

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Mostostal Kraków S.A., ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie** oraz **„MOST” Sp. z o.o., ul. Kujawska 51A, 81-862 Sopot,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mostostal Kraków S.A., ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Kraków S.A., ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego **Mostostal Kraków S.A., ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków,** na rzecz zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa obwodnicy Wroniek w ciągu drogi wojewódzkiej nr 182 i 184”, nr referencyjny WZP.271-59/19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2019 r., nr 2019/S 143-350823. Pismem z dnia 17 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: COLAS Polska Sp. z o.o. oraz „MOST” Sp. z o.o.

W dniu 20 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Mostostal Kraków S.A., ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy konsorcjum firm COLAS Polska Sp. z o.o. oraz MOST Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), która zawierała szczegółowy sposób skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych, a zamawiający przyjął, że konsorcjum COLAS w kosztorysie (Tabeli Elementów Rozliczeniowych) uwzględnił wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej specyfikacji technicznej przypisanej danej pozycji oraz w specyfikacji technicznej - Wymagania Ogólne oraz uwzględnił w nich wszystkie planowane do poniesienia koszty dla tej pozycji. Jednocześnie w ramach tego samego zarzutu odwołujący podniósł, że zamawiający naruszając ww. przepisy, w sposób nieuprawniony uwzględnił udzielone w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyjaśnienia konsorcjum COLAS, pomimo iż prowadzą one do jednoznacznego wniosku, że cena tej oferty została skalkulowana w sposób nieprawidłowy i niezapewniający należytego wykonania zamówienia, a także zaprezentowany sposób realizacji zamówienia jest niezgodny z treścią siwz,
- 2) art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum COLAS w sytuacji, gdy cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający w pkt. 16.1 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” SIWZ w sposób jednoznaczny nakazał Wykonawcom stworzyć kosztorys w taki sposób, że każda cena jednostkowa w nim zawarta musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej ST przypisanej danej pozycji oraz w ST Wymagania Ogólne oraz musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych”. (...)

Charakter wynagrodzenia za realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ, jest kosztorysowy.

W wyżej wymienionym kontekście, w ofercie COLAS zostały skalkulowane m.in. następujące pozycje:

Budowa mostu przez rzekę Wartę pozycja nr 7 oraz Budowa wiaduktu nad torami kolejowymi pozycja nr 7, tj. odpowiednio (załącznik nr 1):

7	M.11.01.04	- zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy,	m3	4 079,00	4,26	17 376,54
7	M. 11.01.04	- zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy,	m3	3 921,40	4,16	16 313,02

(...) Ceny jednostkowe COLAS podane powyżej, zgodnie z SIWZ czyli zgodnie z podstawą płatności, jaką stanowi punkt 9 SST M.11.01.04 (załącznik nr 3) powinny obejmować poniższe elementy:

1. Cena wykonania robót:

- ✓ prace pomiarowe i przygotowawcze,
- ✓ oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym,
- ✓ zakup i transport materiałów przewidzianych ustaleniami niniejszej ST do wykonania robót,
- ✓ uporządkowanie terenu robót,
- ✓ przeprowadzenie niezbędnych badań laboratoryjnych i pomiarów wymaganych w Specyfikacji.

oraz cena wykonania robót -1 m3 - zasyпки:

- ✓ przygotowanie materiału o optymalnej wilgotności do wbudowania,
- ✓ zasypanie wykopów przy elementach obiektów mostowych wraz z zagęszczeniem,
- ✓ zasypanie wykopów przy elementach przejazdu wraz z zagęszczeniem,

- ✓ wykonanie zasypki konstrukcji przyczółków oraz nasypu nad przepustem,
- ✓ ręczne i mechaniczne formowanie skarp nasypu wraz z zagęszczeniem,
- ✓ plantowanie skarp nasypu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż COLAS w wyjaśnieniach z dnia 10 października 2019 r. oświadcza, że „w ww. pozycjach Konsorcjum (...) założył wykorzystanie gruntów pochodzących z wykopu” (załącznik nr 4). Podanie takiej informacji przeświadcza o niezgodności SIWZ, ponieważ wskazuje Zamawiającemu w sposób jednoznaczny, że mimo nakazu „uwzględnienia wszystkich kosztów wymienionych w podstawie płatności” czyli „zakupu i transportu materiałów (...)” firma COLAS tego nie uwzględniła.

Po drugie, COLAS, na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.10.2019 r. do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych przywołanych dwóch pozycji nie wyjaśnił, poza miejscem pozyskania gruntu oraz przykładową kalkulacją wbudowania tego gruntu, kalkulacji pozostałych czynności do wykonania przez Wykonawcę z pkt. 9 Podstawa Płatności ww. SST, co pozwala domniemywać, że COLAS tych czynności nie uwzględnił w swojej cenie jednostkowej, co zdaniem Wykonawcy jest również niezgodne z zapisami SIWZ.

Po trzecie, Zamawiający określił w sposób jednoznaczny miejsce pozyskania materiału w przedmiarze jako „dokop”, oraz w punkcie 1.3 omawianej SST „Zakres robót objętych ST” jako: „Dla mostu przez Wartę: zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm wraz z zagęszczeniem oraz transportem gruntu z dokopu Wykonawcy.”, czego ostatecznie wynikiem w pkt. 9 ww. SST „Podstawa płatności” był nakaz wkalkulowania przez Wykonawcę „zakupu i transportu materiału”.

(...) Bilans robót ziemnych w branży drogowej wygląda również ujemnie, czyli nasypu jest znacznie więcej niż wykopu (ilość wykopu: 81 803,00 m<sup>3</sup>, ilość nasypu 139 624,00 m<sup>3</sup>, czyli bilans wynosi 57 821,00 m<sup>3</sup> materiału do zakupienia i dowiezienia z dokopu).

Obrazuje to, że na całym zadaniu bilans robót ziemnych łącznie jest ujemny, jak również każdy dział osobno ma bilans również ujemny, czyli nie ma możliwości ewentualnego przenoszenia materiału z jednej branży do drugiej co było i tak zabronione w SIWZ (pkt. 16.1. Sposób obliczenia ceny: „elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych”).

Przechodząc do konkretnych odniesień do wyjaśnień COLAS z dnia 10 października br. dotyczących omawianych dwóch pozycji kosztorysowych, Wykonawca wyjaśnia pozostałe niezgodności oferty COLAS z innymi założeniami dokumentacji projektowej oraz błędy w założeniach dotyczących oferty.

Wykonawca wskazuje na fakt, że COLAS w swoich wyjaśnieniach oświadczył m.in.:

1. *„W ww. pozycjach Konsorcjum, zgodnie z zapisami i zaleceniami wyżej wspomnianych dokumentów, założyło wykorzystanie gruntów pochodzących z wykopów. Na potwierdzenie powyższego przywołujemy zapis z SST M.11.01.04 „Zasypanie wykopów wraz z zagęszczeniem” pkt 2.1 „Nasypy i wnęki za skrzydłami” w brzmieniu „Zaleca się wykorzystanie w jak największym stopniu gruntów pochodzących z wykopów pod budowane obiekty - po przeprowadzeniu niezbędnych badań i zaakceptowaniu ich przez Inżyniera”.*

Wykonawca informuje, że zgodnie z przywołanym przez COLAS punktem 2.1 „Nasypy i wnęki za skrzydłami”, Zamawiający dopuścił do wbudowania materiału pochodzącego z wykopu, zgodnie z przywołaną treścią: „Zaleca się wykorzystanie w jak największym stopniu gruntów pochodzących z wykopów pod budowane obiekty - po przeprowadzeniu niezbędnych badań i zaakceptowaniu ich przez Inżyniera”.

Co do możliwości wykorzystania materiału z wykopu - nie ma wątpliwości, ale dopuszczenie takiego materiału jest wyraźnie wskazane - nasypy i wnęki za skrzydłami - czyli pozycje nr 8 kosztorysu „Most przez rzekę” i „wiadukt nad koleją” a nie omawiane w odwołaniu pozycje nr 7.

Przywołana SST w punkcie 1.4.5 wyraźnie podaje definicję nasypu - jako „drogową budowlę ziemną wykonaną powyżej powierzchni terenu w obrębie pasa drogowego”, a omawiane pozycje kosztorysowe dotyczą zasypek ław fundamentowych, czyli miejsc poniżej powierzchni terenu.

(...) Zamawiający w zakresie prac wyszczególnił prace związane z formowaniem nasypów - do których dopuścił materiał z wykopu, zgodnie z treścią wynikającą z punktu 2.1. Natomiast do pozostałego zakresu prac (w tym zasypek ław fundamentowych) przewidziano wykorzystanie materiału z dokopu Wykonawcy. Jest to spójne z bilansem mas ziemnych omówionym w szczegółach powyżej, z którego wynika, iż do realizacji przedmiotowych pozycji jest konieczność kalkulowania materiału pochodzącego z dokopu - czyli z miejsca pozyskania gruntu położonego poza pasem drogowym (definicja zgodna z PN-S 02205:1998, która jest przywołana w punkcie 10.1a SST) (załącznik nr 6).

2. *COLAS przywołuje również zapis Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach pkt 1.2.10: „Powstałe masy ziemne zagospodarować na terenie przedsięwzięcia pod warunkiem iż nie będą przekraczać standardów jakości gleby i ziemi”. Powyższe opiera się na zasadzie optymalizacji kosztów oraz minimalizacji wpływu inwestycji na środowisko”*

Wykonawca informuje, że zapis dotyczy Rozporządzenia ministra środowiska z 1 września 2016 w sprawie sposobu prowadzenia oceny zanieczyszczenia powierzchni ziemi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1395 z późn. zm). Zostało ono wydane na podstawie delegacji z ustawy Prawo ochrony środowiska. Zastąpiło ono dotychczas obowiązujące rozporządzenie w sprawie standardów jakości gleby oraz standardów jakości ziemi z 2002 roku

(Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 9 września 2002 r. w sprawie standardów jakości gleby oraz standardów jakości ziemi, Dz.U. 2002 nr 165 poz. 1359). (...)

Z powyższego wynika, iż zapis powołany w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach opisujących przedmiot zamówienia dotyczy zupełnie odrębnego zagadnienia - tj. stwierdzenia czy masy ziemne nie powinny zostać potraktowane jako potencjalnie niebezpieczne i zanieczyszczone substancjami powodującymi ryzyko.

Na etapie postępowania przetargowego, żaden z Wykonawców nie posiadał wiedzy, czy powstałe masy ziemne będą mogły być zagospodarowane na prowadzonym przedsięwzięciu, ponieważ nie dysponował oznaczeniami wprost wynikającymi z zapisów Rozporządzenia. (...)

*3. Colas poinformował, że w sierpniu br. pozyskał kontrakt o nazwie: „Budowa drogi łączącej drogę powiatową nr 1895P z planowaną obwodnicą Wroniek w formule zaprojektuj i wybuduj”, który styka się bezpośrednio z budowaną obwodnicą i na którym posiadamy duży nadmiar gruntu niespoistego z wykopu o dobrych parametrach geotechnicznych.*

Wykonawca informuje, że wspomniany kontrakt ma okres realizacji do dnia 30 sierpnia 2021 r. Od pozyskania kontraktu w formule zaprojektuj i wybuduj do rozpoczęcia budowy mija średnio od roku do dwóch. Omawiane w tym odwołaniu pozycje kosztorysowe dotyczą robót wykonywanych na samym początku, czyli prawdopodobnie w okresie marzec - lipiec 2020 r. Dodatkowo, aby COLAS mógł wykorzystać grunt z innej budowy musi posiadać decyzję o przetwarzaniu odpadów, z której powinna wynikać taka możliwość - Wykonawca jest na etapie pozyskiwania takiej informacji.

Wykonawca zwraca jeszcze uwagę, że wyjaśnienie o ilościach mas ziemnych na kontrakcie, który jeszcze nie jest zaprojektowany, jest bardzo nieprecyzyjne i nie powinno zostać pozytywnie ocenione przez Zamawiającego.

Przedmiar szacunkowy zamieszczony w dokumentacji (załącznik nr 7) tego postępowania określił ilość wykopów łącznie na 1 792,00 m<sup>3</sup> oraz ilość nasypów na 1100 m<sup>3</sup>, czyli bilans pokazuje nadmiar wykopu w ilości 692,00 m<sup>3</sup>, co nawet jeśli biorąc pod uwagę, że cały wykop na zadaniu budowy Obwodnicy Wroniek w branży mostowej zostanie wykorzystany do zasypania omawianych ław fundamentowych, to 692,00 m<sup>3</sup> (nazwane przez COLAS „dużym nadmiarem”) wystarczy na niecałe 15% brakującego materiału.

*4. Colas zamieścił w swoich wyjaśnieniach na dowód tego że wykonanie zasypek ław fundamentowych przykładową kalkulację na KNRach i cenniku SEKOCENBUD dla III kwartału 2019 r.*

Wykonawca informuje, że „przykładowa kalkulacja” przedstawiona przez COLAS jest na kwotę 4,16 zł/m<sup>3</sup>, czyli identycznie na tę samą wartość co tańsza z dwóch pozycji omawianych w odwołaniu.

Podnieść należy również to, że ta przykładowa wycena nie obejmuje w swojej wycenie materiału w postaci piasku z dokopu, a jedynie samo zasypanie i zagęszczenie materiału.

Jakby to nie była przykładowa pozycja, a rzeczywiste rozbitcie ceny przez COLAS, stanowiłoby to również przyznanie się do niezgodności oferty z SIWZ poprzez niedoliczenie materiału, czyli piasku z dokopu, oraz pozostałych czynności do wykonania przy tych pozycjach wypisanych w pkt. 9 Podstawa Płatności SST M.11.01.04 - przykładowo prace pomiarowe, oznakowanie, geodezja, prace porządkowe i pozostałe. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji odrzucenia oferty konsorcjum COLAS oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie oraz „MOST” Sp. z o.o., ul. Kujawska 51A, 81-862 Sopot (zwani dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 2 stycznia 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Również pismem z dnia 2 stycznia 2020 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnicy Wroniek w ciągu drogi wojewódzkiej nr 182 i 184.

W pkt 16 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny”, zamawiający wskazał:

16.1. W Tabeli elementów rozliczeniowych/kosztorysach Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto, stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek, z dokładnością do 0,01 PLN dla wszystkich pozycji w nim wymienionych. W cenie jednostkowej netto Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej ST przypisanej danej pozycji oraz w ST Wymagania Ogólne oraz musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej



pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowe danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych.

16.2. Wykonawca zsumuje wszystkie pozycje w Tabeli elementów rozliczeniowych (kosztorysach) i przeniesie sumy do zbiorczego zestawienia kosztów. Następnie zsumuje wszystkie pozycje zbiorczego zestawienia kosztów i doda kwotę rezerwową na roboty nieprzewidziane w wysokości określonej w tej tabeli oraz podatek VAT. Tak wyliczoną cenę oferty Wykonawca wpisze do druku oferty.

16.3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych (ST) oraz w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem określonym w pkt 10.2. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

W kosztorysie dotyczącym budowy mostu przez rzekę Wartę zamawiający w poz. 7 przewidział: zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu wykonawcy. W kosztorysie dotyczącym budowy wiaduktu nad torami kolejowymi zamawiający w poz. 7 również przewidział: zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu wykonawcy.

W STWiORB M.11.01.04. dotyczącej zasypania wykopów wraz z zagęszczeniem, w pkt 9 „Podstawa płatności” zamawiający wskazał, że cena wykonania robót obejmuje:

1. Cena wykonania robót:

- ✓ prace pomiarowe i przygotowawcze,
- ✓ oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym,
- ✓ zakup i transport materiałów przewidzianych ustaleniami niniejszej ST do wykonania robót,
- ✓ uporządkowanie terenu robót,
- ✓ przeprowadzenie niezbędnych badań laboratoryjnych i pomiarów wymaganych w Specyfikacji.

oraz cena wykonania robót -1 m<sup>3</sup> - zasyпки:

- ✓ przygotowanie materiału o optymalnej wilgotności do wbudowania,
- ✓ zasypanie wykopów przy elementach obiektów mostowych wraz z zagęszczeniem,
- ✓ zasypanie wykopów przy elementach przejazdu wraz z zagęszczeniem,
- ✓ wykonanie zasyпки konstrukcji przyczółków oraz nasypu nad przepustem,
- ✓ ręczne i mechaniczne formowanie skarp nasypu wraz z zagęszczeniem,
- ✓ plantowanie skarp nasypu.

W postępowaniu złożono 9 ofert z cenami od ok. 81,5 mln zł brutto do ok. 108,5 mln zł brutto. Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia 123 274 675,67 zł brutto.

Pismem z dnia 20.09.2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Przystępujący odpowiedział pismem z dnia 27.09.2019 r.

Pismem z dnia 03.10.2019 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego, tym razem do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych następujących pozycji TER:

1) Budowa mostu przez rzekę Wartę pozycja nr 7 oraz Budowa wiaduktu nad torami kolejowymi pozycja nr 7, tj. odpowiednio:

M.11.01.04 - zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy  $4\ 079,00\ m^3 \times 4,26 = 17\ 376,54\ zł$ .

M.11.01.04 - zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu Wykonawcy  $3\ 921,40\ m^3 \times 4,16 = 16\ 313,02\ zł$ .

Pismem z dnia 10.10.2019 r. przystępujący wskazał m.in.:

„W ww. pozycjach Konsorcjum, zgodnie z zapisami i zaleceniami wyżej wspomnianych dokumentów, założyło wykorzystanie gruntów pochodzących z wykopów. Na potwierdzenie powyższego przywołujemy zapis z SST M.11.01.04 „Zasypanie wykopów wraz z zagęszczeniem” pkt 2.1 „Nasypy i wnęki za skrzydłami” w brzmieniu „Zaleca się wykorzystanie w jak największym stopniu gruntów pochodzących z wykopów pod budowane obiekty – po przeprowadzeniu niezbędnych badań i zaakceptowaniu ich przez Inżyniera”, jak i zapis z Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach pkt 1.2.10) „Powstałe masy ziemne zagospodarować na terenie przedsięwzięcia pod warunkiem iż nie będą przekraczać standardów jakości gleby i ziemi”. Powyższe opiera się na zasadzie optymalizacji kosztów oraz minimalizacji wpływu inwestycji na środowisko. Dodatkowo, biorąc pod uwagę oszczędność metody wykonania zamówienia, Konsorcjum w ustaleniach na etapie przygotowania oferty, planując technologię prowadzenia prac i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia przedmiotowej inwestycji, już wstępnie założyło, iż w bezpośrednim sąsiedztwie tych obiektów mostowych zamierza zorganizować składowisko gruntu z odkładu przeznaczonego do ewentualnego uzdatnienia i ponownego wbudowania. Zamysłem Konsorcjum po dokonanej analizie bilansu mas ziemnych było wykorzystanie tego gruntu do zasypania wykopów ław fundamentowych. Informujemy także, że spółka COLAS w sierpniu br. pozyskała kontrakt o nazwie: „Budowa drogi łączącej drogę powiatową nr 1895P z planowaną obwodnicą Wronek w formule zaprojektuj i wybuduj”, który styka się bezpośrednio z budowaną obwodnicą i na którym posiadamy duży nadmiar gruntu niespoistego z wykopu o

dobrych parametrach geotechnicznych. Na dowód tego, iż wykonanie zasypek łąw fundamentowych w cenie zaoferowanej przez wykonawcę jest możliwe, przedstawiamy przykładową kalkulację ceny jednostkowej na podstawie ogólnie obowiązujących zasad wyceny robót budowlanych, na którą składają się dwie pozycje z KNR 2-01 dla robót ziemnych zmechanizowanych. W pozycjach tych przyjęto minimalny koszt robocizny dla województwa wielkopolskiego oraz minimalne koszty pracy sprzętu, według cennika wydawnictwa SEKOCENBUD dla III kw. 2019r. Wynikiem takiej kalkulacji jest cena 4,16zł za 1m<sup>3</sup> zasypki łąw fundamentowych. Posiadanie własnego zamortyzowanego sprzętu przez spółkę Most zapewnia zatem wykonanie tych prac na poziomie cen minimalnych. Pragniemy również jeszcze raz zauważyć, że podważane pozycje kosztorysowe stanowią jedynie nieznaczny składnik przedmiotu zamówienia zarówno w odniesieniu do zakresu prac objętych zamówieniem, jak i do ich wartości”.

Pismem z dnia 28.10.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Na tę czynność zostało wniesione odwołanie (KIO 2263/19), które Izba uwzględniła i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienie odwołującemu pełnej treści wyjaśnień z dnia 27.09.2019 r. i 10.10.2019 r. wraz z załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Pismem z dnia 17.12.2019 r. zamawiający ponownie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego.

**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 zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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 (...). Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu 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 lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z siwz, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający rzeczywiście przewidział w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach nr 7: „zasypanie wykopów ław fundamentowych warstwami grubości 25 cm gruntem dowiezionym z dokopu wykonawcy”, a zatem użył sformułowania „dokop”. Należy jednak zauważyć, że zamawiający w żadnym postanowieniu siwz nie zamieścił definicji tego sformułowania, natomiast z przedstawionej zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego normy PN-S-02205 wynika, że dokopem jest miejsce pozyskania gruntu do wykonania nasypów położone poza pasem drogowym (pkt 1.3.5.2. normy). W świetle ww. normy „dokop” odnosi się zatem do nasypów, a nie do zasypywania wykopów, co oznacza, że sposób rozumienia tego sformułowania wynikający z ww. normy nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Wobec powyższego, zakres wymagań zamawiającego określonych w ww. pozycjach 7, należy ustalać w świetle innych zapisów siwz, którą w tym stanie rzeczy należy czytać całościowo.

W związku z tym Izba poddała analizie treść specyfikacji technicznych, w tym:

- 1) ST DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne” pkt 2.2. Pozyskiwanie materiałów miejscowych: „Wszystkie odpowiednie materiały pozyskane z wykopów na Terenie Budowy lub z innych miejsc wskazanych w Kontrakcie będą wykorzystane do Robót lub odwiezione na odkład odpowiednio do wymagań Kontraktu lub wskazań Inżyniera”,
- 2) ST M.11.01.01. „Wykopy pod ławy w gruncie wraz z rozparciem (umocnieniem)”:
  - a) pkt 1.3. Zakres robót objętych ST: „Dla mostu przez Wartę, przejazdu nad drogą, wiaduktu nad linią kolejową:
    - wykonanie wykopów - w gruncie - wraz z zabezpieczeniem i umocnieniem skarp wykopów oraz transportem nadmiaru gruntu na składowisko Wykonawcy,
    - wykonanie wykopów - w gruncie - wraz z zabezpieczeniem i umocnieniem skarp wykopów oraz transportem gruntu nieprzydatnego do wbudowania na składowisko Wykonawcy – jeżeli wystąpią w wykopach”,
  - b) pkt 2.2. Grunty: „Należy dążyć do wykorzystania gruntów pochodzących z wykopów do

zasyпки, ewentualnie do wbudowania w inne elementy budowy (np. nasypy).”

- 3) ST M.11.01.04. „Zasypanie wykopów wraz z zagęszczeniem” pkt 2.1.: „Zaleca się wykorzystanie w jak największym stopniu gruntów pochodzących z wykopów pod budowane obiekty — po przeprowadzeniu niezbędnych badań i zaakceptowaniu ich przez Inżyniera”.

Z analizy ww. postanowień specyfikacji technicznych wynika, że jedynie nadmiar wykopanego gruntu, w tym gruntu nieprzydatnego do wbudowania, miał być wywożony na składowisko wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy było jednak dążenie do tego, aby wykopany grunt w jak największym stopniu wykorzystać do zasypywania wykopów i wbudowania pod projektowane obiekty. Tym samym zamawiający oczekiwał, że w trakcie budowy wykonawca maksymalnie wykorzysta grunty uzyskane z wykopów. W żadnym postanowieniu specyfikacji technicznych zamawiający nie wymagał natomiast, aby w celu zasypania wykopów ław fundamentowych wykonawca kupował i transportował grunt pozyskiwany na zewnątrz ze specjalnego „dokopu”.

Z wyjaśnień przystępującego wynika, że m.in. w kwestionowanych pozycjach nr 7 zastosował się on do wymagań wynikających z siwz i zamierza wykonać roboty wykorzystując przede wszystkim grunt uzyskany w trakcie budowy będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, a w miarę potrzeby – także z budowy wykonywanej przez niego na sąsiednim odcinku drogi. Nie będzie zatem kupował gruntu na zewnątrz, gdyż ani nie jest to potrzebne, ani też – w świetle przytoczonych wyżej postanowień specyfikacji technicznych – nie jest wymagane przez zamawiającego w siwz. Biorąc powyższe pod uwagę, nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta przystępującego jest niezgodna z siwz i że podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy dodać, że wyliczenia odwołującego co do bilansu robót ziemnych wynikającego z ilości gruntu pozyskanego z wykopów i potrzebnego do nasypów nie są wiarygodne, gdyż po pierwsze w obliczeniach tych nie uwzględniono wbudowania ław w wykop i dodania betonu, które to czynności powodują, że do zasypania potrzeba już mniej gruntu, po drugie, nie uwzględniono, że w kwestionowanych pozycjach mowa jest o zasypaniu wykopów, czyli o zasypaniu do poziomu terenu, a nie o nasypowaniu nasypu, co również powoduje, że ilość potrzebnego gruntu jest mniejsza, niż wylicza to odwołujący. Obliczenia odwołującego nie potwierdzają zatem, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny przystępującego w ww. kwestionowanych w odwołaniu pozycjach nr 7, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że stosowne przepisy ustawy Pzp w tym zakresie (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp) dotyczą ceny / kosztu lub ew. ich istotnych części składowych. Tymczasem zasypywanie wykopów ław fundamentowych jest zaledwie jedną z kilkuset prac, które trzeba wykonać w

trakcie budowy obwodnicy i nie są to ani największe ani najbardziej skomplikowane prace. Dodatkowo wartość ww. pozycji stanowi mniej niż 1% ceny oferty i pozostawałaby na tym samym poziomie procentowym nawet, gdyby wartość tych pozycji została zwiększona dziesięciokrotnie, zaś przy zwiększeniu stukrotnym stanowiłaby ok. 4% ceny oferty. Powyższe świadczy o tym, że ani pod względem przedmiotowym, tj. znaczenia ww. pozycji nr 7 dla zakresu całego zamówienia, ani pod względem finansowym, ceny tych pozycji nie mogą być uznane za istotną część składową ceny całej oferty. W związku z powyższym, nie ma podstaw do stwierdzenia, że z powodu tylko tych dwóch pozycji kosztorysu, cena oferty może być rażąco niska. W konsekwencji nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i zasadnie nie odrzucił oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 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 § 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** .....