wykonawców:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o. i REMOST Sp. z o.o. – 33 607 947,51 zł (w tym: 979 695 zł za fazę projektowania i 32 628 252,51 zł za fazę robót budowlanych),
- Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. – 31 045 817,30 zł (w tym: 873 300 zł za fazę projektowania i 30 172 527,30 zł za fazę robót budowlanych),
- Strabag Sp. z o.o. – 21 815 710,39 zł (w tym: 809 224,61 zł za fazę projektowania i 21 006 485,78 zł za fazę robót budowlanych),
- MATBUD S. S. – 59 942 602,41 zł (w tym: 2 189 465,19 zł za fazę projektowania i 57 753 137,22 zł za fazę robót budowlanych).

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Strabag Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien w wyjaśnieniach uwzględnić w szczególności takie elementy Wykazu płatności, jak elementy ochrony środowiska wycenione na 289 200,86 zł, branża mostowa-małe mosty wyceniona na 144 261,00 zł, oraz zabezpieczenie osuwisk wycenione na 2 199 461,49 zł.

Izba stwierdziła, że złożone przez Strabag Sp. z o.o. w dniu 14 czerwca 2016 r. wyjaśnienia w swej treści stanowią wartość gospodarczą, odnoszą się m.in. do przyjętej przez przystępującego koncepcji realizacji przedmiotowego zamówienia, która pociąga za sobą określony sposób kalkulacji ceny za jego realizację, do dostępnych temu wykonawcy warunków powodujących obniżenie cen, wskazują też na środki podjęte w celu zachowania

przedmiotowych informacji w poufności, i z tego względu zasługują na ochronę. Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, Izba skonstatowała, że wyjaśnienia Strabag Sp. z o.o. w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę są wyczerpujące, uzasadniają wysokość zaoferowanej ceny w sposób wystarczający, wskazujący na jej realność i rzetelność kalkulacji. Wykonawca poparł też ww. wyjaśnienia stosownymi dowodami. Z uwagi na stwierdzoną przez Izbę zasadność utajnienia ww. wyjaśnień Strabag Sp. z o.o., podanie szczegółowego uzasadnienia odnoszącego się do treści wyjaśnień oraz złożonych dowodów nie jest możliwe. Wskazać jednak należy, że wyjaśnienia Strabag Sp. z o.o. odnoszą się do wszystkich elementów zakwestionowanych przez odwołującego, wykonawca ten wykazał realność poczynionych kalkulacji składając na tę okoliczność liczne dowody. Prawdliwość dokonanej kalkulacji została również potwierdzona złożonymi przez Strabag Sp. z o.o. na rozprawie dodatkowymi wyjaśnieniami. Izba nie znalazła zatem podstaw do kwestionowania ww. wyjaśnień. Tym samym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że Strabag Sp. z o.o. nie złożyła wyjaśnień, lub że dokonana ich ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie obalone zostało powstałe w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień domniemanie, na które wskazuje odwołujący, że cena oferty Strabag Sp. z o.o. jest rażąco niska.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonych przez odwołującego dowodów w postaci Załączników do odwołania nr 6a-8 i 13-23. Izba zważyła bowiem, że przedmiotowe postępowanie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a zatem to na wykonawcy spoczywa obowiązek zaprojektowania sposobu realizacji zamówienia. Co za tym idzie, każdy z wykonawców zobowiązany był poczynić własne założenia i na ich podstawie przyjmując dane do wyceny przedmiotu zamówienia mając na uwadze dostępne mu indywidualne uwarunkowania związane z jego realizacją. Ww. dowody złożone przez odwołującego oparte zostały na koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia przyjętej przez odwołującego, zatem brak jest podstaw do twierdzenia, że mają przełożenie na wycenę zamówienia przez Strabag Sp. z o.o. W szczególności należy zauważyć, że dowodu w przedmiotowej sprawie nie może stanowić wykonana na zlecenie odwołującego analiza akustyczna oraz poczynione na jej podstawie obliczenia. Jak wskazuje treść specyfikacji (Rozdział I pkt 3.2.1.1. ppkt 6), projektowane przez wykonawcę zabezpieczenia akustyczne muszą być zgodne z postanowieniami decyzji środowiskowej, a zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że założenia przyjęte przez odwołującego co do ochrony akustycznej są prawidłowe. Nie sposób również uznać, że kalkulacja ceny dokonana przez odwołującego oparta jest na najniższych cenach elementów składowych dostępnych na rynku. W celu wykazania prawidłowości poczynionych kalkulacji odwołujący oparł się na otrzymanych od

podwykonawców ofertach – w tym zakresie odwołujący nie wykazał, że są to najniższe dostępne oferty na rynku. Izba stwierdziła, że są to oferty złożone wyłącznie odwołującemu, zaś inni wykonawcy, w tym Strabag Sp. z o.o., pozyskali oferty uzależnione od zawartych umów, pozyskanych kontaktów itp. Podstawy do wiążącego ustalenia czy cena jest rażąco niska nie mogą stanowić publikowane przez Sekocenbud stawki. Jak już wyżej wskazano, każdy z wykonawców uprawniony jest do indywidualnej wyceny danego przedmiotu zamówienia mając na uwadze dostępne mu warunki jego realizacji, na co wskazuje już art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie, dowodu w przedmiotowej sprawie nie może stanowić odwołanie wniesione przez Strabag Sp. z o.o. w innym postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 1195/16 – przedstawione tam dane i podane informacje dotyczą innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogą zatem w prosty sposób przekładać się na kalkulację przedmiotowego zamówienia. Izba nie uwzględniła również wniosku odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa o specjalności wyceny robót budowlanych, cen robót budowlanych i rozliczania inwestycji budowlanych na okoliczność, iż cena oferty Strabag Sp. z o.o. jest rażąco niska, oraz na okoliczność stwierdzenia, za jaką minimalną kwotę można zrealizować przedmiotowe zamówienie. Izba stwierdziła, że ocena złożonych przez Strabag Sp. z o.o. wyjaśnień jest możliwa i nie wymaga wiadomości specjalnych.

Wobec powyższego, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wobec poczynionych powyżej ustaleń, brak jest podstaw do stwierdzenia, że nie zachowane zostały przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: