

**WYROK**  
**z dnia 18 grudnia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w składzie:

**Przewodnicząca:** **Monika Kawa-Ogorzałek**

**Członkowie:** **Emil Kuriata**

**Jan Kuzawiński**

**Protokolant:** **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2020 r. przez **Odwołującego - WONAT sp. z o.o. z siedzibą w Alwerni** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Sygn. akt KIO 3178/20**

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

**Przewodnicząca:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych - ekranu akustycznego wzdłuż AOW A8 dla posesji przy ul. Melioranckiej 52 we Wrocławiu, o długości ekranu 485 m - początek ekranu w km 23+610”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 575514-N-2020 dnia 18.08.2020r.

W dniu 2 grudnia 2020r. Odwołujący – WONAT sp. z o.o. z siedzibą w Alwerni wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „ZABERD” lub „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez firmę ZABERD, która nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym wymogu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, polegającej na legitymowaniu się ukończeniem budowy ekranu akustycznego na odcinku o długości nie mniejszej niż 100 m, podczas gdy firma ZABERD nie wykazała dokumentami, iż taką budowę zrealizowała, a Zamawiający tego nie dostrzegł badając jej ofertę,

2) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez firmę ZABERD, pomimo, że nie wykazała ona, że złożona przez nią oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,

3) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia odwołania oraz:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez firmę ZABERD,
- odrzucenie oferty firmy ZABERD,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty złożonej przez firmę ZABERD.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w punkcie 7.2

## Sygn. akt KIO 3178/20

3) a) IDW, określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie poprzednich 5 lat wykonali/zakończyli zadanie polegające na budowie zabezpieczeń hałasowych - ekranów akustycznych na odcinku o długości nie mniejszej niż 100 m. Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący przy piśmie z dnia 12 listopada 2020 r. przedstawił Wykaz robót budowlanych, z którego wynika, że na rzecz GDDKiA O/Poznań, wykonał zadanie inwestycyjne polegające na: „Doprowadzeniu do standardów elementów drogi Nr S11a Węzeł Poznań Północ - Węzeł Poznań Zachód oraz Poznań Krzesiny - Kórnik Południe w zakresie ekranów akustycznych na odcinku od km 0+000 do km 14+810 Odc. A (Skrzynki) i Odc. B (Kórnik Południe) poprzez wymianę na nowe uszkodzonych ekranów akustycznych”. Zdaniem Odwołującego zadanie powyższe, nie stanowi jednak budowy zabezpieczeń hałasowych - ekranów akustycznych na odcinku o długości nie mniejszej niż 100 m, czego od wszystkich oferentów wymagał Zamawiający. Wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest bowiem budowa (i zaprojektowanie) zabezpieczeń przeciwhałasowych - ekranu akustycznego, nie zaś jedynie wymiana jakichś elementów robót, które składają się na taką budowę. Budowa obejmuje przede wszystkim prace konstrukcyjne związane z posadowieniem konstrukcji wsporczych (słupów), wszystkie prace związane z fundamentowaniem (wykonanie pali), w tym betonowanie, a także montaż podwalin i wypełnień. Sama wymiana uszkodzonych paneli akustycznych, którą zrealizowała firma ZABERD, nie obejmuje żadnych prac konstrukcyjnych. Natomiast właśnie prace konstrukcyjne związane z wykonaniem pali pod ekrany akustyczne i montażem konstrukcji stalowej, są zasadniczym elementem całej budowy tych ekranów. Są to prace najistotniejsze zarówno pod względem czasu ich realizacji (ok. 75-80% całego zadania), pod względem niezbędnego doświadczenia kadry wykonawczej, a także pod względem kosztu tych prac (ok. 90% całości zadania). Sam montaż wypełnień o powierzchni (jak tu) 3 734 m<sup>2</sup>, trwa od 1 do 2 tygodni i jest czynnością wymagającą znacznie mniejszych kwalifikacji, niż wykonanie fundamentów i konstrukcji stalowej, mających zasadnicze znaczenie dla trwałości użytkowania tego obiektu.

Według Odwołującego, nie może mieć żadnego znaczenia ilość (powierzchnia) wymienionych przez firmę ZABERD uszkodzonych ekranów akustycznych, gdyż nie wymiana, lecz ukończenie budowy ekranów, jest wymaganiem Zamawiającego w świetle Pkt 7.2 3) a) IDW.

Odwołujący zauważył także, że z Protokołu odbioru robót przedłożonego przez firmę ZABERD przy piśmie z dnia 12 listopada 2020 r. wynika, iż wynagrodzenie za wykonanie powyższego zadania inwestycyjnego na rzecz GDDKiA O/Poznań, należne firmie ZABERD, opiewało wg Kontraktu na 2 744 420,28 zł, a więc było niższe jeszcze o ok. 128 tys. zł od

ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu (2 872 962,43 zł). Natomiast powierzchnia wymienianych ekranów akustycznych wynosiła tam aż 14 900 m<sup>2</sup>, przy powierzchni ekranów do wybudowania na rzecz GDDKiA O/Wrocław wynoszącej 3 734 m<sup>2</sup>. Koszt wymiany 1 m<sup>2</sup> ekranu uszkodzonego na nowy, wynosił więc, po przeliczeniu, 184,18 zł brutto. Jest to koszt zdecydowanie niższy niż realny koszt wybudowania ekranu, co potwierdza, że sam montaż wypełnień jest tylko nieznacznym elementem budowy ekranów. Wskazuje to także na nieporównywalność obydwu zadań.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Przystępujący oświadczył w Załączniku nr 1 do pisma z dnia 12 listopada 2020 r., że legitymuje się innym (mniejszym) doświadczeniem niż wymagane przez Zamawiającego, ten zaś tego nie dostrzegł i oferty tej nie odrzucił, co należało uczynić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący wyjaśnił, że w związku z tym, że oferta firmy ZABERD była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, Zamawiający wezwał ją do wykazania, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zdaniem Odwołującego złożone przez Przystępującego wyjaśnienia mają charakter bardzo ogólny i w żaden sposób nie tłumaczą założonych kosztów realizacji zamówienia, w tym powołują się na bliżej nieokreślone zapasy niektórych materiałów oraz na współpracę z producentami, lecz nie wskazuje w żaden sposób, o współpracę z producentami których kluczowych materiałów chodzi. Ponadto jak zaznaczył Odwołujący, w niniejszym zamówieniu nie będą wykonywane żadne prace dotyczące wzmocnienia konstrukcji obiektu, które oferent również zamierza podzlecać podwykonawcom, ponieważ nie jest przewidywany montaż paneli akustycznych na konstrukcji istniejącej, lecz budowa nowej konstrukcji. Nie wiadomo więc w jaki sposób planowane jest wykonanie zasadniczej części prac. Wyjaśnienia firmy ZABERD są niespójne i sprzeczne, co Zamawiający powinien był wziąć pod uwagę. Co więcej, Przystępujący wyjaśniał, że przewiduje konieczność zwiększenia długości ekranów o 100 m, czyli o ok. 1/5 całej długości określonej przez Zamawiającego, a przy tym nie wykazał, aby miało to wpływ na cenę ofertową. Ponadto wykonawca ten przyznał, iż w swojej cenie ujął także ewentualne dodatkowe 10% długości ekranów (48,5 m), czyli razem 533,50 m, a także w dodatkową wysokość 0,7 m.

Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący w piśmie z dnia 26 października 2020 r. wskazał, że zamierza wykonać roboty przy zastosowaniu paneli aluminiowych CALVERO AL-1S, przy wysokości ekranu wynoszącej 7 m i przy rozstawie słupów co 5 m. Na skutek tego, planuje wykonać 107 słupów o wadze 41 ton. Zdaniem Odwołującego, ze względu na zasady wiedzy technicznej, założenia te są wątpliwe biorąc pod uwagę wysokość ekranów (7

## Sygn. akt KIO 3178/20

m), przy której dla stabilności konstrukcji rozstaw słupów powinien być mniejszy, tzn. 4 m. Błędne założenia realizacyjne wpływają na zwiększenie ilości słupów (do 134 sztuk) i kosztów stali (ok. 4 500 zł / tona), a także na zwiększenie kosztów wykonania pali (o dodatkowe 27 sztuk po cenie ok. netto ok. 2 500 zł). Gdyby zaś pozostawić rozstaw słupów bez zmian, co jest niebezpieczne, to waga każdego słupa powinna zostać zwiększona do ok. 550 - 600 kg, a łącznie do ok. 60 ton (oferent założył zakup słupów o wadze 41 ton), z czego różnica (19 ton) powoduje zaniżenie oferty o co najmniej 85 000 zł netto. Rolą oferenta było rozwiać wątpliwości na tym tle, czego nie uczynił. Wszystko powyższe prowadzi do wniosku, że przedstawione wyjaśnienia - z uwagi na ich ogólny charakter, a także błędne założenia techniczne - nie prowadzą do usunięcia wątpliwości co do rażąco niskiego poziomu ceny zaoferowanej za wykonanie zamówienia.

Ponadto w jego opinii, cena 1m<sup>2</sup> wykonania ekranu akustycznego wynikająca z oferty firmy ZABERD wynosi 769,40 zł brutto (przy szacunkowej ilości ekranów wynoszącej 3 734 m<sup>2</sup>), zaś rzeczywista cena 1 m<sup>2</sup> wynikająca z ofert wybranych przez GDDKiA jako najkorzystniejsze w innych ostatnich przetargach, których przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie tego typu ekranów przeciwhałasowych, wynosi od 1 800 do 2 500 zł brutto za 1 m<sup>2</sup> ekranu.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15 grudnia 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania, wskazał, że w wyroku z 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1805/20 orzekła, że nie jest możliwe zastępowanie uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przepisem o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż warunki podmiotowe zostały w Pzp wyraźnie oddzielone od niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. W związku więc z tym, że Odwołujący niewłaściwie sformułował zarzut odwołania, domagając się odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, nie zaś zarzucając naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z 24 ust.4 Pzp, to Przystępujący oświadczył, że jego oferta jest w pełni zgodna z SIWZ, zaś zaoferowany przedmiot zamówienia jest tożsamy z przedmiotem określonym przez Zamawiającego w OPZ. Ponadto w jego ocenie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie powinien podlegać rozpoznaniu, ponieważ nie został skutecznie sformułowany. Odwołujący nie wykazał, którego wymagania SIWZ, poza warunkiem udziału w postępowaniu, nie spełnia oferta Przystępującego. Przystępujący nie odnajduje, w szczególności w treści pkt 19 SIWZ i tomu III SIWZ OPZ jakichkolwiek elementów, których mogłoby nie być w jego ofercie z 30 września 2020 r., na którą składały się formularz oferty, formularz kryteria pozacenowe oraz formularz cenowy i oświadczenie o spełnianiu warunków

## Sygn. akt KIO 3178/20

udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu. W opinii Przystępującego, za niedopuszczalne należy uznać wskazywanie na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej bez kwestionowania konkretnej czynności Zamawiającego opisanej w odwołaniu (KIO 589/13). Zarzut musi zostać sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień zakreśla ramy postępowania odwoławczego. W efekcie gdyby Odwołujący chciał ten zarzut uzupełnić na rozprawie, będzie on spóźniony i nie powinien podlegać rozpoznaniu.

Niezależnie od powyższych argumentów, Przystępujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek określony w pkt 7.2 ust. 3) lit. a) SIWZ. Nieprawdziwe są twierdzenia odwołania, że Przystępujący nie złożył dowodu na spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci budowy ekranu akustycznego na odcinku o długości nie mniejszej, niż 100m, albo też że Zamawiający takiego warunku w odniesieniu do Przystępującego nie zbadał, ponieważ przy piśmie z 12 listopada 2020 r. na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 p.z.p. Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych wykazując zadanie, w ramach którego wybudował łącznie 14 900 m<sup>2</sup> ekranów akustycznych na odcinku drogi o długości 4576m, czyli znacznie powyżej (czterdzieści pięć razy więcej), niż było wymagane w pkt 7.2 ust. 3) lit. a) SIWZ. Przystępujący załączył dowód, że zrealizował te roboty należycie, w postaci protokołów odbioru robót z 14 grudnia 2018 r. oraz 14 lutego 2019 r., sporządzone przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Rejon w Środzie Wielkopolskiej. Podkreślił, że referencyjne roboty budowlane zostały zrealizowane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, która jest Zamawiającym w niniejszym postępowaniu, wobec czego Przystępujący nie był zobowiązany udowadniać posiadania doświadczenia wykazanego w wykazie robót budowlanych, a Zamawiający nie miał podstaw, aby o takie dokumenty wzywać, a to na zasadzie art. 26 ust. 2 p.z.p. oraz § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że Zamawiający posiada pełną i szczegółową wiedzę o zakresie zadania i sposobie wykonania przedstawionego przez Przystępującego jako projekt referencyjny i w oparciu o tę wiedzę uznał posiadane przez Przystępującego doświadczenie jako spełniającego wymogi SIWZ.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący próbuje wykazać, że doprowadzenie do standardów poprzez wymianę na nowe ekranów akustycznych — co było przedmiotem roboty referencyjnej — to nie tylko nie to samo, ale mniej, niż doświadczenie w budowie ekranu akustycznego. Przystępujący wskazał, że w zakresie wymaganego doświadczenia

## Sygn. akt KIO 3178/20

SIWZ w pkt 7.2 ust. 3) lit. „a” wskazuje, że wykonawcy muszą się wykazać wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) (...) Zadania polegającego na budowie zabezpieczeń przeciwhałasowych - ekranów akustycznych na odcinku o długości nie mniejszej niż 100 m. Za wykonanie zadania Zamawiający rozumie doprowadzenie co najmniej do wystawienia Protokołu odbioru robót. Zaznaczył, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wobec czego określenia techniczne oraz zakres i znaczenie terminów lub wykonywanych czynności technicznych w związku z robotami budowlanymi, należy rozważać przede wszystkim w ramach przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333). Wskazuje na to również zakres zamówienia wskazany w nazwie postępowania: zaprojektowanie i budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych — ekranu akustycznego.

Podkreślił, że zgodnie z art. 3 ust. 6 Prawa budowlanego pod pojęciem budowa należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Definicja „budowy” odwołuje się więc wyłącznie do czynności, jakie w jej ramach mogą być realizowane. Natomiast potoczne znaczenie słowa „budowa” jest szerokie, a Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, że budowę zabezpieczeń przeciwhałasowych zawartą w pkt 7.2 ust. 3) lit. a) SIWZ należy rozumieć jakiś szczególny sposób. Podkreślił, że w Prawie budowlanym brak jest definicji pojęć odbudowy, rozbudowy oraz nadbudowy, ale można powiedzieć, że są to formy budowy i czynności polegającej na wykonywaniu obiektu budowlanego, nie różniące się w znaczeniu od określenia budowa. Definicja odbudowy jest natomiast w ustawie z dnia 11 sierpnia 2001 r. o szczególnych zasadach odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku działania żywiołu ( Dz.U. z 2018 r. poz. 1345). Wskazuje ona, że odbudową jest odtworzenie obiektu budowlanego w całości lub w części: a) o wymiarach obiektu zniszczonego lub uszkodzonego — w dotychczasowym miejscu, b) o wymiarach obiektu zniszczonego lub uszkodzonego albo o innych wymiarach — na terenie tej samej gminy w innym miejscu wskazanym w miejscowym planie odbudowy, miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu - przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Do odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w zakresie nieuregulowanym ustawą z 11 sierpnia 2011 r, zgodnie z jej art. 3 stosuje się przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane.

Uwzględniając powyższe Przystępujący stwierdził, że w świetle przedłożonych przez niego protokołów odbioru robót, wykazał się on robotami budowlanymi polegającymi na budowie zabezpieczeń przeciwhałasowych — ekranu akustycznego w określonym miejscu.



Dokonał też odbudowy (z definicji jest to równoznaczne z określeniem budowy) polegającej na odtworzeniu obiektu budowlanego (ekranu akustycznego) w jego części zniszczonej lub uszkodzonej i w dotychczasowym miejscu. Ekran akustyczny, jako budowla chroniąca przed hałasem, wpisuje się w definicję obiektu budowlanego.

Dodał, że niezależnie jednak od obowiązku prawidłowego i jasnego formułowania treści warunków udziału w postępowaniu, jeżeli warunki sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Skoro Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia budowy zabezpieczeń przeciwhałasowych, ani też nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych, przepisów ustawy oraz nie udzielił w tym zakresie wykonawcom żadnych wskazówek, to nie mógłby na etapie oceny ofert przyjąć odmiennej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, niż jego znaczenie literalne opisane przez Przystępującego w niniejszym piśmie powyżej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny oferty, wyjaśnił, że Zamawiający 12 października 2020 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w aspekcie rażąco niskiej ceny, wskazując, że szczególne wątpliwości wzbudził u niego fakt, że według cena 1mb ekranu o wysokości 7m wyliczona w oparciu o ofertę Przystępującego wynosi 87,90% ceny według Sekocenbudu, zeszyt 33/20. Podkreślił, że odpowiadając na powyższe wezwanie złożył szczegółowe wyjaśnienia 16 października 2020 r. i załączył do nich kalkulację szczegółową, wskazującą na sposób i metody kalkulacji ceny, wysokość czynników cenowych oraz zakładany poziom zysku, oraz załączył dowody na poparcie prawidłowości wyliczeń. W odpowiedzi na wezwanie z 23 października 2020 r. Przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w określonym przez Zamawiającego zakresie.

Zauważył, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wymaga ustalenia - w sposób niebudzący wątpliwości - że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. W takim kontekście należy ocenić decyzję Zamawiającego, który po zbadaniu istnienia przesłanek odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażącego zaniżenia ceny lub jej elementów składowych, ustalił że zaoferowana cena jest rzeczywista, realna oraz rynkowa, a przy tym pozwala osiągnąć cel zamówienia, jakim jest wytłumienie hałasu na zakładanym poziomie. Wskazał również, że budżet Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu został skalkulowany dla wypełnień betonowych, co miało istotny wpływ na jego wysokość. Budżet ten musi być jednak

odczytywany również w kontekście modyfikacji przedmiotu zamówienia, do jakich doszło wskutek wyjaśnień do SIWZ. Zamawiający dopuścił wówczas zastosowanie innego materiału wypełnień, niż beton, potaniając cenę realizacji o połowę. W odpowiedzi bowiem na pytanie 18 (wyjaśnienia z 17 września 2020 r.) Zamawiający odpowiedział, że nie narzuca materiałów do wykonania ekranów. W efekcie każdy wykonawca miał prawo przyjąć do wyceny dowolne wypełnienie ekranów, które spełniałoby wymagania akustyczne określone w PFU w pkt. 1.1.3.1. Ponadto zgodnie z odpowiedzią nr 5 Zamówienie nie narzuca geometrii ekranu, zaś zgodnie z odpowiedzią 23 Zamawiający nie narzuca rozwiązań projektowo-technicznych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Jedyny wymóg był taki, aby wszystkie obiekty należy zaprojektować i wykonać w sposób zharmonizowany architektonicznie z istniejącym krajobrazem oraz pozostałymi obiektami (odpowiedź nr 5). W efekcie dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania przewidywały duże spektrum możliwości, oraz związanych z tym kosztów. Materiał wypełnień zastosowany przez Przystępującego pozwolił mu znacząco zoptymalizować koszty realizacji, ale była to możliwość dostępna każdemu innemu wykonawcy. Zastosowanie droższych materiałów, czy też droższych kosztów realizacji, a może po prostu zawyżenie marży wpływające na poziom cen ofert złożonych w postępowaniu, to realizacja polityk cenowych konkretnych wykonawców. Przystępujący wskazał, że prawidłowość swoich założeń cenowych wyjaśnił i udokumentował bardzo szczegółowo. Dodatkowo co do zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, wraz z wyjaśnieniami złożył niezależną analizę akustyczną potwierdzającą, że tak przyjęty materiał, jak i konstrukcja osłon przeciwhałasowych, pozwalają osiągnąć wyciszenie na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Przystępujący wskazał również, że ponieważ jego analizy na etapie przed złożeniem oferty prowadziły do wniosku, że długość osłony przeciwhałasowej trzeba będzie zwiększyć o 10%, aby wytłumić hałas do zakładanego poziomu, to przyjął w swojej kalkulacji ewentualne zmiany parametrów ekranu w zakresie wysokości i długości o dodatkowe 10%.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozpraw, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym przede wszystkim z punktu 7.2.3.a) IDW określającego warunek udziału w postępowaniu, wezwania Zamawiającego z dnia 6 listopada 2020r., wykazu robót budowlanych złożonego przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 12 listopada 2020r., wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 12 oraz 23 października 2020r., udzielonych przez Przystępującego w dnia 16 oraz 26 października 2020r. wyjaśnień i dowodów objętych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów, dlatego Izba za niecelowe uznała ponowne przytaczanie stanu faktycznego sprawy.

**Izba zważyła:**

W pierwszej kolejności skład orzekający uznał, że Odwołujący pomimo błędnego wskazania w odwołaniu podstawy prawnej zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, tj. przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamiast art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stwierdził, że zarówno z petitum odwołania, w którym to Odwołujący wskazywał na brak wykazania przez firmę ZABERD posiadania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego od oferentów ubiegających się o udzielenie zamówienia, co do zdolności technicznej lub zawodowej, jak również z uzasadnienia powyższego zarzutu zawartego w odwołaniu w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że zaskarżoną w odwołaniu czynnością Zamawiającego było zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niespełnieniem przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w punkcie 7.2.3. a) IDW. Podkreślić należy, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę

prawną.

Przypomnieć należy, że w punkcie 7.2.3.a) IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie poprzednich 5 lat wykonali/zakończyli zadanie polegające na budowie zabezpieczeń hałasowych - ekranów akustycznych na odcinku o długości nie mniejszej niż 100 m. Przystępujący na potwierdzenie jego spełnienia powoływał się na realizację zadania na rzecz GDDKiA O/Poznań polegające na: „Doprowadzeniu do standardów elementów drogi Nr S11a Węzeł Poznań Północ - Węzeł Poznań Zachód oraz Poznań Krzesiny - Kórnik Południe w zakresie ekranów akustycznych na odcinku od km 0+000 do km 14+810 Odc. A (Skrzynki) i Odc. B (Kórnik Południe) poprzez wymianę na nowe uszkodzonych ekranów akustycznych”.

Odwołujący stał na stanowisku, że wymiany na nowe uszkodzonych ekranów akustycznych nie sposób jest uznać za budowę, natomiast Zamawiający na rozprawie dowodził, że zgodnie z definicją budowy zawartą w art. 3 ust. 6 Prawa budowlanego, budowa to również odbudowa obiektu budowlanego, pod którym to pojęciem należy rozumieć przywrócenie stanu technicznego obiektu do stanu pierwotnego.

Izba w składzie orzekającym, uznała, że skoro Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia budowy zabezpieczeń przeciwhałasowych, ani też nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych, przepisów ustawy oraz nie udzielił w tym zakresie wykonawcom żadnych wskazówek, to sposób rozumienia warunku zaprezentowany przez Przystępującego należało uznać za prawidłowy, gdyż w sytuacji, w której warunki udziału w postępowaniu sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.

Podkreślić należy, że Izba w składzie orzekającym podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego zgodnie z którym, Przystępujący dokonał odbudowy, co jest - zgodnie z definicją Prawa budowlanego - równoznaczne z definicją budowy. Wykonane przez niego prace, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie polegały na odtworzeniu ekranów akustycznych w zniszczonej lub uszkodzonej części. Podkreślić należy, że Odwołujący pomimo obciążającego go ciężaru dowodowego wynikającego z art. 6 kodeksu cywilnego, nie zdołał podważyć stanowiska, że zrealizowanych przez ZABRED prac naprawczych nie można uznać za odbudowę. Tym samym skoro odbudowę obiektu należy uznać za równoznaczne z budową obiektu budowlanego, stwierdzić należało, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku określonego w punkcie 7.2.3a) IDW.

Odnosząc się kolejno do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 89

## Sygn. akt KIO 3178/20

ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z tym przepisem ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone 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. Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez Zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Na wstępie wyjaśnić należy, uznając za skuteczne zastrzeżenie przez Przystępującego części złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, że Izba stwierdziła, iż szczegółowe przedstawienie złożonych wyjaśnień i dowodów przez Przystępującego doprowadziłoby do naruszenia wartości, jakimi są informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba w składzie orzekającym uznała, że Zamawiający sposób prawidłowy i z należytą starannością dokonał oceny wyjaśnień ZABRED. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie ograniczały się do ogólnego przedstawienia sprzyjających okoliczności realizacji zamówienia, które w jego ocenie wpływają na możliwość zaoferowania niższej ceny, bowiem złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zawierały konkretne wyliczenia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez niego za realizację zamówienia, w tym także wycenę kwestionowanych przez Odwołującego pozycji dotyczących kosztów związanych z tymczasową organizacją ruchu, nadzoru geodezyjnego, kosztów zakupu wypełnienia ekranów w postaci paneli aluminiowych, jak również pracy laboratorium zewnętrznego. Ponadto złożone przez ZABRED wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień. Podkreślić należy, iż wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, tj. np. zaoferowanie paneli aluminiowych zamiast wykonanych z betonu, co umożliwiło mu znaczne obniżenie ceny oferty. Zauważyć również należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał, w jaki sposób należy kalkulować koszty zamówienia, a więc każdy z wykonawców miał możliwość dowolnego skalkulowania kosztów budowy ekranów przeciwhałasowych w oparciu o sporządzony projekt budowlany i przyjętą technikę oraz materiały wykonania. Przystępujący w wyjaśnieniach wyjaśnił również przyczyny braku skalkulowania w cenie oferty kosztów związanych z organizacją placu budowy, wskazując na bliskość swojej siedziby jak również możliwość zajęcia jednego pasa jezdni, co umożliwi mu tymczasowe przemieszczanie sprzętu czy też rozładunku materiałów. W opinii składu powyższe wyjaśnienia są realne, a zatem wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób uznać, że przyjęty przez Przystępującego sposób przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji jest nieprawidłowy.

Ponadto podkreślić należy, że Odwołujący wiedząc z jakiego materiału Przystępujący zamierza wykonać ekrany, tj. stosując panele aluminiowe, w żaden sposób nie próbował wykazać, że za zaoferowaną cenę realizacja zamówienia jest niemożliwa. Zauważyć również należy, że Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających jego twierdzenia kwestionujące sposób budowy przez Przystępującego zabezpieczeń przeciwhałasowych, według których konieczne jest zmniejszenie rozstawu słupów, co przyczyni się do zwiększenia kosztów realizacji zamówienia.

## Sygn. akt KIO 3178/20

Podsumowując, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Przystępujący składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 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 (Dz.U. z 2018 r. Nr 41, poz. 972).

**Przewodnicząca:** .....

**Członkowie:** .....

.....