

WYROK
z dnia 22 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2015 r. przez wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2126/15 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2126/15 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Skanska S.A. 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 Odwołującego - Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Skanska S.A. w Warszawie na rzecz Zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym p.n. „Wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją ciągu ul. Marsa - Żołnierska na odcinku węzeł Marsa - granica miasta - etap II”, numer postępowania: ZP/2/PN/2/15, nr ogłoszenia Dz.U./S S44 04/03/2015 75418-2015-PL.

W dniu 21.09.2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa informację o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty wykonawcy Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze, zwanego dalej jako „Metrostav” lub „Wykonawca” lub „Wykonawca Metrostav”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 1 października 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności dokonanych przez Zamawiającego oraz zaniechania czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów Ustawy:

1) przepisu art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Metrostav, mimo iż wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdziły, iż cena nie jest ceną rażąco niską;

2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Metrostav, mimo że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;

3) W konsekwencji naruszenia powyższych przepisów, naruszenie również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i

zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Metrostay;

3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ w pkt. III ppkt. 9 (strona 3) Zamawiający wskazał, na podstawie przepisu art. 36a ust. 2 ustawy Pzp obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na zasadach jak poniżej: „Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia tj.: obiektów inżynierskich. Zastrzeżenie Zamawiającego, o którym mowa powyżej, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp.”.

Dodatkowo zauważył, że na etapie prowadzenia postępowania przetargowego, wpłynął do Zamawiającego wniosek o doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie pod określonym w pkt. III ppkt. 9 SIWZ pojęciem obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia tj. obiektów inżynierskich, gdzie Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: „Obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia oznacza konieczność wykonania robót budowlanych (w tym przypadku obiektów inżynierskich) przez wybranego Wykonawcę.”.

Nadto, podniósł, że w Formularzu Ofertowym, w pkt. 6 Zamawiający żądał wskazania części zamówienia, które wybrany Wykonawca powierzy Podwykonawcom.

W związku z tym żądaniem zaznaczył, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca Metrostav wskazał w formularzu ofertowym, iż roboty drogowe oraz kanalizacyjne powierzy do wykonania Podwykonawcom.

Odwołujący wskazał również, iż w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawartym m.in. w przygotowanych przez Zamawiającego przedmiarach robót, a następnie wypełnionych przez wykonawców (jako kosztorysy ofertowe) dotyczących wykonania obiektów inżynierskich znajdują się pozycje, w których należało wycenić m.in.: układanie warstw jezdnych na tychże obiektach (Obiekt WD 1 - poz. 30,31; Obiekt WD2 -poz. 31,32; Obiekt WD 3 - poz. 32,33; Obiekt WD 4 - poz. 25,26; Obiekt WD 5 - poz. 20,21).

Zdaniem Odwołującego roboty te należą stricte do robót drogowych, gdyż:

a) do ich wykonania wykorzystuje się produkty stosowane w budownictwie drogowym (np. mieszanki mineralno-bitumiczne) przeznaczone do poruszania się po nich

pojazdów mechanicznych;

b) do wytworzenia produktów - takich jak mieszanka mineralno - bitumiczna - stosuje się typowe materiały z branży drogowej (np.: kruszywa łamane, asfalty, wypełniacze) spełniające normy drogowe, zaś przygotowanie ww. produktów następuje w wytwórniach mas bitumicznych;

c) do układania ww. produktów stosuje się odpowiednie maszyny z branży drogowej (rozkładarki mieszanek bitumicznych / rozścielacze, kotły transportu do mieszanek bitumicznych, walce drogowe, zagęszczarki, frezarki do nawierzchni bitumicznych, mechaniczne piły do asfaltów);

d) kadra wykonująca czynności polegające na obsłudze wskazanych powyżej maszyn musi posiadać odpowiednie kwalifikacje, w tym uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi oraz doświadczenie przy wykonywaniu tego typu robót;

Ponadto Odwołujący wskazuje, iż niezbędnymi elementami wykonania obiektów inżynierskich są również prace związane z kanalizacją deszczową.

Poza tym wyjaśnił, że w ramach konstrukcji obiektów inżynierskich należy wykonać:

a) montaż wpustów deszczowych (element systemu kanalizacji deszczowej) na etapie zbrojenia płyty przed betonowaniem płyty ustroju nośnego, poprzez trwałe przymocowanie (spawanie) do prętów, w celu unieruchomienia w momencie betonowania (część dolna żeliwnych wpustów deszczowych wraz z kształtkami kierunkowymi znajduje się w ustroju nośnym obiektu mostowego);

b) montaż części kolektora wraz z kształtkami kierunkowymi odprowadzającego wody deszczowe z obiektu inżynierskiego, które są zatopione w płycie ustroju nośnego tegoż obiektu (na etapie zbrojenia płyty przed betonowaniem płyty ustroju nośnego, poprzez trwałe przymocowanie do prętów, w celu unieruchomienia w momencie betonowania);

c) montaż pozostałej części kolektora wraz z kształtkami kierunkowymi odprowadzającymi trwale wody deszczowe z obiektu inżynierskiego do sieci kanalizacji deszczowej na uprzednio wybudowanych elementach obiektu mostowego (jak przyczółek, filar).

Stwierdził przy tym, że powyższe elementy odwodnienia są integralną częścią obiektów inżynierskich i do wykonania tych prac wymagane jest korzystanie z kadry posiadającej odpowiednie kwalifikacje, w tym uprawnienia budowlane do kierowania robotami kanalizacyjnymi oraz doświadczenie przy wykonywaniu tego typu robót

Odwołujący podkreślił, iż w zakres robót drogowych, poza przytoczonymi powyżej, wchodzi także wiele innych czynności takich jak: układanie krawężników, układanie płytek chodnikowych, układanie kostki brukowej. Bez wykonania ww. robót budowlanych, w ramach

robót drogowych, nie jest możliwe kompleksowe wykonanie obiektu inżynierskiego.

Mając jednak na względzie fakt, iż Zamawiający w postanowieniach SIWZ oraz projektu umowy zastrzegł obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, przez które należy rozumieć kompleksowe wykonanie obiektów inżynierskich, - zdaniem Odwołującego - oferta Wykonawcy Metrostav, który wskazał, iż zamierza wykonać wszystkie „roboty drogowe” oraz „roboty kanalizacyjne” przy pomocy podwykonawców, jest ofertą niezgodną z treścią SIWZ i w związku z powyższym winna ona podlegać odrzuceniu.

Według Odwołującego taka niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie podlega ani wyjaśnieniom - ze względu na czytelne, jednoznaczne pisemne oświadczenie Wykonawcy, jak również w tym zakresie oferta nie może zostać poprawiona, w żaden sposób przewidziany przepisami ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Metrostav w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający pismem z dnia 24 czerwca 2015 r. wystąpił do Wykonawcy o przedłożenie wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku ze spełnieniem się przesłanki tam określonej, oraz udowodnienie, że przedłożona przez Metrostav oferta w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnił, że w związku z tym Zamawiający zażądał wykazania się przez Wykonawcę w szczególności konkretnymi uwarunkowaniami i czynnikami, jakie towarzyszyć będą wykonywaniu zamówienia, ich skali i wpływie (merytorycznym i finansowym) na wysokość zaoferowanej ceny.

Przypomniał, że Zamawiający zażądał przedłożenia kalkulacji, która winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania, a przede wszystkim zażądał przedłożenia dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych.

Wskazał również, że Zamawiający pouczył Metrostav, iż zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy PZP „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Zaznaczył przy tym, że Metrostav w odpowiedzi na wezwanie przedłożył wyjaśnienia

w liczbie 4 stron treści plus 4 załączniki dotyczące Wykazu Sprzętu Spółki, Wypisu z katastru Nieruchomości oraz 3 certyfikaty dotyczące wytwórni konstrukcji stalowych.

Według Odwołującego z treści przedłożonych wyjaśnień wynika, iż Metrostav nie wywiązał się z żadnych wymagań, na które Zamawiający wskazywał w treści wezwania z dnia 24 czerwca 2015 r.

Podważał powoływanie się przez Metrostav dla uzasadnienia ceny na „statystki” cen innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, a także odwoływanie się w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia do realizacji jedyne go kontraktu tj. „Kontynuacji projektowania i przebudowy drogi S- 8” w Warszawie.

W zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia wyjaśnienie Metrostav, co do posiadania własnej wytwórni konstrukcji stalowych (jej dotyczą załączniki) w Pradze Czeskiej położonej ok. 400 km od miejsca realizacji inwestycji, zdaniem Odwołującego, nie jest wystarczające.

Wskazał, że odnośnie wybranych rozwiązań technicznych - Metrostav oświadczył jednym zdaniem, iż oferta cenowa uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Zarzucił brak w wyjaśnieniach Metrostav jakichkolwiek cen, kalkulacji, założeń kosztowych oraz ofert dostawców, podwykonawców, usługodawców, które uprawdopodobniałyby realność zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego z tej krótkiej reasumpcji w żadnym wypadku Wykonawca ten nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, a mimo to Zamawiający nie odrzucił oferty Metrostav, tym samym dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł również, że jednym z licznych elementów oferty Metrostav, potwierdzających fakt, iż zaoferowana cena jest ceną nierealną i rażąco niską, a Wykonawca zobowiązany i wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień winien wykazać w sposób szczegółowy, iż zaoferowane przez niego ceny (i w efekcie również cena globalna) nie są cenami rażąco niskimi, jest zakres wyceny obiektów inżynierskich, w tym obiekt WD - 2w zakresie wyceny pali wielkośrednicowych.

Wskazał, że zgodnie ze ST Wykonawca powinien wykonać pale wielkośrednicowe z następujących materiałów:

2.2.2, Stosowane materiały

Do wykonania pali wielkośrednicowych, formowanych w gruncie można stosować następujące materiały:

- beton klasy C25/30,
- stal zbrojeniową,
- materiały do zabezpieczenia stateczności otworu.

Materiał powinien spełniać wymagania podane w PN-EN 1536 [10] z uwzględnieniem warunków podanych poniżej.

Odwołujący w swoim odwołaniu również zauważył, że zgodnie z zapisami ST M-11.03.02 „Wykonanie pali wielkośrednicowych, formowanych w gruncie, pionowych bez pozostawionej osłony” Wykonawca powinien uwzględnić w cenie jednostkowej określone czynności podczas wykonywania pali. W odwołaniu wskazał zakres tych czynności.

Odwołujący przedstawił również ukształtowanie cen materiałów (stali zbrojeniowej) na wykonanie pali wielkośrednicowych, podnosząc, że kształtują się one w następujący sposób:

Oferta Dostawcy nr 1:

Oferta na dostawę stali (pręty proste) wykorzystywanej do wykonania koszy zbrojeniowych: 1.810zł netto/tona (loco budowa);

Oferta na dostawę stali zbrojeniowej prefabrykowanej (stal już dogięta do uzyskania odpowiednich do wbudowania figur zgodnych z dokumentacją techniczną): 1.980zł netto/tona (loco budowa);

Oferta Dostawcy nr 2

Oferta na dostawę stali prefabrykowanej (loco budowa): 2.000zł netto/tona;

Oferta Dostawcy nr 3

Oferta na dostawę stali zbrojeniowej (loco budowa):

- a) 2.030zł netto/tona - stal prefabrykowana;
- b) 2.320zł netto/tona - kosze zbrojeniowe do pali wierconych;

Oferta dostawcy nr 4

Oferta na dostawę stali zbrojeniowej z dn. 02.04.2015 r. (loco budowa) przedstawia się następująco:

- 2.390zł netto/tona - kosze zbrojeniowe do pali;
- 1.930zł netto/tona - zbrojenie prefabrykowane;
- 1.780zł netto/tona - zbrojenie, pręty proste.

Mając na uwadze powyższe oferty, kluczowych dostawców stali na rynku polskim - w przekonaniu Odwołującego - ceny kształtują się następująco:

- a) Cena stali prefabrykowanej oscyluje w przedziale 1.930 zł/tona - 2.030zł/tona;
- b) Cena stali prostej oscyluje w przedziale 1780 zł/tona - 2000zł/tona;
- c) Cena zbrojenia koszy palowych oscyluje w przedziale 2.320 zł/tona - 2.390zł/tona;
- d) Powyższe ceny na dostawy stali zbrojeniowej są bardzo zbliżone do siebie - największe odchylenie występuje w stosunku do stali prostej i wynosi ok. 12%, natomiast odchylenie na stali zbrojeniowej koszy wynosi ok.3%.

Oświadczył również, że ceny stali publikowane są także w publikatorze o ogólnokrajowym zasięgu, gdzie zamieszczane są ceny średnie uzyskiwane na podstawie danych gromadzonych cotygodniowo od firm handlowych - członków Polskiej Unii Dystrybutorów Stali. Ceny hurtowe loco Warszawa (Polska Centralna). Cena podawana jest w „widelkach” od ceny minimalnej do maksymalnej.

Wykazywał, że cena 1 tony stali prostej (pręt żebrowany fi 12mm) w okresie od 3-go tygodnia 2015r do 18-go tygodnia 2015 r. (złożenie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 27.04.2015r - 18-ty tydzień 2015r, ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowej Inwestycji ukazało się w dniu 27.02.2015r - 9-ty tydzień 2015r) kształtowało się na poziomie:

- a) 3-ci tydzień roku, cena min. 1.874zł/tona; cena max. 1.996zł/tona;
- b) 18-ty tydzień, cena min. 1.798zł/tona; cena max. 1.948zł/tona.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż najniższa oferta cenowa dotycząca zbrojenia prostego, którą na przedmiotową Inwestycję otrzymała Skanska S.A. wynosiła 1.780zł/tona, czyli była niższa od minimalnej ceny publikowanej w okresie 3-ci - 18-ty tydzień 2015 r. przez P.U.D.S.(1.798zł/tona).

Dla porównania ceny stali z rynku czeskiego dla okresu od XII 2014 do IV 2015(dla stali prostej) przedstawił Tabelę nr 1.

Wskazał, że w powyższej tabeli uwzględniono kurs korony czeskiej adekwatny do okresu, w którym była przygotowywana oferta oraz transport na odległość od miejsca prowadzenia robót do granicy czeskiej.

Zdaniem Odwołującego z przeprowadzonej analizy wynika, iż cena kosza

zbrojeniowego jest ok. 500zł wyższa od ceny stali prostej, a w związku z powyższym cena stali z Czech loco budowa kształtowałaby się na poziomie 1739,89zł + 500zł = 2.239,89zł/tona stali żebrowanej prostej.

Jest to cena wyższa o ok. 460zł/tona od cen stali w najniższej ofercie otrzymanej przez Skanska.

Dalej zwrócił uwagę, że kolejnym materiałem do wykonania pali wielkośrednicowych jest beton.

Wskazał, że ceny materiałów (betonu) na wykonanie pali wielkośrednicowych kształtują się następująco:

Oferta dostawcy nr 1:

beton kontraktorowy do wykonania pali 202złnetto/m³;

Oferta dostawcy nr 2:

beton kontraktorowy do wykonania pali 208zł/m³;

Oferta dostawcy nr 3:

beton kontraktorowy do wykonania pali 186zł/m³.

Dla porównania cen betonu oferowanych przez kluczowe betoniarnie na rynku warszawskim do cen, które można uzyskać z własnego węzła Skanska przedstawiła kalkulację (tabela nr 2), z której wynika min. cena 1m³ betonu (beton kontraktorowy do wykonania pali).

Zaznaczył, że kalkulacja została wykonana na min. cenach materiałów wsadowych do wykonania betonu, które są osiągalne na rynku warszawskim.

Wyjaśnił również, że w poniższej kalkulacji uwzględniono koszty wytworzenia mieszanki betonowej (koszty sprzętu, koszty robocizny, koszty energii elektrycznej itp.) oraz koszty transportu mieszanki.

Według zapatrywania Odwołującego minimalny koszt wytworzenia mieszanki betonowej zgodnej z ST, która spełnia parametry do wbudowania w pale wielkośrednicowe na kontrakcie oscyluje ok. kwoty 168,15zł/m³, a różnica pomiędzy kwotą 186zł/m³ (oferta najtańszego Podwykonawcy) i kwotą 168,15zł/m³ - własna kalkulacja jest na poziomie 17,85zł/m³ i jest to zysk firmy produkującej i dostarczającej beton - zysk na poziomie 10%.

Powołał się również na wydawnictwo Sekocenbud za 1-wszy kwartał 2015 r., przyjmując, iż cena 1m³ betonu żwirowego C25/30 wynosi 238,88zł/m³ (jest to cena loco betoniarnia - nie uwzględnia dostawy betonu na budowę).

W związku z powyższym różnica pomiędzy wyceną wytworzenia 1m³ betonu korzystając z własnej betoniarni - na podstawie recepty spełniającej wymagania ST, a ceną zawartą w Sekocenbud – w ocenie Odwołującego - kształtuje się na poziomie 42%.

W Tabeli nr 3 przedstawił wyliczenia materiałowo - ilościowe materiałów niezbędnych do wykonania pali wielkośrednicowych.

W Tabeli nr 4 przedstawił wyliczenie wartości poszczególnych pali wielkośrednicowych, które zgodnie z dokumentacją projektową służą do posadowienia obiektu WD-2, oraz wyjaśnił, że tabela ta zawiera porównanie rzeczywistych kosztów koniecznych do poniesienia celem ich wykonania i cen wskazanych przez Wykonawcę Metrostav w jego ofercie.

Oświadczył, że do wyliczenia przyjęto najniższe rynkowe, możliwe do osiągnięcia ceny betonu i stali zbrojeniowej, a ilości materiałów przyjęto zgodnie z założeniami wynikającymi z dokumentacji technicznej.

Odwołujący wyjaśnił również, że technologia wykonania pala wielkośrednicowego, formowanego w gruncie, pionowego bez pozostawionej osłony (zgodnie z dokumentacją projektową) składa się z następujących czynności:

1. Ustawienie rury obsadowej i jej zagłębienie wyprzedzająco w stosunku do narzędzia wierzącego (np. świder spiralny);
2. Wiercenie świdrem w osłonie rury;
3. Wyjęcie świdra razem z urobkiem;
4. Dowiercenie do pełnej głębokości i oczyszczenie dna otworu;
5. Wstawienie zbrojenia;
6. Układanie mieszanki betonowej z podciąganiem rury obsadowej;
7. Wykonanie całego pala ze zbrojeniem na całej długości.

Z powyższych wyliczeń Odwołujący wyciągnął następujące wnioski:

1. Ceny wskazane w ofercie Metrostav, za wykonanie pali do posadowienia obiektu mostowego WD-2 pokrywają zaledwie ok. 45% składowych do wykonania pali wielkośrednicowych, tj. betonu i stali - np. dla pala fi 1200 o dł. L=12m wartość betonu i stali zbrojeniowej w ilościach i o parametrach zgodnych z dokumentacją techniczną wynosi

5.692,60 zł. Natomiast wartość tego pala w ofercie Mertostav wynosi 2.566,55zł (jest to wartość z oferty, czyli powinna już zawierać nie tylko koszty bezpośrednio zakupu betonu i zbrojenia, a również koszty ogólne oraz marżę). Stosunek ceny za wykonanie w/w elementu z oferty Metrostay do najniższej uzyskanej przez Skanska wartości materiałów składowych pala - betonu i stali zbrojeniowej wynosi $2.566,55zł/5.692,60 = 45\%$;

2. Nie jest możliwe, by w kwotach przyjętych na wykonanie pali wielkośrednicowych służących do posadowienia obiektu WD-2 były ujęte wszystkie czynności opisane w ST M-II.03.02, a w szczególności pełne koszty bezpośrednio związane przede wszystkim z zakupem i dostarczeniem materiałów, wykonaniem robót budowlanych oraz koszty ogólne, w tym przede wszystkim koszty nadzoru sprawowanego nad robotami, koszty badań laboratoryjnych wymaganych ST.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący podkreślił, iż jakość wyjaśnień merytorycznych przedłożonych przez Metrostav jest efektem braku możliwości wykazania, że cena zaproponowana w jego ofercie jest cena realna i cena rynkowa.

Odwołujący również stanął na stanowisku, że ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w kosztorysie ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy) a bezsprzecznie pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu, o które obliczane i wypłacane będzie wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie poszczególnych części robót. Biorąc pod uwagę tak skonstruowane ceny jednostkowe w ofercie Wykonawcy Metrostav, Zamawiający nie może nie dokonywać oceny tejże oferty przez pryzmat nierzeczywistych cen jednostkowych, które nie zapewniają realności wykonania przedmiotu umowy.

Biorąc pod uwagę fakt, iż zarówno w zakresie oceny wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jak i spełnienia wymogu Zamawiającego, polegającego na obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez każdego z wykonawców, Zamawiający nie zweryfikował poprawnie oferty wykonawcy Metrostay, zdaniem Odwołującego, dopuścił się istotnego naruszenia podstawowej zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż w sytuacji zaistnienia powyższych okoliczności Zamawiający bezwzględnie powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Metrostav.

Po pierwsze, argumentował, dlatego, iż Zamawiający zastrzegł określone wymagania w SIWZ w zakresie obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez

samych wykonawców, a oferta wybranego Wykonawcy, wskazuje na wykonywanie części prac przy pomocy podwykonawców, więc taka oferta nie może zostać uznana za zgodną z treścią SIWZ.

Po drugie, podniósł, że nie jest możliwa pozytywna ocena wyjaśnień Wykonawcy Metrostav składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy ich treść nie zawiera praktycznie żadnych elementów oczekiwanych treścią wezwania Zamawiającego, tym samym wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny, co skutkować powinno również odrzuceniem oferty Metrostav.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania wraz z załącznikami, wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 24 czerwca 2015r. i odpowiedzi tego Przystępującego na to wezwanie z dnia 30 czerwca 2015r. wraz z załącznikami, pisma procesowego Przystępującego z dnia 12 października 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 16 października 2015r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 21 października 2015r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt. 2, art.90 ust. 3 w związku z art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny i z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale III pkt 9 wskazał, że Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia tj.: obiektów inżynierskich.

Zastrzeżenie Zamawiającego, o którym mowa powyżej, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Przystępujący na stronie 2 swojej oferty w pkt. 6 formularza oferty złożył oświadczenie, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców, a podwykonawcom zamierza powierzyć część (zakres) zamówienia, między innymi robót drogowych i robót kanalizacyjnych.

Poza tym Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ nie umieścił definicji obiektów inżynierskich, ani w tej materii nie odesłał do obowiązujących przepisów prawa.

Analizując całość sprawy Izba doszła do przekonania, że powyższe oświadczenie Przystępującego nie może budzić wątpliwości, co do jego zgodności z treścią SIWZ z tego powodu, że nie dotyczy obiektów inżynierskich.

Przechodząc do omówienia zarzutu sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba przyjęła, że z wyjaśnień Przystępującego wynika, że wykonanie powierzonych podwykonawcom robót drogowych zostało określone przez niego w załączniku B. Drogi i Urządzenia Ochrony Środowiska(vide: od str.5 do str.14 oferty), a robót kanalizacyjnych w kosztorysie w części dotyczącej budowy i przebudowy kanalizacji deszczowej(vide: od str.47 do str.48 oferty).

Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że obiekty inżynierskie: WD-1, WD-2, KP-1, WD-3, WD-4, WD-5 wykona samodzielnie.

Weryfikując powyższe oświadczenia Odwołującego Izba uznała, że mieszczą się one w formule obiektów inżynierskich opisanych w załączniku nr 4 formularza cenowego, gdzie pod l.p.3 wskazano „obiekty inżynierskie, w tym:”, co oznacza, że poniższe zakresy robót kluczowych obejmujących obiekty inżynierskie dotyczą robót budowlanych WD-1, WD-2, KP-1, WD-3, WD-4, WD-5, a nie dróg i urządzeń ochrony środowiska czy urządzeń infrastruktury technicznej.

Jednocześnie Odwołujący nie zaprzeczył, że roboty budowlane WD-1, WD-2, KP-1, WD-3, WD-4, WD-5 nie polegają na wykonaniu obiektów inżynierskich.

Jeżeli zatem powyższe oświadczenie Przystępującego oznaczało wykonanie samodzielnie obiektów inżynierskich zgodnie z rozdziałem III pkt 9 SIWZ, to Zamawiający nie miał podstaw prawnych do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp, chociaż ranking cenowy wykonawców nie wskazywał na okoliczności istnienia znacznych różnic cenowych w ośmiu ofertach.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy przede wszystkim wskazać, że cena jego oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia, jednak nie jest niższa o 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba ustaliła, że cena oferty Odwołującego jest jedynie wyższa od ceny Przystępującego o zaledwie 2,53%.

Powyższy stan rzeczy, pomimo tak małych różnic cenowych, uprawniał Zamawiającego do podjęcia procedury w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp, przede wszystkim z tego powodu, że cena oferty Przystępującego jest niższa o 30% od wartości zamówienia.

W takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek wykazując brak istnienia rażąco niskiej ceny poprzez wykazanie okoliczności wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy(zakończenie inwestycji znajdującej się w bliskości przedmiotowego zamówienia) oraz oszczędność metody wykonania zamówienia w postaci posiadania własnej wytwórni konstrukcji stalowych w Pradze.

Jednocześnie Izba uznała, że nieznaczna różnica cenowa pomiędzy ofertą Odwołującego i Przystępującego ma również wpływ na okoliczność stosowania mniej rygorystycznych reguł dowodowych dotyczących badania rażąco niskiej ceny.

Z tego powodu Izba uznała za zbędne dowodzenie przez Przystępującego braku rażąco niskiej ceny poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztowej.

Nadto należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców. Z porównania złożonych ofert nie można wnioskować o istnieniu takiej ceny.

Wymaga również zwrócenia uwagi, że na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że wartość szacunkowa zamówienia była wzięta z katalogów przewidujących wyższe ceny.

Zdaniem Izby powyższe stwierdzenie Zamawiającego dowodzi, że wartość szacunkowa zamówienia była zawyżona przez niego z przyczyn ostrożnościowych.

Według Izby procedura badania rażąco niskiej ceny była podjęta przez Zamawiającego z tych samych przyczyn.

Wymaga również zauważenia, że nowelizując powyższy przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp ustawodawca, chciał zdefiniować pojęcie rażąco niskiej ceny i określił zobiektywizowane granice wartościowe poniżej, których cenę można potraktować jako rażąco niską.

W spornej sprawie cena Przystępującego nie była niższa o 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co również przemawia za tym, że jest to cena rynkowa.

Izba również stanęła na stanowisku, że ceny jednostkowe w ofercie, nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wartość całkowita przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdzają ustalenia Izby, z których wynika, że poszczególne ceny jednostkowe Odwołującego były niższe niż Przystępującego i odwrotnie, co nie może prowadzić do wniosku o wystąpieniu rażąco niskiej ceny całej złożonej oferty.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana cena przez Przystępującego nie stanowiła rażąco niskiej ceny, a zatem brak było przesłanek do odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego.

Innymi słowy propozycje ofertowe przedstawione Odwołującemu nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Dowody złożone przez Odwołującego mogą, co najwyżej ilustrować część rynku tego rodzaju zamówień, które nie mają jednak charakteru zamkniętego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....