

WYROK

z dnia 14 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość** oraz **PRD NOWOGARD S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie**, w imieniu którego działa: **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin**,

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość** oraz **PRD NOWOGARD S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość** oraz **PRD NOWOGARD S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość** oraz **PRD NOWOGARD S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard**, na rzecz zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie**, w imieniu którego działa: **Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin**, kwotę **4 621 zł 44 gr** (cztery tysiące sześćset dwadzieścia jeden złotych, czterdzieści cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu i noclegu.

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 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego działa: Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw-Stepnica (odcinek szlakowy)”, numer referencyjny: ZZDW-6.414.15.2020.8.2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.02.2020 r., nr 2020/S 030-068995. Pismem z dnia 07.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.

W dniu 17 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: POLBUD-POMORZE Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość oraz PRD NOWOGARD S.A., ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard (dalej: „odwołujący”) zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., pomimo że wykonawca ten złożył wyjaśnienia, które wraz ze złożonymi dowodami, potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., pomimo że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz”) - nie przewiduje bowiem wykonania pełnego, oczekiwanego przez zamawiającego, zakresu zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., pomimo że jej złożenie utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia, a więc stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

Rażąco niska cena.

„3. W dniu 1 czerwca 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (dokument opatrzony został datą 29 maja

2020 r.). W powyższej informacji Zamawiający poinformował o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Zgodnie z rankingiem ofert pierwsze miejsce zajął wykonawca Budimex S.A. (100,00 pkt), drugie miejsce Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. (99,04 pkt), trzecie - Odwołujący (91,49 pkt), czwarte - STRABAG Sp. z o.o. (89,38pkt).

4. Czynność tę zakwestionował Odwołujący, wnosząc do Krajowej Izby Odwoławczej („Izba”) odwołanie, w którym wykazano, że Zamawiający niesłusznie zaniechał wezwania wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyroku z dnia 24 lipca 2020 r. (sprawa prowadzona była pod sygn. KIO 1289/20) Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oraz istotnych elementów składowych ceny. (...)

9. Zanim wykazane zostanie, że wyjaśnienia, których udzielił Zamawiającemu Budimex S.A. nie powinny zostać zaakceptowane, Odwołujący podkreśla znaczenie, jakie w okolicznościach Postępowania przypisać należy wyjaśnieniom w zakresie poszczególnych elementów cenotwórczych.

10. Za kluczowy w kontekście oceny udzielanych wyjaśnień uznać należy model wynagrodzenia, który obrał Zamawiający. Otóż zgodnie z Działem XVIII ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) „Zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe”. (...)

14. Bezsporne jest zatem, że obowiązkiem Zamawiającego było poddanie cen jednostkowych w ofertach wszystkich wykonawców szczegółowej i pogłębionej analizie. Ewentualne zniżenie istotnych cen jednostkowych może bowiem skutkować niemożnością zrealizowania całej inwestycji, tym bardziej w przypadku, gdy nierynkowy charakter mają całe grupy pozycji przedmiaru, jak to ma miejsce w analizowanym przypadku. (...)

22. Do Odpowiedzi 1 załączony został załącznik nr 4, który został przez Zamawiającego odtajniony jako niespełniający wymogów w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść tego załącznika odnosi się właśnie do wyceny w zakresie robót ziemnych.

23. W pierwszej kolejności wskazać należy, że w Budimex S.A. przyjętą cenę materiału na poziomie 0 zł: (...)

Z treści Wyjaśnień 1 wynika, że Budimex S.A. jako okoliczność przemawiającą za niską wyceną robót ziemnych poczytuje własną kopalnię. Na temat dysponowania kopalnią przez Budimex S.A. Odwołujący wypowie się jeszcze w dalszej części odwołania. W tym miejscu należy jednak podnieść, że nawet dysponując własną kopalnią, koszt materiału nigdy nie wyniesie 0 zł. Posiadając własną kopalnię koszt pozyskania materiału jest niższy od materiału kupowanego jedynie o marżę sprzedawcy. Niezmiennie należy jednak ponieść m.in. następujące koszty wydobycia:

- a) koszty górnicze;
- b) podatki gruntowe;

- c) opłaty za rekultywację terenu;
- d) opłaty eksploatacyjne;
- e) opłaty za ważenie materiału;
- f) koszt wydobycia;
- g) koszty ochrony obiektu.

Koszty te nie zostały ujęte w wycenie Budimex S.A.

24. Skoro opracowana przez Budimex S.A. wycena nie uwzględnia wskazanych powyżej kosztów, to nie można mówić o tym, że ta istotna pozycja przedmiaru, która odnosi się do robót ziemnych, została wyceniona prawidłowo. Z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów okoliczność ta została całkowicie pominięta przez Zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

25. Za równie niezrozumiałe uznać należy pominięcie przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a wyjaśnieniami udzielonymi przez Budimex S.A. Otóż jak wskazano powyżej z przedmiaru załączonego do oferty tego wykonawcy wynika, że koszt omawianej pozycji wynosi 7,25 zł. Uszczegółowienie tej w pozycji, w oparciu o koszty składowe (robocizna, materiał, sprzęt, zysk) ujęte zostały w załączniku nr 4 do Wyjaśnień 1. Jednakże, jak wynika z tego załącznika, rozbieżność cenowa tej pozycji, przedstawione w oparciu o pozycje KNR sumuje się do kwoty dwukrotnie wyższej (14,73 zł): (...)

Również tej okoliczności Zamawiający nie zdecydował się wyjaśnić.

26. Podsumowując analizę wyceny robót ziemnych wycenionych w pozycji 83 przedmiaru, stwierdzić należy, że wycena ta została dokonana w sposób niepokrywający minimalnych kosztów, co znalazło odzwierciedlenie w kilkukrotnie niższej cenie od tej, którą przedstawili wszyscy pozostali wykonawcy, a także Zamawiający. Konsekwencją nierynkowej wyceny na etapie opracowywania oferty było udzielenie wyjaśnień, które jednoznacznie potwierdzają, że nie ma możliwości wykonania tych robót za prezentowaną przez Budimex S.A. cenę. Potwierdza to zarówno nieuzasadniona wycena materiału na poziomie 0 zł, jak i całkowity koszt pozycji, który sumuje się do kwoty dwukrotnie wyższej od tej, która ujęta została w przedmiarze załączonym do oferty. Pomijając w tym miejscu dalsze nieprawidłowości w przedstawionej wycenie, które sprowadzają się do niezgodności z SIWZ oraz działania noszącego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (o czym w dalszej części odwołania), Odwołujący podkreśla, że już w oparciu o załącznik nr 4 do Wyjaśnień 1 Zamawiający powinien odrzucić ofertę Budimex S.A. jako zawierającą rażąco niskie koszty w pozycjach przedmiaru, które budziły wątpliwości Zamawiającego.

27. Niezależnie od nieprawidłowej wyceny w zakresie nasypów Odwołujący wskazuje również na wadliwość wyceny w zakresie kruszyw niezbędnych do wykonania prac, o których mowa w poz. 86 przedmiaru (wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/63 mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30 cm (materac z kruszywa

łamanego). Otóż na okoliczność wyceny w tym zakresie Budimex S.A. załącza opinię technologa (zał. 22 do Wyjaśnień 1). Opinia ta wskazuje na dopuszczalność wykorzystania „własnego” kruszywa 0/31,5mm i zmieszania go z kruszywem 31,5/63. Abstrahując od prawidłowości tego stanowiska w zakresie merytorycznym, Odwołujący również w tym zakresie wskazuje, że posiadanie kruszywa nie oznacza kosztu zerowego. Budimex S.A. nie jest producentem kruszyw, a jeżeli wydobyl je z własnej kopalni, to poniósłby znaczne koszty transporty oraz podstawowe koszty związane z wydobyciem (analogiczne do tych dotyczących nasypów). Kruszywa 0/31,5 występują w znacznej odległości od miejsca inwestycji. Jeżeli Budimex S.A. jest w posiadaniu materiału to oznacza, że poniósł koszt nabycia, który powinien być uwzględniony w kalkulacji. Ponadto dochodzi do tego również koszt mieszania kruszyw.

28. Wyjaśnienia udzielone przez Budimex S.A. są tym bardziej wątpliwe, jeśli weźmiemy pod uwagę towarzyszące im okoliczności. Otóż w części jawnej Wyjaśnień 1 Budimex S.A. wskazuje, że okolicznością przemawiającą za możliwością obniżenia ceny jest własna kopalnia (która ma posłużyć do pozyskania piasku, niezbędnego do wykonania prac z poz. 83 przedmiaru). Tymczasem kopalnia „Miękowo”, która Budimex S.A. nazywa „własną kopalnią”, jest użytkowana przez ten podmiot w oparciu o koncesję terminową, której ważność upływa 31 grudnia 2020 roku. Biorąc pod uwagę możliwy termin podpisania umowy z wykonawcą w ramach Postępowania, oznacza to, że posiadana koncesja będzie mieć minimalny lub wręcz zerowy wpływ na realizację inwestycji. (...)

30. Warto w tym miejscu podkreślić, że z podobną próbą przekonania Zamawiającego o wyjątkowo sprzyjających wykonawcy Budimex S.A. okolicznościach mających wpływ na wycenę mamy do czynienia w przypadku kolejnego argumentu, który w wyjaśnieniach Budimex S.A. urasta do rangi kluczowego, tj. dysponowania własną wytwórnią masy bitumicznej. Otóż faktem jest, że Budimex S.A. taką wytwórnią dysponuje w ramach realizowanej „po sąsiedzku” inwestycji związanej z budową drogi S3, jednak argument ten, jak zostanie wykazane, nie może wpływać na obniżenie kosztów związanych z inwestycją stanowiącą przedmiot Postępowania.

31. Po pierwsze, zgodnie ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną - branża drogowa i zieleni, wykonawca realizujący inwestycję zobligowany będzie do dysponowania wytwórnią stacjonarną (taki wymóg wynika odpowiednio ze str. 152, 183, 210, 231 tej specyfikacji). Tymczasem wytwórnia, którą dysponuje Budimex S.A. jest wytwórnią mobilną.

32. Po drugie, zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego wytwórnia, z której w ramach budowy S3 korzysta Budimex S.A. nie może być wykorzystywana na potrzeby realizacji innych inwestycji, zatem jej wykorzystanie na potrzeby zadania stanowiącego przedmiot Postępowania jest niemożliwe. Ponadto Odwołujący wskazuje, że realizacja inwestycji w postaci budowy drogi S3 powinna zakończyć się dużo przed terminem

zakończenia budowy drogi 111, zatem wykorzystanie wytwórni również z tej przyczyny powinno być zakwestionowane. (...)

35. Pomijając opieranie się w treści wyjaśnień udzielonych przez Budimex S.A. na utajnionych ofertach podwykonawców, wskazać należy, że ostatnim z konkretnych argumentów wskazanych przez Budimex S.A. w Wyjaśnieniach 1 jest ten o bliskości realizowanych inwestycji (dwa odcinki drogi S3 oraz droga dotycząca obejścia Gryfic). Dowodem mającym przemawiać za prawidłowością wyceny w ramach Postępowania mają być informacje o wycenie zastosowanej w ramach tamtych zadań. Odwołujący wskazuje, że dowody te powinny zostać przez Zamawiającego pominięte. Niezależnie bowiem od poziomu cen oferowanych w innych postępowaniach, wpływ tego faktu na dokonywania oceny w ramach Postępowania jest żaden. (...)"

Niezgodność oferty z siwz.

„44. Przedstawiając szczegóły wyceny w zakresie poz. 83 przedmiaru Budimex S.A. odwołuje się do następujących norm KNR. KNR 2-01 0235-01, KNR 2-02 -214- 05, KNR 2-01 0218-04. Po pierwsze, już „na pierwszy rzut oka” widać, że Budimex S.A. nie zamierza wykonać omawianych prac w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Przywołane pozycje KNR nie przewidują zastosowania walców, lecz uwzględniają koszty związane z posługiwaniem się spycharką gąsienicową. Odwołujący podnosi, że nie jest możliwe wykonanie prac oczekiwanych przez Zamawiającego przy wykorzystaniu spycharek. Ich wydajność bowiem wynosi 0,0328h/m³, co daje 30m³/h wraz z zagęszczeniem.

45. Aby w poprawny sposób zadośćuczynić oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ, należało w wycenie uwzględnić koszty ujęte w ramach normy KNR 2-01 0237-07. To bowiem ta norma przewiduje zagęszczanie nasypów walcami samojezdnymi wibracyjnymi. Brak jej uwzględnienia w wycenie dobitnie świadczy o zamiarze Budimex S.A., który w istocie sprowadza się do wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ. Nie jest możliwe uzyskanie wymaganej nośności i zagęszczenia w technologii przyjętej przez Budimex SA.

46. Niezależnie od tej wadliwości Odwołujący wskazuje, że załącznik nr 4 do Wyjaśnień 1 nie uwzględnia konieczności wykonania schodkowania. Aby bowiem w ramach wyceny element ten mógł zostać uwzględniony należało posłużyć się normą KNR 2-01 0124-04 (Wykonanie stopni na skarpach nasypów o szer. do 5 m). Brak posłużenia się w wycenie tą normą świadczy więc o wycenie nieuwzględniającej wszystkich wymagań Zamawiającego.

47. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że trzecim dowodem przemawiającym za wadliwą wyceną w ofercie Budimex SA. jest koszt transportu. (...)

48. Podsumowując - Budimex S.A. sporządził wycenę, w której:

- a) nie uwzględnił oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu (schodkowanie);
- b) przewidział wykonanie zamówienia w sposób odmienny od wymaganego przez

Zamawiającego (posłużenie się niewłaściwym sprzętem);

c) nie uwzględnił właściwych kosztów transportu.

49. Powyższe świadczy o niezgodności oferty z SIWZ. Na marginesie nadmienić należy, że dowodzi to również zasadności wykazywanego powyżej zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem Budimex S.A. wycenił inny (mniejszy) zakres od tego, którego oczekiwał Zamawiający, to oznacza to, że za tę samą cenę nie jest możliwe wykonanie zakresu zgodnego z treścią SIWZ.”

Czyn nieuczciwej konkurencji.

„51. Jak zostało przywołane, Budimex S.A. posłużył się w celu wykazania rynkowego charakteru pozycji 83 przedmiaru, która obejmować powinna koszty uzyskania materiału (piasek), kalkulacją, zgodnie z którą koszt tego materiału wynosi 0 zł. W pkt. 23 odwołania wykazano, że posługiwanie się taką wartością jest nieuzasadnione. (...)

54. Cel wykonawcy posługującego się taką wyceną jest bowiem w oczywisty sposób nakierowany na eliminację innych przedsiębiorców. Zatem nie mamy tu do czynienia z wystąpieniem zdarzenia wyłączającego bezprawność działania wykonawcy, jakim jest np. sprzedaż poniżej kosztów z uwagi na trudności gospodarcze czy działania promocyjne. Nie można bowiem mówić o uzasadnionym działaniu wykonawcy, który, sprzedając towar poniżej kosztów, czym to, prowadząc walkę konkurencyjną z innymi podmiotami funkcjonującymi na rynku (a taka walka jest immanentnym elementem właściwym dla rynku zamówień publicznych). Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. (...)

58. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że zarzut ten znajdzie zastosowanie również w odniesieniu do wyceny pozycji 86 przedmiaru. Odwołujący nie zna szczegółów wyceny prezentowanej przez Budimex S.A. w tym zakresie. Można jednak domniemywać, że, skoro również w odniesieniu do kruszywa niezbędnego do wykonania tej pozycji. Budimex S.A. powołuje się na zasoby własne (załącznik 22 do Wyjaśnień 1), to możliwe, że również w tym zakresie przewidział wycenę materiału na poziomie 0 zł. Jeśli okaże się to prawdą (co Izba będzie mogła zweryfikować w toku postępowania odwoławczego), zarzut w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji będzie zasadny, co z kolei powinno prowadzić do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp również w odniesieniu do tej pozycji przedmiaru.”

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenia oferty Budimex S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę, niezgodną z siwz oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 21.09.2020 r. wykonawca BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica o długości ok. 23,24 km.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 86.057.792,00 zł netto, co stanowi 105.851.084,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 100.802.890,54 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 91.709.251,18 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest niższa o ok. 13% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 9% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W dziale XVIII siwz zamawiający wskazał m.in.:

1. Zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe.
2. Cena brutto zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Wycenionych przedmiarach robót.
4. Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 29.05.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty BUDIMEX S.A. jako najkorzystniejszej. Wybór ten został zakwestionowany poprzez wniesienie odwołania w sprawie KIO 1289/20. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Budimex S.A. – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny wskazanych w odwołaniu części składowych oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 10.08.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający zażądał wyjaśnień dotyczących czynników kształtujących ceny jednostkowe zawarte w Wycenionym Przedmiarze Robót „Branża drogowa i zieleń”, w szczególności dotyczących łącznie 23 pozycji kosztorysowych z zakresu: roboty ziemne, podbudowa, nawierzchnia, roboty wykończeniowe, tymczasowe

poszerzenie jezdni. Zamawiający wskazał, że ww. pozycje zostały skalkulowane na szczególnie niskim poziomie w stosunku do kosztorysu inwestorskiego oraz do średnich cen jednostkowych pozostałych ofert. Pozycje te w znacznym stopniu wpływają na poszczególne elementy „Branży drogowej i zieleni”, które kształtują się następująco:

Elementy	Wartość branży z oferty Wykonawcy Budimex PLN	Wartość branży z kosztorysu inwestorskiego PLN	Średnia wartość branży z pozostałych ofert PLN
D-02.OO.OO ROBOTY ZIEMNE	4 240 316,25	12 333 138,01	14 501 512,79
D-04.OO.OO PODBUDOWA	8 511 764,28	14 446 362,56	14 891 870,83
D-05.OO.OO NAWIERZCHNIA	7 841 175,08	20 930 469,45	17 726 596,29
D-06.OO.OO ROBOTY WYKONCZENIOWE	1 309 817,10	5 165 495,15	3 924 568,93
TYMCZASOWE POSZERZENIE JEZDNI	158 149,60	546 750,89	541 174,68

Zamawiający dodał, że w wyjaśnieniach należy odnieść się do możliwości zrealizowania robót dotyczących ww. pozycji kosztorysowych za oferowane kwoty, przede wszystkim podać szczegółowe wyliczenia poszczególnych czynników kształtujących każdą z ww. cen jednostkowych. Ponadto zamawiający zażądał podania przewidywanego zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi z dnia 17.08.2020 r. przystępujący zawarł wyjaśnienia podzielone na część jawną i tajną. W części jawnej przystępujący m.in. wskazał:

- 1) na inne roboty, które realizuje w tej samej okolicy i korzysta z tych samych podwykonawców, przez co: „Na obniżenie cen ma wpływ przede wszystkim zapewnienie podwykonawcom ciągłości pracy w okresie całego roku i lat kolejnych”.
- 2) „Dzięki prowadzeniu szeregu inwestycji na terenie m.in. Województwa Zachodniopomorskiego (gdzie planowana jest do wykonania inwestycja stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia), ale też w innych lokalizacjach w skali kraju, oraz stałej współpracy z wieloma producentami, podwykonawcami i dostawcami materiałów dla potrzeby swojej bieżącej działalności Budimex S.A. otrzymał bardzo korzystne oferty w zakresie m.in. dostaw materiałów”.
- 3) „Strategią Wykonawcy, dającą przewagę konkurencyjną jest działalność na konkretnym, precyzyjnie określonym terytorium, co wiąże się z doskonałą znajomością uwarunkowań lokalnych i możliwością wykorzystania lokalnych zasobów. Należą do nich przede wszystkim – znajdujące się w pobliżu terenu budowy - własna kopalnia z odpowiednią koncesją na wydobycie oraz wytwórnia masy bitumicznej. Dzięki ciągłej współpracy z dostawcami materiałów do produkcji mieszanek, Budimex S.A. otrzymuje korzystne

ceny na ich dostawę, co pozwala na uzyskanie atrakcyjnej ceny mieszanek w stosunku do cen katalogowych”.

Do wyjaśnień przystępujący dołączył dowody w postaci m.in. ofert podwykonawców, koncesji na wydobywanie piasku, opinii technologa, wyceny robót ziemnych.

Pismem z dnia 26.08.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego ponownie o złożenie wyjaśnień, w szczególności dotyczących:

- 1) przewidywanego zysku na poszczególnych pozycjach kosztorysowych wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2020 r., branży drogowej i zieleni,
- 2) przewidywanego zysku w branży drogowej i zieleni,
- 3) przewidywanego zysku dla całego przedmiotu umowy, w zależności od przyjętego sposobu wykonania (przy udziale podwykonawców lub samodzielnie),
- 4) wykazania, że ceny przyjęte w kalkulacji są realne i opierają się na aktualnych ofertach.

W odpowiedzi z dnia 02.09.2020 r. przystępujący udzielił wyjaśnień, które w części zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 07.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego. W szczególności Izba nie zgodziła się z zamawiającym, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż – jak twierdzi zamawiający - w razie jego uwzględnienia, zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem w tej sprawie, interesu wykonawcy w ww. sytuacji należy upatrywać w tym, że będzie on mógł ubiegać się o zamówienie w kolejnym wszczętym przez zamawiającego postępowaniu. Tak rozumiany interes we wniesieniu odwołania został

potwierdzony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie z dnia 5 kwietnia 2016 r. C-689/13 (pkt 27 i 28 orzeczenia). W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do oddalenia odwołania z powodu braku interesu po stronie odwołującego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 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 prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że nie może być uwzględniona argumentacja, zgodnie z którą zakwestionowane przez odwołującego pozycje w ofercie przystępującego, nie dotyczą istotnych części składowych ceny, dlatego też nie mogą świadczyć o rażąco niskiej cenie tej oferty. Należy zauważyć, że nakazując zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1289/20 przesądziła, że pozycje te zawierają istotne części składowe ceny oferty i na obecnym etapie postępowania kwestionowanie tej okoliczności jest już spóźnione.

Odnosząc się do konkretnych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, przede wszystkim Izba musi wyjaśnić, że z uwagi na zastrzeżenie większości wyjaśnień przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadnienie wyroku w tym zakresie musi pozostać na takim poziomie ogólności, aby zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione.

W stosunku do zakwestionowanych przez odwołującego pozycji z przedmiaru przystępującego, Izba ustaliła zatem, co następuje:

- 1) Poz. 82 i 83 – przystępujący w wyjaśnieniach podał podwykonawcę, z którym zawarł umowę na wykonanie wykopów i nasypów, jak też podał jego ceny za wykop z transportem, w zależności od odległości. Przystępujący wskazał też rozwiązanie będące podstawą kalkulacji cen w ww. pozycjach oraz dodał, że jedynie w sytuacji, gdyby zastosowanie tego rozwiązania okazało się niewystarczające, dowiezie materiał z własnej kopalni, przy czym ryzyko to (ocenione jako niskie) zostało wkalkulowane w odpowiednich pozycjach. Izba sprawdziła ponadto wszystkie oferty podwykonawców, dołączone jako dowody do obu wyjaśnień przystępującego i stwierdziła, że we wszystkich tych ofertach ceny w ww. pozycjach są niższe niż wskazane przez przystępującego w przedmiarze.
- 2) Poz. 85 - przystępujący w wyjaśnieniach podał podwykonawcę, z którym współpracuje od lat i „posiada bardzo duże rabaty”, a także cenę od tego podwykonawcy. Izba sprawdziła ponadto wszystkie oferty podwykonawców, dołączone jako dowody do obu wyjaśnień przystępującego i stwierdziła, że we wszystkich tych ofertach ceny w ww. pozycji są niższe niż wskazana przez przystępującego w przedmiarze.
- 3) Poz. 87 - przystępujący wskazał rozwiązanie będące podstawą kalkulacji cen w ww. pozycji wraz ze wskazaniem rozbicia wyliczonego kosztu na poszczególne elementy wynikające z zastosowanego rozwiązania. Izba stwierdziła także, że we wszystkich ofertach podwykonawców, dołączonych jako dowody do obu wyjaśnień przystępującego, ceny ww. pozycji są niższe niż wskazana przez przystępującego w przedmiarze.
- 4) Poz. 95 – przystępujący wskazał rozwiązanie będące podstawą kalkulacji cen w ww. pozycji wraz ze wskazaniem rozbicia wyliczonego kosztu na poszczególne elementy wynikające z zastosowanego rozwiązania. Izba sprawdziła też wszystkie oferty podwykonawców, dołączone jako dowody do obu wyjaśnień przystępującego i stwierdziła, że we wszystkich tych ofertach ceny w ww. pozycji są niższe niż wskazana przez przystępującego w przedmiarze.
- 5) Poz. 96 – przystępujący podał rozbicie cenowe kosztów składających się na tę pozycję. Izba ustaliła, że ceny ww. pozycji we wszystkich ofertach podwykonawców, dołączonych jako dowody do obu wyjaśnień przystępującego są niższe niż wskazana przez przystępującego w przedmiarze.

6) Poz. 97 i 101 – przystępujący powołał się na własną wytwórnię mas bitumicznych i w trzech załącznikach do wyjaśnień przedstawił szczegółowe kalkulacje na wszystkie wymagane mieszanki oraz porównanie cen podbudowy z kosztami innego niedawno zrealizowanego zadania. Izba sprawdziła ponadto wszystkie oferty podwykonawców, dołączone jako dowody do obu wyjaśnień i stwierdziła, że we wszystkich tych ofertach ceny w ww. pozycjach są niższe niż wskazane przez przystępującego w przedmiarze.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący wyjaśnień przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie potwierdził się. W szczególności Izba ustaliła, że przystępujący udzielił rzetelnych wyjaśnień znajdujących oparcie w załączonych dowodach. Uwagę zwracają oferty podwykonawców potwierdzające ceny przyjęte przez przystępującego, przy czym przystępujący nawet wskazując na jednego podwykonawcę, z którym zamierza współpracować w danym zakresie, dołączał dodatkowo oferty jeszcze innych podwykonawców, co tym bardziej uwiarygadnia podawane przez niego ceny jako realne i rynkowe. Wśród innych dowodów należy też wskazać na dowody potwierdzające cenę kruszywa i jego transportu. Ponadto, w ocenie Izby nie ma znaczenia w świetle postawionych zarzutów, czy wytwórnia mas bitumicznych jest stacjonarna, gdyż zarzucana niezgodność oferty z siwz, dotyczyła w odwołaniu innej kwestii. Skoro zresztą zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem wytwórni stacjonarnej, to możliwe jest uznanie za taką również wytwórni funkcjonującej w danym miejscu od dłuższego czasu i przypisanej do realizacji różnych kontraktów. W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji, wobec nieuznania zasadności ww. zarzutu, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Odnosząc się do kwestii zgodności oferty z siwz, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zarówno w przedmiarze stanowiącym część oferty, jak i we wszystkich dokumentach dołączonych do wyjaśnień przystępującego, w poz. 83 ujęte jest schodkowanie z transportem. Wyjątek stanowi powoływany przez odwołującego załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 17.08.2020 r., w którym faktycznie dla ww. pozycji nie wymieniono schodkowania i transportu, za to dopisano użycie spycharek (zamiast walców).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić uwagę, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do zgodności oferty z siwz, natomiast załącznik nr 4 do wyjaśnień przystępującego nie jest ofertą. Izba podziela przy tym pogląd, że co do zasady udzielane wyjaśnienia należy uwzględniać do oceny zgodności oferty z siwz, niemniej jednak w tej sprawie mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, kiedy to oferta jest zgodna z siwz, a jedynie wyjaśnienia – udzielane zresztą w całkiem innym celu niż wykazanie zgodności oferty z siwz (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) – zgodność tę podważają, pozostając przy tym w sprzeczności z treścią pozostałych dokumentów składających się na te same wyjaśnienia. Analiza tego szczególnego przypadku prowadzi do wniosku, że zgodność oferty przystępującego z siwz należy stwierdzić w oparciu przede wszystkim o treść samej oferty (zgodnie z ww. przepisem) oraz przeważającej części dokumentów dołączonych do wyjaśnień, gdzie ewidentnie wymieniono wymagane w siwz schodkowanie i transport. Wskazanie natomiast w załączniku nr 4 spycharki należy, w świetle treści wszystkich pozostałych dokumentów, potraktować tak, jak należałoby je potraktować, gdyby zostało wpisane do oferty, czyli jako omyłkę możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, by z powodu błędnie opisanej pozycji w jednym dokumencie dołączonym do wyjaśnień, sprzecznym z innymi dokumentami składanymi przez przystępującego (w tym z samą ofertą), stwierdzić zasadność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie są zasadne i postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący