

Sygn. akt: KIO 1517/16

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **IDS-BUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 87 (00-844 Warszawa), **SPEC-BRUK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Libiążu przy ul. Oświęcimskiej 69 (32-590 Libiąż), **NOWAK-MOSTY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Broniewskiego 51 (42-520 Dąbrowa Górnicza),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**, ul. Głowackiego 56 (30-085 Kraków)

przy udziale

wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie przy ul. Salwatorskiej 14 (30-109 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IDS-BUD S.A z/s w Warszawie, SPEC-BRUK Sp.k. z/s w Libiążu, NOWAK-MOSTY Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Górniczej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie: IDS-BUD S.A z/s w Warszawie, SPEC-BRUK Sp.k. z/s w Libiążu, NOWAK-MOSTY Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Górniczej, tytułem wpisu od odwołania.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie na *Obwodnicę Waksmund-Ostrowsko-Łopuszna – zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych* (nr postępowania: ZDW-DN-4-271-18/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 052-086227 w dniu 15 marca 2016 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. z/s w Krakowie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie IDS-BUD S.A z/s w Warszawie, SPEC-BRUK Sp.k. z/s w Libiążu, NOWAK-MOSTY Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Górniczej (dalej jako Konsorcjum), wnieśli w dniu 12 sierpnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1517/16).

Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołującego w dniu 2 sierpnia 2016 r., drogą elektroniczną

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBI Energopol Sp. z o.o. w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści siwz;
- b) Art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że PBI ENERGOPOL Sp. z o.o. wykazała, że złożona oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny;
- c) Art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBI ENERGOPOL Sp. z o.o. pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- d) Art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBI ENERGOPOL Sp. z o.o. mimo, iż przeprowadzona ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- e) Art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców do czego doprowadził brak odrzucenia oferty PBI ENERGOPOL Sp. z o.o. i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty PBI ENERGOPOL Sp. z o.o. i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Interes w uzyskaniu zamówienia oraz uszczerbek Odwołujący wykazał tym, że Zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty PBI ENERGOPOL Sp. z o.o., a nie oferty Odwołującego –

niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny.

W postępowaniu złożonych zostało 9, w których zaoferowano ceny brutto: 24.780.000,00 zł; 26.629.500,00 zł.; 28.756.190,00 zł; 28.997.250,00 zł; 30.438.450,95 zł; 33.991.629,33 zł; 34.446.000,00 zł; 36.281.527,45 zł; 37.574.631,20 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 49.691.637,00 zł.

Zarówno Odwołujący, jak i PBI Energopol Sp. z o.o. zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Energopol załączyło do wyjaśnień opracowanie sporządzone przez biuro projektowe ARG Projektowanie Inwestycje w zakresie optymalizacji niwelety. Odwołujący wskazał na konieczność zachowania zgodności oferty z obowiązującymi przepisami prawa w tym w szczególności z przepisami techniczno-budowlanymi. Przedstawiona przez PBI Energopol Sp. z o.o. dokumentacji opisująca sposób realizacji zadania jest niezgodna z obowiązującymi przepisami, w tym rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinno odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2016.124). Analiza profilu podłużnego prowadzi do stwierdzenia, iż cztery łuki wypukłe nie mają spełnionych wymagań dotyczących widoczności na zatrzymanie dla prędkości miarodajnej zarówno 80 km/h jak i 90 km/h, konieczne dla zachowania zgodnie z § 168 rozporządzenia. Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej i nieodpowiadającej treści siwz. Dalszą konsekwencją braku zachowania wymagań dotyczących widoczności jest zbyt mała ilość robót ziemnych, zajętości terenu oraz odwodnienia drogi, która przełożyła się na wycenę prac. Oferta nie zawiera tych kosztów co powoduje, iż cena jest rażąco niska.

Ponadto, przedstawiona koncepcja niwelety przewiduje na odcinku km: 0+501,77 – 0+651,77 spadek podłużny – 0,3%, a zgodnie z planem sytuacyjnym na tym odcinku następuje zmiana pochylenia z daszkowatego na jednostronne (przejście nawierzchni przez zerowy spadek). Pochylenie to jest za małe i nie gwarantuje prawidłowego spływu wody z nawierzchni i jest niezgodne z wymaganiami określonymi w § 17 ust. 3 rozporządzenia. Pochylenie powinno być 0,7%. Przy niewystarczającym spadku nawierzchni woda opadowa nie jest z niej odprowadzana i pozostaje tworząc kałuże, które zimą mogą tworzyć odcinki pokryte lodem.

Omówione powyżej okoliczności, naruszające zasady bezpieczeństwa świadczą o niezgodności oferty PBI Energopol Sp. z o.o. z siwz, prowadzącej do jej odrzucenia.

Ponadto, Odwołujący wskazał na oświadczenie wykonawcy, w którym potwierdził, że *w przypadku braku zgody na zamiennie rozwiązania będzie realizować obiekty według koncepcji zwartej PFU z uwzględnieniem własnej technologii wykonania*. Sformułowanie to

ma wskazywać na sprzeczność z siwz i PFU, a także pytaniami i odpowiedziami udzielonymi na etapie przygotowania oferty. Może również wskazywać, iż bez względu na zakres prac wykonawca wykona je za wynagrodzeniem stałym i niezmiennym, a tym samym cena nie jest w żaden sposób powiązana z zakresem prac do wykonania. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, a taką jest oferta PBI Energopol Sp. z o.o., przewidująca odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia i przewidująca użycie odmiennych, ale równoważnych materiałów, zastosowania innej technologii, dodatkowego wyposażenia lub robót zwiększających zakres zamówienia.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał na brak dowodów dotyczących wyceny elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, których złożenia Zamawiający żądał w wezwaniu. Wykonawca nie przedłożył szczegółowej kalkulacji ceny w rozbiciu na poszczególne składniki, ograniczając się jedynie do wypełnienia załączonej tabeli i wskazania wartości brutto. Nie prowadziło to do wyjaśnienia podstawy na jakiej wykonawca opierał swoją kalkulację (brak ofert podwykonawców, potwierdzenia uzgodnionych cen materiałów). W ocenie Odwołującego brak konkretnych wyjaśnień i ich ogólnikowość, brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji powoduje, że wykonawca w żaden sposób nie sprostął wymogowi określonemu w art. 90 ust. 2 Ustawy. Różnica wynikająca z rozbicia ceny Odwołującego i rozbicia ceny PBI Energopol Sp. z o.o. wynosi ponad 2 mln brutto, a zatem nie ma możliwości, przy braku uzyskania zgody na zmianę rozwiązania, wykonania robót w tej samej cenie.

Zdaniem Odwołującego wycena prac objętych pozycją 15 – *umocnienie skarp*, obejmująca umocnienie skarp i rowów przez humusowanie warstwą ziemi urodzajnej i hydrosiew, umocnienie płytami, nie może być uwzględniona w kwocie przyjętej przez PBI Energopol Sp. z o.o., co czyni cenę rażąco niską.

Poz. 18 – *wykonanie nowej infrastruktury technicznej, w szczególności: oświetlenia, kanalizacji deszczowej*, zostało wycenione na kwotę 522.909,90 zł brutto, a do wyjaśnień załączona została oferta przedsiębiorstwa A.C. (PPU Altum) na budowę oświetlenia drogowego na kwotę 473.021,10 zł. brutto. Na pozostałą część, w tym kanalizację deszczową pozostaje 79.887,90 zł. W ocenie Odwołującego, wykonanie za taką cenę kanalizacji deszczowej nie jest możliwe, o czym świadczą szczegółowe wyjaśnienia Odwołującego jakie złożył Zamawiającemu.

Poz. 16 PBI Energopol Sp. z o.o. wyceniło na „0 zł”, co nie uwzględnia koniecznych do wykonania prac, min. zgonie z PFU wykonania osadników.

W poz. 19 zaoferowana cena w porównaniu do pozostałych cen rażąco odbiega, co uniemożliwia przyjęcie, że montaż urządzeń bezpieczeństwa ruchu może opiewać na kwotę

wyłącznie 54.120 zł brutto.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła i zważyła.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Postępowanie prowadzone jest według zasad obowiązujących dla zamówień powyżej wartości, od której uzależniony jest obowiązek ogłoszenia zamówienia w publikatorze unijnym. Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie na rozprawie, do udziału w której dopuszczony został wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego – PBI Energopol Sp. z o.o. (dalej jako PBI).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia wymagającego ochrony oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. W stanie faktycznym, jaki wynika z czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu brak jest podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, a także nie może ponieść szkody spowodowanej udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy w tym postępowaniu. W całości należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażone w wyroku z dnia 29.12.2014 r., sygn. akt XII Ga 713/14, iż interes, o jakim mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy może mieć charakter faktyczny, który zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Chodzić może zatem o interes nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej. Interes musi dotyczyć prowadzonego (jeszcze trwającego) postępowania, a nie hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym jeszcze nie wszczętym postępowaniu. Posiadanie interesu musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia celu – uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności, czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu. I co istotne, interes w uzyskaniu zamówienia badany jest w momencie wniesienia odwołania.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Izba uznała, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej,

której utrzymanie powoduje, że Odwołujący traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, o które się ubiegał składając ofertę, sklasyfikowaną na pozycji drugiej w rankingu złożonych w postępowaniu ofert. W niniejszej sprawie skarżona jest decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem Odwołujący, który złożył droższą ofertę ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w następstwie dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Ustawy.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, wynikających z dokumentacji postępowania, w szczególności: oferty PBI, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w tym Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU), a także wyjaśnień złożonych przez PBI na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę brutto 49.691.636,95 zł. (planowane koszty prac projektowych i robót budowlanych), w tym planowany koszt robót budowlanych – 37.835.050,77 zł. netto.

Wykonawcy w ofertach wyceniali oferty w formularzu stanowiącym załącznik nr 3.1 do siwz, zawierającym dwie pozycje: 1. *opracowanie dokumentacji projektowej wraz z kosztami pozyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID), wszelkich innych dokumentów formalno-prawnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego oraz sprawowanie nadzoru autorskiego w czasie realizacji inwestycji (nie więcej niż 3 % wartości poz. 2), oraz 2. wykonanie robót budowlanych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Wykonawcę robót.*

Wszystkie złożone w postępowaniu oferty zawierały ceny niższe od kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a dwie najtańsze złożyli: PBI - 24.780.000,00 zł brutto oraz Odwołujący - 26.629.500,00 zł. brutto.

Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 Ustawy, żądając w piśmie z dnia 13.6.2016 r. skierowanym do PBI złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawców, 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 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W ramach przedmiotowych wyjaśnień prosił w szczególności o:

- a) wyjaśnienie czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej pozyskanie niezbędnych uzgodnień i opinii oraz wynikających stąd kosztów.
- b) przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny ofertowej w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny z uwzględnieniem elementów w poniższej tabeli.

Zamawiający przygotował tabelę do uzupełnienia przez wykonawcę pozostawiając pustą kolumnę *wartość robót brutto* dla opisanych zakresem rzeczowym 27 pozycji. Zamawiający wskazał również na obowiązek dołączenie dowodów na poparcie wyjaśnień, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Ustawy.

PBI w wyjaśnieniach z dnia 20.6.2016 r. opisała ogólną sytuację i możliwości własnego potencjału, a także odniósł się do założeń koncepcyjnych i korekty niwelety (jej obniżenia) pozwalającej na ograniczenie ilości robót (nasypów, barier energochłonnych, przepustów). Wykonawca w oparciu o wizję lokalną w terenie dokonał korekty projektów obiektów mostowych i przepustów. Do wyjaśnień załączono między innymi koncepcję projektową – profil podłużny, opracowany przez biuro projektowe ARG projektowanie i Inwestowanie Sp. z o.o. (załącznik nr 3 do 13) oraz ofertę podwykonawcy Altum (załącznik nr 15).

Zamawiający w PFU (załącznik nr 1 do siwz) w pkt 1.3 wskazał, iż *w celu oszacowania i wyceny zakresu robót dla potrzeb sporządzenia oferty należy kierować się wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych, wynikami badań i pomiarów własnych, wynikami opracowań własnych, zapisami niniejszego Programu Funkcjonalno-użytkowego, treścią opracowań posiadanych przez Zamawiającego. Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje robót określone w programie funkcjonalno – użytkowym i przedmiocie zamówienia są orientacyjne i mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej w wyniku pozyskania decyzji, opinii i uzgodnień oraz zastosowanych rozwiązań projektowych. Szczegółowe rozwiązania wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko Wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe.*

W pkt V. 5. 1 i 5.2 siwz Zamawiający ustalił, iż *wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia będzie ryczałtowe. Cenę oferty brutto należy obliczyć na podstawie załącznika do siwz Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) wypełniając załącznik „Wyceniony Wykaz Elementów Rozliczeniowych” (WWER) – załącznik nr 3.1 siwz (dwie pozycje wraz z sumowaną wartością brutto).*

W odpowiedzi na pytanie nr 19 i 22 z dnia 22.04.2016 r. Zamawiający potwierdził możliwość zmiany konstrukcji wskazanych w dokumentacji przetargowej obiektów oraz ich długości (zmiany konstrukcji oraz długości i światła obiektów) pod warunkiem uzyskania niezbędnych

uzgodnień, opinii, decyzji (w tym zgodności z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach lub stosowną zmianą tej decyzji), po dostosowaniu do obowiązujących przepisów oraz uzyskaniu akceptacji Zamawiającego.

Zamawiający dołączył do siwz koncepcję, w której oznaczono ślad drogi – jej przebieg (nie może ulec zmianie).

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty kierowane wobec czynności Zamawiającego dotyczą naruszenia Ustawy w zakresie badania oferty PBI pod kątem zgodności z siwz oraz wykazania przez tego Wykonawcę, iż zaoferowana cena brutto za całość prac nie jest rażąco niska.

O niezgodności oferty z siwz świadczyć ma przedłożone wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – opracowanie biura projektowego niwelety, zakładające zmiany wobec założeń Zamawiającego opisanych w PFU. Odwołujący wskazał na trzy obszary bezpieczeństwa, które nie zostały zachowane, prowadząc tym samym do naruszenia przepisów powszechnie obowiązujących. Dotyczy to bezpieczeństwa w zakresie widoczności koniecznej dla zatrzymania pojazdu, prawidłowego odwadniania się drogi oraz ilości barier i złożył do akt sprawy jako dowód własną opinię techniczną sporządzoną przez jednego z pełnomocników Odwołującego. Kolejną podstawą do odrzucenia oferty ma być jej wariantowość, gdyż PBI przedstawiło własną koncepcję projektową, w której założono optymalizację części parametrów.

Zarzut związany z oceną wyjaśnień dotyczących wysokości ceny Odwołujący opierał zasadniczo na twierdzeniu o ich ogólnikowym charakterze, braku dowodów oraz zaniżeniu zakresu robót, w szczególności dotyczących robót ziemnych.

Odnosząc się do tak zakreślonej podstawy odwołania na wstępie należy poczynić ogólną uwagę odnoszącą się do specyfiki przedmiotu zamówienia i sposobu jego wyceny. Niniejsze postępowanie dotyczy zamówienia realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj, stąd dopiero wykonawca wybrany opracuje szczegółowy projekt wykonania prac, podlegający akceptacji i opiniowaniu przez podmioty zewnętrzne, w tym akceptacji Zamawiającego. Załączone do siwz materiały, w tym PFU zawierały wstępne, ogólne wytyczne dla wykonawców niezbędne do ustalenia zakresu projektu oraz robót budowlanych i ich wyceny. Zamawiający wskazał w pkt 1.3 PFU, iż *w celu oszacowania i wyceny zakresu robót dla potrzeb sporządzenia oferty należy kierować się wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych, wynikami badań i pomiarów własnych, wynikami opracowań własnych, zapisami niniejszego Programu Funkcjonalno-użytkowego, treścią opracowań posiadanych przez Zamawiającego. Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje robót*

określone w programie funkcjonalno – użytkowym i przedmiocie zamówienia są orientacyjne i mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej w wyniku pozyskania decyzji, opinii i uzgodnień oraz zastosowanych rozwiązań projektowych. Szczegółowe rozwiązania wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko Wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe. Powyższe miało istotne znaczenie dla oceny zasadności podnoszonych zarzutów, gdyż Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą opracowań, założeń, czy też koncepcji wykonania prac, a jedynie złożenia wypełnionego formularza WWER – wyceniony wykaz elementów rozliczeniowych - załącznik 3.1 do siwz. Co ważne, wykaz ten zawierał dwie pozycje związane z projektowaniem i wykonaniem robót budowlanych, składające się na wycenę oferty. Wykonawcy nie składali zatem kosztorysów szczegółowych, a cena oferty miała charakter ryczałtowy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż brak było podstawy do oceny dokumentu załączonego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – opracowania biura projektowego niwelety, jako elementu treści oferty podlegającej badaniu na zgodność z siwz. Należy bowiem podnieść, iż dokument został złożony w innym celu, jakim było wskazanie przyjętych do wyceny prac rozwiązań projektowych, pozwalającego na ograniczenie zakresu robót, w stosunku do opisanej w PFU koncepcji Zamawiającego. Miało to wyłącznie na celu wykazanie przed Zamawiającym realności ceny, możliwej do obniżenia przy zakładanej optymalizacji prac. Nie jest to projekt wykonawczy stanowiący przedmiot zamówienia, a jedynie koncepcja, która może być podstawą projektu pod warunkiem uzyskania akceptacji i koniecznych uzgodnień już na etapie realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby propozycja wykonawcy była wprost niezgodna z zapisami siwz (PFU), w której wprost Zamawiający wskazał na potrzebę opracowania przez wykonawców własnych opracowań projektowych, badań i pomiarów. Przedstawiona niweleta stanowiła właśnie tego rodzaju opracowanie, jakim wykonawca kierował się przy wycenie prac, zgodnie z pkt 1.3 PFU i nie była ofertą wariantową. Zamawiający przewidział bowiem w siwz (pkt 1.1. i 1.4.2 e PFU), iż rozwiązania przyjęte w koncepcji mogą ulec zmianie, co dotyczy między innymi niwelety drogi oraz obiektów mostowych. Zgodnie z siwz zmianie nie mógł ulec wyłącznie przebieg drogi.

Zasadniczo Odwołujący zarzuty opierał na własnej, subiektywnej ocenie koncepcji wykonawcy, stawiając niepopartą dowodami tezę o naruszeniu przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie bezpieczeństwa infrastruktury drogowej (widoczność, bariery bezpieczeństwa, odwonienie drogi). Odwołujący w zasadzie jako dowód przedstawił własną opinię techniczną oraz odsyłał do własnych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w celu wykazania realności dokonanej przez siebie wyceny przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do opinii technicznej Izba uznała, iż nie ma ona wartości dowodowej na okoliczność braku

możliwości uzyskania akceptacji dla koncepcji PBI. Takiej oceny nie mógł w sposób obiektywny na obecnym etapie dokonać wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a zgodnie z siwz została ona zastrzeżona dla podmiotów zewnętrznych uczestniczących w procesie uzyskania zezwoleń na budowę. Stąd wynikające z niej wyliczenia w zakresie zachowania bezpiecznej widoczności stanowiły oświadczenie własne tego wykonawcy, a nie dowód na poparcie stawianych tez. Izba uwzględniła przy tej ocenie również bezsporny ogólny charakter danych prezentowanych w siwz, które dopiero na etapie uzgodnienia projektu będą przedmiotem szczegółowych rozwiązań technicznych, poczynając od przyjętej konstrukcji nawierzchni, a kończąc na przyjętych dla danego terenu pochyleniu skarp korpusu drogowego. Powyższe prowadziło do potrzeby przyjęcia przez wykonawców wielkości szacunkowych, które mogą odbiegać od rzeczywistych, jakie wystąpią na etapie projektowania i wykonania prac.

Odnosząc się do oceny wyjaśnień i zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez PBI Izba uznała, iż wyjaśnienia oraz załączone do niego dowody potwierdzały realność zaoferowanej ceny brutto. Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził procedurę mającą na celu wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny, poczynając od wezwania, w którym sprecyzował jakich konkretnych informacji oczekuje od wykonawcy (tabela), kończąc na ocenie przedłożonych dokumentów. W oparciu o przedłożony materiał Zamawiający mógł ustalić, iż wykonawca kierował się własną koncepcją wykonania robót, zakładającą optymalizację zakresu robót, potwierdzoną dowodem w postaci opracowania biura projektowego. Przez dowody, o jakich mowa w art. 90 Ustawy nie należy rozumieć wyłącznie dowody w znaczeniu dowodu procesowego, ale każdy dokument potwierdzający okoliczności, na jakie powołuje się wykonawca. Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Sądów Okręgowych, iż przepis art. 90 ust. 3 Ustawy nie uprawnia zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, nie wynika z niego również jakakolwiek hierarchia dowodowa, ani ich moc dowodowa, natomiast wykonawca udzielając wyjaśnień może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany oceniając wyjaśnienia wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem (por. Sąd Okręgowy w Warszawie z 06.02.2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.10.2013 r., sygn. XXIII Ga 1388/13). Uwzględniając zatem charakter postępowania prowadzonego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, należy wskazać, iż nie jest jego celem żądanie złożenia przez wykonawcę dodatkowych dokumentów, nie wskazanych w treści ogłoszenia, ale uzyskanie wyjaśnień związanych z treścią oferty, tj. ceną, za jaką wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia. Oczywiście dowody złożone wraz z wyjaśnieniami pozwalają na ocenę oświadczeń wykonawcy, jako wiarygodnych, a tym samym mogą uchronić go przed negatywnymi skutkami uznania, czy to przez

zamawiającego, czy też pozostałych uczestników postępowania, wyjaśnień za niedostateczne. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Należy również zauważyć, iż na etapie postępowania odwoławczego, to dokumenty złożone zamawiającemu w toku postępowania mogą być podstawą do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, a nie dokumenty złożone przez wykonawcę dopiero przed Izbą. W świetle powyższego, brak załączenia dowodów do wyjaśnień, nie może stanowić samoistnej podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie zawsze możliwe jest złożenie dowodów potwierdzających oświadczenia wykonawcy, co nie może z góry oznaczać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazują na zaoferowanie ceny z rażąco niską ceną.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy Izba uznała, że wyjaśnienia PBI nie miały charakteru ogólnikowego już chociażby dlatego, że zawierały opis koncepcji własnej wykonawcy popartem dokumentem zewnętrznym, tj. opracowaniem biura projektowego, z którym wykonawca ten współpracuje przy tym zadaniu. Przedstawiona na rozprawie bardziej szczegółowa wycena pozycji z tabeli złożonej wcześniej Zamawiającemu nie wpływała na ocenę wyjaśnień, gdyż te złożone w toku postępowania wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniu do wskazania wartości pozycji elementów składających się na przedmiot zamówienia, której wcześniej od wykonawcy nie wymagano. Izba uznała złożony przez PBI na rozprawie materiał za stanowisko własne tego wykonawcy odpierające zarzuty formułowane w odwołaniu. Oceniając czynności Zamawiającego uwzględnione zostały te dokumenty, które mógł ocenić Zamawiający, tj. wyjaśnienia z dniaNależy zauważyć, iż tabela wycenionych elementów nie miała na celu poznanie szczegółowych założeń kosztorysowych, co nie było możliwe z tej przyczyny, że szczegółowe opracowania stanowić miały przedmiot świadczenia wykonawcy. Zamawiający oczekiwał wyłącznie ogólnego zestawienia kwot, gdyż w ofercie podawana była cena oferty brutto w rozbiciu na dwa zasadnicze elementy zamówienia, tj. prace projektowe i roboty budowlane. Zamawiający w wezwaniu nie wskazał, aby zestawienie miało obejmować szczegółowe wyliczenie zakresu robót, co nie byłoby miarodajne z uwagi na konieczność opracowania szczegółowych materiałów dopiero na etapie realizacji zamówienia. Argumentacja związana ze stałością ceny ryczałtowej w zasadzie nie miała większego znaczenia, gdyż cecha ta jest bezsporna dla wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy. Ewentualne zmiany zakresu robót konieczne do uwzględnienia na etapie wykonania prac, przy takim charakterze wynagrodzenia nie będą wpływać na zmianę wysokości ceny zadeklarowanej w ofercie, co również odnosiłoby się do wyceny prac przez Odwołującego.

Próba porównywania wartości danych pozycji pomiędzy ofertami prowadziła do błędnych wniosków Odwołującego, gdyż każdy z wykonawców w sposób przez siebie przyjęty wliczał koszty do różnych pozycji powiązanych rzeczowo (np. poz. 6 w ofercie Odwołującego wyceniona na 0 zł. a przez PBI na ponad 1 mln złotych). Z samego zestawienia pozycji nie można było zatem stwierdzić, że koszty nie zostały uwzględnione, a jedynie że każdy z wykonawców w różny sposób je rozkładał na poszczególne pozycje. Wykazało to w szczególności postępowanie rozpoznawcze przed Izbą, w którym Odwołujący pomijał fakt, iż w poz. 14 tabeli elementów rozliczeniowych PBI zawarto koszty odwodnienia drogi z wód opadowych (montaż studni, kanały, przykanaliki) skupiając całą swoją uwagę na pozycji 18, również obejmującej kanalizację deszczową (studzienki ściekowe) wywodząc z niej brak wyceny pozostałej infrastruktury kanalizacyjnej. Wybiórcza analiza zestawienia prowadziła zatem do błędnych wniosków o braku uwzględnienia rzeczywistych kosztów prac lub braku uwzględnienia części prac. Ponownie należy wskazać, iż nie mogło być skutecznym oparcie zarzutu na gołosłownym twierdzeniu, iż koncepcja PBI nie zostanie zaakceptowana. Odwołujący w zasadzie ograniczył się do podważania koncepcji wykonawcy, która może ulec zmianie i stanowiła wyłącznie informację wstępną co do możliwych innych rozwiązań, niż te wynikające z PFU, a dopuszczone do uwzględnienia przy wycenie prac.

Izba uznała, że Zamawiający w sposób rzetelny oceniał wyjaśnienia PBI, znajdujące poparcie w opracowaniu projektowym, jak również załączonej ofercie na wykonanie oświetlenia drogowego, które nie dawały podstawy do stwierdzenia, iż cena jest rażąco niska. Tym samym odwołanie w całości podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania i obciążyła nimi Odwołującego. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów według norm przepisanych, gdyż w postępowaniu odwoławczym przed Izbą stosowny wniosek wymaga przedłożenia przed zamknięciem rozprawy rachunku, o którym mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, a takiego pełnomocnik Zamawiającego nie złożył.

Przewodniczący: