

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Emil Kuriata**

**Jan Kuzawiński**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **8 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 października 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Montaż barier ochronnych na odcinku autostrady A1 węzeł Rząsawa – węzeł Blachownia wraz z włączeniem autostrady A1 do drogi krajowej DK1 na węźle Rząsawa* (nr postępowania O/KA.D-3.2413.61.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Prowerk” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu wycofanego na posiedzeniu.**
- 2. Oddala odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Montaż barier ochronnych na odcinku autostrady A1 węzeł Rząsawa – węzeł Blachownia wraz z włączeniem autostrady A1 do drogi krajowej DK1 na węźle Rząsawa* (nr postępowania O/KA.D-3.2413.61.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 września 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S\_183 pod poz. 444838.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 października 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Prowerk” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej również w skrócie: „Prowerk”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku {dalej również w skrócie: „Saferoad Grawil”}.

29 października 2019 r. Saferoad Grawil wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Prowerku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez odrzucenie oferty Saferoadu Grawilu jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, podczas gdy Odwołujący zastosował się do wszystkich wymogów Zamawiającego, w tym udzielonej przez niego odpowiedzi na pytanie nr 49.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Prowerku, która zawiera wycenę obydwu poz. kosztorysu odnoszących się do rozbiórki podbudowy z chudego betonu (poz. 6 i 7), co jest niezgodne z odpowiedzią na pytanie nr 49, w której

Zamawiający jednoznacznie wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest wypełnienie jednej spośród tych dwóch pozycji.

3. Art. 90 ust. 1 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (przy założeniu, że Prowerk prawidłowo wypełnił kosztorys ofertowy) – przez zaniechanie przeprowadzania procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnej części składowej oferty, z uwagi na brak możliwości wykonania prac polegających na wykonaniu czynności, o których mowa w poz. 6 kosztorysu ofertowego (liniowa rozbiórka podbudowy z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych, bariery skrajne i bariery w pasie rozdziału, wraz z odtworzeniem pobocza) za cenę 1 zł za mb.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Prowerku, która dotyczy innych barier niż oczekiwane przez Zamawiającego bariery stalowe.
5. Art. 90 ust. 1 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (przy założeniu, że Prowerk prawidłowo wypełnił kosztorys ofertowy) – przez zaniechanie przeprowadzania procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnej części składowej oferty, uwagi na brak możliwości zaoferowania rozwiązań oczekiwanych przez Zamawiającego (bariery stalowe) za zaoferowaną cenę.
6. Art. 7 ust. 1 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Odrzucenia oferty Prowerku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
4. [Ewentualnie tj. jeśli Izba uzna, że oferta Prowerku nie podlega odrzuceniu] Przeprowadzenia względem oferty Prowerk procedury wyjaśniającej mającej na celu ustalenie, czy cena lub jej istotna część składowa nie jest rażąco niska oraz czy oferta ta uwzględnia rozwiązania oczekiwane przez Zamawiającego.
5. Przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
6. [Ewentualnie tj. jeśli Izba uzna, że oferta dotyczy nieporównywalnego zakresu przedmiotowego] Unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności

faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału 15 Instrukcji dla wykonawców {dalej w uzasadnieniu również: „Instrukcja”, „IDW” lub „i.d.w.”} cena oferty miała zostać wyliczona w oparciu o Kosztorys ofertowy, który sporządzony miał być metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarze robót (pkt 15.2. IDW). Kosztorys ofertowy stanowił jeden z elementów składających się na ofertę (pkt 14.5. IDW).

Pierwotnie opublikowany Przedmiar robót przewidywał w poz. 6. i 7. następujący zakres: poz. 6. – *Liniowa rozbiórka podbudowy z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych (bariery skrajne i bariery w pasie rozdziału) – 50 tys. m;* poz. 7. – *Wiercenie w podbudowie z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych (bariery skrajne i bariery w pasie rozdziału) – 9024 szt.*

Następnie Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej tabelę zawierającą pytania i odpowiedzi z zebrania wykonawców z 25 września 2019 r. Pytanie oznaczone nr 49 brzmiało: *Czy Wykonawca ma prawo wyboru technologii pomiędzy liniową rozbiórką podbudowy z chudego betonu a wierceniem w podbudowie z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził: Technologia rozbiórki podbudowy z chudego betonu w miejscach posadowienia słupków barier ochronnych leży w gestii Wykonawcy i będzie wynikać z technologii wykonania robót przedstawionych przez Wykonawcę.*

7 października 2019 r. Zamawiający zmodyfikował przedmiar w zakresie wspomnianych pozycji w następujący sposób: poz. 6. – *D.01.02.04 D.06.03.01 – Liniowa rozbiórka podbudowy z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych (bariery skrajne i bariery w pasie rozdziału) wraz z odtworzeniem pobocza – 7500 mb;* poz. 7. – *D.01.02.04 D.06.03.01 – Wiercenie w podbudowie z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych (bariery skrajne i bariery w pasie rozdziału) wraz z odtworzeniem pobocza – 7500 mb.*

Pismem z 10 października 2019 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym sposobu wypełnienia Kosztorysu ofertowego, w którym zwrócił uwagę na pewną niekonsekwencję – z jednej strony Kosztorys przewidywał bowiem dwie niezależne od siebie pozycje (nr 6. i 7.), z drugiej z odpowiedzi na pytanie 49. w sposób jednoznaczny wynikało, że wykonawca winien wypełnić tylko jedną z nich. Zamawiający nie odpowiedział na pytanie Odwołującego.

Odwołujący wycenił tylko jedną z tych dwóch pozycji, natomiast Prowerk wycenił

obie, w tym poz. 6. na 7500 zł (1 zł za mb), a poz. 7 na 1125000 zł (150 zł za mb).

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a uzasadnieniem faktycznym miało być natomiast niewypełnienie wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wywiódł, że z przywołanych powyżej wyjaśnień i zmiany treści SIWZ wynika, że skoro obowiązkiem wykonawcy było dokonanie wyboru technologii usuwania podbudowy, a pozycje nr 6 i 7 obejmowały ten sam zakres rzeczowy, wykonawca nie miał innej możliwości, jak wypełnić tylko jedną z tych pozycji, a zatem prawidłowo postąpił i nie było podstawy do odrzucenia jego oferty.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający również w uzasadnieniu odrzucenia nie wyjaśnił, w jaki sposób należało przygotować Kosztorys ofertowy, aby uwzględnić z jednej strony konieczność wypełnienia wszystkich pozycji, a z drugiej treść wyjaśnień.

Odwołujący z ostrożności powołał się na to, że zaistniała sytuacja co do różnego postępowania wykonawców przy wypełnianiu Kosztorysu ofertowego jest konsekwencją działań Zamawiającego i niejednoznaczności wynikających z opracowanej przez niego dokumentacji.

{dodatkowo ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, że z kosztorysu ofertowego Prowerku nie wynika, którą technologię rozbiórki podbudowy z chudego betonu zamierza on zastosować, gdyż dwukrotnie wycenił ten sam zakres robót, co stanowi nieusuwalną wadę tej oferty.

Odpowiadając na pytanie Zamawiającego, którą z technologii zamierza wykorzystać na etapie realizacji zamówienia, Prowerk musiałby pomniejszyć jej cenę o wartość przypisaną do technologii, której nie zamierza zastosować, co byłoby niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 pzp zmianą treści oferty.

Według Odwołującego nie ma również możliwość zakwalifikowania zaistniałej sytuacji jako jednej z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pzp. Ponieważ Zamawiający nie wie, w jaki sposób miałby poprawić ofertę Prowerku, nie może być to omyłka pisarska lub rachunkowa, które muszą być oczywiste. Trudno natomiast mówić wystąpieniu innej omyłki, gdy wykonawca świadomie wypełnia kosztorys niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Ponadto również w przypadku tej omyłki niedopuszczalne jest negocjowanie pomiędzy Zamawiającym a Prowerkiem treści oferty odnośnie technologii, którą zastosuje.

Według Odwołującego zaakceptowanie sytuacji, w której wykonawcy wyceniają odmienny zakres zamówienia *skutkować mogłoby zmaterializowaniem się przestanki,*

*o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy) i mogłoby doprowadzić do konieczności unieważnienia Postępowania.*

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący alternatywnie zarzucił, że Zamawiający zaniechał zbadania w trybie art. 90 ust. 1 pzp istotnej części składowej oferty, jaką jest nierealna, nierynkowa wycena poz. 6. kosztorysu ofertowego na poziomie 1 zł, choć wykonanie tego zakresu robót w sposób zgodny udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją projektową oraz STWiORB jest niemożliwe. Natomiast kalkulacja kosztów wykonania niezbędnych prac objętych tą poz. przeprowadzona w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych 2-01 oraz 2-31 daje kwotę 1156000,00 zł (koszt jednostkowy netto około 154 zł za mb), a zatem stanowi istotną część składową, znacząco wpływającą na całość oferty.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

Według ogłoszenia o zamówieniu zakresem prac, które zlecone zostaną wybranemu wykonawcy objęte jest: *a) odtworzenie (wyznaczenie) trasy i punktów wysokościowych (obsługa geodezyjna) – w zakresie robót objętych przedmiotem zamówienia; b) bariery ochronne betonowe; c) bariery ochronne stalowe; d) osłony energochłonne; e) osłony przeciwoślśnieniowe na drogach; f) modyfikacja Projektu docelowej organizacji ruchu autostrady A1 wraz z włączeniem autostrady do istniejącej drogi krajowej DK1 na węźle Rzasawa (w zakresie barier).*

Zgodnie z treścią formularza Kosztorysu ofertowego do pozycji rozliczeniowych obejmujących została przypisana STWiORB D.07.05.01. W przywołanej dla wykonania barier ochronnych stalowych STWiORB D.07.05.01 zostały podane następujące definicje barier ochronnych:

*1.4.1. Bariera ochronna – urządzenie bezpieczeństwa ruchu drogowego, stosowane w celu fizycznego zapobieżenia zjechaniu pojazdu z drogi w miejscach, gdzie to jest niebezpieczne, wyjechaniu pojazdu poza koronę drogi, przejechaniu pojazdu na jezdnię przeznaczoną dla przeciwnego kierunku ruchu lub niedopuszczenia do powstania kolizji pojazdu z obiektami lub przeszkodami stałymi znajdującymi się w pobliżu jezdni.*

*Bariery ochronne powinny odpowiadać wymaganiom określonym w PN-EN 1317-1:2010 Systemy ograniczające drogę. Część 1: Terminologia i ogólne kryteria metod badań oraz PN-EN 1317-2:2010 Systemy ograniczające drogę. Część 2: Klasy działania, kryteria przyjęcia badań zderzeniowych i metody badań barier ochronnych i balustrad.*

*Poziomy powstrzymywania barier ochronnych, szerokości pracujące oraz długości powinny być zgodne z zarządzeniem nr 31 GDDKiA z dnia 23.04.2010 w sprawie wytycznych stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych.*

*1.4.2. Bariera ochronna stalowa – bariera ochronna, której podstawowym elementem jest prowadnica wykonana z profilowanej taśmy stalowej*

*1.4.3. Bariera ochronna stalowa linowa – bariera ochronna, której podstawowym elementem jest prowadnica wykonana z trzech lin stalowych. Bariery linowe są urządzeniem bezpieczeństwa ruchu drogowego, przeznaczonym do zastosowania w miejscach, gdzie najechanie pojazdu na krawędź jezdni lub obiektu zagraża bezpieczeństwu użytkowników drogi, lub użytkowników terenów przyległych. Mogą być stosowane jako bariery skrajne lub dzielące.*

Zgodnie z brzmieniem pkt 1.3. STWiORB D.07.05.01: *W projekcie założono wykonanie barier ochronnych o następujących parametrach:*

- bariery stalowe jednostronne: bariera N2 / A / W2, bariera H1 / A / W3 / VI4, bariera H2 / A / W2, bariera H2 / A / W4, bariera H2 / A / W8,*
- bariery stalowe jednostronne rozbiegające: bariera H2 / A / W4,*
- bariery stalowe dwustronne: bariera H2/A/W5,*
- bariery stalowe dwustronne rozbiegające: bariera H2/A/W5.*

Odwołujący dodał, że żadna ze zmian SIWZ nie dotyczyła zmiany definicji barier stalowych ani nie rozszerzyła przedmiotu zamówienia o bariery ochronne stalowe linowe.

Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych.

Odwołujący wywiódł, że: po pierwsze – zaoferowanie przez Prowerk cen na poziomie niższym od minimalnych cen rynkowych za bariery ochronne stalowe (w powyższym rozumieniu), po drugie – brak możliwości uzyskania przez Prowerk barier ochronnych stalowych 3-linowych klasy H2 od jedynej ich dostawcy (związanego z Saferoadem Grawilem umową na wyłączność), po trzecie – nieoferowanie przez Prowerk takich barier w dotychczasowych postępowaniach prowadzonych przez oddziały GDDKiA, dowodzą, że Prowerk uwzględnił i wycenił w swojej ofercie rozwiązanie, które nie odpowiada wymogom określonym w dokumentacji tego postępowania.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że różnica pomiędzy cenami jego oferty i oferty Prowerku wynosi ok. 4,4 mln zł, przy czym za 83% tej różnicy odpowiada wycena poz. 2.-5. kosztorysów ofertowych dotyczących barier ochronnych stalowych, które Prowerk wycenił łącznie na kwotę 9.405.340,00 zł, zaś Odwołujący na 13.079.415,00 zł.

Odwołujący zarzucił, że koszt kluczowego elementu zamówienia, jakim są bariery



wydaje się rażąco niski, co obligowało Zamawiającego do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z 7 listopada 2019 r. Zamawiający uznał za zasadny zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w pozostałym zakresie wniosł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Prowerku ze względu na wypełnienie obu pozycji kosztorysu ofertowego (tj. poz. 6. i 7.) dotyczących wykonania rozbiórki podbudowy z chudego betonu nie może się ostać z tych samych przyczyn, dla których niezasadne było odrzucenie oferty Saferoad Grawil ze względu na wypełnienie tylko jednej z tych dwóch pozycji. Niejasność dotycząca sposobu wypełnienia kosztorysu ofertowego (z jednej strony pkt 15.2 SIWZ nakazywał wypełnić wszystkie jego pozycje – co uczynił Prowerk, z drugiej zaś obie dotyczą czynności alternatywnych – tak przyjął Saferoad Grawil), sprawia, że obie oferty należy uznać za prawidłowe.

Według Zamawiającego z treści oferty Prowerku wynika jednoznacznie wybór technologii opisanej w poz. 7. Kosztorysu ofertowego, gdyż wskazana w poz. 6 cena jednostkowa 1 zł stanowi jedynie wyraz uczynienia zadość formalnemu wymaganiu SIWZ. *Kwota ta więc stanowi de facto wynagrodzenie za sposób rozliczania tej pozycji w toku robót, a nie wynagrodzenie za faktyczne prace, które co nie budzi wątpliwości zostaną wykonane za cenę zawartą w drugiej z tych pozycji.*

W przekonaniu Zamawiającego w tych okolicznościach nie ma również miejsca na wzywanie Prowerku do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp zwalnia z obowiązku uzyskiwania wyjaśnień – i to nawet w sytuacji odbiegania o 30% lub więcej ceny oferty od wartości – gdy obniżenie ceny wynika ze znanych zamawiającemu oczywistych okoliczności.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Według Zamawiającego z treści SIWZ – w tym przywołanej w niej STWiORB D.07.05.01.– wynika, że zamówienie dotyczy montażu barier stalowych ochronnych bez doprecyzowania żadnych dokładniejszych cech konstrukcyjnych tych barier, a zatem dopuszcza również bariery ochronne stalowe linowe. Jednocześnie treść przepisów prawa i norm, które powinny być uwzględnione przy dokonywaniu wykładni postanowień SIWZ, nie różnicuje barier stalowych na jakiegokolwiek kategorie.

Zamawiający zrelacjonował, że Polska Norma PN-EN 1317 pt. „Systemy

ograniczające drogę”, przenosząca normę EN1317, określa kryteria badań zderzeniowych i metody badań, którym powinny być poddane systemy ograniczające drogę, w tym drogowe bariery ochronne, aby mogły być stosowane na drogach publicznych. Norma ta nie wskazuje wymiarów, kształtu ani materiału, z jakiego mają być wykonane bariery ochronne. Opisuje natomiast klasy działania barier ochronnych przez określenie ich cech funkcjonalnych, takich jak poziom powstrzymywania, odkształcenie wyrażone szerokością pracującą oraz poziom intensywności zderzenia.

Ponadto Zamawiający szczegółowo opisał, jakie konkretnie rozporządzenia, jakim konkretnie zmianom uległy w kwietniu 2010 r., aby uwzględnić powyższą normę. W szczególności, że w rozporządzeniu w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach wprowadzono nowy podział barier ochronnych wyłącznie za względu na rodzaj materiału (metalowe U-14a, betonowe U-14b, z innych materiałów U-14c) lub funkcję (skrajne, dzielące lub osłonowe).

Zamawiający dodał, że zapisy SIWZ dopuszczały w stosunku do przekazanego przez niego projektu stałej docelowej organizacji ruchu optymalizację w zakresie barier ochronnych i dobór dowolnych barier stalowych spełniających obowiązujące przepisy.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Zamawiający stwierdził, że znane mu są inne źródła zaopatrzenia stalowych barier ochronnych (linowych), a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że ma w tym zakresie pozycję monopolistyczną, dzięki porozumieniu z ich rzekomym jedynym producentem.

Zamawiający podniósł, że nie był zobowiązany do wyjaśnienia ceny całej oferty, gdyż różnice cenowe nie przekraczają wskazanej w art. 90 ust. 1 pzp wielkości tj. 30% od żadnego z dwóch ustawowych punktów odniesienia (średniej arytmetycznej złożonych ofert i wartości zamówienia). Ponadto zachodzą okoliczności oczywiste wpływające na zaistnienie różnic w cenach, które w myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp wyłączają obowiązek badania ceny rażąco niskiej.

W złożonym na posiedzeniu piśmie z 8 listopada 2019 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i zawarł w szczególności następującą argumentację odnośnie dwóch zarzutów.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

W piśmie zacytowano brzmienie pkt 1.3. STWiORB D.07.05.01 od miejsca, w którym

kończy się cytatem zwarty w odwołaniu:

... w lokalizacjach zgodnych Dokumentacją Projektową oraz PN-EN 1317-2:2010 Systemy ograniczające drogę. Część 2: Klasy działania, kryteria przyjęcia badań zderzeniowych i metody badań barier ochronnych i balustrad. Dopuszcza się modyfikację zastosowania barier ochronnych i ich optymalizację z uwzględnieniem wymogów Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 roku: „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych” z zachowaniem wskaźnika intensywności zderzenia ASI A.

Zacytowano również brzmienie początkowych pkt STWiORB DM.00.00.00 Wymagania ogólne:

## 1. WSTĘP

### 1.1. Przedmiot ST

Wymagania Ogólne dla Robót odnoszą się do wymagań wspólnych dla poszczególnych wymagań technicznych dotyczących wykonania i odbioru Robót, przewidzianych do wykonania w ramach realizacji zadania: „Montaż barier ochronnych na odcinku ciągu głównego autostrady A1 węzeł Rząsawa - węzeł Blachownia wraz z włączeniem autostrady A1 do drogi krajowej DK1 - węzeł Rząsawa”.

### 1.2. Zakres stosowania ST

Specyfikacje ogólne określają wymagania dla wykonania i odbioru robót budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Umowy, a zawarte w nich zapisy w zakresie standardu materiałów, wykonania robót i wymaganej ich jakości oraz kontroli jakości robót należy traktować jako minimalne.

1.3. Zakres Robót objętych ST Wymagania ogólne należy rozumieć i stosować w powiązaniu z wszystkimi Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych przewidzianych podczas realizacji kontraktu. Zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, dotyczących wykonania urządzeń bezpieczeństwa ruchu w zakresie barier ochronnych ciągu głównego autostrady A1 wraz z włączeniem autostrady do drogi krajowej DK1. Zakres ten obejmuje m. innymi wykonanie następujących asortymentów robót w km trasy zasadniczej od km 416+500 do km 437+800: bariery ochronne betonowe; bariery ochronne stalowe; osłony energochłonne; osłony przeciwoślśnieniowe na drogach; ponadto zakres robót obejmować będzie:

- modyfikacja i wdrożenie Projektu docelowej organizacji ruchu autostrady A1 wraz z włączeniem autostrady do istniejącej drogi krajowej DK1 na węźle Rząsawa (w zakresie barier ochronnych).

Zamawiający dopuszcza modyfikację zastosowania barier ochronnych i ich optymalizację z uwzględnieniem wymogów Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

*i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 roku: „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych” z zachowaniem wskaźnika intensywności zderzenia ASI A.*

*Modyfikację Projektu docelowej organizacji ruchu autostrady A1 wraz z włączeniem autostrady do istniejącej drogi krajowej DK1 na węźle Rząsawa (w zakresie barier ochronnych) Wykonawca opracuje na podstawie „Projektu stałej organizacji ruchu dla „Budowy autostrady A1 Tuszyn-Pyrzowice, odcinek F; węzeł Rząsawa (z węzłem) – węzeł Blachownia (z węzłem)” oraz na podstawie “Projektu SOR w zakresie dostosowania barier ochronnych od km 416+500 do km 418+213 dla przedsięwzięcia „Budowy autostrady A1 Tuszyn-Pyrzowice, odcinek F; węzeł Rząsawa (z węzłem) – węzeł Blachownia (z węzłem)” Koszty z tym związane Wykonawca uwzględni w cenie oferty.*

*Zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji (pominięcia) z pewnego zakresu robót.*

Przystępujący zaprezentował zbieżną z Zamawiającym argumentację, że w przywołanej przez Odwołującego STWiORB D.07.05.01 „Bariery ochronne stalowe” kluczowe jest odesłanie do Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 roku: „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych”, we wprowadzeniu do których zaznaczono, że są one zgodne z normą PN-EN 1317 „Systemy ograniczające drogę”, która *nie wskazuje wymiarów, kształtu ani materiału, z jakiego mają być wykonane bariery ochronne. Opisuje natomiast klasy działania barier ochronnych przez określenie ich cech funkcjonalnych, takich jak poziom powstrzymywania, odkształcenie wyrażone szerokością pracującą oraz poziom intensywności zderzenia.*

Przystępujący podkreślił również, że w przywołanych powyżej postanowieniach Zamawiający dopuścił modyfikację projektu docelowej organizacji ruchu, a w konsekwencji takiej zmiany, modyfikację zastosowania barier ochronnych i ich optymalizację, pod warunkiem spełnienia wymagań powszechnie obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych.

Zdaniem Przystępującego przywołana w odwołaniu definicja barier ochronnych stalowych z pkt 1.4.2. STWiORB D.07.05.01 stanowi zbędny element, pewną zaszłość, która pozostała z poprzednich uregulowań rozporządzeń.

Przystępujący podsumował, że wymagania oraz STWiORB należy czytać łącznie, a kluczowe znaczenie ma odesłanie do obowiązujących przepisów, norm i „Wytycznych....”, które nie wprowadzają ograniczeń w zakresie konstrukcji i materiału wykonania barier (w tym nie ograniczają kategorii barier stalowych do barier z prowadnicą z profitowanej taśmy stalowej), a kładą nacisk na spełnienie wymagań funkcjonalnych.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Przystępujący oświadczyła, że:

- jest producentem barier ochronnych, posiada własne cenniki, stąd wyliczenia Odwołującego są nieadekwatne;
- dokonując wyceny uwzględnił ryzyka związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia, stąd ceny materiału oraz ceny montażu zostały założone na wyższym poziomie niż ceny rynkowe oferowane innym odbiorcom i pozwalają osiągać mu zysk na poziomie 20%;
- dysponuje już wstępnym projektem organizacji ruchu, który przygotował dla generalnego wykonawcy prowadzonych na tym odcinku robót (Salini);
- posiada ogromne, 28-letnie doświadczenie w branży, potwierdzone referencjami.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – z wyjątkiem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, który został przez niego wycofany po tym, jak Zamawiający uznał w odpowiedzi na odwołanie jego zasadność (z tego względu w tym zakresie orzeczono, jak w pkt 1. sentencji) – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne jest, że co prawda Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SIWZ z 27 września 2019 r. odpowiedział twierdząco na pytanie nr 49 (zadane podczas zebrania wykonawców 25 września 2019 r.), czy wykonawca ma prawo wyboru technologii pomiędzy liniową rozbiórką podbudowy z chudego betonu a wierceniem w podbudowie z chudego betonu w miejscach słupków barier ochronnych, a jednocześnie tak zmodyfikował przedmiar robót, że poz. 6 i 7 kosztorysu dotyczyły tej samej liczby mb, ale nie udzielił już odpowiedzi na pytanie o to, czy wobec tego należy wypełnić tylko jedną z tych pozycji, a jednocześnie instrukcja dla wykonawców odnośnie sposobu wypełnienia kosztorysu ofertowego nakazywała wycenę każdej pozycji kosztorysu.

Zamawiający doprowadził w ten sposób do powstania paradoksalnej sytuacji, gdyż z jednej strony zasugerował, że należy wycenić zakres robót objęty poz. 6. i 7. w ramach jednej z nich (adekwatnie do preferowanej przez danego wykonawcę technologii), a z drugiej strony utrzymał nakaz wyceny każdej pozycji kosztorysu ofertowego, a obiektywnie nie można tego uczynić jednocześnie.

Niesporne było również, że Prowerk, wycenił w swoim kosztorysie poz. 6. na 7500 zł (1 zł za mb), czyli na poziomie symbolicznym, natomiast poz. 7 na kwotę 1.125.000 zł (150 zł za mb), która odpowiada realiom rynkowym. Odmiennie postąpił Saferoad Grawil, który wycenił wyłącznie poz. 7., na kwotę 600 tys. zł (80 zł za mb).

Powyższe okoliczności są też wystarczające, aby stwierdzić, że również Prowerk przewiduje wykonanie przygotowania podbudowy z chudego betonu do montażu słupków barier ochronnych metodą wiercenia.

Przede wszystkim brak podstaw, aby wywodzić z treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego, że wycenę jednej z tych dwóch pozycji w kosztorysie ofertowym uważa on za istotny element treści oferty co do wyboru technologii wykonania tego zakresu robót. Zauważyć należy, że w przypadku tego zamówienia na roboty budowlane istotny jest ich rezultat końcowy w postaci zainstalowania barier ochronnych, a nie to, przy zastosowaniu której z dwóch metod zostały wykonane otwory na słupki służące osiągnięciu tego celu.

Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia z jednej strony zdefiniował, że przez barierę ochronną stalową rozumie barierę ochronną, której podstawowym elementem jest prowadnica wykonana z profilowanej taśmy stalowej (a przez barierę stalową linową – barierę z prowadnicą z 3 lin stalowych), z drugiej strony wyraźnie (stosowane postanowienie zostało powtórzone zarówno dopuścił modyfikację zastosowania barier ochronnych i ich optymalizację z uwzględnieniem wymogów Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 r.: „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych” pod warunkiem zachowaniem wskaźnika intensywności zderzenia ASI A, w ramach ostatniego elementu objętego przedmiotem zamówienia, jakim jest modyfikacja i wdrożenie w zakresie barier ochronnych projektu docelowej organizacji ruchu. W konsekwencji nie było bezwzględnie wymagane, aby zastosować przewidziane w dokumentacji projektowej, czyli „Projekcie SOR w zakresie dostosowania barier ochronnych...” jako bariery stalowe bariery z prowadnicą określaną jako „kształtowa typu A” (ani tym bardziej, co oczywiste, bariery konkretnego producenta również wskazanego w tej dokumentacji), skoro każdy wykonawca miał prawo zmodyfikować i zoptymalizować ten projekt tak dalece, jak pozwalają na to powyżej przywołane wytyczne.

Powtórzenie zarówno w STWiORB DM.00.00.00 dotyczącej wymagań ogólnych, jak i w STWiORB D.07.05.01 dotyczącej barier ochronnych stalowych postanowienia dopuszczającego modyfikację i optymalizację barier wskazanych w dokumentacji projektowej świadczy o tym, że taka była rzeczywiście wola Zamawiającego.

Poza wszelkim sporem jest, że wytyczne te uwzględniają istniejący w chwili ich wydania stan prawny i bazują na normie PN-EN 1317, która nie wskazuje w szczególności materiału, z jakiego mają być wykonane bariery ochronne, a wyłącznie określa cechy funkcjonalne wymagane dla barier zaliczanych do danej klasy działania ochronnego. Według wytycznych, przepisów powszechnie obowiązujących i wspomnianej normy nie ma już też podstaw, aby zawężyć rozumienie bariery stalowej do typu barier z prowadnicą wykonaną z profilowanej taśmy stalowej, gdyż prowadnica ta może być również wykonana z lin stalowych.

W konsekwencji tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia nie stoi na przeszkodzie, aby Prowerk w ramach skorzystania z prawa do wprowadzenia zmian do projektowanych rozwiązań zaoferował – jak to wynika ze złożonego przez Przystępującego pisma i zostało potwierdzone na rozprawie – bariery stalowe 4-linowe o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż bariery stalowe wskazane w dokumentacji projektowej.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są bezzasadne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp (który z kolei nakazuje zamawiającemu poprawienie innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe omyłek polegających na wystąpieniu takiej niezgodności, jeżeli nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty).

W odniesieniu do żadnego z tych dwóch zarzutów hipoteza powyżej normy prawnej nie znajduje zastosowania, gdyż ani kosztorys ofertowy Prowerku, ani zaoferowanie jako barier stalowych z prowadnicą z 4 lin stalowych nie mogą być uznane za sprzeczne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w opisanych powyżej okolicznościach. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z kolizją normy wprost zapisanej w specyfikacji (wyceń każdą pozycję kosztorysu) z wynikającym z treści wyjaśnień uprawnieniem (do wyceny tej spośród dwóch pozycji dotyczących tego samego zakresu robót, która przewiduje preferowaną przez wykonawcę technologię ich wykonania), która obiektywnie nie da się jednoznacznie rozstrzygnąć. W drugim przypadku chodzi raczej o wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia definicji, które nie przystają do aktualnego stanu prawnego, a wobec jednoczesnego przyznania wykonawcy uprawnienia do wprowadzenia daleko idących zmian projektowanych rozwiązań, okazują się zbędne.

Na temat braku podstaw do odrzucenia oferty na skutek nieprecyzyjnych postanowień dokumentacji przetargowej Izba wypowiedziała się wielokrotnie. W uzasadnieniu wyroku z 31 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 833/16) trafnie wywiedziono, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym, postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia w przyszłości, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 4 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 600/16) Izba stwierdziła, że z uwagi na wieloznaczność postanowień SIWZ, niejasności nie mogą działać na niekorzyść wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych jednoznacznie przyjmuje się, że wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która



zredagowała tekst je wywołujący (*in dubio contra proferentem*). Ryzyko niedających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy czy innych dokumentów powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2016 r. sygn. akt V CSK 83/16), co oznacza, że należy dokonywać wykładni restryktywnej wobec proponenta, a życzliwej dla adherenta (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 7 października 2016 r. sygn. akt I ACa 323/16). W okolicznościach tej sprawy oznacza to, że wykładnia sprzecznych ze sobą lub niespójnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być dokonywana na niekorzyść ani Odwołującego, ani Przystępującego w kierunku ustalenia, że któryś z nich złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją.

Analogiczne stanowisko w tym zakresie prezentują przedstawiciele doktryny. *Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych* [Stefan Babiaryz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, LexisNexis 2013, komentarz do art. 89].

Tym samym Izba w pełni podziela wywód zawarty w odwołaniu, tyle że jest on adekwatny nie tylko w odniesieniu do zarzutu, którego uzasadnieniu służył.

Zdaniem Izby w przypadku sprzecznych lub niejednoznacznych postanowień specyfikacji niedopuszczalne jest domaganie się przez jednego wykonawcę, aby na ich podstawie odrzucić ofertę innego wykonawcy.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 3. i 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że poz. 6. i 7. dotyczą dwóch alternatywnych technologii wykonania tego samego zakresu prac związanych z przygotowaniem podłoża z chudego betonu do montażu słupków barier ochronnych wraz z odtworzeniem pobocza, przy czym Prowerk, wycenił w swoim kosztorysie poz. 6. na 7500 zł (1 zł za mb), czyli na poziomie symbolicznym, natomiast poz. 7 na kwotę 1.125.000 zł (150 zł za mb), która odpowiada wartości tych prac, skoro Saferoad Grawil wycenił tę samą pozycję na kwotę 600 tys. zł (80 zł za mb), czyli niemal dwukrotnie taniej.

Różnica pomiędzy cenami ofert Saferoadu Grawilu (ok. 19 mln zł) i Prowerku (ok. 14,5 mln zł) wynosi ok. 25%, a różnica w odniesieniu do wyceny poz. 2.-5. kosztorysów ofertowych dotyczących barier ochronnych stalowych (Prowerk 9.405.340,00 zł, Saferoad Grawil 13.079.415,00 zł) wynosi ok 28%.

Odwołujący nie kwestionował realności wyceny tych poz. w ofercie Prowerku w odniesieniu do barier stalowych 4-linowych (o parametrach funkcjonalnych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia), których producentem jest Prowerk.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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, 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby

z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych,

wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Ponieważ wycena prac związanych z przygotowaniem podłoża z chudego betonu do montażu słupków barier ochronnych wraz z odtworzeniem pobocza w ofercie Prowerku jest na poziomie niemal dwukrotnie wyższym niż w ofercie Saferoadu Grawilu, nie sposób twierdzić, że u Zamawiającego powinny zrodzić się wątpliwości co do możliwości wykonania tego zakresu zamówienia za stawkę 150 zł za 1 mb.

Z kolei zarzut zaniżenia wyceny barier stalowych w ofercie Prowerku okazał się bezprzedmiotowy, skoro okazało się, że nie dotyczy ona barier, o których myślał Odwołujący.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 6. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, również i on jest bezzasadny.

{odniesienie się do żądania nakazania unieważnienia postępowania}

Co prawda na wstępie odwołania znalazło się również żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na jego obarczenie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak uzasadnienie odwołania zawiera jedynie enigmatyczne stwierdzenie, o potencjalnej możliwości spełnienia się przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w przypadku wyceny przez wykonawców odmiennego zakresu zamówienia.

Po pierwsze, do takiej sytuacji nie doszło w tym postępowaniu, gdyż zarówno Prowerk, jak i Saferoad Grawil wycenili ten sam zakres robót, czyli wykonanie w łącznej długości 7500 mb przygotowania podbudowy z chudego betonu do montażu słupków barier ochronnych wraz z odtworzeniem pobocza.

Po drugie, zarzut zaniechania unieważnienia postępowania nie może sprowadzać się do wskazania na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, bez odniesienia się do art. 146, którego ust. 1 w 7. pkt wyszczególnia konkretne sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu, a ust. 6 dodatkowo formułuje klauzulę generalną, że może to nastąpić również w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.