

Sygn. akt KIO 1589/18

WYROK

z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 sierpnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Wysokiej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania A. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** kwotę **24 156 zł 72 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 556,72 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Zamawiający” prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), dalej „PZP” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Nisko-Południe (bez węzła) do węzła Sokółów Małopolski Północ (z węzłem) z podziałem na trzy zadania - Zadanie A od węzła Nisko Południe (bez węzła) do węzła Podgórze (bez węzła) o długości około 11,5 km*, dalej „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 września 2015 r. pod nr 2015/S 184-333303.

W dniu 9 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, dalej „Konsorcjum Mostostal” lub „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal jest ofertą realistyczną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w zaoferowanej kwocie,
2. art. 90 ust. 3 PZP poprzez niezasadne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej potwierdzają, że cena oferty Konsorcjum Mostostal jest ceną rażąco niską, podczas gdy Odwołujący przedstawił wyczerpujące i spójne wyjaśnienia potwierdzające możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie,
3. art. 90 ust. 3 PZP poprzez niezasadne uznanie, iż Odwołujący nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, podczas gdy Odwołujący przedstawił wyczerpujące i spójne wyjaśnienia potwierdzające możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 2 PZP poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych do nich dowodów, co skutkowało bezpodstawnym

przyjęciem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy prawidłowa ocena wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami prowadzi do wniosku, że cena ofertowa Odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia;

5. art. 90 ust. 2 PZP oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności § 13 ww. rozporządzenia, poprzez uznanie iż Konsorcjum Mostostal, w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, winno złożyć umowy na dostawy materiałów przewidzianych do realizacji zamówienia podczas, gdy z żadnego przepisu prawa nie wynika, aby wykazanie cen materiałów dokonywane w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej miało nastąpić jedynie poprzez załączenie umów dotyczących tych materiałów;

6. art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Wysokiej, dalej „Konsorcjum Strabag” podczas gdy za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu należało uznać ofertę złożoną przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu; przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę przed KIO, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przekazany na rozprawie.

Odwołujący wskazywał, że żaden przepis prawa nie upoważnia Zamawiającego do żądania umów przedwstępnych lub ramowych na zakup materiałów do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zatem domagać się od Odwołującego przedstawienia umów przedwstępnych lub umów ramowych na materiały wskazane. Tym samym w odniesieniu do wszystkich materiałów, dla których Zamawiający oczekiwał dowodów na poparcie przyjętych poziomów cen ich zakupu, wykonawca przedłożył oferty cenowe potwierdzające przyjęte założenia cenotwórcze. Konsorcjum Mostostal zaznaczało, że rzetelnie zabezpieczyło realizację przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych dostaw materiałów, zwłaszcza materiałów nasypowych i kruszyw. Wykonawca dokonał szczegółowego rozeznania dostępnych źródeł ich pozyskania. Na potwierdzenie powyższego w wyjaśnieniach bezpośrednio poprzedzających odrzucenie oferty Odwołującego, Konsorcjum

Mostostal przekazało mapę, wykaz zidentyfikowanych kopalń oraz oświadczenia od innych dostawców kruszyw zainteresowanych dostawami materiałów na potrzeby realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego, że ceny materiałów przyjęte przez Odwołującego do wyceny oferty w zakresie kruszyw, które mają zastosowanie do wytworzenia mieszanek mineralno-bitumicznych są cenami zaniżonymi w stosunku do cen tych dostawców Konsorcjum Mostostal wskazywało, iż przyjęło aktualne ceny materiałów, natomiast wzrost cen elementów składowych mieszanek w osobnej pozycji związanej z ryzykiem wzrostu cen poszczególnych składników mieszanek. Powyższe wynikało z faktu, iż oferty na ww. materiały do wytworzenia mieszanek raz uwzględniają wzrost ceny w kolejnych latach (dostawca Kopalnie Dolomitu), a raz nie (np. Orlen Asphalt).

W zakresie cen jednostkowych w branży drogowej Odwołujący wskazywał, że stwierdzenie Zamawiającego dotyczące zaniżonej ceny za wykonanie nasypów z wykopu wydają się być następstwem wadliwej oceny wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. i przyjęcia przez Zamawiającego założeń technologicznych realizacji nasypów, które nie wynikają z wyjaśnień Konsorcjum Mostostal i są prawdopodobnie wynikiem interpretacji oferty podwykonawcy, tj. firmy Baume Sp. z o.o. załączonej do wyjaśnień z 22 stycznia 2018 r. Podkreślał, że żadna z cen w branży drogowej, w zakresie robót bitumicznych zakwestionowanych przez Zamawiającego, a podanych w kalkulacji zaprezentowanej w wyjaśnieniach z 20 czerwca 2018 r. nie jest ceną zaniżoną.

W wyjaśnieniach z 22 stycznia 2018 r. nie wskazywał rozwiązań dla poszczególnych obiektów mostowych w zakresie łożysk, gdyż Zamawiający o to nie pytał. Odwołujący odpowiedział jedynie, na wysokim poziomie ogólności, iż zastosuje w rozwiązaniach mostowych łożyska w oparciu o ofertę Freyssinet Sp. z o.o. Dopiero przy w wyjaśnieniach z 20 czerwca 2018 r., na żądanie Zamawiającego, Odwołujący po raz pierwszy doprecyzował typy łożysk przyjętych dla poszczególnych obiektów mostowych, gdzie wskazał, który typ łożysk zastosuje na każdym z nich. Nie zmienił więc swoich pierwotnych wyjaśnień w tym zakresie.

Dodatkowo Odwołujący podał, że w oparciu o kilka oferty przeprowadził wstępne negocjacje z podwykonawcą Izol-Bit s.c., w wyniku których uzgodniono obniżenie stawki. W ocenie Odwołującego podanie uśrednionej ceny (zaokrąglonej w górę) w żadnym sposób nie zmienia założeń oferty, ani nie świadczy o cenie rażąco niskiej. Dywersyfikacja dostawców jest normalną praktyką wykonawców. W zakresie przyjętych rozwiązań przez cały czas wiążąca pozostaje oferta Saferoad RRS Polska Sp. z o.o., te same bariery stanowiące przedmiot tej oferty. Już od pierwszych wyjaśnień Zamawiający był też świadomy, iż oferta

Konsorcjum Mostostal obejmuje badanie próbnego obciążenia. Potwierdza to oferta podwykonawcy Aspekt Laboratorium Sp. z o.o. załączona do tych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Wysokiej, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu posiedzenia do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazywał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwania z 30 maja 2018 r. oraz 3 lipca 2018 r., wbrew spoczywającemu na nim, na mocy art. 90 ust. 2 ustawy PZP, ciężarowi dowodu, złożył, wbrew własnym twierdzeniom, wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnosząc się do wszystkich okoliczności mających wpływ na cenę, nie podając szczegółów odnośnie wszystkich pozycji oferty i nie dołączając wystarczających dowodów. Co więcej, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami potwierdziła, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający, kierując do Odwołującego wezwaniem, oczekiwał przedstawienia wyjaśnień wraz z dowodami, które potwierdzałyby realność zakupu materiałów (w szczególności kruszyw) w cenach wynikających z wyjaśnień z 22 stycznia 2018 r., ponieważ przyjęte założenia dotyczące cen materiałów (na poziomie 2017 roku) wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości, czy istnieje możliwość ich nabycia. Obawy Zamawiającego wynikały wprost z przedstawionych ofert dostawców, tj. Kopalnie Dolomitu S.A. oraz Śląskie Kruszywa Naturalne Sp. z o.o. Oferty obu spółek zawierały bowiem ceny oferowanych materiałów z uwzględnieniem ich wzrostu w latach następnych. Mimo tak powziętej informacji, Mostostal przyjął do kalkulacji swojej oferty ceny najniższe z 2017 roku. W istocie, zamiast wyjaśnień wraz z dowodami, potwierdzających możliwość nabycia materiałów w cenach przyjętych do kalkulacji oferty, Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, będące jedynie założeniami Odwołującego w tym zakresie i de facto pomijające ceny oferowane przez podwykonawców.

Zdaniem Zamawiającego, w wyjaśnieniach z 20 czerwca 2018 r. wykonawca nie wykazał, że jest w stanie nabyć wyszczególnione materiały w cenach przyjętych do kalkulacji oferty. Ponadto wyjaśnienia te nie potwierdzają możliwości nabycia tychże materiałów w cenach wynikających z przedłożonych ofert podwykonawców, na które Mostostal się powołuje i które przyjął do wyceny swojej oferty. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które taką możliwość by potwierdzały.

Natomiast twierdzenie Odwołującego, że rzetelnie zabezpieczył realizację zamówienia w zakresie wymaganych dostaw materiałów, zwłaszcza materiałów nasypowych i kruszywa, rozpoznając rynek w obrębie planowanej inwestycji w zakresie ilości kopalń, z których mogą

być dostarczane materiały i przedstawiając mapę z wykazem zidentyfikowanych kopalń (co jego zdaniem ograniczy ryzyko dostępności materiałów i zniweluje ryzyko wzrostu cen ich nabycia), nie stanowi odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie i nie potwierdza, że Mostostal nabędzie wyszczególnione materiały w cenach przyjętych do kalkulacji oferty.

Podkreślał, że podana w wyjaśnieniach z 20 czerwca 2018 r. informacja, że w kalkulacji ceny uwzględnił wzrost cen wyszczególnionych materiałów, w tym materiałów składowych do mieszanek mineralno-asfaltowych, nie znajduje żadnego potwierdzenia w ich treści. Zamawiający zwracał również uwagę, że koszt wytworzenia i wbudowania 1 Mg mieszanki podany przez Odwołującego w Tabeli 4 (kolumna 14) jest niższy od minimalnego kosztu wytworzenia mieszanek mineralno-asfaltowych według Sekocenbudu, co w ocenie Zamawiającego stanowi kolejne potwierdzenie, że elementy składające się na zaoferowaną cenę, w tym w szczególności ceny kruszywa, zostały przez Mostostal zaniżone w odniesieniu do ofert cenowych podwykonawców.

W wyjaśnieniach z 22 stycznia 2018 r. wykonawca wprost podaje, że w wycenie robót uwzględniony został zakup spoiwa do uszlachetnienia materiału pochodzącego z wykopu, co Zamawiający uznał za wiarygodne. Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że pod tą informacją ukryte są jeszcze jakieś niewyartykułowane założenia Mostostal. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, to nie Zamawiający przyjął założenia technologiczne do realizacji nasypów z wykopu, a właśnie sam Odwołujący. Wynika to wprost z tabeli znajdującej się na stronie 11 odwołania, dotyczącej robót ziemnych. Dodatkowo Zamawiający wskazywał na różnicę w ilości przyjętego gruntu z wykopu do wbudowania w nasyp.

Porównanie cen jednostkowych robót wskazanych przez Mostostal z cenami jednostkowymi robót ujętymi w Sekocenbudzie i w Bazie Cenowej GDDKiA z poziomu lat 2013 — 2015 miało na celu sprawdzenie, czy uwzględnione do kalkulacji oferty ceny jednostkowe robót są cenami realnymi oraz czy w tych cenach Odwołujący jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Posługiwanie się danymi zawartymi w Sekocenbudzie było jak najbardziej właściwe, a wbrew temu, co wyraził Odwołujący, metodologia stosowana przez Sekocenbud przystaje do kontraktów infrastrukturalnych. Dodatkowym argumentem na potwierdzenie słuszności decyzji podjętej przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum Mostostal jest porównanie oferty Odwołującego z innymi ofertami złożonymi w podobnym czasie dla o zadań o podobnym charakterze.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w kwestii zmiany pierwotnych założeń przyjętych przez Mostostal do oferty w zakresie łożysk, tj. że Mostostal do kalkulacji oferty przyjął łożyska garnkowe, a nie elastomerowe, co oznacza zmianę treści pierwotnych założeń wykonawcy w tym zakresie w trakcie udzielanych wyjaśnień. Kolejno Zamawiający

wskazywał, że wyjaśnienia z 20 czerwca 2018 r. i z 3 lipca 2018 r. zmieniają pierwotne założenia w zakresie przyjętej ceny za wykonanie nawierzchni na chodnikach z żywic epoksydowo-poliuretanowych. Zwracał uwagę, że cena za dostawę i montaż barier ochronnych stalowych podana w wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. jest niższa od ceny podanej z wyjaśnieniami z 22 stycznia 2018 r.

W opinii Zamawiającego, Odwołujący nie powinien na etapie składania wyjaśnień dokonywać jakichkolwiek zmian w cenach jednostkowych. Przy zastosowaniu przez Mostostal ceny jednostkowej wynikającej z wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2018 r. wartość oferty na dostawę i montaż barier ochronnych stalowych byłaby wyższa od wartości złożonej oferty.

Referując do braku ujęcia w kalkulacji obiektu mostowego 19 PZDg próbnego obciążenia tegoż obiektu, wskazywał, iż fakt, iż w wyjaśnieniach z 22 stycznia 2018 r. Wykonawca uwzględnił koszt obciążenia, pozostaje bez znaczenia, gdyż pytania z 30 maja 2018 r. także dotyczyły tego obszaru wyceny. Brak uwzględnienia przedmiotowego kosztu w wyjaśnieniach z 20 czerwca 2018 r. oznacza, że wycena tego obiektu przedstawiona przez Odwołującego została zaniżona.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, dowodach złożonych na rozprawie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 sierpnia 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko- Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania. - Zadanie A od węzła „Nisko Południe (bez węzła) do*

węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km.

W dniu 5 kwietnia 2018 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając, jako najkorzystniejszą ofertę, złożoną przez Konsorcjum Strabag. Jednocześnie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ oraz zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, wnosząc odwołanie do Izby. Odwołanie to zostało uwzględnione wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 710/18. W wyroku tym KIO nakazała: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie.

W związku z wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 710/18 Zamawiający przystąpił do ponownej oceny oferty Odwołującego i wszczął dalszą procedurę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w stosunku do tej oferty. Zamawiający pismem z dnia 30 maja 2018 r., działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 PZP, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

W nawiązaniu do wyjaśnień złożonych przed pierwotnym wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 stycznia 2018 r. oraz wyjaśnień otrzymanych 20 czerwca 2018 r. Zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2018 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący pismem z dnia 10 lipca 2018 r. złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 30 lipca 2018 r.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii.

Izba ustaliła, że zgodnie z pismem z dnia 5 stycznia 2018 r. Zamawiający wzywał Odwołującego w pytaniu C2 do wskazania *cen materiałów, jakie zostały przyjęte przez Wykonawcę do kalkulacji oferty dla głównych materiałów do realizacji zamówienia: beton, stal, materiał na nasypy, kruszywo naturalne na w-wy pomocnicze i odsączające oraz zasypki, kruszywo łamane na podbudowy, kruszywo do mieszanek mineralno - bitumicznych, asfalt; wraz z udzieleniem wyjaśnień potwierdzających, że Wykonawca materiały te jest w stanie nabyć (podpisane umowy przedwstępne/umowy ramowe), w cenach przyjętych do kalkulacji oferty.* W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnieniami z dnia 22 stycznia 2018 r. załączył między innymi oferty dostawców, wskazane w spisie załączników pod numerami: 9-15. Jednocześnie oświadczył, że *wykonawca nie posiada na tym etapie podpisanych umów przedwstępnych ani ramowych na dostawę powyższych materiałów, jednakże posiada szereg ofert dostawców i podwykonawców wraz z ich deklaracjami o woli dalszej współpracy.*

Następnie Zamawiający w wezwaniu z dnia 30 maja 2018 r. zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie i doprecyzowanie odpowiedzi na pytanie C2, dotyczące cen głównych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia wraz przedstawieniem wyjaśnień potwierdzających, że Wykonawca jest w stanie nabyć wyszczególnione przez siebie materiały w cenach przyjętych do kalkulacji oferty (umowy przedwstępne / umowy ramowe). Odwołujący w odpowiedzi pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wskazał, że *W odniesieniu do wszystkich materiałów, dla których Zamawiający oczekiwał dowodów na poparcie przyjętych poziomów cen ich zakupu, Wykonawca przedłożył oferty cenowe potwierdzające swoje założenia. W ślad za otrzymanymi ofertami, Wykonawca przeprowadził wstępne uzgodnienia z poszczególnymi dostawcami w celu zabezpieczenia dostaw przedmiotowych materiałów, co potwierdzają liczne oświadczenia dołączone do wyjaśnień z dn. 22 stycznia 2018 r. Zgodnie z ich treścią*

wskazani dostawcy deklarują zabezpieczenie dostaw w zakresie oferowanych przez siebie materiałów i jednocześnie wyrażają wolę współpracy na etapie realizacji inwestycji, jednocześnie Wykonawca pragnie wskazać, iż posiada również umowy ramowe, które pozwalają na zabezpieczenie dostaw części rozpatrywanych materiałów, tj. betonu i stali zbrojeniowej. Wykaz przedmiotowych umów ramowych dołączony został do wyjaśnień złożonych w dniu 22 stycznia 2018 r. Ponadto, w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące przedstawienia jedynie ofert dostawców w niektórych zakresach należy podnieść, że żądanie posiadania przez Wykonawcę już zawartych umów (nawet przedwstępnych) z dostawcami, jest na etapie postępowania przetargowego żądaniem zbyt daleko idącym. Szczególnie, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Wykonawca składając ofertę oświadczył jednoznacznie, że zrealizuje inwestycję zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami prawa i to powinno dawać Zamawiającemu pewność, że tak doświadczony podmiot zapewni nie tylko profesjonalne wykonanie prac, ale także strumień dostaw materiałów na właściwym poziomie ilościowym oraz terminowym. Na obecnym etapie Wykonawca nie posiada podpisanych umów przedwstępnych na dostawy rozpatrywanych materiałów, co wynika z polityki wewnętrznej Spółki Mostostal Warszawa. Informujemy, iż stosowne umowy zostaną zawarte niezwłocznie po podpisaniu z Zamawiającym umowy głównej na realizację przedmiotowej inwestycji, co Wykonawca uznaje za oczywiste w przyjętej formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zważywszy na to Wykonawca przedstawił Zamawiającemu dowody w postaci ofert uzyskanych od dostawców, co zdaniem Wykonawcy wyczerpuje moc dowodową w zakresie cen materiałów na tym etapie postępowania. (...) Wykonawca dodatkowo zaznacza, że rzetelnie zabezpieczył realizację inwestycji w zakresie wymaganych dostaw materiałów, zwłaszcza materiałów nasypowych i kruszyw. Wykonawca dokonał szczegółowego rozeznania dostępnych źródeł ich pozyskania. Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przekazujemy mapę, wykaz zidentyfikowanych kopalń oraz oświadczenia od innych (w stosunku do przedstawionych w styczniu) producentów kruszyw zainteresowanych dostawami materiałów na potrzeby realizacji przedmiotowej inwestycji (załącznik nr 5), z których jednoznacznie wynika, iż w pobliżu planowanej inwestycji jest wiele możliwych źródeł dostaw w/w materiałów, co z jednej strony ogranicza ryzyko ich dostępności, z drugiej zaś niweluje ryzyko wzrostu cen. Powyższe potwierdza iż Wykonawca nie ograniczył się wyłącznie do rozmów ze wskazanymi w pierwotnych wyjaśnieniach dostawcami. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający ma podstawę do upewnienia się, iż Wykonawca nabędzie i dostarczy wymagane materiały. Załącznik nr 5 - Wykaz rozpoznanych źródeł (...)

Zamawiający w informacji o odrzuceniu podniósł, że W wyniku dokonanej analizy, biorąc pod uwagę udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia Zamawiający uznaje, że

Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień potwierdzających, że wyszczególnione przez Wykonawcę materiały jest w stanie nabyć (podpisane umowy przedwstępne/umowy ramowe), w cenach przyjętych do kalkulacji oferty. Poza tym, bez względu na przyjęte przez Wykonawcę założenia wcześniejszego transportu kruszyw Wykonawca nie potwierdził, że kruszywa te nabędzie po cenie przyjętej do oferty, o co Zamawiający prosił w zadanym pytaniu C2.

W pierwszej kolejności osiã sporu było potwierdzenie nabycia materiałów w cenach przyjętych do kalkulacji oferty oraz w cenach wynikających z przedłożonych ofert podwykonawców przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił dowodów, które taką możliwość by potwierdzały. Ponadto, w ocenie Zamawiającego prezentowanej w odpowiedzi na odwołanie *oferty cenowe wraz z oświadczeniami podwykonawców są jedynie deklaracją na zabezpieczenie dostaw w zakresie oferowanych materiałów oraz wolą współpracy na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie potwierdzają one jednak, że Wykonawca nabędzie poszczególne materiały w cenach uwzględnionych w kalkulacji.*

W ocenie Izby skoro przepisy ustawy Pzp nie ograniczają środków dowodowych celem wykazania realności i rzetelności kalkulacji cenowej, nie można przesądzić, że jedynie przedstawienie umów przedwstępnych czy ramowych będzie właściwym środkiem dowodowym w zakresie badania rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie ocena przedłożonych dowodów należy do Zamawiającego. Niemniej nie może ona sprowadzać się de facto do konkluzji, że brak konkretnych umów z podwykonawcami czy też dostawcami oznacza brak możliwości nabycia materiałów w cenach przyjętych do kalkulacji. Odwołujący przedłożył oferty cenowe dostawców, załączył oświadczenia do wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2018 r., potwierdzające przeprowadzenie wstępnych uzgodnień z poszczególnymi dostawcami w celu zabezpieczenia dostaw. Następnie, w wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2018 r. przekazał mapę, wykaz zidentyfikowanych kopalń oraz oświadczenia innych dostawców kruszyw zainteresowanych dostawami materiałów na potrzeby realizacji inwestycji, co niewątpliwie świadczy o dokonaniu rozeznania dostępnych źródeł ich pozyskania. Poinformował także o zamiarze rozpoczęcia wcześniejszego transportu kruszyw. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w niniejszym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę formułę postępowania „zaprojektuj i wybuduj” zarówno rodzaj, jak i zakres dostaw materiałów wynikający z ostatecznie przyjętych rozwiązań może ulec zmianie, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dowody na poparcie przyjętych w ofercie założeń cenotwórczych w postaci ofert uzyskanych od dostawców, które potwierdzają, że jest w stanie zrealizować zamówienie w zaoferowanej cenie.

Izba zauważyła także, że jeśli zdaniem Zamawiającego *Odwołujący nie wskazał chociażby, kiedy rozpocząłby wcześniejszy transport kruszyw, gdzie składowałby*

przywieziony materiał, ile kosztowałaby dzierżawa placu składowania oraz dodatkowy transport do wytwórni mas bitumicznych z miejsca tymczasowego składowania materiałów, jak również w którym miejscu kalkulacji koszty te zostały uwzględnione to należało dopytać wykonawcę lub precyzyjnie formułować poszczególne pytania. Wobec dalszych wątpliwości wynikających z treści złożonych wyjaśnień, zamawiający jest obowiązany do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących jego wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości.

W zakresie zarzutu Zamawiającego, że ceny materiałów przyjęte przez Odwołującego do wyceny oferty w zakresie kruszyw, które mają zastosowanie do wytworzenia mieszanek mineralno-bitumicznych są cenami zaniżonymi w stosunku do cen tych dostawców, Izba również podziela argumentację Odwołującego. Fakt, że koszt wytworzenia i wbudowania mieszanki jest niższy od minimalnego kosztu według Sekocenbudu nie jest wystarczające do automatycznego uznania, że jest on zaniżony i uniemożliwia realizację zamówienia po takiej cenie. Nadto, wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego (Tom II SIWZ) przewidywał waloryzację wynagrodzenia, w ramach której kwoty płatne wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów cen. Zgodnie z treścią Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w zw. z treścią § 8 ust. 2 pkt 6 - 7 Aktu Umowy Wykonawcy mieli prawo zakładać, że chociaż pewna część wzrostu cen zostanie pokryte waloryzacją kontraktową.

Należy również zauważyć, iż prezentowana w piśmie procesowym Odwołującego argumentacja, co do kosztów realizacji robót polegających na wykonaniu warstwy mrozoochronnej oraz podbudów, warstw wiążących i ścieralnych, a także co do przyjętej frakcji kruszywa z Kopalni Dolomitu S.A., stanowiła rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu. Ponieważ zakres zarzutu w odwołaniu wyznacza nie tylko wskazana podstawa prawna, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu, Izba nie mogła uwzględnić w swoim stanowisku rozszerzenia zarzutu ponad stan faktyczny opisany w odwołaniu i pominęła tę część argumentacji Odwołującego.

Odnosząc się do cen jednostkowych w branży drogowej należy wskazać, co następuje. Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2018 r. pytaniem C.3 wezwał Odwołującego do wskazania jakie rozwiązania projektowe dla branży drogowej zostały przyjęte oraz w jaki sposób zostały one skalkulowane w ofercie. W odpowiedzi, pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. Odwołujący potwierdził, iż roboty ziemne (tj. wykopy i nasypy) zostały skalkulowane w oparciu o ofertę firmy Baume Sp. z o.o. (stanowiącą załącznik nr 16 do wyjaśnień), gdzie zostały ujęte m.in. takie pozycje jak nasyp uzyskany z wykopu bez ulepszenia (cena 5,20 PLN/m³) oraz nasyp uzyskany z wykopu z uszlachetnieniem (cena 9,00 PLN/m³). Dodatkowo poinformował, iż w wycenie przedmiotowych robót uwzględnił oferty na materiały nasypowe

(stanowiące załączniki do odpowiedzi na pytanie C.2 — załączniki nr 11-15) oraz ofertę na zakup spoiwa do uszlachetnienia materiału pochodzącego z wykopu (oferta firmy Spoiwex Sp. z o.o. — załącznik nr 23 do wyjaśnień).

Następnie pismem z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający poprosił o uszczegółowienie odpowiedzi Odwołującego poprzez przedstawienie kosztów rozwiązań projektowych z podaniem przyjętych do wyceny szacunkowej ilości, ceny jednostkowej i wartości poszczególnych grup robót w formie tabeli, narzuconej przez Zamawiającego, gdzie pozycja 17 jako oznaczenie szczegółowego asortymentu robót zawierała jedynie wskazanie „wykonanie nasypów”. Pismem z dnia 22 czerwca 2018 r. wykonawca wraz z wyjaśnieniami przedłożył jako załącznik nr 8 tabelę dotyczącą robót drogowych, gdzie w pozycji 17 wskazał: wykonanie nasypów (z materiału z wykopu i dokopu).

Następnie zgodnie z wezwaniem z dnia 3 lipca 2018 r. Zamawiający prosił o *doprecyzowanie odpowiedzi na pytanie C3 zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 30 maja 2018 r. i rozbiecie wycenionej łącznie pozycji 17 w tabeli robót drogowych dotyczącej Wykonania nasypów (z materiału z wykopu i dokopu) i podanie w osobnych pozycjach przyjętej do wyceny oferty szacunkowej ilości wykonania nasypów z materiału z wykopu, ceny jednostkowej tych robót i jej wartości, wykonania nasypów z materiału z dokopu ceny jednostkowej tych robót i jej wartości. W wyjaśnieniach z dnia 10 lipca 2018 r. Odwołujący zaprezentował rozbiecie pozycji „Wykonanie nasypów” na „Wykonanie nasypów z wykopów” i „Wykonanie nasypów z dokopu”.*

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że *wykonanie nasypów z wykopu wraz z uszlachetnieniem materiału za cenę jednostkowa 8,00 zł/m³ nie jest możliwe, ponieważ cena ta nie obejmuje nawet kosztów pełnej robocizny, która wynosi 9,00 zł/m³ według ww. oferty cenowej, nie mówiąc już o kosztach wartości zakupu spoiw do jego uszlachetnienia. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego cena jednostkowa 8,00 zł/m³ za „Wykonanie nasypów z wykopu” jest ceną zaniżoną, co daje podstawę do uznania, że oferta Wykonawcy w tym zakresie jest rażąco niska.*

Z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Skoro Zamawiający w pytaniu z dnia 3 lipca 2018 r. precyzyjnie wskazał, jakich cen jednostkowych żąda: podanie w osobnych pozycjach przyjętej do wyceny oferty szacunkowej ilości wykonania nasypów z materiału z wykopu, ceny jednostkowej tych robót i jej wartości, wykonania nasypów z materiału z dokopu, ceny jednostkowej tych robót i jej wartości, to nie może wywodzić negatywnych skutków związanych z przyjęciem założeń co udziału uszlachetniania materiału z wykopu. Zamawiający nie żądał podania cen spoiwa, a jedynie oczekiwał rozbiecia ceny za „wykonanie nasypów” na „Wykonanie nasypów z wykopów” i „Wykonanie nasypów z dokopu”.

Przepisy prawa nie określają, ani elementów, które powinno zawierać pytanie zadane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny lub kosztu. Wyjaśnienia Odwołującego złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były adekwatne do treści wezwania Zamawiającego. Zamawiający wyartykułował wprost jakich elementów żądał, a Odwołujący precyzyjnie odpowiedział na zadane pytania. Nie sposób więc uznać, że Odwołujący winien podać cenę spoiwa, skoro Zamawiający nie pytał o tę kwestię. Z tego też względu nie sposób uznać za słuszne stanowisko Zamawiającego, który powołuje się na wezwanie z dnia 3 lipca 2018 r., które zawierało prośbę o *przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia*. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśnianie wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nieuwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r., sygn. akt KIO 1995/17).

W zakresie zaś polemiki Zamawiającego z danymi prezentowanymi w tabeli w odwołaniu, Izba wskazuje że kwestie te pozostają bezprzedmiotowe, skoro nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniżonej ceny jednostkowej za wykonanie nasypów gruntu z dokopu oraz cen w branży drogowej, w zakresie robót bitumicznych.

zakwestionowanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzić należy, co następuje. Zamawiający wskazał, że wykonawca zaniżył ceny jednostkowe w odniesieniu do następujących robót:

- 1) Poz. 17 tabeli Wykonawcy - Wykonanie nasypów z gruntu z dokopu
- 2) Poz. 23.5 tabeli Wykonawcy - Warstwa podbudowy AC22P-gr.18cm
- 3) Poz. 23.6 tabeli Wykonawcy - Warstwa wiążąca AC16W- gr. 8cm
- 4) Poz. 24.4 tabeli Wykonawcy - Warstwa podbudowy AC22P-gr.12cm
- 5) Poz. 24.5 tabeli Wykonawcy - Warstwa wiążąca AC16W- gr. 8cm
- 6) Konstrukcja nawierzchni dla dróg kategorii KR-3 (Mopy)

Warstwa podbudowy AC16P 35/50 - gr.7cm

Warstwa wiążąca AC16W 50/70 - gr. 5cm

Warstwa ściernalna AC 11 S 50/70 - gr. 4cm

- 7) Poz. 25.3 tabeli Wykonawcy — Warstwa wiążąca AC16W 50/70 - gr. 8cm
- 8) Poz. 25.4 tabeli Wykonawcy - Warstwa ściernalna AC 11 S 50/70 - gr. 4cm
- 9) Poz. 26.3 tabeli Wykonawcy - Warstwa wiążąca AC16W 50/70 - gr. 5cm
- 10) Poz. 26.4 tabeli Wykonawcy - Warstwa ściernalna AC 11 S 50/70 - gr. 4cm

Swoje twierdzenia Zamawiający opierał na porównaniu tychże cen z cenami jednostkowymi ujętymi w Sekocenbudzie oraz średnimi cenami jednostkowymi wynikającymi z Bazy Cenowej GDDKiA z poziomu lat 2013-2015. Z taką argumentacją nie zgadzał się Odwołujący wskazując, że po pierwsze cena za wykonania nasypów z gruntu z dokopu w ofercie Odwołującego jest wyższa od średniej ceny jednostkowej wynikającej z Bazy Cenowej GDDKiA. Dodatkowo kwestionował posługiwanie się cenami z Sekocenbudu, które uznawał za niemiarodajne. W zakresie zaś pozostałych cen wykonania robót bitumicznych załączył szczegółową kalkulację zawierającą wszystkie niezbędne elementy wykonania (wytworzenie mieszanek, transport i ułożenie gotowej mieszanki).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że posługiwanie się danymi zawartymi w Sekocenbudzie było właściwe, służyło sprawdzeniu czy uwzględnione do kalkulacji oferty ceny jednostkowe robót są cenami realnymi oraz czy w tych cenach Odwołujący jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Odnosząc się zaś do prezentowanych w odwołaniu tabel wskazywał, że nie jest w stanie ocenić przedstawionych kalkulacji, ponieważ Odwołujący podał jedynie dane wynikowe, bez jakichkolwiek wyjaśnień, w jaki sposób je otrzymał.

W ocenie Izby przedłożone tabele potwierdziły realność zaoferowanych cen, której podczas rozprawy Zamawiający nie podważał. Izba uznała argumentację przedstawioną w piśmie procesowym Odwołującego za słuszną, w szczególności z uwagi na fakt, że ceny zawarte w Sekocenbud zawierają marżę wytwórni produkującej mieszanki, natomiast skalkulowane przez Odwołującego ceny jej nie uwzględniają, gdyż dysponuje on własną wytwórnią, o czym informował w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2018 r. Pomiedzy Sekocenbudem a wyceną Odwołującego występują też różnice w zakresie ceny transportu materiału nasypowego czy mieszanek mineralno-asfaltowych, ponieważ Odwołujący przyjął cenę z uwzględnieniem realnych odległości transportowych z kopalni oraz zakładanej odległości transportowej z wytwórni mas bitumicznych.

W zakresie zastosowania cennika Sekocenbudu, jak powszechnie wiadomo, ceny wskazywane w tej publikacji i ceny oferowane przez wykonawców zamawiającym znacząco się różnią, więc nie mogą być porównywane bezpośrednio. Należy zgodzić się z Odwołującym, że ww. wydawnictwo nie ujmuje w wartości ofert obniżek cen następujących w wyniku długoletniej współpracy stron, nabywania wolumenów zakupowych na potrzeby kilku kontraktów, czy też siły negocjacyjnej partnerów. Wydawnictwo to nie wskazuje także katalogu nakładów rzeczowych podlegających wycenie w ramach prezentacji danej stawki jednostkowej. Nie zmienia to jednak faktu, że publikacja ta zbiera informacje z rynku budowlanego i może być pewnym wyznacznikiem, ale nie powinna stanowić jedyne punktu odniesienia. Dotyczy to w szczególności sytuacji gdy istnieje różnica pomiędzy cenami tam wskazywanymi a cenami zaoferowanymi przez wykonawcę na potrzeby konkretnego przetargu. Jeśli różnica ta istnieje, to zdaniem Izby, nie można przesądzić, że oferowane przez wykonawcę stawki należy ocenić jako zaniżone. Szczególnie, że w przypadku kontraktów infrastrukturalnych nie bez znaczenia pozostaje skala i lokalizacja inwestycji drogowej, rodzaj użytych mieszanek z uwagi na kategorię ruchu drogi, czy też rodzaj zastosowanego asfaltu.

Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, że dodatkowym argumentem na potwierdzenie słuszności decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego było porównanie tejże oferty z ofertami złożonymi w podobnym czasie dla zadań o podobnym charakterze, gdzie punktem odniesienia był koszt budowy drogi ekspresowej S19 w przeliczeniu na 1 km. Przy ocenie, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska, nie może być brana pod uwagę cena zaoferowana przez niego lub innego wykonawcę w innym postępowaniu. Cenę oferty należy odnieść do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy konkretne postępowanie, które może różnić się chociażby warunkami geologicznymi, gruntowymi, rodzajem podłoża, lokalizacją. Nadto, sama długość odcinka drogi może mieć wpływ na kalkulację wykonawcy w przeliczeniu na 1 km drogi.

Odnosząc się do zarzutu cen jednostkowych w branży mostowej związanych z łożyskami Izba ustaliła, że w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2018 r. Zamawiający prosił o wskazanie jakie rozwiązanie projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez wykonawcę oraz udzielenie wyjaśnień w jaki sposób zostały one skalkulowane w ofercie. W wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2018 r. Odwołujący odpowiedział, iż *dostawę i montaż łożysk mostowych przyjęto w oparciu o ofertę firmy Freyssinet Sp. z o.o. (w załączeniu)*. Do wyjaśnień dołączono jako załącznik nr 50 ofertę Freyssinet Sp. z o.o. na dostawę i montaż łożysk garnkowych.

Następnie w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający poprosił o podanie kosztów rozwiązań projektowych dla każdego obiektu oddzielnie poprzez uzupełnienie tabeli, gdzie należało wskazać m.in. łożyska. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2018 r. wskazał który typ łożysk zastosuje na każdym obiekcie mostowym.

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego *W ocenie Zamawiającego udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 20 czerwca 2018 r. i z dnia 10 lipca 2018 r. zmieniają pierwotne założenia Wykonawcy w zakresie przyjętego typu łożysk jakie przyjął do wyceny oferty, o których to poinformował Zamawiającego w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r. W udzielonych wyjaśnieniach przekazanych pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. Wykonawca udzielając odpowiedzi na pytanie C.4 stwierdził, że „Dostawę i montaż łożysk mostowych przyjęto w oparciu o ofertę firmy Freyssinet Polska Sp. z o.o. (w załączeniu), Załącznik nr 50. Oferta zawierała ceny łożysk garnkowych wraz z montażem w określonej ilości sztuk dla poszczególnych obiektów mostowych jakie należy wybudować na przedmiotowym zadaniu. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień stwierdza, że Wykonawca do kalkulacji oferty przyjął łożyska garnkowe, a nie elastomerowe, co oznacza zmianę treści pierwotnych założeń Wykonawcy w tym zakresie w trakcie udzielanych wyjaśnień.*

Odwołujący podkreślał, że nie zmienił pierwotnych założeń w zakresie przyjętego typu łożysk, doprecyzował je dopiero w wyjaśnieniach z dnia 22 czerwca 2018 r. Podnosił też, że oba rodzaje łożysk są dopuszczone przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami PFU, czego nie kwestionuje sam Zamawiający, a w aspekcie finansowym różnica cen pomiędzy sumą wartości łożysk garnkowych a sumą wartości łożysk elastomerowych i garnkowych wynosi 72.898,72 zł.

Zamawiający podtrzymał w odpowiedzi na odwołanie swoje stanowisko w kwestii zmiany pierwotnych założeń przyjętych przez Odwołującego do oferty w zakresie łożysk. Zamawiający nie kwestionował, że wykonawca mógł przyjąć do wyceny oferty typ łożysk dopuszczony wymaganiami Zamawiającego ujętymi w SIWZ, jak również, że na etapie

realizacji robót budowlanych określony typ łożysk przyjęty pierwotnie do kalkulacji oferty wykonawca może zmienić. Zamawiający, po dokonaniu oceny złożonych wyjaśnień, stwierdził jedynie, że Wykonawca do kalkulacji oferty przyjął łożyska garnkowe, a nie elastomerowe, co oznacza zmianę treści pierwotnych założeń. Podnosił, że zastosowanie łożysk garnkowych i elastomerowych jest kosztem większym od kosztu wynikającego z wyjaśnień z 22 stycznia 2018 r., co oznacza, że Odwołujący zaniżył ceny jednostkowe dla innych robót, aby ostatecznie otrzymać wartość podaną w ofercie.

Odnosząc się do cen jednostkowych branży mostowej Izba wskazuje, że skoro PFU dopuszczało oba rodzaje łożysk, a pierwsze wezwanie do wyjaśnień nie zawierało pytania w zakresie rodzajów łożysk to nie sposób czynić zarzutu Odwołującemu, że zmienił treść pierwotnych założeń skoro ich szczegółowo nie podał. Odwołujący nie zaprzeczał, że zastosuje łożyska spółki Freyssinet Sp. z o.o. Nie oznacza to jednak, że w zakresie każdego obiektu mostowego będą to łożyska garnkowe, w sytuacji gdy Zamawiający nie doprecyzował pierwotnego wezwania. Skoro Zamawiający pozostawił dowolność w odpowiedzi wykonawcy, wskazanie jedynie wartości rynkowej łożysk garnkowych, stanowiących jeden z dwóch rodzajów łożysk przyjętych do wyceny jest dopuszczalne. Izba konsekwentnie podziela pogląd prezentowany we wcześniejszych orzeczeniach, że być może łatwiej i szybciej można byłoby ocenić oferty złożone w postępowaniu, gdyby Zamawiający przewidział w ramach przedkładanego do oferty Wykazu Płatności rozbić wartości robót, chociażby na kilka niewralgicznych pozycji. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, różnica cen pomiędzy wartością łożysk wynosi 72.898,72 zł, co stanowi nieistotny element niemający wpływu na cenę oferty (ponad 272 mln zł).

Jeżeli zaś chodzi o ceny za wykonanie nawierzchni na chodnikach z żywic epoksydowo-poliuretanowych, Izba ustaliła, że do wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2018 r. Odwołujący dołączył ofertę cenową przedsiębiorstwa Izol-Bit s.c. Następnie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 lipca 2018 r. wskazał, że *do oferty przyjął średnią arytmetyczną wynikającą z sumy trzech cen rynkowych uzyskanych w tym samym czasie na potrzeby ofertowania równoległych inwestycji, tj. podwykonawcy STALMET w wysokości 98,00 PLN/m² (załącznik nr 1), podwykonawcy TIKKURILA POLSKA S.A. w wysokości 110,00 PLN/m² (załącznik nr 2) oraz podwykonawcy Izol-Bit s.c. w wysokości 120,50 PLN/m² (załącznik nr 52 do wyjaśnień z 22 stycznia 2018 r.). Wynik powyższej średniej to 109,50 PLN, co po zaokrągleniu do pełnego złotego daje wynik 110,00 PLN/m² W oparciu o w/w oferty rynkowe Wykonawca przeprowadził wstępne negocjacje z podwykonawcą Izol-Bit s.c. wskazanym pierwotnie w wyjaśnieniach, w wyniku których uzgodniono obniżenie stawki za m² do kwoty 110,00 PLN. Zdaniem Zamawiającego udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 20 czerwca 2018 r. i z dnia 10 lipca 2018 r. zmieniają pierwotne założenia Wykonawcy w zakresie przyjętej ceny za*

wykonanie nawierzchni na chodnikach z żywic epoksydowo-poliuretanowych jakie przyjął do wyceny oferty, o których to poinformował Zamawiającego w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że podanie uśrednionej ceny w żaden sposób nie zmienia założeń oferty, ani nie świadczy o cenie rażąco niskiej, a dywersyfikacja dostawców jest normalną praktyką. Na uwagę zasługuje również fakt, że skoro Odwołujący wyjaśniał, że ceny skalkulował w oparciu o ofertę Izol-bit oznacza to że mógł opierać się na tej ofercie, ale oferta ta nie musiała wcale być jedyną, z której korzystał przy ostatecznym ustaleniu ceny. Ponadto, w żadnym miejscu nie zakwestionowano realności ceny uśrednionej, a różnica w cenie pomiędzy wartością omawianych prac wedle pierwotnej wyceny Izol-Bit s.c. a ich wartością według ceny uśrednionej w skali całego zadania wynosi 15 063,51 zł. Abstrahując od powyższych rozważań należy podkreślić, że w skali całej oferty różnica ta nie ma większego znaczenia, nie można więc mówić o istotnych częściach składowych oferty.

Odnosząc się zaś do cen barier ochronnych stalowych Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2018 r. wykonawca wskazał, że uwzględnił prace związane z montażem barier stalowych (oferta Saferoad RRS Polska Sp. z o.o.), gdzie w załączniku nr 36 przedstawił ofertę tejże spółki na dostawę i montaż barier ochronnych. Natomiast w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. w odpowiedzi na pytanie: *wykonawca wyceniając każdy obiekt oddzielnie podał ceny jednostkowe barier ochronnych stalowych, które są niższe od cen ujętych w ofercie firmy Saferoad RRS Polska Sp. z o.o. na podstawie której określił wartość tego elementu w swojej ofercie złożonej do Zamawiającego. Prosimy o wyjaśnienie stwierdzonych rozbieżności wraz z merytorycznym uzasadnieniem* wskazał, że w ramach odpowiedzi z dnia 22 stycznia 2018 r. *omyłkowo nie uwzględnił aktualizacji oferty Podwykonawcy Saferoad RRS Polska Sp. z o.o. z dnia 16 listopada 2017 r. (załącznik nr 3). W konsekwencji, kwota przyjęta przez Wykonawcę w ofercie za mostowe bariery ochronne stalowe (wskazana szczegółowo w kalkulacji stanowiącej załącznik do wyjaśnień z 20 czerwca 2018 r.) jest wyższa niż ta wynikająca ze zaktualizowanej oferty Saferoad. Różnica wynikająca z powyższych kwot uwzględnia zakresy robót nieobjętych ofertą Podwykonawcy.*

Na tej podstawie zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że *udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia w powyższym zakresie przekazane pismem z dnia 10 lipca 2018 r. w ocenie Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ zmieniają całkowicie treść pierwszych wyjaśnień w zakresie przyjętych do kalkulacji oferty cen barier ochronnych stalowych (wraz z montażem) udzielonych przez Wykonawcę pismem z dnia 22 stycznia 2018 r., do których Wykonawca załączył oferty cenowe, aby uwiarygodnić podane przez siebie ceny przyjęte do kalkulacji oferty.*

W tym zakresie Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, który wskazał w odwołaniu, że w zakresie przyjętych rozwiązań wiążąca pozostaje oferta Saferoad RRS Polska Sp. z o.o., te same bariery stanowiące przedmiot tej oferty, a każdy z elementów wskazanych jako element kosztowy ma swoje pokrycie w kalkulacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztów próbnego obciążenia Izba ustaliła, że zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 22 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, że rozpatrywana grupa robót, tj. inne roboty mostowe *obejmuje wykonanie próbnych obciążeń obiektów mostowych (oferta Aspekt Laboratorium Sp. z o.o. w załączeniu)*. Następnie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 maja 2018 r. Odwołujący uzupełnił tabelę dotyczącą branży mostowej (stanowiącą załącznik nr 9 do wyjaśnień), zgodnie ze wzorem podanym przez Zamawiającego, poprzez wskazanie jako jednej z pozycji „Innych robót mostowych”.

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego *Zamawiający w wyniku dokonanej analizy szczegółowej kalkulacji wycenionych obiektów mostowych przez Wykonawcę zawartych w Załączniku nr 9 do pisma z dnia 20 czerwca 2018 r., stwierdził, że dla obiektu 19PZDq Wykonawca nie uwzględnił kosztu próbnego obciążenia, mimo iż w wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 22 stycznia 2018 r. w grupie robót „Inne roboty mostowe” wykazał, że próbne obciążenie tego obiektu będzie wykonywane, powołując się na ofertę Aspekt Laboratorium Sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego nieujęcie wykazanego kosztu wykonania próbnego obciążenia ww. obiektu w kalkulacji jaka Wykonawca przedłożył w Załączniku nr 9 oznacza, że Wykonawca w tym dokumencie nie uwzględnił wszystkich kosztów jakie założył dla tego obiektu w przyjętych rozwiązaniach. Według Zamawiającego kalkulacja dla tego obiektu została zaniżona.*

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosił, że *fakt, iż w wyjaśnieniach z 22 stycznia 2018 r. Wykonawca uwzględnił koszt obciążenia, pozostaje bez znaczenia, gdyż pytania z 30 maja 2018 roku także dotyczyły tego obszaru wyceny. W ocenie Izby takie twierdzenie stanowi zaprzeczenie argumentacji Zamawiającego związanej z wykonaniem nasypów, gdzie prezentowano, że wykonanie za konkretną cenę nie jest możliwe po dokonaniu analizy wszystkich dotychczas udzielonych wyjaśnień. Izba stoi na stanowisku, że wyjaśnienia należy czytać i interpretować kompleksowo, a nie tylko na podstawie ostatnich złożonych pism. Zamawiający winien czytać wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2018 r. oraz z dnia 22 czerwca 2018 r. łącznie, wraz z przedłożonymi załącznikami, które stanowią ich integralną część.*

Podkreślić należy, że Odwołujący nie był zobowiązany do sporządzania szczegółowych kalkulacji w postaci kosztorysu ofertowego, a jedynie - zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień – do podania składników

dotyczących poszczególnych pozycji szczegółowego asortymentu dla branży mostowej (niesprecyzowanych przez Zamawiającego), co też Odwołujący uczynił poprzez załączenie do wyjaśnień tabeli, stanowiącej załącznik nr 9. Izba uznała za chybioną argumentację i stanowisko Zamawiającego, który podnosił, że brak ujęcia w kalkulacji obiektu mostowego 19 PZDg próbnego obciążenia tegoż obiektu, oznacza że jego wycena została zaniżona. Izba ustaliła, że Zamawiający nie określił jakie konkretnie elementy załącznik nr 9 winien zawierać. Fakt, iż dokonane przez wykonawcę zestawienie nie zawiera próbnego obciążenia obiektu mostowego 19 PZDg nie przesądza o braku uwzględnienia tego kosztu, a w konsekwencji nie przesądza także o tym, że cena z niego wynikająca jest ceną zaniżoną. Należy podkreślić, że wykonawca miał przedstawić zestawienie, w którym Zamawiający wskazał jedynie obligatoryjne elementy na znacznym poziomie ogólności, tym samym nie można uznać, że wykonawca był zobligowany do sporządzenia i przedstawienia załącznika w formie odzwierciedlającej każdy niezbędny drobny element.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny i odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym wyboru oferty Konsorcjum Strabag.

Następnie Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący naruszenia rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym § 13. Z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie z § 13 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego; certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia; zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym; zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich

seriach norm europejskich; zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

W ocenie Izby powołany powyżej przepis rozporządzenia nie zawiera katalogu zamkniętego, gdyż w jego treści ustawodawca odwołał się do określenia „w szczególności”. Tym samym wskazane w nim dokumenty mają charakter jedynie przykładowy. Niemniej tak ukształtowane postanowienia § 13 ww. rozporządzenia z całą pewnością pozwalają stwierdzić, iż umów na dostawy materiałów przewidzianych do realizacji zamówienia celem wykazania oferowanych cen w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskie nie można zaliczyć do katalogu dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, opisanych w § 13 ww. rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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. poz. 972).

Przewodniczący: