

Sygn. akt: KIO 661/17

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Chełmie,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od STRABAG Sp. z o.o. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Chełmie kwotę 3 949,53 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz dojazdu na rozprawę (349,53 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Chełmie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa drogi krajowej Nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm współfinansowana z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, Oś Priorytetowa IV, Działanie 4.1 Zwiększenie dostępności transportowej ośrodków miejskich leżących w sieci drogowej TEN-T i odciążenie miast od nadmiernego ruchu drogowego.*

W dniu 3 kwietnia 2017 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do niezgodności oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty powołał się na rzekomą niezgodność w zakresie dotyczącym przyjętych do skalkulowania ceny oferty powierzchni dróg serwisowych i jezdni włączeniowych oraz możliwości wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni.

W zakresie powierzchni dróg serwisowych i jezdni włączeniowych Zamawiający uznał, że przyjęta przez Odwołującego do skalkulowania ceny oferty powierzchnia dróg serwisowych i jezdni włączeniowych jest zbyt mała i nie pozwoli na wykonanie zamówienia zgodnie z PFU. Zamawiający odwołał się przy tym do swoich własnych obliczeń inwestorskich, według których powierzchnia dróg serwisowych i jezdni włączeniowych koniecznych do wykonania w ramach zamówienia wynosi 40.322,53 m² oraz do powierzchni tych dróg przewidzianej przez innego wykonawcę w ilości 40.322,53 m². Odwołujący podniósł, że ilość 40 tys. m² dróg serwisowych i jezdni włączeniowych nie pojawia się nigdzie w PFU, wykonawca nie jest taką ilością w żaden sposób związany poprzez zapisy SIWZ. Zadanie zaś polega na zaprojektowaniu i wykonaniu, dlatego ilość dróg serwisowych i jezdni włączeniowych wynikać będzie dopiero z wykonanego projektu. Podana przez Odwołującego ilość 28.634 m² dróg serwisowych i jezdni włączeniowych wynika właśnie ze zliczenia tego rodzaju robót na podstawie wykonanego Projektu wstępnego na potrzeby ofert. Odwołujący przedstawił w treści odwołania zestawienie tych ilości, ze wskazaniem, że w Ryzykach ujął rezerwę na ewentualne zwiększenie tej ilości wynikającą z przyszłego wykonania Projektu

budowlanego, a wszelkie dodatkowe połączenia z istniejącą infrastrukturą, np. zjazdy, zostały uwzględnione w koszcie wykonania trasy zasadniczej.

Odwołujący podniósł, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a negatywne konsekwencje uchybień w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców. Jeśli Zamawiający chciał, aby wykonawca wykonał 40 tys. m² dróg serwisowych i jezdni włączeniowych, to powinien to zapisać w PFU, np. załączając do dokumentów przetargowych swoją koncepcję i zapisując w PFU, że drogi serwisowe i jezdnie włączeniowe należy wykonać zgodnie z tą koncepcją. Zamawiający tymczasem nie tylko nie zawarł ww. zapisów w PFU, ale na pytania wykonawców odmawiał udostępnienia przygotowanej przez siebie koncepcji. Odwołujący przywołał wyjaśnienia treści SIWZ, mające potwierdzać możliwość dowolnego, w granicach określonych Decyzją Środowiskową, projektowania dróg włączeniowych, m.in.:

38. Prosimy o określenie wiążącej długości budowy ul. Bielawin od Ronda Zrzeszenia Wolności i Niezawisłości zgodnie z pkt 3 str. 7 PFU.

Odpowiedź: Długość ul. Bielawin przewidzianą do budowy określi projektant na etapie projektowania. Przyjęte przez projektanta rozwiązanie projektowe budowy ulicy nie może wykroczać poza zakres określony decyzją środowiskową.

48. Prosimy o udostępnienie koncepcji programowej branży drogowej planowanej do wykonania w przedmiotowym zadaniu. Brak tak podstawowego materiału przetargowego uniemożliwia rzetelną wycenę zadania i może spowodować znaczne różnice w wycenie robót przez Oferentów oraz przyszłe roszczenia.

43. Prosimy o potwierdzenie, że s – szerokość pasa ruchu drogi krajowej nr 12 o wartości 3,25 i $s < 3,5m$ wynika z konieczności zastosowania rozwiązań uspokajających ruch na drogach zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430, z późn zm.) paragraf 15 ustęp 4.

Odpowiedź: Przyjęte rozwiązania w dokumentacji projektowej mają być odpowiednie, zgodne z przepisami oraz dokumentacją przetargową. Projekt oraz odpowiednie uzgodnienia są po stronie wykonawcy. Zamawiający uzupełnia opis w zakresie parametrów technicznych w Załączniku 1.4.1 – Branża drogowa PFU.

39. Prosimy o określenie wiążącej ilości rond na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 12 z ul. Chemiczną, ul. Hutniczą, zgodnie z pkt 8 str. 7 PFU.

Odpowiedź: *Ilość i typy skrzyżowań przyjęte w dokumentacji projektowej mają być odpowiednie, zgodne z przepisami oraz dokumentacją przetargową. Projekt oraz odpowiednie uzgodnienia w tym zakresie są po stronie wykonawcy.*

41. *Prosimy o potwierdzenie, że parametry techniczne wskazane na stronie 8 PFU tj.: „droga klasy – G, minimalna szerokość w liniach rozgraniczających -16.0 m, skrzyżowania z drogami klasy. Z, L oraz D, kategoria ruchu - KR 6, szerokość pasa ruchu od 3.25 m do 4.50 m, dopuszczalne obciążenie nawierzchni 115kN/oś, klasa obiektów mostowych i wiaduktów - A.” są parametrami wiążącymi i dotyczą wyłącznie drogi krajowej nr 12.*

Odpowiedź: *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie drogi krajowej Nr 12 w granicach administracyjnych Miasta Chełm. Potwierdzamy wskazane na stronie 8 PFU określenia dla całego pasa drogowego drogi krajowej Nr 12 (droga w sieci TEN-T) oraz krzyżujących się z nią dróg, determinujące ich parametry techniczne. Przyjęte przez Wykonawcę na etapie projektowania rozwiązania w dokumentacji projektowej mają być odpowiednie, zgodne z przepisami oraz dokumentacją przetargową. Projekt oraz odpowiednie uzgodnienia są po stronie wykonawcy. Zamawiający uzupełnia opis w zakresie parametrów technicznych w Załączniku 1.4.1 – Branża drogowa PFU.*

44. *Prosimy o potwierdzenie, że przedmiotowa inwestycja jest zgodna z przyjętym miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego.*

Odpowiedź: *Przedmiotowa inwestycja ma być zrealizowana w oparciu o decyzję ZRID.*

Zdaniem Odwołującego, podana przez Zamawiającego powierzchnia dróg serwisowych i jezdni włączeniowych nie znajduje oparcia w treści PFU, a zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ są gołosłowne. Zamawiający nie tylko nie wskazał, w jaki sposób obliczył podawaną przez siebie powierzchnię dróg, w tym w oparciu o jakie wartości i wielkości dokonał tych kalkulacji, ale przede wszystkim nie wykazał, do czego był zobowiązany dokonując czynności odrzucenia oferty, z jakimi konkretnymi wymogami SIWZ przygotowana przez Odwołującego oferta jest niezgodna.

W odniesieniu do możliwości wykorzystanie istniejącej konstrukcji jezdni Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia nie daje podstaw do przyjęcia, że Zamawiający oczekiwał realizacji przez wykonawców przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie na nowo całości drogi, bez możliwości zachowania i wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni. W przypadku, gdyby wykonawcy byli zobowiązani do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób i w zakresie, w jakim teraz wskazuje Zamawiający, powinno to wynikać jednoznacznie z PFU.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że w treści wyjaśnień znajduje się sprzeczność w kwestii wykorzystania istniejącej nawierzchni na odcinku VIII, Odwołujący podniósł, że powyższa okoliczność nie ma znaczenia dla badania zgodności i oceny oferty Odwołującego z treścią SIWZ, bowiem Odwołujący w swojej ofercie uwzględnił pełen zakres wynikający z opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego chybiony jest zarzut Zamawiającego, że z treści PFU (str. 9 PFU, tiret dziewiąty i jedenasty od dołu strony) wynika brak możliwości zachowania i wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni. Opis przedmiotu zamówienia nie daje podstaw do przyjęcia, że Zamawiający oczekiwał realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie na nowo całości drogi, bez możliwości zachowania i wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni. Na odcinkach drogi, na których Odwołujący przewidział wykorzystanie istniejącej konstrukcji nawierzchni, będzie wykonywane zarówno doprowadzenie słabonośnych gruntów podłoża do wymaganej nośności, jak i budowa konstrukcji nawierzchni z uwagi na poszerzenie drogi związane z przebudową. Odwołujący podniósł, że możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji podczas przebudowy drogi krajowej nr 12 została dopuszczona zapisami PFU przez Zamawiającego – w pkt. 1.2.1 załącznika do PFU: „ZAŁACZNIK-1.4.1-branża-drogowa” Zamawiający w wskazał na możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji w przebudowie DK12: *Konstrukcję nawierzchni należy zaprojektować w oparciu o prognozę ruchu opracowaną na podstawie wyników pomiarów ruchu, modelowania ruchu oraz na podstawie opracowania geotechnicznego określającego istniejące warunki gruntowo-wodne podłoża oraz konstrukcję istniejącej nawierzchni na całym projektowanym odcinku.* Ponadto Zamawiający w PFU (str. 25) zapisał: *nawierzchnia ulic po wykonaniu przebudowy lub wybudowaniu nowej konstrukcji jezdni (...),* tj. wprost dopuścił do możliwości przyjęcia wariantu polegającego na wzmocnieniu istniejącej nawierzchni. Odwołujący wykorzystał więc możliwości, jakie dopuszczało PFU, wykonał badania diagnostyczne w tym FWD (pomiar ugięć czaszy ugięciomierzem dynamicznym), na które swoją zgodę wyraził Zamawiający. Takie badania wykonuje się wyłącznie w celu określenia możliwości wzmocnienia konstrukcji, o czym wiedział tak doświadczony i profesjonalny Zamawiający, jakim Zarząd Dróg Miejskich w Chełmie, której statutowym przedmiotem działalności jest budowa i utrzymanie dróg i ulic miejskich. Posiadając taką wiedzę ZDM zgody takowej udzielił, nie informując, że wykonywanie takich badań jest bezprzedmiotowe, gdyż i tak nie będą miały jakiegokolwiek zastosowania. W związku z powyższym uprawnione jest stwierdzenie, że Zamawiający dopuścił możliwość wzmocnienia jezdni. Odwołujący posłużył się procedurą projektowania wzmocnień nawierzchni szczegółowo opisaną w Katalogu wzmocnień i remontów nawierzchni podatnych i półsztywnych, którym z jednych z współautorów jest jednostka, która wykonała badania

w Chełmie: Instytut Badawczy Dróg i Mostów z siedzibą w Warszawie. Zatrudnienie wykwalifikowanej i doświadczonej jednostki badawczej, będącej autorytetem w dziedzinie projektowania i diagnostyki nawierzchni w pełni gwarantuje przyjęcie poprawnych rozwiązań technicznych pozostających w zgodności z PFU. Wyniki badań i ich opracowanie Odwołujący przedłożył Zamawiającemu przy wyjaśnieniach. W powyższych okolicznościach, gołosłowne kwestionowanie na tym etapie wyników badań przez Zamawiającego, bez jednoczesnego przedłożenia własnych, nie znajduje uzasadnienia i nie może być miarodajne dla uznania, że założenia przyjęte przez Odwołującego na podstawie przeprowadzonych badań są nieprawidłowe, a w konsekwencji, że wykonanie prac w zakresie i w sposób przyjęty przez Odwołującego nie zapewni wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Ponadto możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji potwierdza fakt przytoczenia przez Zamawiającego w zbiorze aktów prawnych pkt. „3. Przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego” opracowania wykorzystanego przez Wykonawcę przy przygotowaniu oferty: pkt. 3.2. Wytyczne i instrukcje pozycja nr 14 Katalog wzmocnień i remontów nawierzchni podatnych i półsztywnych. IB-DiM, Warszawa 2012 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nazwał przedmiot zamówienia posługując się sformułowaniem „Przebudowa drogi”, w żaden jednak sposób nie ograniczył ani nie zabronił w PFU wykonania przedmiotu zamówienia przy założeniu wzmocnienia i częściowego zachowania istniejącej konstrukcji nawierzchni. Zamawiający nie wskazał również jednoznacznie w PFU, że możliwa jest jedynie przebudowa drogi z wymianą w głąb zakładającą całkowitą wymianę nawierzchni. Dokumenty przetargowe nie zawierały oceny stanu lub nośności nawierzchni ani wyników badań i analiz, które w sposób jednoznaczny wykluczałyby możliwość wzmocnienia istniejących konstrukcji nawierzchni. Zgodnie z definicją Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRNPP-2013: *Przebudowa (modernizacja) – to wykonanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi* (KPRNPP- 2013 str. 10). *Sposób przebudowy nawierzchni może być:*

- *w głąb – przebudowa nawierzchni polegająca na wymianie warstw istniejącej nawierzchni ze wzmocnieniem konstrukcji bez podnoszenia niwelety drogi,*
- *w górę – przebudowa nawierzchni polegająca na wykonaniu nakładki (jednej lub kilku warstw) o grubości wynikającej z koniecznego wzmocnienia konstrukcji,*
- *sposób mieszany – przebudowa nawierzchni polegająca na połączeniu wymiany istniejących warstw ze wzmocnieniem konstrukcji i z podniesieniem niwelety drogi* (KPRNPP-2013 str. 28)

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z definicją przedmiotu zamówienia wykonawca miał prawo, a nawet obowiązek rozważyć możliwość wzmocnienia istniejącej konstrukcji nawierzchni, a dopiero w dalszej kolejności, po wykazaniu, że nie ma możliwości wzmocnienia istniejącej nawierzchni rozważyć opcję jej całkowitej wymiany. Założenie, że konieczna jest kosztowna oraz czasochłonna całkowita wymiana wszystkich warstw nawierzchni, bez wykazania takiej konieczności na podstawie wymaganych badań nośności i przeprowadzenia pełnej oceny stanu technicznego drogi, mogłoby być odczytane jako działanie na szkodę Skarbu Państwa, a z całą pewnością powinno być uznane za działanie niezgodne ze sztuką budowlaną oraz zasadami i wytycznymi opisanymi w Katalogu Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych, który opracowany został na zlecenie i przy udziale GDDKiA. Zgodnie z PFU zadanie obejmuje opracowanie projektu i realizację robót związanych z przebudową przebiegu ciągu drogi krajowej nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm, której początek znajduje się na granicy Miasta Chełm od strony Lublina. Jest to kontrakt „zaprojektuj i buduj”, w związku z czym wykonawca miał prawo, a nawet obowiązek (ze względu na brak sporządzonej przez Zamawiającego przed przetargiem odpowiedniej oceny stanu i nośności nawierzchni) już na wczesnym etapie przetargu, ocenić stan konstrukcji nawierzchni dla zadania określonego jako przebudowa. Następnie, dopiero na podstawie tak przeprowadzonych badań i analiz wykonawca mógł określić rodzaj przebudowy. Na podstawie informacji i wyników przekazanych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz przeprowadzonych przez IBDiM (za wiedzą i zgodą Zamawiającego) badań nośności nawierzchni oraz wykonanych analiz trwałości konstrukcji oraz możliwości jej wzmocnienia IBDiM opracował wstępny projekt wzmocnienia konstrukcji nawierzchni dróg będących przedmiotem zamówienia. Opracowanie to jednoznacznie wskazuje na możliwość przebudowy istniejących dróg przy częściowym lub całkowitym zachowaniu ich konstrukcji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dysponował na etapie przetargu opinią techniczną dotyczącą oceny nośności i stanu konstrukcji nawierzchni drogi krajowej DK12, a wykonawca nie posiada informacji na podstawie jakich przesłanek uznał już po ogłoszeniu wyników przetargu, bez posiadania odpowiedniej oceny stanu nawierzchni, że istniejąca konstrukcja drogi nie nadaje się do wzmocnienia i wymaga całkowitej wymiany.

Odwołujący wskazał, że chybiony jest także argument podany przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty: *Zaoferowanie odmiennej technologii wykonania zamówienia, przekładającej się na znaczące obniżenie ceny, byłoby dopuszczalne, gdyby technologia ta zapewniała zachowanie wymaganych parametrów, jakości trwałości, opisanych przez Zamawiającego w SIWZ (PFU)*. Podniósł, że przebudowana droga musi spełniać dwa warunki: warunek funkcjonalny, czyli pozwalać na bezpieczny i komfortowy

transport osób, dóbr i towarów oraz warunków strukturalny, czyli zapewniać odpowiednią trwałość konstrukcji nawierzchni w całym okresie jej eksploatacji. Warunek funkcjonalny warunkowany jest uzyskanymi na etapie odbioru inwestycji parametrami szorstkości oraz równości podłużnej i poprzecznej. Doświadczona kadra, nowoczesny sprzęt oraz wieloletnie doświadczenie wykonawcy przy budowie najważniejszych inwestycji infrastrukturalnych w Polsce, pozwala zagwarantować, że będzie on w stanie sprostać wymaganiom postawionym w PFU odnośnie równości i szorstkości nawierzchni. W chwili obecnej, na etapie procedury przetargowej nie istnieje powód, dla którego Zamawiający mógłby odrzucić ofertę z powodu niewystarczającej jakości lub zbyt niskich parametrów funkcjonalnych nawierzchni, które ocenione mogą być dopiero po wykonaniu przedmiotu zamówienia. Warunek strukturalny warunkowany jest po pierwsze nośnością istniejącej nawierzchni oraz po drugie możliwością dalszej jej poprawy, dzięki odpowiedniemu wzmocnieniu konstrukcji poprzez wykonanie niezbędnej grubości nakładki z odpowiednio dobranych materiałów. Badania nośności istniejącej nawierzchni wykazały, że istniejąca droga posiada niezbędny potencjał do tego, aby przy użyciu odpowiednio dobranych materiałów i technologii oraz odpowiednio obliczonych grubości nakładek uzyskać wymaganą przez PFU trwałość (czyli zdolność do przeniesienia prognozowanego ruchu na poziomie 10,92 min osi 100 kN). Odwołujący założył wariant bardziej konserwatywny i bezpieczny, zakładający większe grubości nakładek, które zgodnie z opracowaniem IBDiM pozwalają uzyskać trwałość nawierzchni na poziomie 30 min osi 100 kN, czyli prawie trzykrotnie większą od prognozowanej w PFU. Dodatkowo, wprowadzenie zgodnie z opracowaniem IBDiM podziału istniejącej konstrukcji na odcinki jednorodny oraz wynikające z tego przyjęcie różnych grubości wzmocnień dla poszczególnych odcinków drogi ma na celu ujednorodnienie nośności nawierzchni po przebudowie. Dzięki temu możliwe będzie zabezpieczenie wzmocnionej konstrukcji nawierzchni przed powstawaniem lokalnych nierówności w przekroju podłużnym. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dysponuje dowodami, że przyjęta przez Wykonawcę (zgodnie ze sztuką budowlaną, wytycznymi KPRNPP-2013 oraz opracowaniem ekspertów z IBDiM), technologia przebudowy drogi nie gwarantuje wymaganej przez PFU jakości oraz trwałości. W związku z tym powinien na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty uznać proponowaną technologię za dopuszczalną.

Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje konieczności wykonania badań geotechnicznych podłoża oraz badania FWD na etapie odbioru końcowego. Oferta Odwołującego nie jest sprzeczna z wymogami SIWZ w tym zakresie, bowiem zawiera te czynności. Kalkulując cenę ofertową przewidziano uszczegółowienie badań geotechnicznych podłoża (zgodnie z instrukcją badań podłoża gruntowego cz. 1 i 2 GDDP), w szczególności w tych lokalizacjach, gdzie nie jest wykorzystana istniejąca konstrukcja. Osiągnięcie

wymaganych parametrów finalnych na drodze zostało potwierdzone w opracowaniu wykonanym przez IBDiM, a stosowne opracowanie przekazane Zamawiającemu przy wyjaśnieniach. Argumenty Zamawiającego w żaden sposób nie udowadniają, że przyjęte przez Odwołującego założenia były błędne, nie wykluczają bowiem wykorzystania istniejącej konstrukcji drogi. Na etapie I Zamawiający sam potwierdził, że wykonał pakiet wzmacniający $5+8+5=18$ cm, na tym pakiecie Odwołujący przewidział wykonanie pakietu $4+8+2=14$ cm. Łącznie więc pakiet warstw wynosić będzie 32 cm, co znacznie przekracza zalecany zapisami PFU 28-centymetrowy pakiet. Osiągnięcie wymaganych parametrów zostało potwierdzone obliczeniami IBDiM. Sytuacja ma się podobnie na etapie V, gdzie zgodnie z informacją Zamawiającego wykonano pakiet 27 cm, a Odwołujący przewidział w tej lokalizacji pakiet podnoszący nośność grubości 16 cm. Konstrukcja będzie znacznie przekraczała zalecany zapisami PFU pakiet.

Odwołujący podniósł, że stwierdzenie Zamawiającego o niespełnieniu warunku co najmniej 20-letniej trwałości eksploatacyjnej poza samym tylko zanegowaniem przyjętej metody, nie zostało poparte żadnymi dowodami. Podobnie gołosłowne – zdaniem Odwołującego – są twierdzenia Zamawiającego, że z uwagi na konieczność wykonania sieci uzbrojenia terenu, dla których będzie konieczne przejście pod nawierzchnią i zabudowa rur ochronnych, odcinki jednorodne wskazane przez wykonawcę ulegną znacznym dalszym podziałom, co będzie wymagało odbudowy konstrukcji nawierzchni nad wykopami wąskoprzestrzennymi i spowoduje dewastację istniejącej nawierzchni przeznaczonej w części do wykorzystania. Odwołujący wskazał, że znane i powszechnie stosowane są technologie odbudowy konstrukcji nawierzchni nad wykopami wąskoprzestrzennymi, czy mało inwazyjne technologie przecisków i przewiertów.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający cytuje pkt 1.1.1. załącznika 1.4.1. do PFU Zalecana konstrukcja nawierzchni jezdni i twierdzi, że dane te *należy traktować jako dane wyjściowe, orientacyjne i parametry minimalne określone przez Zamawiającego*. Zdaniem Odwołującego nie znajduje to potwierdzenia w PFU. Odwołujący podniósł, że zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo zalecać oznacza «*doradzić wykonanie czegoś*» «*wskazać na zalety czegoś lub kogoś*». Zatem nie jest to, jak sugeruje Zamawiający, minimalny parametr ani obligatoryjny nakaz. Gdyby Zamawiający chciał, żeby były to parametry minimalne, co próbuje obecnie forsować, to zapisałby to w ww. załączniku 1.4.1. do PFU pkt 1.1.1., zamiast słowa „zalecana” wpisując słowa „minimalne parametry” konstrukcji jezdni albo „wymagana” konstrukcja jezdni, czy „należy wykonać”. Odwołujący powołał się na własne doświadczenie, z którego wynika, że jeśli Zamawiający żąda dotrzymania pewnych parametrów to w PFU, zamieszcza

jednoznaczne zapisy, że są to minimalne parametry lub wymagane parametry, na dowód czego załączył fragmenty PFU z innych postępowań.

Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego *nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty niżej wymienionych istotnych robót objętych przedmiotem zamówienia:*

- *roboty rozbiórkowe, wywóz i utylizację materiałów podłoża o powierzchni 81 560 metrów kwadratowych (32 624 metrów sześciennych), przy średniej grubości zużytego podłoża, wynoszącej około 40 cm,*
- *roboty rozbiórkowe, wywóz i utylizację materiałów podbudowy o powierzchni 81 560 metrów kwadratowych (29 361 metrów sześciennych), przy średniej grubości zużytej podbudowy, wynoszącej około 36 cm,*
- *wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego - o powierzchni 81 560 metrów kwadratowych (13 050 metrów sześciennych), przy średniej grubości podbudowy, o której mowa w PFU wynoszącej 16 cm,*
- *wykonanie podbudowy pomocniczej z kruszywa łamanego — o powierzchni 81 560 metrów kwadratowych (16 312 metrów sześciennych), przy średniej grubości podbudowy, o której mowa w PFU wynoszącej 20 cm,*
- *wykonanie warstwy wzmacniającej podłoża – o powierzchni 81 560 metrów kwadratowych (32 624 metrów sześciennych), przy średniej grubości podbudowy, o której mowa w PFU wynoszącej 40 cm.*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał tych okoliczności, a postanowienia SIWZ nie precyzują ilości prac dla tych zakresów. Podkreślił, że zadanie polega na zaprojektowaniu i wykonaniu robót, zatem ilości robót do wykonania wynikają wprost z wykonanego Projektu na potrzeby złożenia oferty. Odwołujący przytoczył wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ, które – jego zdaniem – obrazują brak konkretnych wymagań Zamawiającego w zakresie wykonania konstrukcji jezdni w sposób, tj. odpowiedzi na pytania: 79, 83, 141, w których Zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 43. Zdaniem Odwołującego konstrukcje opisane w PFU są tylko przykładem, gdyż sam Zamawiający zapisał w Załączniku 1.4.1 Strona 4 podał: *UWAGA: Przedstawione powyżej parametry należy traktować jako przykładowe, które Wykonawca dostosuje w opracowanym projekcie. Rodzaje wymiarów oraz parametrów drogi powinny być opracowane na podstawie obowiązujących katalogów, przepisów, norm, rozporządzeń i powinny zostać uzgodnione z odpowiednimi Instytucjami oraz zaakceptowane przez Zamawiającego.* W żadnym punkcie SIWZ nie zapisano, że Zamawiający oczekuje wykonania nowej nawierzchni na całym odcinku.

Odwołujący podkreślił, że zakres złożonego przez Zamawiającego wniosku aplikacyjnego nie stanowi opisu przedmiotu tego zamówienia dla wykonawców. Z faktu, że wykonawcy posiadali informację, iż zamówienie będzie realizowane ze środków europejskich nie wynika, jak sugeruje Zamawiający, obowiązek przewidywania bez jasnych zapisów SIWZ, jaki zakres prac do wykonania przewidział Zamawiający. To rolą Zamawiającego na etapie przygotowanie postępowania przetargowego jest należyta dbałość o precyzyjne opisanie zakresu prac, jakich oczekuje od wykonawców. Ponadto Zamawiający odnosi bezzasadnie treść oferty Odwołującego w zakresie ustalenia opisu przedmiotu zamówienia do oferty innego wykonawcy, gdy tymczasem jedynym odnośnikiem powinien być wyłącznie jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego. Zakres oferty innego wykonawcy nie może być w żadnym razie elementem oceny Zamawiającego co do zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Okoliczność, że inny wykonawca uwzględnił w swojej ofercie prace, których konieczność wykonania nie wynikała z SIWZ, gdyż SIWZ dawała jedynie taką możliwość w zależności od założonej metody wykonania danych prac, jest prawnie irrelevantna dla oceny przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi istnieć możliwość przyporządkowania treści SIWZ (jej wymagań merytorycznych co do zawartości oferty), która powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu warstwa merytoryczna SIWZ nie zawierała żadnych wymagań co do tego, aby wykonawca musiał, przedstawiając cenę, której żąda za realizację usługi, przedstawić, w jaki sposób daną cenę uzyskał. Tym samym Odwołujący złożył ofertę, która zarówno co do treści, jak i formy odpowiada wymaganiom SIWZ. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ, bowiem obejmuje pełen przedmiot zamówienia i spełnia wymagania określone w PFU, w tym także w zakresie dotyczącym sposobu wykonania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień 21 kwietnia 2016 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Art. 90 ust. 1 w ówczesnym brzmieniu odnosił się do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie jej poszczególnych „elementów”. W związku z tym Zamawiający niezasadnie przyjął, że podstawę do odrzucenia oferty może stanowić rzekome „zaniżenie kosztów wykonania istotnych elementów oferty”, skoro Zamawiający nie wykazał, że cena całej oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego cena oferty jest rażąco niska, ponieważ Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że koszt wykonania robót oświetleniowych na

wszystkich etapach objętych przebudową będzie wynosił 3.472.630,25 zł, podczas gdy do wyjaśnień została załączona oferta podwykonawcy na kwotę 6.334.500 zł. Odwołujący podniósł, że udzielił odpowiedzi na pierwsze i drugie wezwanie Zamawiającego zgodnie z jego oczekiwaniami. Do pierwszych wyjaśnień Odwołujący załączył wymagane przez Zamawiającego załączniki, wskazując przyjęte przez siebie ceny, w tym dotyczące robót oświetleniowych. Odwołujący spełnił zatem oczekiwania Zamawiającego w przedmiocie wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający nie miał dalszych wątpliwości w zakresie wskazanych cen dla tych robót. W drugim wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał Odwołującemu dodatkowo te elementy, które uznał za wymagające jeszcze dodatkowych wyjaśnień, przy czym w zakresie robót oświetleniowych wniósł jedynie o uzupełnienie informacji o ilościach opraw oświetleniowych przyjętych przez Odwołującego dla Etapu X. Odwołujący zatem na etapie składania wyjaśnień przedstawił Zamawiającemu rozbić cen dla poszczególnych etapów, czyli wyjaśnił dokładanie te elementy, o których wyjaśnienie wnioskował Zamawiający. W związku z obecnym stanowiskiem Zamawiającego, którego nie uzewnętrznił w wezwaniu do wyjaśnień, Odwołujący przedstawił w odwołaniu własną kalkulację ceny na wykonanie oświetlenia ulicznego, mającą potwierdzać, że zaoferowana cena jest realna i prawidłowo wyliczona.

Wyszczególnienie	Nazwa	Ilość	Cena	Wartość
3	4	5		
Oświetlenie drogi	X	X		
Oświetlenie drogi	X	X	X	X
Montaż słupa oświetleniowego 10m stalowego, stożkowego, ocynkowanego (z wysięgnikiem 2 ram. o dł. 1,5m, kącie nachylenia 5', z przewodami i tabliczką 2-bezp), na prefabrykowanym fundamencie betonowym	Kpl.	321,0	2 320,00	744 720,00
Montaż słupa oświetleniowego 10m stalowego, stożkowego, ocynkowanego (z wysięgnikiem 1 ram. o dł. 1,5m, kącie nachylenia 5', z przewodami i tabliczką 2-bezp), na prefabrykowanym fundamencie betonowym	Kpl.	56,0	1 970,00	110 320,00
Montaż słupa oświetleniowego 10m stalowego, stożkowego, ocynkowanego (z wysięgnikiem 4 ram. o dł. 1,5m, kącie nachylenia 5', z przewodami i tabliczką 4-bezp), na prefabrykowanym fundamencie betonowym	Kpl.	3,0	2 880,00	8 640,00
Montaż słupa oświetleniowego 10m stalowego, stożkowego, ocynkowanego (z wysięgnikiem 3 ram. o dł. 1,5m, kącie nachylenia 5', z przewodami i tabliczką 3-bezp), na prefabrykowanym fundamencie	Kpl.	1,0	2 570,00	2 570,00

betonowym				
Montaż na wysięgniku oprawy oświetleniowej SCHREDER TECEO 1 32 LEDS 71W	Szt.	320,0	980,00	313 600,00
Montaż na wysięgniku oprawy oświetleniowej SCHREDER TECEO 1 48 LEDS 101W	Szt.	385,0	1 020,00	392 700,00
Ułożenie w wykopie kabla nN (min. YAKXS 4x35mm ²) na gł. min. 0,7m, z wykonaniem i zasypaniem wykopu (z przykryciem folią ostrzegawczą niebieską) oraz w rurach osłonowych	m	15 632,2	48,78	762 538,72
Ułożenie w wykopie rur osłonowych (Ø 110mm) na gł. min. 0,7m, z wykonaniem i zasypaniem wykopu	Kpl.	4 689,7	28,00	131 310,48
Wykonanie przewiertu sterowanego, przepustu kablowego, rurami przepustowymi (Ø110mm) nagi. min. 1,2m	Kpl.	4 689,7	72,0	337 655,52
Montaż uziemień (bednarka ocynkowana o przekroju 120mm ² dl. min. 5m) słupów oświetleniowych ułożonych luzem w wykopie kablowym wraz z przewodami uziomowymi	Kpl.	381,0	50,0	19 050,00
			Netto	2 823 104,72
			VAT 23%	649 314,08
			Brutto	3 472 418,80

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu żaden projekt/opracowanie dotyczące oświetlenia nie zostało przekazane wykonawcom. Na pytanie dotyczące tego zakresu robót, Zamawiający udzielił odpowiedzi:

18. Prosimy o udzielenie informacji czy należy zastosować stupy oświetleniowe spełniające wymagania bezpieczeństwa biernego. W przypadku konieczności zastosowania słupów spełniających wymagania bezpieczeństwa biernego, prosimy o przekazanie informacji o poziomie na jakim wymagane jest zapewnienie bezpieczeństwa w myśl zapisów normy PN-EN 12767.

Odpowiedź: Rodzaje słupów oświetleniowych zależą będą od przyjętych rozwiązań projektowych i uzgodnień z odpowiednimi instytucjami. Dokumentacja projektowa będzie realizowana przez wykonawcę, Projekt oraz odpowiednie uzgodnienia w tym zakresie są po stronie wykonawcy.

23. Prosimy o przekazanie koncepcji lub projektu budowlanego/wykonawczego branży elektrycznej i teletechnicznej dla przedmiotowej inwestycji.

Odpowiedź: Projekt oraz odpowiednie uzgodnienia są po stronie wykonawcy.

W związku z powyższym, każdy z wykonawców przy obliczeniu swojej ceny przyjął ilości oraz prace niezbędne do wykonania na podstawie opracowanych własnych założeń i wstępnych projektów. Odwołujący, jak wskazano w załączniku nr 1 przyjął również pewne założenia co do ilości (zakresu) przewidzianych do wykonania prac. Co istotne, zakres i przyjęte ilości prac nie zostały przez Zamawiającego zakwestionowane. Obecnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego opierając się wyłącznie na porównaniu (różnicy) ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a wskazanej w ofercie podwykonawcy. Działanie Zamawiającego jest – zdaniem Odwołującego – nieuprawnione, ponieważ nie uwzględnia całokształtu złożonych wyjaśnień ani okoliczności związanych z przedstawioną do wyjaśnień ofertą podmiotu trzeciego. Przedstawiając Zamawiającemu wyjaśnienia, Odwołujący przedłożył ofertę podwykonawcy, jednakże wbrew stanowisku Zamawiającego, nie świadczy ona o przyjęciu zaniżonych cen. Przeciwnie, oferta podmiotu trzeciego została załączona do pisma z 16 stycznia 2017 r., tak jak kilkadziesiąt innych ofert innych podmiotów w celu potwierdzenia i przedstawienia dowodów, że Odwołujący przed złożeniem oferty badał rynek. Oferta podmiotu trzeciego została wykonana w dniu 10 listopada 2016 r., a pod zaoferowanymi cenami na asortymenty robót umieszczono zastrzeżenie: *Ww. cena została opracowana na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego*. Oznacza to, że podmiot ten w momencie wykonywania oferty na roboty związane z wykonaniem oświetlenia ulicznego wraz ze sterowaniem dysponował wyłącznie ogólnymi danymi, które Zamawiający zamieścił w PFU, nie dysponował natomiast i nie odnosił się do konkretnego Projektu oświetlenia – tego w postępowaniu w ogóle nie było, a sam Odwołujący również nie przekazywał temu podmiotowi swoich założeń z dwóch podstawowych przyczyn: a) sam jeszcze nie miał opracowanych swoich wstępnych szacunków, b) nawet w przypadku ich opracowania z uwagi na konieczność utrzymania tajemnicy ww. rozwiązań nie przekazałby ich podmiotowi zewnętrznemu, dla ochrony konkurencyjności i własnych interesów. Dlatego ww. oferta stanowiła dla Odwołującego pewien punkt wyjścia, natomiast nie odzwierciedlała ilości robót ani wstępnych założeń przyjętych przez Odwołującego, stąd też zaistniała różnica. Dodatkowo Zamawiający pominął to, że koszty demontażu istniejącego oświetlenia i koszty zasilania oświetlenia drogowego zostały uwzględnione w poz. kolizje – to jest rozbicia, jakiego Zamawiający żądał według własnego wzoru. Odwołujący, czego Zamawiający nie kwestionuje, przyjął prawidłowe założenia ilościowe, a ponadto biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter ceny wykonawca w ofercie łączną kwotę 21.738.823,32 zł na wszelkie wydatki poboczne i nieprzewidziane oraz ryzyka poz. 8 dla każdego z etapów.

W odniesieniu do realności wyceny wiaduktu wraz z przepustami w ramach Etapu X Odwołujący wskazał, że dla uzasadnienia swojego stanowiska Zamawiający dokonał porównania ceny oferty Odwołującego (wynoszącej 1.528.000,00 zł brutto) z wyceną

inwestorską na kwotę 6.106.759,18 zł brutto i wyceną innego wykonawcy w wysokości 3.809.772,18 zł brutto. Zamawiający wskazał, że według jego szacunków powierzchnia wiaduktu wynosi około 450 m², a szacowany rynkowy koszt wykonania wiaduktu o parametrach i kategorii obciążenia przewidzianej dla nowego wiaduktu objętego przedmiotem zamówienia, określony na podstawie wydawnictwa ORGBUD Serwis: Informacyjny Zestaw Wskaźników Nakładów Na Obiekty Budowlane cz. II Obiekty inżynierii lądowej i wodnej, wynosi ok. 8,4 tys./m². Stąd też, zdaniem Zamawiającego, rynkowy koszt budowy wiaduktu to ok. 3,8 mln zł.

Odwołujący podniósł, że chybione jest na obecnym etapie postępowania odnoszenie się przez Zamawiającego i porównywanie wartości, które określił Zamawiający albo inny wykonawca. Przedmiotowe zamówienia polega na zaprojektowaniu i wykonaniu robót. Skoro nie wiadomo, jaki obiekt „zaprojektował” Inwestor (takich informacji Zamawiający nie udzielił wykonawcom ani nie zażądał w PFU konkretnych parametrów wiaduktu, np. długości, szerokości czy ilości przęseł), nie sposób również przypuszczać jakie założenia przyjął inny wykonawca, wszelkie twierdzenia o zaniżeniu kosztów przez Odwołującego są wyłącznie dowolnym i niczym nieopartym twierdzeniem. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający porównał bowiem przyszłe obiekty z natury rzeczy nieporównywalne, ponieważ jeszcze nieokreślone inaczej niż poprzez założenia wykonawców. Najpełniej obrazuje sprzeczność twierdzeń Zamawiającego jego własne stanowisko, w którym Zamawiający w jednym fragmencie wskazuje, że wycena inwestorska wiaduktu wynosi 6.106.759,18 zł brutto, w kolejnym zaś, że cena rynkowa wykonania obiektu wynosi według ORGBUD już 3,8 mln zł brutto. Odwołujący stwierdził, że zaoferował za wykonanie przedmiotowego obiektu cenę rynkową i realną, Zamawiający nie wykazał natomiast, że cena Odwołującego za ten element jest zaniżona.

Zdaniem Odwołującego, przedstawiona przez Zamawiającego cena wiaduktu jest nieprawidłowa, a Zamawiający porównywał i odniósł podaną wartość wykonania 1 m² do zupełnie innych obiektów, czyli porównał obiekty nieporównywalne. Wskazana przez Zamawiającego wartość 8,4 tys. za 1m² dotyczy obiektu zupełnie innej konstrukcji wykonanego na drodze klasy S, natomiast koszt obiektu z betonu na drodze klasy G – czyli takiego który będzie do wybudowany na przedmiotowej inwestycji wg Sekocenbud to koszt rzędu 4.291 zł/m² płyty pomostu. Odwołujący zakwestionował także przedstawione przez Zamawiającego założenie, że powierzchnia wiaduktu wynosi około 450 m² i wskazał, że na potrzeby złożenia oferty zgodnie z PFU przyjął wykonanie jednoprzęsłowego wiaduktu na 27-metrowych belkach żelbetonowych sprężonych, o szerokości 13,7 m. Zatem powierzchnia płyty pomostu to ok. 26,6 m x 13,7 m = 364,42 m². Obliczając, tak jak to zrobił Zamawiający, zgodnie z Sekocenbud szacowany rynkowy koszt wiaduktu to 365 m² x 4.291 zł/m² =

1.566.215 zł netto, natomiast Odwołujący w tym konkretnym zadaniu i w określonych w tym zadaniu warunkach jest w stanie taki obiekt wykonać za kwotę około 3 tys. zł/m² płyty pomostu, tj. 365 m² x 3.000 zł/m² = 1.095.000 zł netto, co daje kwotę 1.346.850 zł brutto. Do powyższej kwoty należy doliczyć jeszcze wykonanie 2 szt. przepustów żelbetowych po około 90.000 zł brutto każdy. Daje to łącznie kwotę brutto 1.526.850 zł, czyli dokładnie zaoferowaną wartość. Odwołujący wskazał, że przedstawił w wyjaśnieniach informacje na temat zakładanej konstrukcji obiektu, a Zamawiający ich nie zakwestionował. Dopiero odrzucając ofertę Zamawiający przedstawił nieznaną żadnemu wykonawcy własne obliczenia i założenia oraz posłużył się nieprawidłowymi cenami z ORGBUD.

W zakresie ilości dróg serwisowych i włączeniowych Odwołujący przedstawił tę samą argumentację, jaką podniósł w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ i wskazał, że kierując się własnym doświadczeniem oraz przyjętymi założeniami (wstępnym projektem) określił ilość ww. dróg, a Zamawiający nie podał, na czym faktycznie polegało zaniżenie ceny. Podniósł, że równie dobrze Zamawiający mógłby twierdzić, że oczekiwał obliczenia nie 40 tys., a 80 tys. m² tych dróg – ponieważ w żaden sposób nie wykazał, dlaczego prawidłową wartością było 40 tys. m².

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Budimex S.A., powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem I.1 PFU przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót związanych z przebudową drogi krajowej nr 12 w granicach administracyjnych miasta Chełm.

Zgodnie z pkt. 1.2.1 ppkt 2 załącznika nr 1.4.1 do PFU, dla rozwiązań drogowych przyjęto wstępnie konstrukcję nawierzchni:

- warstwa ścieralna z SMA – 4 cm,
- warstwa wiążąca z betonu asfaltowego – 16 cm,
- podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego – 16 cm,

- podbudowa pomocnicza z kruszywa łamanego – 20 cm,
- warstwa wzmacniająca podłoże – 40 cm.

Zamawiający podał, że ze względu na fakt, iż kategoria obciążenia ruchem będzie wyliczona w oparciu o prognozę ruchu opracowaną przez Wykonawcę, Zamawiający określa przykładową grubość konstrukcji nawierzchni, którą należy przyjąć jako wyjściową do projektowania i wyceny ofertowej. Zamawiający wskazał również, że przyjmuje się, że w kosztach robót drogowych znajdują się niżej wymienione asortymenty robót, a ich lokalizacja dotyczy wszystkich odcinków ulic wchodzących w zakres inwestycji:

- 1) Roboty przygotowawcze (w tym (...) rozbiórka warstw konstrukcyjnych),
- 2) Wykonanie profilowania i zagęszczenia podłoża pod konstrukcję,
- 3) Wykonanie warstw wzmacniających podłoże gruntowe (wymiana gruntu, stabilizacja spoiwem hydraulicznym, materac z kruszywa łamanego z geosiatką i geowłókniną),
- 4) Wykonanie podbudów (z kruszywa łamanego, naturalnego lub żużla wielkopieczowego, z betonu asfaltowego, z betonu cementowego, chudego betonu oraz w formie materaca z kruszywa łamanego z geosiatką i geowłókniną).

Zamawiający wskazał, że konstrukcję nawierzchni należy zaprojektować w oparciu o prognozę ruchu opracowaną na podstawie wyników pomiarów ruchu, modelowania ruchu oraz na podstawie opracowania geotechnicznego określającego istniejące warunki gruntowo-wodne podłoża oraz konstrukcję istniejącej nawierzchni na całym projektowanym odcinku.

W punkcie 1.2 PFU Zamawiający wskazał, że podane parametry charakterystyczne dla projektowanej drogi głównej, ulic bocznych, skrzyżowań, obiektów inżynierskich oraz innych elementów infrastruktury technicznej należy traktować jako dane wyjściowe, orientacyjne i parametry minimalne.

W punkcie 1.1.1 PFU Zamawiający zamieścił wykaz skrzyżowań drogi krajowej nr 12.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 215.807.271,75 zł (w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 71.935.757,25 zł. Podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 176.961.962,83 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) oferta Odwołującego – 98.176.994,81 zł,
- 2) oferta Przystępującego – 118.494.169,38 zł,
- 3) oferta PBDiM Sp. z o.o. – 131.299.094,17 zł.

Pismem z 23 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien w szczególności:

- 1) przedstawić szczegółowy sposób kalkulacji ceny ofertowej odrębnie dla poszczególnych rodzajów inwestycji,
- 2) przedstawić dowody na potwierdzenie sporządzonej kalkulacji ceny oferty,
- 3) wyjaśnić w jaki sposób w zaoferowanej cenie brutto zostały uwzględnione ryzyka, o których mowa w pkt. A.X,4 SIWZ, a także ryzyka wynikające ze specyfiki zamówienia w opcji „zaprojektuj i wybuduj”, charakteru wynagrodzenia (ryczałtowe) oraz terminu realizacji zamówienia).

Zamawiający wskazał w wezwaniu na Preambułę do Zbiorczego szacunkowego zestawienia kosztów (załącznik nr 7 do SIWZ), w tym na postanowienie zgodnie z którym *wycena każdej pozycji niniejszego Zbiorczego szacunkowego zestawienia kosztów musi zostać sporządzona z należytą starannością, musi uwzględniać prawidłowe wykonanie wszystkich elementów zamówienia objętych daną pozycją oraz musi być realna i odpowiednia do rzeczywistych kosztów ich wykonania oraz uwzględniać rentowność Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Pismem z 22 lutego 2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, wskazując, że po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień powziął dodatkowe wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający skierował do Odwołującego 11 pytań:

- 1) Jaki szczegółowo zakres wykorzystania istniejącej części konstrukcji drogi przyjął do skalkulowania ceny oferty?
- 2) Na jakiej podstawie wykonawca przyjął założenie o możliwości wykorzystania istniejącej części konstrukcji drogi (tj. jakie badania zostały wykonane, jakie były wyniki tych badań, jak zostały opracowane)? Zamawiający wezwał do przedstawienia wyników tych badań lub ich szczegółowego opisu.
- 3) Jakie warstwy konstrukcyjne (wraz z ich grubościami i rodzajami) zostały przyjęte do wyceny przebudowy jezdni do nośności 11,5 t/oś na poszczególnych etapach?
- 4) Jaka konstrukcja i technologia zostały przewidziane do budowy obiektu inżynierskiego (Etap X)? Czy ujęto również budowę przepustów drogowych, a jeżeli tak to w jakiej konstrukcji i technologii?

- 5) Czy na Etapie IIIA i IIIB przyjęto do przebudowy drogi serwisowe na całej długości odcinków objętych tymi etapami, jeżeli tak to czy do wyceny przyjęto również jezdnie włączeniowe? Zamawiający zwrócił się o szczegółowe wskazanie zakresu, długości i technologii przyjętych do wyceny dróg serwisowych i jezdni włączeniowych.
- 6) Jaką długość drogi włączeniowej przyjęto w Etapie V?
- 7) Dlaczego w Etapie VI nie przyjęto jezdni włączeniowych?
- 8) Jakie elementy przebudowy przyjęto do wyceny dla Etapu VII?
- 9) W jakim zakresie w ramach Etapu VIII przyjęto włączenie planowanych i istniejących dróg na odcinku objętym tym etapem? Zamawiający zwrócił się o szczegółowe informacje, w tym wskazanie technologii prac na całej długości włączenia odrębnie dla każdej drogi przewidywanej do włączenia.
- 10) Ile opraw oświetlenia ulicznego przyjęto na Etapie X?
- 11) Jaka organizacja robót, w tym zakładana długość dnia pracy (także system zmianowy) została przyjęta do określenia założeń w zakresie wydajności prac określonym w załączniku C do wyjaśnień z 17 stycznia 2017 r. oraz wskazanych tam kluczowych cen jednostkowych użytych do kalkulacji ceny oferty?

Odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe pytania, zastrzegając treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (uzasadnienie odrzucenia oferty było jawne). Jako podstawy faktyczne odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę Zamawiający wskazał niewykazanie prawidłowości wyceny robót oświetleniowych, budowy wiaduktu nad linią kolejową nr 81 relacji Chełm-Włodawa w ramach Etapu X oraz przyjęcie do wyceny zbyt małej powierzchni dróg serwisowych i robót włączeniowych. Jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ Zamawiający wskazał przyjęcie do wyceny założenia częściowego wykorzystania istniejącej konstrukcji DK12.

W odniesieniu do robót oświetleniowych Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z 16 stycznia 2017 r. wykonawca podał, że koszt wykonania robót na wszystkich etapach wyniesie 3.472.630,25 zł brutto, a jednocześnie załączył do wyjaśnień ofertę podwykonawcy na wykonanie przebudowy oświetlenia ulicznego na kwotę 6.334.500,00 zł brutto, czyli o 54,82% wyższą od ceny przyjętej przez Strabag do skalkulowania ceny oferty. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedłożył dowodów potwierdzających wycenę tego elementu oferty mającego znaczący wpływ na wysokość ceny, a przedłożona oferta podwykonawcy wskazuje, że wykonawca oferuje wykonanie tego elementu zamówienia znacznie poniżej kosztów.

W zakresie wyceny budowy wiaduktu w Etapie X Zamawiający wskazał, że wycena inwestorska tego elementu to 6.106.759,18 zł brutto, cena określona przez innego wykonawcę to 3.809.772,18 zł brutto, a wartość tych robót określona przez Odwołującego jest o 4.578.759,18 zł brutto niższa od wyceny inwestorskiej oraz o ok. 2 mln zł niższa od ceny przyjętej w drugiej z ofert. Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę orientacyjną powierzchnię wiaduktu (wg szacunków Zamawiającego ok. 450 m²) oraz szacowany rynkowy koszt wykonania wiaduktu o parametrach i kategorii obciążenia przewidzianej dla nowego wiaduktu objętego przedmiotem zamówienia, określony na podstawie wydawnictwa ORGBUD Serwis: Informacyjny Zestaw Wskaźników Nakładów na Obiekty Budowlane cz. II Obiekty inżynierii lądowej i wodnej, wynoszący ok. 8,4 tys./m², rynkowy koszt budowy tego obiektu to ok. 3,8 mln zł.

W odniesieniu do dróg serwisowych i włączeniowych Zamawiający wskazał, że przyjęta przez Odwołującego do wyceny powierzchnia tych dróg to 28.634,00 m², natomiast zgodnie z obliczeniami inwestorskimi powierzchnia tych dróg wynosi 40.322,52 m², a określona przez innego wykonawcę – 41.034,17 m². Zamawiający stwierdził, że przyjęta przez Odwołującego powierzchnia jest zbyt mała i nie pozwoli na wykonanie zamówienia zgodnie z PFU, wobec czego wykonawca znacząco zaniżył koszt tego elementu zamówienia. Przyjęta wycena tych robót przy uwzględnieniu określonego przez wykonawcę kosztu wykonania 1 m² dróg serwisowych i jezdni włączeniowych (186,65 zł) nie pozwoli na wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ i skutkuje zaniżeniem ceny co najmniej o 2,2 mln zł.

W zakresie założenia wykorzystania istniejącej konstrukcji drogi Zamawiający wskazał, że Odwołujący podał w wyjaśnieniach, że dla etapów I, IIIa, IIIb, V, VI, VIII, IX i XI w odniesieniu do grupy robót pn. Jezdnie o nośności 11,5 t/oś przewidział nawierzchnie w technologii bitumicznej, po odwiertach i badaniach FWD założono częściowe wykorzystanie istniejącej konstrukcji DK 12. W dodatkowych wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że przewiduje wykorzystanie całej istniejącej konstrukcji nawierzchni na etapach I, IIIa, IIIb, V, IX (z wyjątkiem nowych rond), na całym etapie XI oraz na 30% etapu VI. Natomiast na etapie VIII, odmiennie niż w wyjaśnieniach z 16 stycznia 2017 r. wykonawca stwierdził, że do wyceny przyjął nową nawierzchnię na całym odcinku. Odwołujący podał w wyjaśnieniach, że możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji nawierzchni nie została przez Zamawiającego wyłączona, a założenie wykorzystania tej konstrukcji zostało przyjęte na podstawie wykonanych za zgodą Zamawiającego badań diagnostycznych istniejącej nawierzchni oraz odwiertów w zakresie niezbędnym do interpretacji wyników badań. Negując możliwość wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni Zamawiający powołał się na załącznik 1.4.1 do PFU pkt 2, z których wynika, że przebudowa drogi polegać będzie w szczególności na wymianie podbudowy, z jednoczesnym wykonaniem warstwy wzmacniającej.

Zamawiający wskazał, że załączone do PFU wyniki badań geotechnicznych powierzają niską nośność gruntów podłoża na niemal całym obszarze przebudowy, a dopiero na odpowiednio wzmocnionym podłożu dopuszczalne będzie wykonanie nowych podbudów, a następnie nawierzchni jezdni. Przeprowadzone przez wykonawcę odwierty wyłącznie w nawierzchni jezdni nie są równoważne odwiertom przy badaniach geotechnicznych nośności podłoża gruntowego. Zamawiający podniósł, że stan techniczny istniejącej konstrukcji wyklucza możliwość jej wykorzystania. Poczynione założenie nie pozwala na spełnienie warunku określonego w pkt. 2.1. PFU, tj. co najmniej 20-letniej trwałości eksploatacyjnej, biorąc pod uwagę sieć uzbrojenia terenu, konieczne będzie przejście pod nawierzchnią i zabudowa rur ochronnych, w wyniku czego odcinki jednorodnie wskazane przez wykonawcę ulegną dalszym podziałom, co będzie wymagało odbudowy konstrukcji nawierzchni nad wykopami wąskoprzestrzennymi. Ponadto wzmocnienie konstrukcji pakietem od 12 do 21 cm może spowodować podniesienie niwelety drogi.

Zamawiający powołał się na pkt 1.2.1 załącznika nr 1.4.1 do PFU, zgodnie z którym określone przez Zamawiającego dane dotyczące konstrukcji nawierzchni (warstwa ścieralna z SMA – 4 cm, warstwa wiążąca z betonu asfaltowego – 8 cm, podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego – 16 cm, podbudowa pomocnicza z kruszywa łamanego – 20 cm, warstwa wzmacniająca podłoża – 40 cm) należało przyjąć jako wyjściowe do projektowania i wyceny ofertowej. Zamawiający podał, że wg wyjaśnień wykonawca przyjął warstwy konstrukcyjne z warstwy ścieralnej z SMA i warstwy wiążącej z betonu asfaltowego oraz na części etapów również warstwę wzmacniającą z betonu asfaltowego, a grubość pakietu tych warstw waha się w granicach od 12 do 21 cm, co w rażący sposób odbiega od minimalnych parametrów konstrukcji określonych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że określone przez niego parametry stanowiące podstawę przygotowania oferty i obliczenia jej ceny mogą ulec zmianie na etapie prac projektowych w zależności od kategorii obciążenia ruchem, po zatwierdzeniu przez Zamawiającego oraz na podstawie wykonanych przez wykonawcę badań geologicznych i dokumentacji geotechnicznej.

Zamawiający wskazał, że w związku z nieuprawnionym założeniem wykorzystania istniejącej konstrukcji drogi wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny następujących robót dotyczących 81.560 m² powierzchni:

- roboty rozbiórkowe, wywóz i utylizacja materiałów podłoża (32.624m³) oraz podbudowy (29.361m³),
- wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego (13.050m³) przy średniej grubości podbudowy 16 cm,
- wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego (16.312 m³) przy średniej grubości podbudowy 20 cm,

- wykonanie warstwy wzmacniającej podłoże (32.624 m³) przy średniej grubości podbudowy 40 cm.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zamówienie jest finansowane ze środków europejskich, w związku z czym konieczna jest pełna zgodność pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, umową o zamówienie publicznej, opisem przedmiotu zamówienia zawartym we wniosku o przyznanie dofinansowania, a następnie umową grantową.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 21 kwietnia 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

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

Zgodnie z art. 90 ust. 1 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,

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy Odwołujący wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty oraz czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero w postępowaniu odwoławczym, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach, jest spóźniona.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp było zasadne, z powodów wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający jest uprawniony do badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie tylko w przypadku ceny kosztorysowej, ale również w sytuacji, gdy cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Ustalenie, czy poszczególne roboty składające się na przedmiot zamówienia (a niemające nieistotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej ceny oferty – jeżeli niektóre roboty zostały niedoszacowane, może okazać się, że niedoszacowana jest cała cena. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającym rzetelnego zbadania realności ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy. W związku

z powyższym ocena zaoferowanej ceny ryczałtowej, jakkolwiek powinna uwzględniać charakter tej ceny, nie wyklucza badania prawidłowej wyceny jej części składowych. Analiza realności wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia może być dokonywana również w stanie prawnym sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., jako element badania, czy cena ofert nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak jest podstaw do przyjęcia, że zakwestionowane przez Zamawiającego elementy wyceny (roboty oświetleniowe, wykonanie obiektu inżynierskiego w Etapie X oraz roboty dotyczące dróg serwisowych i jezdni włączeniowych) nie są istotne, z całą pewnością Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.

W odniesieniu do robót oświetleniowych zauważyć należy, że jedynym dowodem złożonym przez Odwołującego na potwierdzenie realności ceny jest oferta podwykonawcy opiewająca na kwotę 6.334.500 zł, podczas gdy Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że koszt tych robót wyniesie 3.472.630,25 zł. Skoro Odwołujący przyjął do kalkulacji ceny wartość istotnie niższą (o blisko 3 mln zł) niż wartość oferty podwykonawcy, to nie tylko nie sposób przyjąć, że wykazał w ten sposób realność ceny, a wręcz należy stwierdzić, że co najmniej pogłębił wątpliwości co do jej realności. Wobec złożenia takiego dowodu przedstawione w wyjaśnieniach informacje o przyjętych przez Odwołującego cenach dla poszczególnych etapów robót oświetleniowych są jedynie gołosłownymi twierdzeniami, niemającymi pokrycia w złożonej ofercie podwykonawcy. Niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego, że złożona oferta podwykonawcy nie świadczy o zaniżeniu ceny, ponieważ zawiera ona zastrzeżenie, że została opracowana na podstawie PFU, a oferta podwykonawcy stanowiła dla Odwołującego pewien punkt wyjścia, natomiast nie odzwierciedlała ilości robót ani wstępnych założeń przyjętych przez Odwołującego. Wobec powyższych twierdzeń nasuwa się pytanie, w jakim celu oferta podwykonawcy została załączona do wyjaśnień, skoro obecnie Odwołujący twierdzi, że nie jest ona miarodajna. Błędne jest stanowisko Odwołującego, z którego wynika, że skoro Zamawiający w drugim wezwaniu zażądał tylko informacji o ilościach oprav oświetleniowych przyjętych przez Odwołującego dla Etapu X, to należy przyjąć, że złożone wyjaśnienia były wystarczające. W odniesieniu do powyższego należy zwrócić uwagę, że Odwołującego obciążał obowiązek wykazania prawidłowości ceny, a Zamawiający w ogóle nie miał obowiązku dopytywać o szczegółowe informacje i żądać dodatkowych dowodów, to do wykonawcy bowiem należy inicjatywa w wykazywaniu prawidłowości ceny. Wykonawca wezwany do wyjaśnień nie może tłumaczyć niewykazania realności ceny faktem, że Zamawiający nie kierował do niego dodatkowych pytań i nie żądał podania szczegółów kalkulacji. Z kolei kalkulacja dotycząca robót oświetleniowych, przedstawiona dopiero w odwołaniu, nie może być wzięta przez Izbę pod uwagę, nie została bowiem przedstawiona w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.

Zamawiający, podejmując decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, nie dysponował informacjami, które wykonawca przedstawił dopiero w treści odwołania.

Odnosząc się do kosztów budowy wiaduktu wraz z przepustami w ramach Etapu X, które zostały określone przez Odwołującego na kwotę 1.528.000,00 zł wskazać należy, że jakkolwiek porównanie do wyceny inwestorskiej oraz do wyceny innego wykonawcy nie może być samo w sobie podstawą do odrzucenia oferty, to jednak porównanie takie może być źródłem uzasadnionych wątpliwości co do realności ceny, a wykonawca zobowiązany był przedstawić informacje i dowody, które by te wątpliwości usunęły. Odwołujący powołał się na fakt, że postępowanie dotyczy zamówienia typu „zaprojektuj i wybuduj”, a twierdzenia Zamawiającego o zaniżeniu kosztów są gołosłowne. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” nie oznacza dowolności w kalkulacji ceny i nie zwalnia z obowiązku wykazania prawidłowości dokonanej kalkulacji, gdyż mimo że ostateczne rozwiązania na etapie składania oferty nie są znane, to Zamawiający określa założenia, które należy przyjąć do sporządzenia i wyceny oferty. Ponadto podkreślić należy, że to nie Zamawiający ma wykazać nierealność ceny, lecz wykonawca ma obowiązek wykazania jej realności. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast należyte uzasadnienie dokonanej oceny wyjaśnień i z tego obowiązku – zdaniem Izby – Zamawiający się wywiązał. Następnie podkreślić należy, że przedstawione w odwołaniu informacje o przyjętych przez Odwołującego założeniach dotyczących powierzchni wiaduktu i kosztów wykonania 1m² tego obiektu nie zostały przedstawione w wyjaśnieniach, Zamawiający podjął decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty nie znając tych informacji, nie mogły one więc być wzięte przez Izbę pod uwagę jako potwierdzające prawidłowość ceny. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że zgodnie z przedstawioną w odwołaniu wyceną na podstawie Sekocenbud koszt wykonania 1 m² obiektu, to 4.291 zł netto, czyli znacznie więcej, niż kwota, za którą Odwołujący chce wykonać roboty (3.000 zł netto/m²). Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia w treści odwołania, że *na tym konkretnym zadaniu i w określonych na tym zadaniu warunkach jest w stanie taki obiekt wykonać za kwotę około 3 tys. zł/m² płyty pomostu, tj. 365 m² x 3.000 zł/m² = 1.095.000 zł netto, co daje kwotę 1.346.850 zł brutto*. Nie wiadomo przy tym, w jaki sposób Odwołujący zamierza osiągnąć taki poziom kosztów, nie wykazał tego ani w odwołaniu, ani – co istotniejszej – w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. W związku z powyższym możliwość wykonania 1m² wiaduktu za ok. 3 tys. zł netto pozostaje gołosłownym twierdzeniem wykonawcy.

W odniesieniu do przyjętego przez Odwołującego założenia co do powierzchni dróg serwisowych i jezdni włączeniowych wskazać należy, że stanowiło ono podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, nie było natomiast – jak twierdził Odwołujący w odwołaniu – podstawą uznania oferty za niezgodną z SIWZ. Oceniający prawidłowość

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na wycenę tego elementu przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że szczegółowe zestawienie dróg przyjętych do wyceny zostało przedstawione dopiero w odwołaniu, jest więc spóźnione. Podkreślenia wymaga, że roboty dotyczące dróg serwisowych i włączeniowych były elementem przedmiotu zamówienia, a Zamawiający podał w PFU informacje dotyczące istniejącej sieci dróg (pkt 1.1.1 PFU). W związku z tym nie jest tak, że można było przyjąć dowolną powierzchnię tych dróg, powierzchnia przyjęta do wyceny powinna mieć oparcie w informacjach podanych przez Zamawiającego. Nie jest więc tak jak twierdził Odwołujący, że wobec niepodania powierzchni tych dróg w SIWZ wartości wskazane przez Zamawiającego na późniejszym etapie są dowolne. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń czy dowodów, które potwierdzałyby, że powierzchnia podana przez Zamawiającego (ok. 40 tys. m²) nie ma oparcia w PFU, a ograniczył się jedynie do zanegowania decyzji Zamawiającego ze wskazaniem na niepodanie w PFU powierzchni tych dróg. Nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego argument, że koszty ewentualnego zwiększenia powierzchni tych dróg zostały uwzględnione w ryzykach, które z definicji dotyczą niedających się przewidzieć kosztów, które mogą wyniknąć przy realizacji zamówienia. W sytuacji gdy wykonawca dysponował informacjami pozwalającymi ustalić powierzchnię dróg, a przyjął do wyceny powierzchnię wielokrotnie mniejszą (12 tys. m²) nie sposób uznać, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie.

W odniesieniu do założenia dotyczącego wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni należy stwierdzić, że stan faktyczny w tym zakresie był między stronami bezsporny. Istotą sporu była dopuszczalność takiego sposobu wykonania zamówienia. W ocenie Izby, w świetle postanowień PFU było to niedopuszczalne.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że nie jest tak, że w zamówieniu typu „zaprojektuj i wybuduj” na etapie kalkulacji ceny oferty wykonawca ma pełną dowolność w ustaleniu zakresu prac do wyceny z uwagi na fakt, że projekt nie jest jeszcze opracowany. Zamawiający w tego rodzaju zamówieniach określa w SIWZ wymagania minimalne, jak również założenia, które być może ulegną zmianie w toku wykonywania zamówienia, tym niemniej należy je uwzględnić dla potrzeb kalkulacji ceny i w celu zapewnienia porównywalności ofert.

W niniejszej sprawie Zamawiający w załączniku nr 1.4.1 do PFU pkt 1.2.1 ppkt 2 określił wstępną konstrukcję nawierzchni, w tym wymagania co do podbudowy i warstwy wzmacniającej podłoża i podał, że jest to przykładowa konstrukcja nawierzchni, którą należy przyjąć jako wyjściową do projektowania i wyceny ofertowej. Wobec takiego postanowienia wykonawca nie miał podstaw do zaoferowania wykonania wyłącznie warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej. Ponadto Zamawiający wyraźnie wskazał, że w kosztach robót drogowych

znajduje się m.in. wykonanie warstw wzmacniających podłoże gruntowe oraz wykonanie podbudów i że dotyczy to wszystkich odcinków ulic wchodzących w zakres inwestycji. Nieuprawnione było więc na etapie sporządzania oferty ograniczenie zakładanych robót do wzmocnienia istniejącej konstrukcji. Ograniczenie takie, jeśli nastąpi, to dopiero na etapie realizacji robót i pod warunkami określonymi w SIWZ, w tym za zgodą Zamawiającego i po wykonaniu badań podłoża. W części I pkt 1.2 PFU Zamawiający wskazał również, że podane parametry charakterystyczne dla projektowanej drogi głównej, ulic bocznych, skrzyżowań, obiektów inżynierskich oraz innych elementów infrastruktury technicznej należy traktować jako dane wyjściowe, orientacyjne i parametry minimalne. Oznacza to, że wykonawca nie mógł dowolnie pominąć określonych parametrów lub zmienić ich wartości przy wycenie, nawet jeśli twierdził, że wykonanie robót w inny sposób jest technicznie możliwe. Wykonawca nie był też uprawniony do oceny, co będzie dla Zamawiającego bardziej opłacalne i do zaoferowania mu odmiennego, korzystniejszego jego zdaniem, sposobu realizacji zamówienia. To Zamawiający bowiem określa, wykonania jakich robót oczekuje i przy uwzględnieniu jakich założeń należy sporządzić ofertę.

Podkreślenia wymaga, że o dopuszczalności wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni nie świadczy użyte w PFU określenie „przebudowa lub wybudowanie nowej konstrukcji”. Jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania, jednym z rodzajów przebudowy jest w głąb, tj. przebudowa nawierzchni polegająca na wymianie warstw istniejącej nawierzchni ze wzmocnieniem konstrukcji bez podnoszenia niwelety drogi (w odróżnieniu od zaoferowanej przebudowy w górę, polegającej na wykonaniu jednej lub kilku warstw nakładki o grubości wynikającej z koniecznego wzmocnienia konstrukcji). Skoro Zamawiający określił jako przedmiot zamówienia przebudowę drogi (lub wybudowanie nowej konstrukcji), wskazując jednocześnie jako wymagania minimalne do uwzględnienia przy sporządzeniu oferty zakres robót obejmujący rozbiórkę warstw konstrukcyjnych i wykonanie wszystkich warstw, włącznie z podbudową i wzmocnieniem podłoża, to nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oferty mogła być przebudowa „w głąb”, a nie – jak zaoferował Odwołujący – wykonanie nakładek.

Nieuprawnione jest wnioskowanie przez Odwołującego o możliwości wykorzystania istniejącej konstrukcji z przewidywanej ilości odpadów określonej w raporcie oddziaływania na środowisko. Raport ten nie jest dokumentem, który określa przedmiot zamówienia i który może być przyjmowany do określenia zakresu tego zamówienia wbrew wymaganiom wyrażonym wprost w PFU. Dodatkowo twierdzenia o ilości odpadów w sytuacji, gdyby Zamawiający wymagał rozbiórki wszystkich warstw drogi, nie zostały przez Odwołującego wykazane.

Dopuszczalności wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni nie sposób też wywodzić z faktu, że Zamawiający wyraził zgodę na wykonanie przez Odwołującego badań nawierzchni. Wyrażając taką zgodę Zamawiający nie rozstrzygał o przydatności tych badań dla sporządzenia oferty, nie może to być również traktowane jako zmiana wskazanych wyżej postanowień PFU.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaoferowana przez Odwołującego metoda przebudowy drogi była w świetle PFU niedopuszczalna, zatem Odwołujący zaoferował świadczenie nieodpowiadające treści SIWZ. W związku z powyższym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy była kwestia technicznej możliwości wykorzystania istniejącej konstrukcji jezdni i osiągnięcia przy tej metodzie wymaganych parametrów dotyczących nośności i trwałości eksploatacyjnej. Skoro ofertę należało sporządzić z uwzględnieniem przebudowy konstrukcji w głąb (włącznie z warstwami podbudowy i wzmocnienia podłoża) to wykonawca nie mógł wycenić innego zakresu prac, nawet gdyby było to technicznie możliwe.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: