

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Freyssinet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wizna

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Optem sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Freyssinet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wizna, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa i modernizacja mostu drogowego w miejscowości Bronowo” w formule zaprojektuj i wybuduj (nr ref.: DI.271.3.8.2023), dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00531899/01 z dnia 5 grudnia 2023 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 12 stycznia 2024 roku Odwołujący – Freyssinet Polska sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp w zw z art. 224 ust 6 Pzp polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, gdyż zdaniem Zamawiającego oferta oraz złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, - podczas, gdy - cena wskazana przez Odwołującego w ofercie i wyjaśnieniach wynika z oferowanej przez niego technologii i zaplecza technicznego, co wynika za równo z oferty, jak i złożonych wyjaśnień;
- 2) art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z § 106 ust 1 pkt 1c) i pkt 3 b) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. poz. 1518) poprzez przyjęcie, że pomost drewniany będzie mieć trwałość krótszą, niż 50 lat, a jego elementy wyposażenia będą mieć trwałość krótszą, niż 25 lat i wywnioskowanie, że z tego powodu treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, - podczas, gdy Zamawiający nie poparł żadną ekspertyzą, ani nie wskazał żadnej polskiej normy budowlanej, która by w sposób jednoznaczny wskazywała, że trwałość

impregnowanego ciśnieniowo drewnianego pomostu jest krótsza, niż 50 lat i trwałość tak impregnowanej balustrady drewnianej jest krótsza, niż 25 lat, a także w sytuacji, gdy zarówno pomost, jak i jego wyposażenie przedmiotu zamówienia zostały już wykonane z drewna

- 3) art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 151(1) § 1 pkt 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465), (dalej: „kp”) poprzez przyjęcie, że Odwołujący zastosował wyłącznie jedną stawkę godzinową, z pominięciem dodatku do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych i wywnioskowanie, że z tego powodu treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, - podczas, gdy brak podstaw do przyjęcia, by Odwołujący nie wypłacił swoim pracownikom stosownie do art. 151(1) § 1 pkt 2 kp dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych, ponieważ stawka ta pokrywa najniższą stawkę godzinową (27,70 zł oraz 28,10 zł), jak i dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych (13,85 zł oraz 14,05 zł) oraz przewidziane przez Odwołującego premie.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności polegającej na dokonaniu ponownego badania i oceny ofert w celu obiektywnego wyboru oferty najkorzystniejszej, według przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył ofertę, której treść odpowiada SWZ i ubiega się o udzielenie mu zamówienia, zaś brak wybrania jego oferty uniemożliwia osiągnięcie przez Odwołującego przychodu na poziomie ustalonej ceny ofertowej oraz prowadzi do utraty zakładanego zysku.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie postawił wymogów co do stosowania, ani nie wykluczył określonej technologii przedmiotu zamówienia. Potwierdza to w pkt 1 uzasadnienia powołując się na opracowanie w ppkt 4) oraz odpowiedzi na pytania Wykonawców w ppkt 5) używając sformułowań: „zaleca się” wykonanie remontu polegającego na wymiennie pomostu z zastosowaniem materiałów lekkich oraz mało podatnych na warunki atmosferyczne, (...) „sugeruje się” zastosowanie pomostu kompozytowego.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że odpowiednio utrzymywany most drewniany spełnia wymogi § 106 ust 1 pkt 1 c) oraz pkt 3 b) Rozporządzenia w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dot. dróg publicznych. Wykonawca podnosi, że to Zamawiający jako zarządca mostu zobligowany jest do wykonywania bieżących napraw oraz robót utrzymaniowych. W

przypadku braku odpowiednich robot utrzymaniowych i przeprowadzania bieżących koniecznych napraw żaden materiał nie przetrwa czasu określonego w rozporządzeniu. Zamawiający nie wykazał żadną ekspertyzą, ani nie wskazał żadnej normy budowlanej, która by jednoznacznie wskazywała, że trwałość pomostu drewnianego jest krótsza, niż 50 lat i trwałość balustrady jest krótsza, niż 25 lat. Wykonawca podnosi, że brak jest normy prawnej zakazującej budowy mostów drewnianych, w tym z przeznaczeniem na ruch drogowy.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł następujące argumenty:

- 1) Wykonanie badań gruntowo-wodnych znajduje się w pkt 2.1 Kosztorysu.
- 2) Zamawiający w sposób nieuprawniony zakłada, że pracownicy Wykonawcy nie o trzymają dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych, oraz, że pracują za najniższe stawki godzinowe przewidziane w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893). Uwagi takie byłyby słuszne, gdyby proponowana stawka godzinowa była niższa od wskazanej w powyższych przepisach.

W ustawowym terminie, wykonawca Optem sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 30 stycznia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, a w przypadku oddalenia wniosku – o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający wskazał, że wśród zarzutów Odwołania wskazanych w petitum nie wskazano zarzutu związanego z odrzuceniem oferty Odwołującego:

- 1) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z uznaniem przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego nie zawiera zakresu wymaganego w pkt 2.4.2) Programu Funkcjonalno-Użytkowego,
- 2) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z uznaniem przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia – wymaganiami określonym w rozdz. XXI SWZ. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie winno zostać odrzucone zgodnie z art. 528 pkt 2 Pzp.

Dalej Zamawiający podkreślił, że Odwołujący mimo wiedzy o zakresie oczekiwanych

wyjaśnień oraz mimo wiedzy o konsekwencji przedłożenia niepełnych wyjaśnień – złożył 3 stycznia 2024 r. wyjaśnienia zawierające ogólnikowe twierdzenia, że na zaoferowaną cenę wpływ ma ukończenia kilku kontraktów (niewymienionych z nazwy), przyjęta polityka generowania oszczędności zaplecza (bez wskazania konkretnych kwot), wskazując że „nie może jednak wskazać dokładnego sposobu wyliczenia oferty z uwagi na fakt, iż stanowi to tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233).

Ponadto Zamawiający wskazał, że w przedłożonym kosztorysie, w poz. 4.1, oraz w poz. 5.4.4 Odwołujący wskazał metodologię obliczenia kosztu zatrudnienia osób mających wykonywać zamówienie. W kolumnie „opis prac” wskazał, że w trakcie realizacji zamówienia zamierza zatrudnić 7 osób, w wymiarze 12 godzin na dobę przez 27 dni, przez okres 5 miesięcy (przez okres 1 miesiąca za zakres, o którym mowa w poz. 4.1 oraz przez okres 4 miesięcy za zakres, o którym mowa w 5.4.4), płacąc stawkę godzinową w wysokości 57 zł. Zamawiający na tej podstawie przyjął, że każdy z pracowników Odwołującego przepracować miałby 324 godzin miesięcznie, co oznacza, że pracownicy świadczyć mieliby pracę w godzinach nadliczbowych. Zdaniem Zamawiającego koszt związany z planowaną liczbą godzin nadliczbowych nie został przy obliczeniu ceny uwzględniony.

W zakresie trwałości mostu, Zamawiający podkreślił, że Oferowana przez Odwołującego technologia polegająca na wykonaniu drewnianego pomostu z pewnością nie stanowi modernizacji obiektu, którego pomost obecnie jest drewniany, a ponadto nie spełnia wymagania dotyczącego trwałości pomostu. Ponadto przytoczył, że załączniku do Programu Funkcjonalno-Użytkowego określono, że szacunkowa żywotność konstrukcji drewnianej wynosi 15 lat.

W dniu 1 lutego 2023 r. Przystępujący w treści którego przychylił się do stanowiska Zamawiającego oraz wniósł o przeprowadzenie dowodów z fragmentów publikacji dotyczących trwałości drewna, zdjęć mostów kompozytowych, normy EN 335-2:2006 oraz wydruku ze strony internetowej Odwołującego.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dla zadania inwestycyjnego przewidzianego do dofinansowania z Programu: Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych, zwanego dalej „Programem”, zgodnie ze wstępną promesą Nr Edycja8/2023/8436/PolskiLad, dotyczącą realizacji przez Gminę Wizna Inwestycji pn: „Przebudowa i modernizacja mostu drogowego w miejscowości Bronowo” w formule zaprojektuj i wybuduj, tj. zaprojektowanie i wybudowanie mostu drogowego w miejscowości Bronowo wraz z uzyskaniem wymaganych przepisami prawa uzgodnień, pozwoleń, decyzji jak i wszelkich prac budowlano montażowych dot. robót opisanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) oraz niewymienionych, a koniecznych do prawidłowej realizacji zamówienia (roz. V ust. 2 SWZ).

Zgodnie z postanowieniami SWZ, Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), stanowiący zał. nr 9 do SWZ, służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz prawidłowego przygotowania oferty. PFU ponadto określa rodzaj i zakres zamówienia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zadania. Zamawiający zaznaczył także, że dokument zatytułowany „Ocena stanu technicznego mostu na rzece Narwi, zlokalizowanego w miejscowości Bronowo” zawiera ocenę stanu technicznego istniejącego mostu, określenie zakresu uszkodzeń i niezbędnych napraw oraz proponowaną technologię wykonania pokładu.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści:

„Pytanie:

1. W ocenie Stanu Technicznego we wnioskach ogólnych z przeprowadzonych badań sugeruje się wykonanie pomostu z kompozytów. Czy zamawiający dopuszcza wykonanie pokładu mostu z bali drewnianych o śr. grubości 18 cm montowanych na "rąb" z wykonaniem na nich nawierzchni z asfaltu lanego o śr. gr. 5,5 cm.

Odpowiedź:

1. Zgodnie z dołączoną do dokumentacji „Oceną stanu technicznego mostu na rzece Narwi, zlokalizowanego w miejscowości Bronowo” sugerowane jest zastosowanie materiałów kompozytowych.”.

Do wyznaczonego terminu składania ofert, wpłynęło 3 oferty, w tym oferty Odwołującego oraz Przystępującego.

W ramach badania i oceny ofert, w dniu 27 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów. Zawarł także prośbę o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji, w kwestiach wskazanych poniżej (pytania przykładowe):

1. Jakie elementy w zakresie przebudowy mostu Wykonawca uwzględnił w kalkulacji.
2. Prosimy o przedłożenie szczegółowej kalkulacji w postaci kosztorysu pełnego.
3. Prosimy o wyjaśnienie, z jakiego materiału Wykonawca zamierza wykonać pokład mostu?
4. Czy Wykonawca zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo?

W dniu 3 stycznia 2024 r., Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakresie ceny oraz oświadczył, że

uwzględni ona wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem Zamówienia, gwarantuje należyte jego wykonanie w zakresie zgodnym z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w warunkach umowy, obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami PF-U oraz Oceny Stanu Technicznego, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Przedstawił także kosztorys ofertowy pełny, zawierające opis prac oraz ceny jednostkowe netto. Wyjaśnił, że oferta zakłada wykonanie pokładu mostu z drewna konstrukcyjnego impregnowanego ciśnieniowo lub zanurzeniowo, gdzie zastosowany zostanie impregnat skutecznie zabezpieczający drewno przed grzybami oraz szkodnikami, a zarazem będzie przyjaznym dla środowiska naturalnego oraz ludzi. Wskazał także zysk na poziomie 15%.

W dniu 10 stycznia 2024 r., Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wskazał m.in. niezgodność treści oferty z jego wymaganiami, z których wynika, że Zamawiający oczekuje wykonania konstrukcji o trwałości znacznie przewyższającej trwałość, jaką obecnie posiada obiekt, którego pomost wraz z wyposażeniem wykonany jest w całości z drewna, zwłaszcza w kontekście jego użytkowania (most jest wykorzystywany przez okolicznych rolników jako dojazd do pól uprawnych). Przytoczył także argumentację o trwałości obiektu mostowego i pomostu. Ponadto Zamawiający wskazał, że kosztorys przedłożony przez Odwołującego nie posiada pozycji związanej z wykonaniem badań gruntowo – wodnych, a badania te są niezbędne do realizacji zamówienia. Wykonawca oferując jedną stawkę godzinową w wysokości 57 zł (lub 54,88 zł) złożył ofertę, która jest sprzeczna z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. wydanego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w zw. z art. 151¹ § 1 pkt 2

kodeksu pracy. Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący nie wykazał, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska, złożył gołosłowne wyjaśnienia nie poparte żadnymi dowodami – przekładając jedynie Kosztorys.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

W tym zakresie Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy wskazywali, że Odwołujący nie zaskarżył w całości czynności odrzucenia, ograniczając zarzuty jedynie do petitum odwołania. Takie stanowisko jest nieprawidłowe. Zarzut składa się z podstawy prawnej oraz podstawy faktycznej, zaś z przepisów nie wynika nakaz formułowania zarzutu wyłącznie w petitum odwołania. Zarzut musi być skonkretyzowany, ale nie ma znaczenia, gdzie odwołujący go zamieści, może on także wynikać wprost z uzasadnienia odwołania, co w niniejszej sprawie miało miejsce. Odwołujący podjął polemikę z czynnością odrzucenia oferty, a tym samym skonstruował zarzuty dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego. W konsekwencji odwołanie podlegało rozpoznaniu jako wniesione przez podmiot uprawniony. Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Aby być uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej muszą być zatem spełnione kumulatywnie dwie przesłanki, mianowicie: interes w uzyskaniu zamówienia bądź w uzyskaniu nagrody w konkursie oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, zaś podniesione zarzuty nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Analiza przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. Odwołujący nie przedstawił w ocenie Izby wystarczających dowodów, by uznać, że podane w wyjaśnieniach okoliczności, mogły wpłynąć na wysokość ceny. Odwołujący jedynie obok ogólnych stwierdzeń i oświadczeń dotyczących prawidłowej kalkulacji przedstawił kosztorys, nie przedkładając żadnych dowodów dotyczących wyliczonych cen, takich jak przykładowo ofert na wykonanie projektu, rozbiórkę, materiały budowlane czy też dokumentów księgowych wykazujących wysokość stawki godzinowej pracowników fizycznych. Zamawiający uważał, że oferta podlega odrzuceniu, ponieważ w wyjaśnieniach przywołano okoliczności, które przez Odwołującego nie zostały wykazane.

W tym zakresie Odwołujący nie powinien się zasłaniać tajemnicą przedsiębiorstwa, jako przeszkodą dla ujawnienia informacji związanych z kalkulacją ceny. Również przepisy Pzp przewidują ochronę dla tego rodzaju informacji, w art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. W konsekwencji Odwołujący mógł podać kompletne informacje, zawierające tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z powołaniem się na konieczność ich ochrony. Działanie przeciwne, tj. niezłożenie tych informacji, spowodowało niesprostanie ciężarowi dowodu, który spoczywał na Odwołującym.

W ramach oceny wyjaśnień, Zamawiający zakwestionował także stawkę godzinową w wysokości 57 zł oraz brak odrębnej wyceny badań gruntowo-wodnych. W tym zakresie Odwołujący wyjaśnił, że przyjęta liczba osób i 12-sto godzinny czas pracy był szacunkiem niezbędnym do określenia czasochłonności, a Izba uznała takie wyjaśnienie za wiarygodne. Twierdzenia Zamawiającego, że taki czas pracy narusza przepisy prawa pracy o dobowym i tygodniowym prawie do wypoczynku były nieuprawnione o tyle, że Odwołujący mógł przyjąć przecież szacunkową liczbę czasu pracy bez deklaracji konkretnego czasu pracy w danym dniu. Co do braku zawarcia badań gruntowo-wodnych w treści kosztorysu jako odrębnego kosztu, Izba uznała za prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że zostały zagregowane w innej pozycji kosztorysu. Okoliczności te pozostały jednakże bez wpływu na ocenę Izby oraz prawidłowość czynności Zamawiającego, ponieważ wyjaśnienia jako takie nie były wystarczające do oceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W aspekcie niezgodności treści oferty z warunkami Zamówienia dotyczącej zaoferowanej technologii budowy pomostu z drewna konstrukcyjnego impregnowanego ciśnieniowo, Izba zajęła stanowisko, że dokumenty zamówienia nie określiły jednoznacznie sposobu wykonania zamówienia, a tym samym brak było możliwości stwierdzenia tego rodzaju niezgodności. Zamawiający w dokumentach zamówienia zalecał zastosowanie materiałów kompozytowych, jednakże w żadnym miejscu nie wyłączył wprost materiałów drewnianych. Na powyższe nie wskazywała także nazwa zamówienia referująca do modernizacji, a nie – jak twierdził Zamawiający – remontu czy odtworzenia.

W dokumencie zatytułowanym „Ocena stanu technicznego” w części poświęconej wnioskowi, wskazano jedynie sugerowane rozwiązania: *„Z uwagi na niewystarczającą nośność posadowienia zaleca się wykonanie pomostu cechującego się niską masą własną w celu redukcji sił przekazywanych na posadowienie bądź pozostawienie ich na obecnym poziomie. Jednocześnie należy zapewnić odpowiednią odporność na warunki atmosferyczne w celu uniknięcia dalszych remontów w przyszłości. Historia remontów obiektu wskazuje, że obecny materiał pomostu – drewno nie spełnia wymagań trwałościowych w warunkach dużej wilgotności. Sugeruje się zastosowanie pomostu kompozytowego, który posiada niską masę własną i zapewnia wysokie parametry wytrzymałościowe. Trwałość oraz wytrzymałość konstrukcji kompozytowych jest kilkukrotnie wyższa od konstrukcji drewnianych, których*

szacunkowa żywotność wynosi 15 lat.”. Zamawiający, udzielając wyjaśnień, na jedno z pytań dotyczące możliwości wykonania pomostu z drewnianych belek, udzielił odpowiedzi, że zaleca materiał kompozytowy.

Nie sposób zatem zaleceń czy sugestii traktować jako wiążących i jednoznacznych – skoro Zamawiający oczekiwał wykonania pomostu z określonych materiałów, innych niż drewno (co byłoby także z uwagi na treść „Oceny stanu technicznego” mostu uzasadnione), powinien wprost sformułować takie zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia. Brak konkretnego postanowienia zakazującego zastosowania drewna spowodował niespójność i nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia, która mogła być różnie interpretowana.

Rację ma Zamawiający, referując do przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. poz. 1518). dalej: „Rozporządzenie”, gdzie została określona minimalna trwałość pomostu na 50 lat. Rację ma także twierdząc wraz z Przystępującym, że obecnie nie buduje się raczej mostów drewnianych, co stanowi wiedzę powszechną i dostrzeganą, właśnie ze względu na ich zmniejszoną odporność na warunki atmosferyczne czy utrudnioną ochronę przeciwpożarową. Przepisy Rozporządzenia nakładają jednakże na zarządcę drogi – a tym samym Zamawiającego – określone obowiązki, takie jak zaplanowanie działań związanych z jej utrzymaniem, w tym remontów, pozwalających osiągnąć i utrzymać odpowiedni stan techniczny drogi, a w rezultacie jej funkcjonalność, odpowiedni poziom bezpieczeństwa ruchu oraz zgodność z przepisami prawa, według założonej strategii w cyklu życia drogi, przy jak najmniejszym koszcie całkowitym i przy akceptowalnym poziomie ryzyka. (§ 111 Rozporządzenia). W konsekwencji to Zamawiający powinien dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazać, że wyłącza zastosowanie drewna przy modernizacji mostu, właśnie w celu ograniczenia kosztów i częstotliwości działań utrzymaniowych i pielęgnacyjnych. Samo posilkowanie się wymaganą przepisami trwałością pomostu nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań zamówienia, w szczególności że w dokumencie „Ocena stanu technicznego” zawarte są odwołania do nieaktualnych przepisów prawnych, w tym poprzednio obowiązujących.

Wobec powyższego Izba inicjatywę dowodową Przystępującego dotyczącą trwałości drewna uznała za nieadekwatną do istoty sporu zaistniałego w niniejszej sprawie.

W konsekwencji Izba uznała, że nie zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Jednocześnie, odwołanie zostało oddalone w całości, ponieważ Odwołujący nie wykazał, pomimo spoczywającego na nim ciężarowi dowodu, że zaoferowana cena nie jest

rażąco niska, a to była podstawa odrzucenia jego oferty

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437). Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, z uwagi na niezłożenie rachunków ani spisu kosztów, dokumentujących poniesione wydatki.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: