

WYROK
z dnia 6 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 roku przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. z siedzibą w Toruniu oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu**,

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 13 lutego 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, w imieniu wykonawcy - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Toruniu i Erbud S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” wniesiono odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa ul. Szosa Chełmińska w Toruniu” przez Zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Toruniu.

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności oraz zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

- a) wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA S.A.,
- b) brak oceny lub brak prawidłowej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- c) odrzucenie oferty Odwołującego,
- d) brak wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa ul. Szosa Chełmińska w Toruniu od Trasy Średnicowej do ul. Polnej. W ramach inwestycji przewiduje się roboty rozbiórkowe, budowę jezdni bitumicznej, ułożenie chodników z kostki betonowej, budowę bitumicznej drogi rowerowej, budowę ekranów akustycznych, nasadzenie drzew i krzewów, ustawienie lamp ulicznych, usunięcie kolizji telekomunikacyjnych. Ponadto w ramach zadania zostaną wykonane: kanalizacja deszczowa, wodociągowa, sanitarna, komputerowe urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej, rozbudowany zostanie przejazd kolejowy oraz zlikwidowana zostanie bocznica kolejowa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 311058 - 2016 z dnia 21 września 2016 r. Zmiana ogłoszenia została opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 323627 - 2016 z dnia 14 października 2016 r.. Zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- a) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”,
- b) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz poprzez uznanie, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uzasadnia wniosek, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a także poprzez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień,
- c) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego stanowiska, a Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego wynikającej z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy SKAŃSKA jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonał ponownego badania i oceny ofert,
- d) wezwał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień - jeśli w dalszym ciągu pozostały wątpliwości, które nie zostały w ocenie Zamawiającego wyjaśnione,
- e) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Poprzez zaniechanie powyższych czynności Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku (*lucrum cessans*). Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wymienionych przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący w dniu 06 lutego 2017 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą jako najkorzystniejszą

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy SKANSKA, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, rażąco niską cenę oraz czyn nieuczciwej konkurencji. Termin 5-dniowy na wniesienie odwołania upływał w dniu 11 lutego 2017 r., jednak biorąc pod uwagę treść art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, termin ten przesunął się na dzień 13 lutego 2017 r., co oznacza, iż termin na wniesienie odwołania został zachowany. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W merytorycznej części uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego panuje całkowity chaos co do pogrupowania odpowiednich podstaw odrzucenia, tak jakby uzasadnienie przygotowywane było przez kilka osób a następnie w pośpiechu scalone. W związku z czym Odwołujący pogrupował podstawy odrzucenia pod konkretnie stawiane zarzuty według tego jak odkodowano intencje Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W zakresie rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający wskazał na:

a) Niezgodność w zakresie poz. 35 „Wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 90/3 (kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), warstwa grubości 15cm - ścieżka rowerowa, ściek korytkowy” oraz poz. 37 „Wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 50/30 (kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), warstwa grubości 10cm: chodniki; płyty wskaźnikowe; opaska kamienna, opaska z kostki bet. przy innych nawierzchniach”.

Jako podstawę rzekomej niezgodności Zamawiający wskazał wykonanie przedmiotu zamówienia nie z materiałów własnych.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego całkowicie pomija przygotowane przez siebie zapisy SIWZ. Wskazać należy, że zgodnie z wzorem umowy, na który powołuje się sam Zamawiający, ustalono, że: „*materiały kamienne z rozbiórki (kostka kamienna, krawężniki kamienne) oraz materiały nadające się do przekruszenia i ponownego wbudowania (destrukta z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe, kostka betonowa), stanowią własność Zamawiającego i Wykonawca przetransportuje je oraz złoży*

w magazynie depozytowym Zamawiającego. Pozostałe materiały z rozbiórki muszą być usunięte poza teren budowy przy przestrzeganiu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013r., poz. 21 ze zm.)". Następnie w SST D-00.00.00 WYMAGANIA OGÓLNE w pkt 2.1 Źródła uzyskania materiałów Zamawiający sam wskazał, że: „Wszystkie Materiały stosowane przez Wykonawcę przy wykonywaniu Robót winny: • być nowe i nieużywane (nie dotyczy robót ziemnych i materiałów z recyklingu warstw konstrukcyjnych istniejących jezdni)”.

Nie może zatem ulegać jakiegokolwiek wątpliwości, iż Zamawiający wyraźnie wskazał, że własność Zamawiającego, którą należy przetransportować do magazynu depozytowego stanowią: kostka kamienna, krawężniki kamienne, destruk z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe oraz kostka betonowa. Powyższe jest również spójne z zapisem pozwalającym na wykorzystanie w zakresie robót ziemnych materiałów używanych oraz materiałów z recyklingu warstw konstrukcyjnych istniejącej jezdni. Z przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej w sposób jednoznaczny wynika zamknięty katalog materiałów jakie należy zwrócić Zamawiającemu. Z tego katalogu równie jednoznacznie wyłączone jest kruszywo łamane. Zatem twierdzenia Zamawiającego nie znajdują podstaw w opracowanej przez niego dokumentacji postępowania, co więcej stoją w bardzo wyraźnej z nią sprzeczności. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest również odpowiedź Zamawiającego z dnia 26.10.2016 r.:

„4. Prosimy o podanie na etapie przetargu, które materiały z rozbiórki będą stanowiły własność Wykonawcy, a które materiały będą do przekazania do Zamawiającego. Jednocześnie prosimy o podanie dokładnej lokalizacji odwozu materiałów, które będą stanowiły własność Zamawiającego (adres; ulica miejscowość). Powyższe informacje są niezbędne, aby dokonać rzetelnej wyceny przedmiotowego zadania. Brak tej informacji ma wpływ na przygotowywaną przez nas ofertę i może skutkować narażeniem naszej, firmy na utratę możliwości pozyskania kontraktu, z uwagi na zawyżenie wyceny.

Ad 4) Wykonawca powinien przewidzieć koszty związane z transportem materiałów nadających się do ponownego wykorzystania (materiały kamienne z rozbiórki - kostka kamienna, krawężniki kamienne oraz materiały nadające się do przekruszenia i ponownego wbudowania - destruk z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe, kostka betonowa), na ul. Łukasiewicza w Toruniu. W przypadku materiałów nie nadających się do ponownego wykorzystania należy uwzględnić transport na odległość do 10 km i dodatkowo koszty utylizacji. Z kolei materiał pochodzący z rozbiórki torowiska tramwajowego, w szczególności szyny, należy przekazać do MZK Toruń.”

W powyższym zakresie intencje Zamawiającego nie zostały jednoznacznie opisane na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, w związku z czym obecnie

Zamawiający nie może błędów w zakresie przygotowanych zapisów przerzucać na Odwołującego.

b) Niezgodność w zakresie poz. 40 „Wykonanie ulepszanego podłoża z gruntu niespoistego stabilizowanego spoiwem, warstwa grubości 15 cm, dla ulic: Szosa Chełmińska, Długa, Żwirki i Wigury - KR4”.

Jako na podstawę rzekomej niezgodności Zamawiający powołał się na różnicę w obmiarze poz. 40.

Powyższe twierdzenia Zamawiającego pozostają jednak w sprzeczności zarówno z treścią informacji o odrzuceniu jak i treścią SIWZ, gdzie wyraźnie wskazano, iż: „za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca”. Powyższy zapis wskazany jest w Rozdziale i pkt 16.4 SIWZ i został dodatkowo powołany w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jednocześnie stanowisko Zamawiającego zostało potwierdzone w odpowiedziach z dnia 26.10.2016 r., gdzie wskazano, że:

Ad 18) Zamawiający podtrzymuje rozwiązania konstrukcyjne przedstawione w dokumentacji technicznej. Odnośnie przedmiaru robót, Zamawiający wypełniając dyspozycją art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, określił opis sposobu obliczenia ceny w Specyfikacji, informując o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, Zgodnie z zapisem pkt 16.4, SIWZ za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca. Z kolei w pkt 16.6. SIWZ czytamy, iż przedmiar robót jest wyłącznie dokumentem pomocniczym; z którego Wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny oferty, ale nie ma takiego obowiązku. W związku z powyższym, Wykonawca zobowiązany jest do kalkulacji wszystkich kosztów, które uzna za konieczne, aby zrealizować zadanie będące przedmiotem niniejszego postępowania, co oznacza, iż jest zobowiązany do samodzielnej weryfikacji ilości poszczególnych asortymentów robót opierając się w pierwszej kolejności na dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, jak również korzystając ze środków, jakie uzna w tym przypadku za konieczne, w szczególności z własnego doświadczenia oraz wizji w terenie. Wynagrodzenie ryczałtowe prowadzi do zawarcia umowy, która jest umową rezultatu w postaci uzyskania przez Zamawiającego od Wykonawcy zrealizowanego zamierzenia budowlanego. Ustalenia Wykonawcy zawarte w kosztorysie ofertowym staną się wiążące dla obu Stron z chwilą zawarcia umowy.

Jeśli zatem Zamawiający sam przewidział, że to Wykonawca odpowiada za ustalenie ilości robót i innych świadczeń (obmiar), to brak jest jakichkolwiek podstaw to zarzucania obecnie Odwołującemu sprzeczności oferty z treścią SIWZ, jeśli skorzystał on z możliwości

ustalonych przez Zamawiającego. Należy również podkreślić, że w celu weryfikacji ilości, jakie należało przyjąć do wyceny poz. 40, Odwołujący zlecił wykonanie badań w celu określenia rodzaju gruntów stanowiących podłoże pod konstrukcję istniejącego układu komunikacyjnego. Na wykonanie tych prac Odwołujący zdecydował się z uwagi na fakt, iż dokumentacja geologiczna została opracowana na podstawie odwiertów zrealizowanych poza przebiegiem istniejącej jezdni. Odwołujący nie kwestionuje wyników badań geologicznych przeprowadzonych na etapie prac projektowych. Dopiero wykonanie odwiertów bezpośrednio w jezdni pozwoliło na rzetelne oszacowanie ilości prac. Wyniki badań zostały załączone do wyjaśnień przekazanych Zamawiającemu 05.01.2017 r. W toku udzielanych wyjaśnień Odwołujący nigdy nie stwierdził, że w przypadku wystąpienia w podłożu gruntów grupy nośności G2, nie wykona przewidzianej w projekcie warstwy ulepszanego podłoża z gruntu niespoistego stabilizowanego cementem. W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna i niezgodna z SIWZ jest nieuprawnione i może być interpretowane jako niezrozumienie intencji Odwołującego. Odwołujący jako doświadczony Wykonawca chcąc uczciwie sprostać postawionym przez Zamawiającego wymaganiom, co do indywidualnego oszacowania ilości, podjął na własny koszt decyzję o wykonaniu dodatkowych badań. Na ich podstawie, jak i bazując na własnym doświadczeniu, oszacował ilości, do czego został w jednoznaczny sposób zobligowany przez Zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący potwierdza, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ, a ryzyko wystąpienia w podłożu gruntów grupy nośności G2 jest w kalkulowane w złożoną ofertę. Ponadto Odwołujący wziął pod uwagę Opis Techniczny, który warunkował wykonanie warstwy wzmocnionego podłoża również z uwagi na „możliwość występowania w okresie budowy nawierzchni ciężkiego ruchu technologicznego”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący dokonał prawidłowego obmiaru (do czego przecież upoważnił sam Zamawiający) z uwagi na fakt występowania gruntów należących do grupy nośności G1 oraz dobór technologii nieobarczony występowaniem ciężkiego ruchu technologicznego. W ocenie Odwołującego ostateczne rozstrzygnięcie będzie możliwe dopiero na etapie realizacji zamówienia, natomiast na dzień dzisiejszy stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione, co więcej może wprowadzać w błąd wykonawców, co skutkować będzie zawyżeniem cen ofertowych.

c) Niezgodność w zakresie poz. 47 „Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej rzędowej grubości 14 cm z podsypką cementowo-piaskową gr. 3 cm z wypełnieniem szczelin piaskiem z żywicą: zatoki autobusowe, pierścień przy wyspie centralnej, miejsca postojowe”.

Jako podstawę rzekomej niezgodności Zamawiający wskazał wykorzystanie materiałów z rozbiórki do wykonania przedmiotu zamówienia. Co więcej w sposób całkowicie niezrozumiały Zamawiający przyjął, że w zakresie poz. 47 przyjęto wykorzystanie kostki

kamiennej z rozbiórki istniejącej ul. Szosa Chełmińska, mimo że takie sformułowanie nigdy nie znalazło się w wyjaśnieniach Odwołującego. Należy podkreślić, że w przeciwieństwie do Odwołującego, Zamawiający nie jest limitowany czasem a i tak popełnia błędy w ramach prowadzonego postępowania.

Drugą podstawą rzekomej niezgodności w zakresie poz. 47 jest zastosowanie kostki z rozbiórki, która rzekomo nie została przez Zamawiającego dopuszczona do wykorzystania. Zamawiający w treści odrzucenia powołuje się na ogólny zapis, zgodnie z którym „*Wszystkie materiały stosowane przez Wykonawcę przy wykonywaniu robót winny być nowe i nieużywane*”, pomijając całkowicie, że w zakresie kostki przewidział on inne zasady. Zamawiający mianowicie pomija, że w SST D- 05.03.01 NAWIERZCHNIA Z KOSTKI KAMIENNEJ w pkt. 2.2.2. wskazał, że: „*W przypadku stosowania kostki pochodzącej z rozbiórki zakres badania ogranicza się do odrzucenia kostek popękanych lub o nieprawidłowym kształcie*”. Ponownie zatem Zamawiający nie limitowany czasem opiera zarzuty względem oferty Odwołującego jedynie na części zapisów SIWZ, pomijając zasady, które sam ustanowił.

d) Niezgodność w zakresie wykonania konstrukcji inżynierskich.

Jako podstawę rzekomej niezgodności Zamawiający wskazał na wykonanie murów oporowych z gotowych elementów prefabrykowanych po sporządzeniu projektu zamiennego przez firmę Baumat Sp. z o.o. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający w sposób zręczny lecz błędny zinterpretował wyjaśnienia Odwołującego odnośnie sposobu wykonania elementów oporowych.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2016r. nie oświadczył, iż „*niski koszt realizacji tych robót wynika z przyjęcia w kalkulacji ceny oferty innego niż zakładany w SIWZ rozwiązania technologicznego.*”

W wyjaśnieniach Odwołujący zamieścił następujące sformułowanie: „*Kluczowym elementem pozwalającym zaoferować konkurencyjną cenę za wykonanie tej części zamówienia było oszacowanie prac związanych z budową murków oporowych*”. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż oszacowana w kosztorysie wartość „konstrukcji inżynierskich” przy założeniu montażu materiałów przez szalowanie, zbrojenie i betonowanie jest tożsama z montażem elementów prefabrykowanych, zatem nie miała wpływu na wysokość oferty. Wskazać również należy, że zgodnie z umową każdy materiał wykorzystany do realizacji niniejszego zamówienia musi być wcześniej zaakceptowany przez Inżyniera. Wymaganie to dotyczy wszystkich wbudowywanych elementów począwszy od kruszywa, poprzez materiały instalacyjne i sieciowe, skończywszy na prefabrykacjach betonowych (np. kostka, krawężniki itp.). W piśmie z dnia 06.02.2017 r. Zamawiający z niewiadomych przyczyn błędnie zinterpretował intencje Odwołującego co do wyjaśnień z dnia 05.01.2017 r. Skoro jest to jeden z powodów, dla których Zamawiający odrzuca ofertę, Zamawiający w piśmie z dnia

13.01.2017 r. winien poprosić o dalsze wyjaśnienia w tej kwestii w celu rozwiania wszelkich wątpliwości. Z jedynie sobie znanych powodów tego nie uczynił, co poskutkowało przyjęciem błędnego założenia.

Załączony do wyjaśnień Odwołującego dowód w postaci przykładowej oferty na materiały prefabrykowane przekazano w celu udowodnienia, iż zastosowane prefabrykaty będą posiadały parametry odpowiadające materiałom przewidzianym w dokumentacji projektowej. Zgodnie z dokumentacją elementy oporowe powinny być wykonane z betonu C30/37 oraz stali klasy A-IIIN. Oferta materiałowa przedsiębiorstwa Baumat Sp. z o.o. została opracowana na równoważnych klasach betonu i stali. Co więcej należy wskazać, że w SST D.10.09.01. KONSTRUKCJE OPOROWE I POCHYLNIA w pkt. 5.1 Zamawiający odwołał się do ogólnych zasad wykonywania robót podanych w SST D-00.00.00 „Wymagania ogólne” pkt 5. Zgodnie z tymi ogólnymi zasadami to: *„Wykonawca jest odpowiedzialny za stosowane metody wykonywania robót”*. Sposób montażu wskazany przez Odwołującego jest zatem niczym innym jak tylko metoda wykonania robót i nie może być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ jako, że wykonany mur oporowy będzie dokładnie odpowiadał wszystkim wymaganiom technicznym i jakościowym Zamawiającego.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż nawet w przypadku przyjęcia twierdzeń Zamawiającego możliwość zaoferowania powyższego rozwiązania była dopuszczalna z uwzględnieniem zapisów SIWZ co do rozwiązania równoważnego.

e) Niezgodność w zakresie sieci gazowych. Jako podstawę rzekomej niezgodności Zamawiający wskazał założenie Odwołującego, iż nie wykona całości robót rozbiórkowych sieci gazowej.

W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego stanowiska. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w sposób jasny określił, iż zamówienie ma charakter ryczałtowy, a za wykonanie kalkulacji odpowiadają wyłącznie Wykonawcy. W treści swojej oferty Odwołujący dokonał wyceny rozbiórki wszystkich wymaganych przez Zamawiającego odcinków sieci gazowej. Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia, który odcinek sieci gazowej do rozbiórki nie został objęty ofertą Odwołującego a podstawa domniemanych niezgodności to według Zamawiającego różnice w wycenie prac rozbiórkowych. Co znamienne, sam Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty stawia jedynie taką hipotezę wskazując, iż różnice w wycenie mogą wskazywać na przyjęte założenie, iż nie zamierza wykonać całego zakresu prac rozbiórkowych. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że z oferty jasno wynika wycena wszystkich wskazanych sieci gazowych do rozbiórki, brak jest uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie, z którą Odwołujący mógłby podjąć jakąkolwiek polemikę. Odwołujący ma pełną świadomość zakresu zadania i potwierdza, że wszelkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia zostały uwzględnione.

W zakresie domniemywanych przez Zamawiającego niezgodności z treścią SIWZ wskazać również należy, że Odwołujący wielokrotnie podkreślał zgodność złożonej przez siebie oferty z treścią SIWZ. Tym samym Zamawiający dokonując wykładni wszystkich złożonych wyjaśnień winien kierować się zasadą wynikającą z art. 65 § 1 k.c., w myśl której oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką właśnie ofertą jest oferta Odwołującego. Trafnie stwierdza M. Safjan, że nie istnieje żaden uniwersalny schemat interpretacyjny służący ustaleniu znaczenia poszczególnych składników oświadczenia woli, gdyż ten sam zwrot może mieć różne znaczenia w zależności od kontekstu. Jednocześnie powołany autor zauważa, że *„interpretacja ta nie jest jednak poddana arbitralnej ocenie podmiotu składającego oświadczenie woli, ale uzależniona jest w danych okolicznościach od zewnętrznych zobiektywizowanych kryteriów, które tworzą zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”* (M. Safjan (w:) Kodeks cywilny..., red. K. Pietrzykowski, 1.1, 2005, s. 294).

Przy wykładni oświadczenia woli należy uwzględnić te zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, które mają odniesienie do ogółu okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli. Okoliczności te mogą mieć zarówno charakter przedmiotowy (np. czas, miejsce, przedmiot czynności), jak i podmiotowy (np. doświadczenie w obrocie, sytuacja osobista, możliwości percepcji). P. Sobolewski zwraca uwagę, że „katalog czynników zewnętrznych wpływających na wykładnię oświadczenia woli jest otwarty”, a jednocześnie trudno byłoby ustalić hierarchię takich okoliczności. Autor podaje jednak te okoliczności, które uwzględnić trzeba najczęściej:

- 1) dotychczasowe relacje między składającym oświadczenie a adresatem;
- 2) status prawny składającego oświadczenie woli (przedsiębiorca, konsument);
- 3) przebieg negocjacji, pozwalający zrekonstruować zamiar uczestników;
- 4) postępowanie składającego oświadczenie woli, w tym także już po złożeniu oświadczenia (P. Sobolewski (w:) Kodeks cywilny..., red. K. Osajda, 1.1, s. 685-686).

W związku z powyższym, Zamawiający winien przeprowadzić rzetelne badanie oferty Odwołującego przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych, co zdaniem Odwołującego nie miało miejsca.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz poprzez uznanie, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uzasadnia wniosek, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a także poprzez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień

W zakresie tego zarzutu Zamawiający opiera całe swoje stanowisko na sporządzonej przez siebie wycenie wskazanych pozycji kosztorysu.

Na wstępie Odwołujący podtrzymał twierdzenie, iż wartość szacunkowa zamówienia określona przez Zamawiającego jest istotnie zawyżona w stosunku do aktualnie obowiązujących cen na rynku województwa kujawsko-pomorskiego. Żaden z wykonawców nie złożył oferty z ceną zbliżoną do wartości zamówienia., gdzie wartość brutto robót Zamawiający ustalił na 25 257 215,76 zł (netto: 20 534 321,76 zł) oferta Odwołującego opiewa na kwotę brutto 13 963 153,39 zł (netto: 11 352 157,23 zł) i stanowi 55,28% budżetu Zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający zrzęcznie posługuje się różnicami w wycenie przedmiotu zamówienia Odwołującego oraz pozostałych wykonawców. Istniejące różnice w wycenach Zamawiający określa jako „znaczne”. W ocenie Odwołującego nie można uznać za znaczną różnicę w wycenie sytuacji, gdy różniące te wynoszą:

- 1) 12,96% - w stosunku do ceny oferty Skanska S.A.
- 2) 13,58% - w stosunku do ceny oferty Strabag Sp. z o.o.
- 3) 13,80% - w stosunku do ceny oferty PBDiM Kobyłarnia S.A.
- 4) 13,58% - w stosunku do ceny oferty Eurovia Polska S.A.

Cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega w rażący sposób od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Średnia arytmetyczna cena brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 15.541.415,39zł. Cena Odwołującego jest zatem niższa od średniej o około 10%.

Na wezwania Zamawiającego z dnia 23.12.2016 r. oraz 27.12.2016 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi 05.01.2017r. Dnia 13.01.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do ponownego wyjaśnienia sposobu kalkulacji pozycji kosztorysowych branży drogowej nr 3, 34, 37, 40 i 46. Szczegółowy sposób kalkulacji tych pozycji kosztorysowych Odwołujący wyjaśnił już w piśmie z 05.01.2017 r. W przesłanym wezwaniu Zamawiający sporządził kalkulację, która rzekomo powstała przy uwzględnieniu czynników cenotwórczych podanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2017 r. W odpowiedzi z dnia 19.01.2017 r. Odwołujący odniósł się do wszystkich kwestii poruszonych przez Zamawiającego oraz wykazał, iż opracowana kalkulacja jest nieprawidłowa. Różnica w wycenie pozycji kosztorysowych nr 3, 34, 37, 40 i 46 w stosunku do wyceny Odwołującego wynosi 1.058.398,09 zł brutto, zaś różnica w wycenie tych pozycji kosztorysowych w stosunku do średniej cen złożonych przez wszystkich oferentów wynosi 710.986,15zł brutto.

Odnosząc się do pozycji wskazanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wskazać należy:

- a) Poz. 3 „Rozbiórka nawierzchni bitumicznej o średniej grubości 27cm, na podbudowie z kruszywa średniej grubości 22cm - Szosa Chełmińska, ul. Długa”. W odrzuceniu oferty

Odwołującego z dnia 06.02.2017r. Zamawiający wskazał, iż średnia grubość warstw wynosi 30cm.

Zgodnie z protokołem z dnia 06.10.2014 r. w celu określenia grubości warstw konstrukcyjnych wykonano 4 odwierty o średniej grubości 21,19cm. Przyjmując zatem grubość warstwy 21,19cm oraz dzienną wydajność na poziomie 3.000m² ilość materiału z rozbiórki wynosi: 3000m²x0,21mx2,3t/m³ co daje 1.449 ton. Odwołujący podkreśla, że uzyskanie takiej wydajności w czasie realizacji robót jest realne do osiągnięcia. Co więcej nawet w przypadku gdyby grubość warstw konstrukcyjnych wynosiła 30cm rozbiórka 3.000m² nawierzchni jest możliwa do wykonania. W przypadku prowadzenia robót polegających na frezowaniu nawierzchni głównym czynnikiem determinującym wydajność jest wydajność frezarki. Odwołujący skalkulował wykonanie prac rozbiórkowych na poziomie 4,01zł/m² netto, co jest w pełni wystarczające na wykonanie tej części zamówienia. Wszystkie te okoliczności potwierdzają realność zaoferowanej ceny w tym zakresie.

Wskazać również należy, że choć w ocenie Zamawiającego wartość ta jest niedoszacowana, to w innym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez tego Zamawiającego (Przebudowa ul. Droga Starotoruńska w Toruniu, postępowanie znak DZP-271.14.2016) Oferent - firma SKANSKA S.A., któremu powierzono wykonanie zadania, zaoferował wykonanie frazowania nawierzchni za cenę 0,30zł/m² netto, co jednak nie poskutkowało odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.

b) Poz. nr 34 „Wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 90/3 (kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), warstwa grubości 20cm, dla ulic: Szosa Chełmińska, Długa, Żwirki i Wigury - KR4; Św. Józefa, Harcerska, Bartkiewiczówny, Wodociągowa - KR2; zjazdy z kostki bet.”

Z przedstawionego Zamawiającemu przez Odwołującego obmiaru robót wynika, iż niezbędna ilość kruszywa konieczna do wykonania tego asortymentu wynosi: 8.816,67t. Podczas przeliczenia ilości niezbędnego kruszywa z m³ na tony Odwołujący założył średnią gęstość materiału na poziomie 1,9t/m³. Założenie to jest zgodne z wynikami badań kruszywa 0/31,5 oraz doświadczeniami Odwołującego. Z powyższej kalkulacji wynika, iż Odwołujący musi pokryć różnicę 3.248,18t (8.816,67t-5.568,49t) kruszywa z materiału rozbiórkowego lub własnego magazynu. O możliwości wykorzystania kruszywa znajdującego się na magazynie WMB Odwołujący poinformował Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2017r. Łączna ilość kruszywa łamanego znajdująca się w magazynie WMB to 5.516,36t. Średni koszt jednej tony kruszywa pochodzącej z magazynu to 15zł/t. Wszystkie te okoliczności potwierdzają realność zaoferowanej ceny w tym zakresie.

c) Poz. 35 „Wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 90/3 (kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), warstwa grubości 15cm - ścieżka rowerowa, ściek korytkowy”.

Z przedstawionego Zamawiającemu przez Odwołującego obmiaru robót wynika, iż niezbędna ilość kruszywa konieczna do wykonania tego asortymentu wynosi: 779,70t (2.735,79m²x0,15mx1,9t/m³). O możliwości wykorzystania kruszywa znajdującego się na magazynie WMB Odwołujący poinformował Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2017r. Powyższe okoliczności potwierdzają realność zaoferowanej ceny w tym zakresie.

d) Poz. 37 „Wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 50/30 (kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), warstwa grubości 10cm: chodniki; płyty wskaźnikowe; opaska kamienna, opaska z kostki bet przy innych nawierzchniach”.

Z przedstawionego Zamawiającemu przez Odwołującego obmiaru robót wynika, iż niezbędna ilość kruszywa konieczna do wykonania tego asortymentu wynosi: 1.717,85t (9.041,33m²x0,1mx1,9t/m³). Z powyższej kalkulacji wynika, iż Odwołujący musi pokryć różnicę 630,25t (1.717,85t-1.087,60t) kruszywa z materiału rozbiórkowego lub własnego magazynu. O możliwości wykorzystania kruszywa znajdującego się na magazynie WMB Odwołujący poinformował Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2017r. Powyższe okoliczności potwierdzają realność zaoferowanej ceny w tym zakresie.

Ad. b) c) d)

Łączna ilość kruszywa niezbędnego do wykonania pozycji przedmiarowych 34, 35 i 37 to 11.314,22t (8.816,67t.+ 1.717,85t+779,70t). Prowadząc prace rozbiórkowe Odwołujący jest w stanie odzyskać około 5.500t kruszywa łamanego. Dodatkowo w magazynie WMB złożone jest 5.516,36t kruszywa. Niezbędne zapotrzebowanie zostanie pokryte poprzez zakup kruszywa z kopalni, wykorzystanie kruszywa rozbiórkowego lub materiału znajdującego się na magazynie Odwołującego. W przypadku stwierdzenia nieprzydatności części materiału pochodzącego z rozbiórek Odwołujący dysponuje dużym zapasem na magazynie WMB. Możliwość wykorzystania kruszywa została przewidziana przez Zamawiającego w treści SIWZ. Jak wskazywano już w zakresie zarzutu dot. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający przewidział, że: „*materiały kamienne z rozbiórki (kostka kamienna, krawężniki kamienne) oraz materiały nadające się do przekruszenia i ponownego wbudowania (destruk z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe, kostka betonowa), stanowią własność Zamawiającego i Wykonawca przetransportuje je oraz złoży w magazynie depozytowym Zamawiającego. Pozostałe materiały z rozbiórki muszą być usunięte poza teren budowy przy przestrzeganiu przepisów*

ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013r., poz. 21 ze zm.)", zaś w SST D- 00.00.00 WYMAGANIA OGÓLNE w pkt 2.1 Źródła uzyskania materiałów Zamawiający sam wskazał, że: „Wszystkie Materiały stosowane przez Wykonawcę przy wykonywaniu Robót winny: • być nowe i nieużywane (nie dotyczy robót ziemnych i materiałów z recyklingu warstw konstrukcyjnych istniejących jezdni)".

Nie może zatem ulegać jakiegokolwiek wątpliwości, iż Zamawiający wyraźnie wskazał, że własność Zamawiającego, którą należy przetransportować do magazynu depozytowego stanowią: kostka kamienna, krawężniki kamienne, destruk z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe oraz kostka betonowa. Powyższe jest również spójne zapisem pozwalającym na wykorzystanie w zakresie robót ziemnych materiałów używanych oraz materiałów z recyklingu warstw konstrukcyjnych istniejącej jezdni. Z przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej w sposób jednoznaczny wynika zamknięty katalog materiałów jakie należy zwrócić Zamawiającemu. Z tego katalogu również jednoznacznie wyłączone jest kruszywo łamane. Zatem twierdzenia Zamawiającego nie znajdują podstaw w opracowanej przez niego dokumentacji postępowania, co więcej stoją w bardzo wyraźnej z nią sprzeczności. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest również odpowiedź Zamawiającego z dnia 26.10.2016 r. wspomniana w pierwszej części odwołania.

e) Poz. 40 „Wykonanie ulepszanego podłoża z gruntu niespoistego stabilizowanego spoiwem, warstwa grubości 15 cm, dla ulic: Szosa Chełmińska, Długa, Żwirki i Wigury - KR4".

Zamawiający w sposób jasny określił, iż zamówienie ma charakter ryczałtowy. Za wykonanie kalkulacji odpowiadają wyłącznie Wykonawcy, a udostępnione przedmiary posiadają status pomocniczy. Stanowisko Zamawiającego zostało potwierdzone w odpowiedziach z dnia 26.10.2016r., w tym w odpowiedzi na pytanie 18 przywołanej w pierwszej części odwołania.

Ponownie wymaga podkreślenia, że Zamawiający przewidział w treści SIWZ, iż to Wykonawca odpowiada za ustalenie ilości robót i innych świadczeń (obmiar) w związku z czym brak jest jakichkolwiek podstaw do zarzucania obecnie Odwołującemu niedoszacowania i rażąco niskiej ceny jeśli skorzystał on z możliwości ustalonych przez Zamawiającego. Należy również podkreślić, że w celu weryfikacji ilości, jakie należało przyjąć do wyceny poz. 40, Odwołujący zlecił wykonanie badań w celu określenia rodzaju gruntów stanowiących podłoże pod konstrukcję istniejącego układu komunikacyjnego. Na wykonanie tych prac Odwołujący zdecydował się z uwagi na fakt, iż dokumentacja geologiczna została opracowana na podstawie odwiertów zrealizowanych poza przebiegiem istniejącej jezdni. Odwołujący nie kwestionuje wyników badań geologicznych przeprowadzonych na etapie prac projektowych. Dopiero wykonanie odwiertów

bezpośrednio w jezdni pozwoliło na rzetelne oszacowanie ilości prac. Wyniki badań zostały załączone do wyjaśnień przekazanych Zamawiającemu 05.01.2017 r. W toku udzielanych wyjaśnień Odwołujący nigdy nie stwierdził, że w przypadku wystąpienia w podłożu gruntów grupy nośności G2, nie wykona przewidzianej w projekcie warstwy ulepszonego podłoża z gruntu niespoistego stabilizowanego cementem. W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna i niezgodna z SIWZ jest nieuprawnione i może być interpretowane jako niezrozumienie intencji Odwołującego. Odwołujący jako doświadczony Wykonawca chcąc uczciwie sprostać postawionym przez Zamawiającego wymaganiom, co do indywidualnego oszacowania ilości, podjął na własny koszt decyzję o wykonaniu dodatkowych badań. Na ich podstawie, jak i bazując na własnym doświadczeniu, oszacował ilości, do czego został w jednoznaczny sposób zobligowany przez Zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący potwierdza, że jego oferta jest zgodna z SIWZ a ryzyko wystąpienia podłoża gruntów grupy nośności G2 jest w kalkulowane w ofertę. Ponadto Odwołujący wziął również pod uwagę Opis Techniczny, który warunkował wykonanie warstwy wzmocnionego podłoża również z uwagi na „możliwość występowania w okresie budowy nawierzchni ciężkiego ruchu technologicznego”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący dokonał prawidłowego obmiaru (do czego upoważnił Zamawiający) z uwagi na fakt występowania gruntów należących do grupy nośności G1 oraz dobór technologii nieobarczony występowaniem ciężkiego ruchu technologicznego, co potwierdza realność zaoferowanej ceny.

e) Poz. 46 „Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej rzędowej grubości 14 cm z podsypką cementowo-piaskową gr. 3 cm z wypełnieniem szczelin piaskiem z żywicą : zatoki autobusowe, pierścień przy wyspie centralnej, miejsca postojowe” oraz Poz. 47 „Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej 10x10cm grubości 10 cm z podsypką cementowo-piaskową gr. 3 cm z wypełnieniem szczelin piaskiem z żywicą : opaska z kostki kamiennej”.

Rzekome niedoszacowanie wartości oferty Odwołującego nie znajduje jakichkolwiek podstaw w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. W sposób całkowicie niezrozumiały Zamawiający przyjął, że w zakresie poz. 46 i 47 przyjęto wykorzystanie kostki kamiennej z rozbiórki istniejącej ul. Szosa Chełmińska, mimo że takie sformułowanie nigdy nie znalazło się w wyjaśnieniach Odwołującego. Ponadto Zamawiający wskazał, że niedoszacowanie wynika z zastosowania kostki z rozbiórki, która rzekomo nie została przez Zamawiającego dopuszczona do wykorzystania. Zamawiający w treści odrzucenia powołuje się na ogólny zapis, zgodnie z którym *„Wszystkie materiały stosowane przez Wykonawcę przy wykonywaniu robót winny być nowe i nieużywane”*, pomijając całkowicie, że w zakresie kostki przewidział on inne zasady. Zamawiający pomija, że w SST D-05.03.01

NAWIERZCHNIA Z KOSTKI KAMIENNEJ w pkt. 2.2.2. wskazał, że: „*W przypadku stosowania kostki pochodzącej z rozbiórki zakres badania ogranicza się do odrzucenia kostek popękanych lub o nieprawidłowym kształcie*”. Ponownie zatem Zamawiający opiera odrzucenie oferty Odwołującego jedynie na części zapisów SIWZ, pomijając zasady, które sam ustanowił. Powyższe wraz z wyjaśnieniami złożonymi Zamawiającemu potwierdza, że zaoferowana w tym zakresie cena jest realna.

g) Rażąco niska cena oferty Odwołującego z uwagi na niemożliwość negocjacji ofert z podwykonawcami.

Zamawiający poddał w wątpliwość, iż Odwołujący ma możliwość obniżenia kosztów realizacji inwestycji o 560.000 zł w wyniku negocjacji z podwykonawcami. Ceny ofertowe zaproponowane przez Odwołującego za realizację prac w poszczególnych branżach nie odbiegają w sposób rażący od cen zaoferowanych przez innych oferentów. Tabela umieszczona przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawia porównanie cen jakie zostały złożone przez wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu z podziałem na branże. Podsumowując informacje zawarte w tabeli należy zauważyć, że Odwołujący złożył najniższe oferty jedynie w trzech spośród dwunastu zakresów prac branżowych (konstrukcje inżynierskie, gaz, oświetlenie). Odwołujący jako doświadczony podmiot działający od wielu lat na rynku budowlanym ma duże doświadczenie nie tylko na polu realizacji prac budowlanych, ale również w sprawach handlowych. Wiedza ta pozwala stwierdzić, iż podwykonawcy mając świadomość negocjacji z Generalnym Wykonawcą na etapie składania ofert przetargowych zawyżają ceny za realizację oferowanych zakresów. Uzyskanie kilkunastoprocentowych rabatów po rozstrzygnięciu przetargu i na etapie realizacji kontraktu nie jest niczym niezwykłym. Oszacowana wstępnie kwota 560.000 zł netto wynika tylko i wyłącznie z różnic pomiędzy wyceną Odwołującego oraz wycenami innych oferentów. Odwołujący złożył najniższe oferty jedynie w trzech spośród dwunastu zakresów prac branżowych (konstrukcje inżynierskie, gaz, oświetlenie). W toku prowadzonych rozmów możliwe jest uzyskanie jeszcze większego rabatu niż zakładany. Odwołujący dysponuje kosztorysami cenowymi innych oferentów. Na podstawie pkt 10 formularza oferty można zidentyfikować podwykonawców, którzy składali konkurencyjne wyceny pozostałym oferentom. W ocenie Odwołującego nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, iż obiektywnym miernikiem dokonania porównania wyceny poszczególnych Wykonawców, jest określenie średniej wartości dla danej branży z wszystkich ofert. Dowodem na to jest fakt, iż zaoferowane przez przedsiębiorstwo STRABAG koszty wykonania prac branży przejazd kolejowy oraz sygnalizacja zawyżają średnią. Oferta SKANSKA dla branży gazowej zawyża średnią w tym asortymencie itd.

Odwołujący nie zamierza również realizować większości prac branżowych siłami własnymi. W ofercie wskazane zostały jedynie przedsiębiorstwa podwykonawcze, które wstępnie zostały wybrane do realizacji określonych zakresów prac branżowych. Odwołujący nie podpisał żadnej umowy, również z podmiotami wskazanymi w ofercie. Podwykonawcy zostaną wybrani przed przystąpieniem do realizacji prac. Nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, iż potencjalnym podwykonawcom zostaną narzucone warunki, które spowodują realizację powierzonego zakresu poniżej kosztów.

Odwołujący traktuje podwykonawców, z którymi realizuje kontrakty, na zasadach partnerskich. Profesjonalizm Odwołującego potwierdzają nagrody oraz wyróżnienia przyznawane przez niezależne jednostki oraz organizacje certyfikujące. Do najważniejszych nagród jakie Odwołujący otrzymał w ostatnim czasie należą Certyfikat Złoty Płatnik od firmy Euler Hermes Collections, Złoty Certyfikat Rzetelności 2016 od Rzetelnej Firmy, Nagroda CEE Energy Awards w kategorii Engineering/Construction. Ponadto w rankingu „Lista 2000 - najlepsze przedsiębiorstwa według Rzeczpospolitej” (Edycja 2016) Odwołujący został sklasyfikowany na wysokich pozycjach. Klasyfikację przedsiębiorstw opracowano pod względem przychodów ze sprzedaży. Erbud sklasyfikowano na 195 pozycji a Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynierskiego S.A z siedzibą w Toruniu na 943 pozycji. W świetle tych faktów nieuzasadnione są sugestie Zamawiającego odnośnie realizacji zadania poniżej kosztów lub braku podwykonawców skłonnych do podjęcia współpracy.

h) Rażąco niska cena oferty Odwołującego z uwagi na nieoszacowanie całości prac w zakresie rozbiórki sieci gazowej.

Krzywdzące oraz niezgodne z prawdą jest też twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie zamierza wykonać całego zakresu prac rozbiórkowych. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Odwołujący ma świadomość, iż za zaoferowaną kwotę winien wykonać wszystkie prace przewidziane w dokumentacji projektowej. Różnice w wycenie poszczególnych pozycji przedmiarowych wynikają z faktu, iż część prac rozbiórkowych została ujęta w robotach ziemnych oraz montażowych. Ponadto na wycenę rozbiórki poszczególnych odcinków wpływ mają czynniki takie jak średnica rur, fakt czy gazociąg przeznaczony do likwidacji jest czynny lub nie. Ważnym elementem determinującym koszt kalkulacji robót rozbiórkowych jest możliwość wykonania tych prac w powiązaniu z realizacją innych asortymentów. Na tej podstawie Odwołujący prawidłowo skalkulował wykonanie części rozbiórek w innych pozycjach kosztorysowych. Ponadto jak zauważył sam Zamawiający w wycenie zostały uwzględnione ilości robót adekwatne do zakresu wynikającego z dokumentacji projektowej. Kalkulując prace rozbiórkowe dla poz. 5,

9, 15, 19, 26, 32, 36 Odwołujący nie zamierzał działać na niekorzyść Zamawiającego, a wręcz przeciwnie, dokonując rzetelnej wyceny poszczególnych pozycji.

Podsumowując, Odwołujący wykazał, iż oferta, którą złożył jest skalkulowana w sposób prawidłowy. Odwołujący potwierdza gotowość realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę 13.963.153,39zł brutto. Całkowity koszt realizacji zamówienia został skalkulowany przez Wykonawcę z uwzględnieniem dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i wykonawczy, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, wzoru umowy oraz pomocniczo przedmiaru robót.

Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 06.02.2017 r. zarzucił również, iż w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13.01.2017 r. Odwołujący nie przedstawił szczegółowej kalkulacji dotyczącej udowodnienia wpływu „maksymalnego skrócenia czasu realizacji poszczególnych zadań” na obniżenie kosztów realizacji. Wskazać przy tym należy, że wezwanie dotyczące powyższego zagadnienia nie wskazywało konkretnego sposobu kalkulacji w tym zakresie, który będzie zadowalał Zamawiającego. Odwołujący odniósł się do swojego doświadczenia, które jego zdaniem jest wystarczającym gwarantem zapewnienia najwyższego poziomu realizacji z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia. Odwołujący pragnie zauważyć, iż konsorcjum firm PBDI S.A. i ERBUD S.A. posiada ogromne doświadczenie na rynku budowlanym nie tylko w Polsce, ale również w Europie. Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, że doświadczenie to pozwala na uzyskanie najlepszego efektu. Powyższa kwestia nie jest jedynie deklaracją, tylko realnym zyskiem jaki można zaobserwować analizując procesy budowlane w jakie „na co dzień” zaangażowane są te spółki. Zdaniem Odwołującego najlepszym dowodem są liczne przyznawane nagrody i wyróżnienia będące najlepszą wizytówką ich działalności. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odpowiednie dowody.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego stanowiska, a Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego wynikającej z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego jest w ocenie Zamawiającego rzekome utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez złożenie nieporównywalnej, niezgodnej z SIWZ oferty, co stanowi naruszenie dobrych obyczajów kupieckich i słusznego interesu Zamawiającego oraz innych Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający wskazał jednocześnie, że podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego jest brak wyjaśnień w zakresie rozbiórek sieci gazowej.

W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej zarówno zarzuty niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak i rażąco niskiej ceny, nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia. Natomiast Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek innej podstawy faktycznej poza opisanymi we wcześniejszych zarzutach.

W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji wskazując na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1066/16; wyrok z dnia 11 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 456/16; wyrok z dnia 17 marca 2016 r., sygn. akt KIO 305/16 Odwołujący zaznaczył, iż w stosunku do jego oferty nie można mówić o naruszeniu wymienionych przepisów Pzp i UZNK.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego całokształt działań Zamawiającego wykazuje naruszenie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, a więc zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyższe nierówne traktowanie wykonawców zostało już ustalone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2313/16, który zapadł w przedmiotowym postępowaniu. Wskazać jednak należy, że kolejnym przykładem choćby nierównego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której Zamawiający dokonał odtajnienia wszystkich informacji przedłożonych mu przez Odwołującego przy jednoczesnym podtrzymaniu utajnienia informacji złożonych przez innych wykonawców, w szczególności wykonawcę SKAŃSKA S.A. W ocenie Odwołującego Zamawiający zastosował również inną miarę staranności przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny u Odwołującego oraz innych Wykonawców, w szczególności wykonawcy SKANSKA, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w związku z czym powinna ona zostać przebadana w takim samym zakresie jak oferta Odwołującego.

W związku z brakiem możliwości wglądu w wyjaśnienia innych wykonawców Odwołujący wnosil o skonfrontowanie przez Izbę wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego oraz firmę SKANSKA w zakresie rażąco niskiej ceny. W szczególności Odwołujący wnosil o porównanie zakresu badania w obu ofertach ze szczególnym uwzględnieniem tych elementów, które Zamawiający uznał za podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil jak w petitum.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień udzielanych przez wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentów uzupełnionych przez wykonawców na wezwanie zamawiającego, materiałów złożonych na

posiedzeniu i rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania, zaprezentowanych pisemnie i w toku posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i elementów pozacenowych, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że:

W dniu 22 grudnia 2016 roku w przedmiotowym postępowaniu zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2313/16), w którym Izba uwzględniła odwołanie obecnie odwołującego się Konsorcjum firm i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, ze wskazaniem na okoliczności mające podlegać wyjaśnieniu oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział w Toruniu**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie przystąpienia Izba uznała za skuteczne.

Przystępujący w pisemnym stanowisku zaznaczył, iż nie ma potrzeby wzywania Odwołującego w trybie art. 87 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty, bowiem wyjaśnienia takie w zakresie badanym przez Zamawiającego wykonawca złożył, choć przy zastosowaniu innego trybu, co ma jednak znaczenie drugorzędne.

Przystępujący uważa, że Zamawiający w wyczerpujący sposób opisał na czym polegać miał czyn nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do oferty Odwołującego, mianowicie na zaoferowaniu szeregu istotnych przedmiotowo i kosztowo elementów, które pozwoliły znacząco obniżyć cenę celem eliminacji z postępowania pozostałych wykonawców.

W odniesieniu do niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w pozycjach 35 i 37 kosztorysu ofertowego branży drogowej, Przystępujący podniósł, że wykorzystanie kruszywa łamanego pochodzącego z rozbiórki nawierzchni istniejącej jezdni przyznał sam Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych 5 stycznia 2017 roku. Prawidłowe są poczynione w tym zakresie wyliczenia, koszt ten znacząco wpłynął na wysokość ceny oferty. Zapisy SIWZ i odpowiedzi na pytania nie pozwalały na użycie materiałów rozbiórkowych. W pojęciu „destrukt z nawierzchni jezdni” ujęte jest kruszywo łamane. SST definiują nawierzchnię jako warstwę lub zespół warstw służących do przejmowania i rozkładania obciążeń od ruchu na podłoże gruntowe i zapewniających dogodne warunki dla ruchu, składający się z następujących warstw: warstwa ścieralna, warstwa wiążąca, warstwa wyrównawcza, podbudowa, podbudowa zasadnicza, podbudowa pomocnicza, warstwa mrozoodporna, warstwa odcinająca, warstwa odsączająca. Kruszywo łamane, z którego wykonana jest podbudowa pomocnicza wchodzi w skład nawierzchni.

Co do nieuwzględnienia w ofercie warstwy ulepszonego podłoża, to powyższe także wynika z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 5 stycznia 2017 roku. Odwołujący powołując się na własne badania w sposób nieuprawniony zmienił kwalifikację podłoża. Choć Odwołujący, jak każdy inny wykonawca, miał samodzielnie ustalić ilość robót ale na podstawie przekazanej wszystkim dokumentacji, a nie na podstawie swoich badań i interpretacji.

Przyjęcie w pozycji 46 kosztorysu ofertowego branży drogowej wykonania nawierzchni z kostki kamiennej z materiału pochodzącego z rozbiórki wynika z wyjaśnień Odwołującego z dnia 5 stycznia 2017 roku. Przywoływany z SST zapis pkt 2.2.2. dotyczy metod badania kostek kamiennych a nie źródła ich pozyskania.

Zaoferowanie w ofercie w zakresie konstrukcji inżynierskich wykonania murów oporowych z elementów prefabrykowanych, gdy z projektu wynikało wykonanie murów oporowych monolitycznych wynika ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Obu metod nie można uznać za równoważne. Możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego istniała w przypadku użycia w dokumentacji znaku towarowego, patentu lub wskazania producenta, co nie miało miejsca w tej pozycji.

Odwołujący nie uwzględnił pełnego zakresu rozbiórek nieczynnych odcinków gazociągu, co potwierdza analiza tej części kosztorysu.

Na podstawie przekazanych przez samego Odwołującego informacji zdaniem Przystępującego Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyceny nieoszacowanej części oferty na poziomie 694 8282,75 zł. Za niewiarygodne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że może on obniżyć koszty realizacji inwestycji o 560 000 zł poprzez negocjacje z podwykonawcami. Oferenci korzystają z tych samych podwykonawców i każdy dysponował zbliżonymi ofertami.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, podtrzymując argumentację przedstawioną w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący wzywany już był do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ustawy Pzp. W odpowiedzi wykonawca odmówił Zamawiającemu złożenia informacji, więc Zamawiający rozpoczął procedurę przewidzianą art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniesiono, że analiza pozycji 3,34,37,35,40,46,47 kosztorysu ofertowego Odwołującego oparta jest tylko i wyłącznie na jego wyjaśnieniach i przedstawionych czynnikach cenotwórczych oraz wskazanych przez Stronę okolicznościach, które pozwoliły obniżyć cenę oferty. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie ujął w cenie oferty zysku, oferta nie pokrywa w całości nawet kosztów niezbędnych materiałów.

Zamawiający stanowczo zaprzeczył, że wyłączył z katalogu materiałów stanowiących jego własność kruszywo łamane pochodzące z rozbiórki. Zgodnie z zapisami SIWZ w przypadku rozbieżności w treści poszczególnych rozdziałów, obowiązująca była treść zawierająca późniejsze oświadczenie. Późniejsze jest oświadczenie Zamawiającego znajdujące się w odpowiedziach na pytania wykonawców co do postępowania z materiałami z rozbiórki. W odpowiedzi z 26 października 2016 roku wskazano jednoznacznie, że destrukcja z nawierzchni jezdni stanowi własność Zamawiającego, ten zaś obejmuje kruszywo łamane. Wynika to z definicji jezdni zawartej w SST pkt 1.4.16.

Ponadto Odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty wykonania ulepszenia podłoża pod istniejącą jezdnią. Odwołujący mógł samodzielnie ustalić ilości poszczególnych asortymentów, jednak na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej i STWiOR. Odwołujący nie był uprawniony do weryfikacji rozwiązań konstrukcyjnych na podstawie przeprowadzonych przez siebie badań geologicznych. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wkalkulował w cenę ryzyka wystąpienia podłoża o zwiększonej nośności, przeczy temu ilość wyceniona w kosztorysie.

Także wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej z odzysku nie mieści w zapisach i wymaganiach ustalonych w SIWZ i dokumentacji projektowej. Przytoczone przez

Odwołującego postanowienia SST dotyczą metody pozyskiwania materiałów a nie możliwości ich ponownego wykorzystania do budowy.

Co do technologii wykonania murów oporowych, to skoro Odwołujący wskazał, że zostaną one wykonane według dokumentacji technicznej firmy B., która oferuje typowe elementy perfabrykowane, to oznacza, iż elementy te zostaną wykonane w innej technologii, niż wynika z SIWZ. Przyjęte określone elementy wykonania znacząco rzutują na wycenę oferty, ponadto Odwołujący nie był uprawniony do samodzielnych zmian treści SIWZ i dokumentacji projektowej. W tym zakresie niemożliwe było zaoferowanie rozwiązania równoważnego.

Odnośnie różnicy w wycenie prac rozbiórkowych i możliwością renegotjacji cen z podwykonawcami, Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia Odwołującego charakteryzują się lakonicznością, brakuje w nich odpowiedzi na konkretne zapytanie strony zamawiającej i wyjaśnienia tak znaczących różnic w stosunku do pozostałych ofert. Odwołujący ponadto nie wykazał w ofercie, że prace związane z siecią gazową zamierza wykonywać przy udziale podwykonawców.

Zamawiający dokonał wyceny nieoszacowanej części oferty na poziomie 694 8282,75 zł. Przy wycenie Zamawiający uwzględnił niedoszacowanie w pozycjach 3, 34, 35, 37 kosztorysu dotyczących materiałów budowlanych, pozycji 40 w zakresie nośności podłoża, pozycji dotyczących rozbiórki sieci gazowej, elementów dotyczących skrócenia czasu realizacji poszczególnych zadań. Działania takie jednoczenie zdaniem Zamawiającego wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący złożył bowiem nieporównywalną, niezgodną z treścią SIWZ ofertę mając pełną świadomość swoich działań, czym naruszył dobre obyczaje kupieckie i interesy pozostałych wykonawców.

Odwołujący złożył na posiedzeniu przed Izbą dodatkowe stanowisko pisemne, w którym podsumował swoją argumentację, podkreślając najistotniejsze kwestie zawarte w odwołaniu.

Wszystkie Strony postępowania odwoławczego i Uczestnik tego postępowania w pismach procesowych z dnia 1 marca 2017 roku podsumowali swoje stanowiska procesowe, podkreślając najistotniejsze elementy i argumentację przemawiającą na ich korzyść.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wzięła pod uwagę wynikające z odwołania oraz posiedzenia i rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, zgromadzony materiał dowodowy, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2016 roku (sygn. akt KIO 2313/16) stwierdzając zarazem, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył istotne dla

rozstrzygnięcia zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, wzoru umowy, odpowiedzi na pytania, treść wezwań kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców oraz treść złożonych przez wykonawców wyjaśnień.

Przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, ponieważ potwierdziła się jedna ze wskazanych przez Zamawiającego przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ.

Niewątpliwie z zapisów SIWZ i wzoru umowy wynikał ryczałtowy charakter ceny w niniejszym postępowaniu. Jak stanowił punkt 16.1 i następnie SIWZ podana w ofercie cena miała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, wszelkie koszty związane z wykonaniem zadania opisanego w SIWZ, dokumentacji projektowej, STWOR, uwzględniać roboty wynikające z wizji lokalnej i inne. W cenie ryczałtowej wykonawca miał ująć wszystkie koszty, jakie może ponieść z tytułu należytego wykonania zamówienia, w tym koszty towarzyszące, a także koszty ryzyka związanego z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia. Z SIWZ wynikało także, że za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca. Zamawiający określił, że przedmiar robót jest dokumentem informacyjny a kosztorys ofertowy ma wyłącznie walor informacyjny. Założeniem było, że wykonawca w cenie oferty uwzględnił cały zakres robót ujęty w dokumentacji projektowej oraz STWiOR, co stanowić miało podstawę obliczenia ceny. Także w odpowiedziach na pytania Zamawiający potwierdził charakter wynagrodzenia, czego przykładem może być odpowiedź nr 18, z której wynika, że Zamawiający podtrzymał rozwiązania konstrukcyjne przedstawione w dokumentacji projektowej. Co do błędnych lub niepełnych ilości robót w przedmiarach, to Zamawiający wskazał, że za ustalenie ilości robót i innych świadczeń odpowiada wykonawca, który zobowiązany jest do samodzielnej weryfikacji ilości poszczególnych asortymentów robót opierając się na dokumentacji projektowej oraz STWiOR, jak również korzystając ze środków, jakie uzna za konieczne, w szczególności własnego doświadczenia oraz wizji w terenie.

Podkreślenia zatem wymaga, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego decydujące znaczenie ma cena globalna, zaś poszczególne ceny jednostkowe mają jedynie walor pomocniczy. Odwołujący kalkulując wartość swojej oferty uwzględnił wymagania, wskazówki i założenia Zamawiającego właśnie co do sposobu budowania ceny oferty, więc za nieuprawnione należało uznać twierdzenia, że Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską

ceną. Wykonawca kalkulując cenę oferty, opierając się na głównych założeniach dokumentacji ale jednocześnie biorąc pod uwagę własne doświadczenie zawodowe i przeprowadzoną wizję lokalną, a także dokładając wszelkich starań, które uznaje za konieczne (co oznaczało na przykład przeprowadzenie na własny koszt dodatkowych badań geologicznych terenu) w ocenie składu orzekającego Izby wypełnił wymogi SIWZ. Jako założenia bazowe, wyjściowe przyjęto założenia SIWZ i dokumentacji projektowej, które zostały przez Odwołującego zweryfikowane, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, aby to wykonawca ustalił ostateczną ilość robót i innych świadczeń niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający wywodzi fakt złożenia oferty z rażąco niską ceną ze stwierdzonych (w jego ocenie) niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, co przełożyło się bezpośrednio na zaniżenie ilości robót do wykonania, a tym samym na zaniżenie globalnej kwoty ofertowej.

W pierwszej kolejności więc Izba dokonała oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, co do możliwych niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy pozycji kosztorysu złożonego przez Odwołującego w wyniku wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w których Odwołujący wskazywał na sprzyjające, dostępne wykonawcy warunki, które pozwoliły mu obniżyć cenę. Jednocześnie Zamawiający uznał, że przyjęte przez Odwołującego założenia stoją w sprzeczności z wymogami SIWZ i ustalonymi przez Zamawiającego regułami wyceny zamówienia.

Pozycja 35 „wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 90/3 oraz poz. 37 „wykonanie podbudowy z mieszanki niezwiązanej MN C 50/3”.

Zamawiający wywodzi niezgodność z SIWZ z faktu, że Odwołujący założył wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego z materiałów pochodzących z rozbiórki, a nie z materiałów własnych.

Izba po analizie dokumentacji postępowania oraz stanowisk poszczególnych Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego doszła do wniosku, iż Odwołujący prawidłowo założył możliwość wykorzystania materiałów pochodzących z recyklingu. Zgodnie z SST D-00.00.00 Wymagania ogólne, wszystkie materiały używane przy wykonywaniu robót miały

być nowe i nieużywane, z wyjątkiem robót ziemnych i materiałów z recyklingu warstw konstrukcyjnych istniejącej jezdni. W odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający wskazał także zamknięty katalog materiałów, które wykonawca zobowiązany jest zwrócić Zamawiającemu: materiały kamienne z rozbiórki (kostka kamienna, krawężniki kamienne) oraz materiały nadające się do przekruszenia i ponownego wbudowania (destruk z nawierzchni jezdni, beton cementowy, krawężniki betonowe, kostka betonowa). Tym samym wykonawca miał obowiązek przekazania Zamawiającemu destruktu z nawierzchni jezdni, natomiast materiał pochodzący z podbudowy (obejmujący kruszywo łamane) mógł być ponownie wykorzystany.

Pozycja 40 „Wykonanie ulepszanego podłoża z gruntu niespoistego stabilizowanego spoiwem, warstwa grubości 15 cm, dla ulic: Szosa Chełmińska, Długa, Żwirki i Wigury - KR4”.

Zamawiający wywodzi ową niezgodność z różnic w obmiarze dokonany przez Zamawiającego a obmiarem Odwołującego. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie kwestionował uprawnienia wykonawców do samodzielnego ustalenia w kosztorysie ofertowym ilości poszczególnych asortymentów robót. Ustalenia te miały się jednak w ocenie Zamawiającego odbywać na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej oraz STWiOR. W zakresie tej pozycji Odwołujący natomiast na własny koszt przeprowadził dodatkowe badania nośności gruntu, z których wynikało, że występujące grunty należą do grupy nośności G1 i nie występuje konieczność wzmocnienia podłoża.

Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 18 oświadczył, iż podtrzymuje rozwiązania konstrukcyjne przedstawione w dokumentacji projektowej. Zamawiający zapomina jednak, iż w tej samej odpowiedzi na pytanie zaznaczył, że samodzielna weryfikacja ilości poszczególnych asortymentów robót powinna opierać się na: po pierwsze dokumentacji projektowej i STWiOR, po drugie zaś na uwzględnieniu wszystkich środków, jakie wykonawca uzna za konieczne do należytego wykonania zamówienia, w szczególności własnym doświadczeniu i wizji w terenie. Jeżeli więc dany wykonawca zdecydował się na zrobienie dodatkowych badań geologicznych i przy uwzględnieniu posiadanego doświadczenia zawodowego oraz przeprowadzonej wizji lokalnej założył, że grunt nie wymaga dodatkowego wzmocnienia i taką kalkulację przewidział w swojej ofercie, pamiętając, że ryzyko wyznaczenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia obciąża tylko jego (w przypadku wystąpienia jednak konieczności wzmocnienia gruntu), to w danej pozycji kosztorysowej nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i odstąpieniu przez wykonawcę od pierwotnych założeń projektowych ale raczej o dołożeniu należytej staranności przy kalkulacji ceny ofertowej. Wykonanie dodatkowych badań i ustalenie innego typu nośności gruntu należy zrównać w prowadzonym postępowaniu z koniecznością samodzielnego ustalenia ilości poszczególnych robót do wykonania zadania. Przecież gdyby

w jakiejś pozycji przedmiaru robót okazało się, że ilość prac do wykonania jest dwa razy większa, albo że nie ujęto wszystkich niezbędnych materiałów do wykonania danego elementu, natomiast wykonawca po analizie własnej przedmiaru i dokumentacji projektowej ująłby właściwą ilość i zakres materiałowy, również można byłoby stwierdzić, że nastąpiło odstępstwo od założeń projektowych. Tymczasem Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców o różnice w przedmiarach, wielokrotnie odsyłał do odpowiedzi na pytanie nr 18 i wprost dopuścił możliwość zmian w przedmiarach. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego SIWZ zobowiązywał wykonawców do weryfikacji ilości robót nie tylko na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej, ale także przy uwzględnieniu innych środków, które wykonawca uzna za niezbędne. W ocenie Izby wykonawca miał prawo zlecić dodatkowe badania i na ich podstawie ustalić zakres i ilość robót. W takim przypadku wycena określonych pozycji kosztorysu nie stanowi niedozwolonej zmiany w stosunku do treści SIWZ. Wykonawca zachował się zgodnie z regułami ustalonymi przez Zamawiającego. To zaś w ocenie składu orzekającego Izby przesądza o prawidłowości oferty Odwołującego.

Pozycja 47 „Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej rzędowej grubości 14 cm podsypką cementowo-piaskową gr. 3 cm z wypełnieniem szczelin piaskiem z żywicą: zatoki autobusowe, pierścień przy wyspie centralnej, miejsca postojowe”.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący postąpił nieprawidłowo przewidując możliwość wykorzystania kostki kamiennej pochodzącej z rozbiórki, ponieważ konieczne było zastosowanie materiałów nowych i nieużywanych.

W przedmiotowym przypadku rację należy przyznać Odwołującemu, który zauważył, iż zapisy Szczegółowych Specyfikacji Technicznych zakładały możliwość ponownego wykorzystania kostki pochodzącej z rozbiórki, jeżeli spełniała ona określone normy, to jest nie była popękana lub o prawidłowym kształcie. W ocenie składu orzekającego Izby źródłem pozyskania materiału mogła być rozbiórka istniejącej nawierzchni.

Niezgodność w zakresie wykonania konstrukcji inżynierskich (murów oporowych).

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący dopuścił się zmiany rozwiązań projektowych, zaferował i wycenił inne rozwiązanie, co potwierdzać ma oferta Odwołującego i złożone przez niego wyjaśnienia odnośnie wyceny pozycji wraz ofertą firmy B. na wykonanie muru oporowego z elementów prefabrykowanych.

Wystąpienie powyższej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ potwierdziło się i zadecydowało o konieczności oddalenia odwołania. Tym samym za prawidłową uznano czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skoro przy składaniu wyjaśnień co do ceny pozycji, w zakresie skąd bierze się różnica w wycenie pozostałych wykonawców a wyceną Odwołującego, wykonawca oświadczył, że oszacowanie prac związanych z budową murków oporowych oparł na ofercie firmy B., z której wynika wykonanie z elementów prefabrykowanych, uznać należało, że Odwołujący dokonał zmiany technologii wykonania na inną niż wynikająca z dokumentacji projektowej stanowiącej część SIWZ. Składanie bowiem oferty cenowej od firmy B. w innym przypadku byłoby bezcelowe. Bez znaczenia pozostaje bowiem możliwość wykonania robót w obu technologiach (monolitycznej i z elementów prefabrykowanych) przy poniesieniu podobnych kosztów dla wyceny pozycji i niezmienności projektu. Zamawiający pytał Odwołującego wprost o wycenę konkretnej pozycji przy uwzględnieniu określonych założeń projektowych. Możliwość wykonania prac w danej pozycji przy zbliżonym koszcie ale w innej technologii stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty w stosunku do założeń SIWZ. Nawet jeżeli zaproponowana technologia kosztowo jest zbliżona do wynikającej z projektu, to zmiana założeń projektowych była niedopuszczalna. Odmienne niż w przypadku pozycji 40, Odwołujący nie wykorzystał innych i niezbędnych do wyceny pozycji środków, ale samodzielnie postanowił o zmianie technologii wykonania danego elementu.

Odnosząc się do możliwości złożenia oferty z rozwiązaniem równoważnym i czy w tym przypadku za taką ofertę można było uznać ofertę Odwołującego zauważyć należy, iż możliwość złożenia oferty równoważnej występuje w przypadku posługiwania się przy opisie przedmiotu zamówienia określoną marką, znakiem towarowym, patentem, nazwą producenta lub dostawcy, a także w przypadku odwołania się do określonych norm. Żaden z tych przypadków nie dotyczył opisywanej pozycji. Nie było zatem możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego i bez znaczenia pozostaje fakt, że badanie równoważności rozwiązania (gdzie było to możliwe) Zamawiający powiązał z etapem realizacji przedmiotu zamówienia.

Niezgodność w zakresie wykonania robót rozbiórkowych sieci gazowych

Zamawiający upatrywał niezgodności w zaoferowaniu zbyt niskich cen dla wykonania tego zakresu robót oraz różną kwotą wyceny prac rozbiórkowych w różnych pozycjach kosztorysowych.

Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, iż część prac w zakresie robót rozbiórkowych ujął w robotach ziemnych i montażowych. Zamawiający nie zabronił w SIWZ takiego sposobu kalkulacji, aby część kosztów za poszczególne rodzaje robót przenoszona była między pozycjami kosztorysu. Co więcej, kosztorys ofertowy składany wraz z ofertą miał jedynie charakter pomocniczy, a stopień jego szczegółowości nie został określony. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne było wycenie całego zakresu prac, nie zaś ujęcie tych prac

w określonych pozycjach kosztorysu. Zamawiający nie udowodnił, że prace te nie zostały przez Odwołującego wycenione w innych pozycjach lub że wykonawca nie wycenił całości prac. Znamienne jest fakt, iż w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający potwierdza, iż Odwołujący uprawniony był do wyceny części prac w robotach ziemnych i montażowych ale oświadczenia takiego nie poparł żadnymi dowodami. Izba zwraca uwagę, że przedstawienie kosztorysu szczegółowego jest właśnie takim dowodem, a wyjaśnienie różnych cen w wycenie prac rozbiórkowych w całym kosztorysie jest właśnie wymaganym przez Zamawiającego oświadczeniem.

Po drugie, Zamawiający nie nakazał również, że określony rodzaj robót budowlanych we wszystkich pozycjach kosztorysowych musi być wyceniony w takiej samej cenie jednostkowej. Byłoby to z resztą nieracjonalne, ponieważ choć prace do wykonania są takiego samego rodzaju, to określać je mogą inne wysokości czynników kosztotwórczych, w zależności od stopnia skomplikowania roboty.

Nie jest także niemożliwe, że przy kalkulacji ceny w tej branży uwzględniono okoliczność uzyskania atrakcyjniejszych cen od podwykonawców na etapie otrzymania zamówienia. Odwołujący na taką okoliczność przedstawił wiarygodne dowody w postaci protokołów negocjacyjnych z potencjalnymi podwykonawcami.

Reasumując, potwierdziła się jedna z okoliczności stanowiących pierwotnie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, złożenia przez Odwołującego oferty z rażąco niską ceną.

Zamawiający, zwracał się kilkakrotnie do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym do złożenia dowodów, wskazując jednocześnie jakie elementy kosztorysów oraz sposób wyceny oferty budzą jego uzasadnione wątpliwości.

Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 25 257 215,76 zł (netto: 20 534 321,76 zł). Cena oferty Odwołującego opiewa na kwotę 13 963 153,39 zł (netto: 11 352 157,23 zł) i stanowi 55,28% budżetu Zamawiającego. Pozostali wykonawcy złożyli oferty, które były droższe od oferty Odwołującego o następujące kwoty:

1. Wykonawca Skanska – o 1.808.995,71 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,

2. wykonawca Strabag Sp. z o.o. – o 1.895.593,83 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,
3. wykonawca PBDiM Kobyłarnia S.A. – o 1.926.987,94 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego,
4. wykonawca Eurovia Polska S.A. – o 2.259.732.52 zł brutto wyższą od ceny Odwołującego.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez Odwołującego, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności zauważyć należy i jeszcze raz podkreślić, że ustalone przez Zamawiającego zasady rozliczenia kontraktu mają charakter ryczałtowy. Wykonawcy mieli sporządzić z ofertą kosztorys ofertowy, ten nie miał jednak znaczenia wiążącego dla rozliczenia zadania. Następnie zaś Zamawiający wzywając Odwołującego do wyjaśnień wymagał od wykonawcy przedstawienia szczegółowej kalkulacji w rozbiciu na poszczególne pozycje kosztorysowe z uwzględnieniem zasad sporządzania kosztorysu szczegółowego przy ujęciu wszystkich składników kosztotwórczych. Choć wartość oferty Odwołującego odbiegała od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, to dostrzeżenia wymaga, iż wartość ta nie odbiegała znacząco od ceny pozostałych ofert. Druga w kolejności oferta Przystępującego była droższa o około 1 800 000 zł. W ocenie Izby nie jest to znacząca różnica. Oznacza to, iż albo Zamawiający zawyżył wartość szacunkową zamówienia albo pomiędzy szacowaniem tej wartości a złożeniem ofert w postępowaniu przez wykonawców na zbliżonym poziomie cenowym zaszły takie okoliczności, które pozwoliły obniżyć cenę ofert.

Zamawiający rażąco niską cenę oferty Odwołującego wywodzi z faktu zidentyfikowania w tej ofercie niezgodności z treścią SIWZ. Jak już stwierdzono w przedmiotowym orzeczeniu, z ustalonych niezgodności potwierdziła się jedna. Zatem wnioski Zamawiającego o niedoszacowaniu pozostałych pozycji kosztorysowych oraz rażąco niskiej cenie nie były prawidłowe. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia pozwalał wykonawcom na pewną swobodę w sposobie kalkulacji ceny, bazując na przedmiarach Zamawiającego, co nie czyni kalkulacji tych nieprawidłowymi. To wykonawców obciążało ryzyko ujęcia w kalkulacji wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia i przewidzenie, że w trakcie wykonywania kontraktu może zajść potrzeba wykonania prac dodatkowych, nieprzewidzianych w ramach ustalonego wynagrodzenia. Niewątpliwie jednak Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić swoje wątpliwości co do kalkulacji poszczególnych ofert, zwłaszcza że próg 30% został przekroczony. Wezwanie więc wykonawców do złożenia wyjaśnień było jak najbardziej uzasadnione. Pamiętać jednak należy, iż ocena podobnych elementów kosztorysu w różnych ofertach nie jest do końca miarodajna, właśnie z uwagi na przyjęty sposób rozliczenia i możliwość różnego sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Dlatego też wątpliwości Zamawiającego co do pojedynczych pozycji kosztorysowych wymagały wykazania wpływu na wycenę całości oferty. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ustalenia związane ze zgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Zamawiający nie udowodnił, iż określone pozycje kosztorysowe tak znacząco zostały zaniżone, że w konsekwencji mogą one świadczyć o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.

Odpowiadając na zarzuty Odwołującego, iż treść wyjaśnień kierowana do poszczególnych wykonawców nie była jednakowa a wezwania różniły się stopniem szczegółowości, wskazać należy, iż każda z ofert charakteryzuje się pewną odmiennością i przyjmuje inne założenia strategii cenowej. Słusznie więc Zamawiający dostosował treść wezwań do zawartości kosztorysów i treści oferty. Działań takich nie można uznać za naruszających zasadę równego traktowania wykonawców. Także skierowanie więcej niż jednego wezwania do któregoś z wykonawców nie stoi w sprzeczności ze wspomnianą zasadą. Na marginesie tylko, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający ujawniał informacje składane w wyniku wyjaśnień zauważyć należy, iż Zamawiający zobowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia, a stronie przeciwnej przysługują regulacje prawne, dzięki którym można taką decyzję strony Zamawiającej skutecznie zakwestionować. Zarzuty o nieprawidłowym odtajnieniu dokumentów składanych wraz z treścią wyjaśnień nie były jednak objęte treścią odwołania, pozostają więc poza kognicją Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Przechodząc do oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawiło bardzo szczegółowe wyliczenia i twierdzenia, nie były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami. Na mocy złożonych wyjaśnień Zamawiającemu i Izbie przedstawiono poziomy upustów w ofercie Odwołującego, które mogły przełożyć się na wysokość ceny ofertowej.

Zastrzec także należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia, ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien 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. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. Uwzględniono niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym także możliwy koszyk ryzyk. Przy złożonych wyjaśnieniach wykonawca tę ocenę ryzyka opisał. Odwołujący uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosił się Zamawiający i Przystępując. Złożone wyjaśnienia określały wszystkie elementy kosztotwórcze, wykazano możliwość osiągnięcia zysku na określonym poziomie.

Przystępującemu, a przede wszystkim Zamawiającemu nie udało się tym samym skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Odwołującego należy traktować jak rażąco niską.

Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający choć przedstawił własną kalkulację, w jaki sposób powinna kształtować się cena oferty Odwołującego, wskazując na pozycje kosztorysu, w których jego zdaniem doszło do zaniżenia wynagrodzenia lub przyjęcia założeń nierealnych do wykonania lub niewłaściwych parametrów materiałowych, to do wyliczeń przyjął założenia, które uwzględniają jego własne projektowe uwarunkowania koncepcyjne, a te w porównaniu do oferty Odwołującego okazały się odmienne. Nie można również zapomnieć, że Zamawiający dopuścił, a właściwie nakazał, możliwość ustalenia odpowiednich norm rozliczeniowych asortymentowych samym wykonawcom przy uwzględnieniu ich doświadczenia zawodowego. Przyjęcie więc innych norm do wyceny poszczególnych pozycji (np. nakładów pracy lub gęstości kruszywa) nie może po złożeniu oferty na ustalonych zasadach świadczyć o rażąco niskiej cenie. Dopiero bowiem przy fakcie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podawał, że w jego ocenie założenia choćby o gęstości kruszywa łamanego powinny być. Jeżeli Zamawiający miał określone wymagania co do materiałów, to winien wyrazić je w opisie przedmiotu zamówienia i podać wszystkie elementy, które są istotne z punktu prawidłowego wykonania inwestycji budowlanej.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający nienależycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z uwagi jednak na stwierdzenie w ofercie Odwołującego niezgodności jej treści z treścią SIWZ, oferta ta w dalszym ciągu podlegała odrzuceniu. Uwzględnienie więc odwołania z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie zauważyć należy, iż złożenie dodatkowych dowodów przez Odwołującego w zakresie prawidłowości kalkulacji dopiero przed Izbą na rozprawie należałoby uznać za spóźnione. Takie dokumenty powinny zostać przedstawione Zamawiającemu na jego wezwanie. To bowiem Zamawiającemu należy dowieść prawidłowość założeń kalkulacyjnych, Izba natomiast oceniać może jedynie prawidłowość oceny działań Zamawiającego. Prowadzone postępowanie odwoławcze służy weryfikacji działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego i zainteresowanych postępowaniem wykonawców. Izba nie prowadzi tego etapu postępowania związanego z oceną i weryfikacją ofert. W ocenie słuszności założeń ofertowych Izba nie zastępuje Zamawiającego. Tym samym prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego nie mogłyby potwierdzać jakiegokolwiek dokumenty złożone do pisemnych stanowisk, czy też złożone na rozprawie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zmowa przetargowa. W publikacji wydanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2013 roku wskazano najczęstsze formy niedozwolonej współpracy przedsiębiorców.

Swoją argumentację o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający oparł na okolicznościach związanych z zaniżoną ceną oferty Odwołującego. Z uwagi na nieuwzględnienie argumentacji Zamawiającego co do możliwości wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że złożenie tej oferty wypełniało przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Za działanie takie nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana.

Zamawiającemu nie udało się w ocenie składu orzekającego Izby wykazać, że Odwołujący podjął się takich działań, które uniemożliwiały lub utrudniały innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Nie wykazano także z jakimi dobrymi obyczajami kupieckim były sprzeczne działania podjęte przez Odwołującego. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony Odwołującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że działania Odwołującego nie zapewniały niezakłóconego funkcjonowania konkurencji i nosiły znamiona niedozwolonego współzawodnictwa ceną. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący w jakikolwiek sposób wpływał na możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców. Co warto podkreślić, nawet krąg podwykonawców, na których powoływali się wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu był w każdej z ofert podobny. Nie można więc czynić Odwołującemu zarzutu z faktu posiadania większych zdolności negocjacyjnych i możliwości uzyskania wyższych rabatów od współpracujących firm.

Konkludując, wskazywana postawa odrzucenia oferty Odwołującego nie była prawidłowa. Z uwagi jednak na stwierdzenie w ofercie Odwołującego niezgodności jej treści z treścią SIWZ, oferta ta w dalszym ciągu podlegała odrzuceniu. Uwzględnienie więc odwołania z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

Reasumując, z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle potwierdzenia się jednej z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty zastępstwa procesowego postępowania Stronie Zamawiającej.

Przewodniczący:

.....