

odmowa udostępnienia przedmiotowego dokumentu, na podstawie którego Zamawiający podjął najważniejszą decyzję o losach Odwołującego w postępowaniu, w istocie uniemożliwia odniesienie się Odwołującego do tego dokumentu i jego treści. Stanowi to rażące naruszenie zasad pisemności postępowania oraz przejrzystości postępowania.

Z ostrożności, nie mogąc się zapoznać przedmiotowym oświadczeniem i bazując jedynie na skąpej informacji o dacie złożenia i treści oświadczenia, Odwołujący odniósł się do przedstawionej informacji o wykluczeniu.

Odwołujący podniósł, że pomimo wskazania jako podstaw prawnych wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Zamawiający w uzasadnieniu w skupił się wyłącznie na skrótowym porównaniu przesłanek oceny podmiotowej opisanych tymi przepisami oraz wyjaśnieniu pojęcia wprowadzenia w błąd na kanwie zacytowanych też wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Jednak w odniesieniu do materii sprawy Zamawiający wskazał jedynie, że w postępowaniu wykonawca wskazał, że będzie dysponował Kierownikiem robót drogowych posiadającym określone doświadczenie, które w wyniku złożonego oświadczenia nie znajduje zastosowania. Ponadto Zamawiający wskazał, że ustalił stan rzeczywisty na podstawie rzekomego, przywoływanego oświadczenia pana D. Z.. Tym samym uznał oświadczenia Odwołującego za wprowadzające w błąd. Zamawiający uznał, że zaistniała sprzeczność między treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie d/a danego postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie podolał wykazaniu podstaw wykluczenia opisanych w przywołanych przez niego przepisach.

Po pierwsze Zamawiający nie wskazał, jaki ustalił stan faktyczny sprawy na podstawie dwóch oświadczeń: wykonawcy złożonego w postępowaniu i rzekomego oświadczenia pana D. Z., które nie jest załącznikiem do protokołu. Zamawiający nie wskazał, dlaczego dał wiarę bezkrytycznie oświadczeniu pana D. Z. oraz jaki stan uznał na podstawie tego oświadczenia i dlaczego oświadczenia złożone przez Odwołującego w postępowaniu miałyby być sprzeczne z tym – nie wiadomo jakim – stanem faktycznym. Stąd też nie wiadomo, na czym miałyby polegać usiłowanie wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Po drugie Zamawiający w ogóle nie odniósł się do stopnia ewentualnego zawinienia Odwołującego, czyli nie wskazał i nie uzasadnił, czy zawinienie Odwołującego miało polegać na zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie albo lekkomyślności czy niedbalstwie.

Odwołujący stwierdził, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności dysponowania przez Odwołującego osobą do funkcji kierownika robót z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem. Odwołujący w momencie składania oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz przedstawianiu wykazu osób kierowanych do wykonania zamówienia dysponował co najmniej dwiema osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego postawione kierownikowi robót drogowych w SIWZ. Pierwszą osobą spełniającą wymogi Zamawiającego jest pan Z. M., zatrudniony przez Odwołującego na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Drugą osobą jest pan D. Z., wymieniony w wykazie osób skierowanych do wykonania zamówienia. Odwołujący nie zatrudnia obecnie pana D. Z. i nie współpracował z nim wcześniej. Odwołujący będzie dysponował panem D. Z. na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej. Przed złożeniem oferty Odwołujący podjął działania w celu pozyskania pana D. Z. do realizacji przedmiotowej inwestycji i dokonał wstępnych uzgodnień. 8 października 2020 r. Odwołujący otrzymał, celem potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w SIWZ zaświadczenie o aktualnym członkostwie pana D. Z. w Mazowieckiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa oraz zapewnienie o możliwości złożenia oświadczenia przez pana D. Z. o jego doświadczeniu w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącej instytucją kultury, w razie zaistnienia takiej potrzeby. Odwołujący zamierza korzystać ze współpracy pana D. Z. przy realizacji tego zamówienia głównie z uwagi na fakt, że pan D. Z. realizował już roboty budowlane dla Zarządu Dróg Miejskich Miasta Stołecznego Warszawy i, z punktu widzenia Odwołującego, posiada cenne doświadczenie w realizacji robót budowlanych dla Zamawiającego. Niemniej, nawet bez ewentualnego udziału pana D. Z., Odwołujący posiada wymagany potencjał kadrowy spełniający wymogi Zamawiającego do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych w osobie pana Z. M.. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, prawdziwe jest oświadczenie Odwołującego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zatem twierdzenie Zamawiającego o wprowadzaniu go w błąd przez Odwołującego co do spełniania przez Odwołującego tego warunku udziału w postępowaniu nie może być uznane za zasadne. Podobnie rzecz się ma z wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający winien wykazać istnienie wszystkich przesłanek wykluczenia opisanych w tym przepisie na kanwie stanu faktycznego jego postępowania. Zamawiający wcale nie uzasadnił zastosowania podstawy prawnej do wykluczenia Odwołującego. W szczególności nie wskazał, na czym miałyby polegać ewentualnie wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz na czym polegać miałyby zawinienie Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wykluczył go z postępowania bez wezwania go do wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ewentualnie do wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, bez wiedzy o sytuacji podmiotowej Odwołującego w zakresie spełniania przedmiotowego warunku udziału, wykluczenie go z postępowania bez poznania jego stanowiska sprawie w sprawie było przedwczesne. Natomiast w świetle okoliczność, że Odwołujący dysponuje inną osobą spełniającą wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotowego warunku udziału, wykluczenie Odwołującego jest bezpodstawne.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że treść jego oferty zawiera oświadczenie na formularzu oferty i załączonym kosztorysie ofertowym. Zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym, jest związany postanowieniami SIWZ i wykona cały przedmiot zamówienia w zgodzie z wymogami SIWZ, w tym w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia. Wskazane w ofercie dostawcy, głównie drobne różnice w wymiarach tych elementów małej architektury (ławki, kosze na śmieci, stojaki rowerowe) w odniesieniu do opisanych w SIWZ, nie są istotne dla ich wyceny. Przedłożona oferta jest ofertą wstępną, pozyskaną w celu rozeznania rynku i wyceny dostaw. Oferta zostanie dopracowana w toku ustaleń, przed dokonaniem dostawy gotowych elementów. Przedmiotowe elementy małej architektury zostaną wykonane, dostarczone i zamontowane zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Ponadto Odwołujący podniósł, że dokonał wyceny wszystkich kosztów i pozycji kosztorysu, zgodnie z wymogami SIWZ. Nieistotne, nierzetujące na

cenę oferty w sposób oczywisty i wynikający tylko z techniki kosztorysowania i przyjętych w tym zakresie założeń nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do kwestii kosztów robót przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowania placu budowy, zaplecza placu budowy oraz wody i prądu Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z 8 października 2020 r. wskazał na uwzględnienie w wycenie powyższych kosztów i sposobu ich ograniczenia. Koszty te są relatywnie nieduże, natomiast Zamawiający nie powinien oczekiwać, skoro nie przewidział w kosztorysie ślepych, którego wykonawcy nie mogli modyfikować, aby przewidział inne koszty wg jego nieopisanych wymagań.

W odniesieniu do braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym usług opcjonalnych z oferty PEBEK podwykonawcy i producenta płyt (zakupu lub wypożyczenia pomp olejowych, wycinania otworów w płytach) Odwołujący podniósł, że dysponuje odpowiednim sprzętem i uwzględnił koszt tych czynności w pozycji dotyczące układania płyt. Odwołujący nie zamierza korzystać z opcji (wycinanie otworów) oferty dostawy płyt, zatem nie ma potrzeby przewidywania tego dodatkowego kosztu zewnętrznego. Oferta podwykonawcy w zakresie płyt została przygotowana na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i zawiera w sobie koszt przygotowania płyt wraz z wymaganym zbrojeniem. Wymagane przez Zamawiającego prefabrykowane płyty betonowe nie są wyrobem dostępnym powszechnie na rynku, ale wyrobem dedykowanym, stąd dokumentacja warsztatowa produkcji płyt będzie tworzona w trakcie i stanowi koszt w kalkulowany w ofertę dostawy płyt. Ponadto Zamawiający nie przewidział oddzielnej pozycji kosztorysowej do wyceny dokumentacji warsztatowej produkcji płyt.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty w ogóle nie odniósł w jakikolwiek sposób opisanego skrótowo stanu faktycznego do któregokolwiek z deliktów opisanych w Rozdziale II ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub przynajmniej do hipotezy art. 3 ust. 1 tej ustawy. Biorąc pod uwagę okoliczność, że system prawa w Polsce jest systemem prawa stanowionego, to dla postawienia Odwołującemu skutecznie zarzutu, że jego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający był obowiązany przywołać podstawę prawną istotnego tu aktu legislacyjnego, definiującego pojęcie i czyny nieuczciwej konkurencji, a nie tylko oprzeć się na jakimś intuicyjnym rozumieniu pojęcia czyny nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższy brak uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, nie można się odnieść do podstawy i zasadności odrzucenia oferty Odwołującego. Brak subsumcji stanu faktycznego, polegającego na złożeniu oferty przez Odwołującego w przetargu, do określonej normy prawnej opisanej konkretnym przepisem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niweczy zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Z ostrożnością Odwołujący podniósł, że Zamawiający w tym przetargu oceniał tylko jedną cenę oferty, nie oceniał odrębnie dwóch lub większej liczby zaofferowanych cen, co otwierałoby ewentualną możliwość wykonawcom do *ustalania odrębnie ocenianych cen w oderwaniu od kosztów wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne możliwości otrzymać najwyższą punktację*. Roboty budowlane, będące przedmiotem zamówienia, zostały szczegółowo opisane w projekcie budowlanym i kosztorysie, zatem stanowią opisany i określony jakościowo i ilościowo zbiór działań, stąd wykonawca robót budowlanych nie ma możliwości *manipulowania proporcjami poszczególnych usług*, jak to się może dziać w niektórych rodzajach zamówień o niemożliwym do ustalenia z góry zakresie ilościowym i jakościowym.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że przy otwarciu ofert zamawiający podał, że przeznaczył na wykonanie zamówienia kwotę 16.215.580,10 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 16.355.221,73 zł. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę 12.766.022,44 zł. Zatem oferta Odwołującego jest niższa od kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia ujawnionej przy otwarciu ofert o 21,27% i o 21,5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący w dniu 16 września 2020 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył 18 września 2020 r. wyjaśnienia z wnioskiem o przedłużenie terminu, wyznaczony dwudniowy termin na złożenie wyczerpujących wyjaśnień był bowiem niewystarczający. Zamawiający zgodził się na przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Odwołujący w dniu 23 września 2020 r. złożył rozszerzone wyjaśnienia w sprawie kalkulacji ceny.

Odnosząc się do oceny wyjaśnień Odwołujący podniósł, że wystąpienie określonych okoliczności umożliwiających danemu wykonawcy obniżenie oferowanej przez niego ceny nie jest konieczne do uznania, iż cena zaofferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Żadne szczególne okoliczności mogą nie występować w odniesieniu do danego wykonawcy, jeżeli jednak cena jego oferty pokrywa wszystkie koszty z tytułu realizacji danego zamówienia i pozwala wykonawcy na uzyskanie choćby minimalnego zysku, to wyklucza to uznanie ceny za rażąco.

Odwołujący wskazał, że zakładany zysk netto z realizacji przedmiotowego zamówienia wyniesie 2.076.277,97 zł. Odwołujący wykazał Zamawiającemu powyższą okoliczność w wyjaśnieniach z 23 września 2020 r. Zamawiający nie podważał i nie kwestionował powyższego. Przedstawione przez Odwołującego stanowisko w odpowiedzi na dwa wezwania Zamawiającego zawiera łącznie około dwustu stron wyjaśnień, szczegółowych kalkulacji, dowodów w postaci ofert podwykonawców usług, robót budowlanych oraz dostawców materiałów budowlanych.

Odwołujący podniósł, że posiada dwie oferty na wykonanie robót z zakresu zieleni firm Sorted i Palmet. W kluczowej pozycji nr 3 dot. sadzenia 22 drzew różnica między ofertami wynosi 26.000,00 zł za sztukę, stąd na samej pozycji nr 3, zlecając różne zakresy robót tym podwykonawcom, Odwołujący ma możliwość ograniczenia różnicy między zaplanowanym kosztem kosztorysowym, a więc i ograniczeni straty, o 572.000,00 zł. Ponadto Odwołujący podnosił w wyjaśnieniach, że nie ma obowiązku zlecania robót całej branży zielonej i małej architektury jednemu podwykonawcy. Stąd ewentualna strata na branży zielonej, o ile wystąpi w ogóle, będzie istotnie niższa i nie przekroczy szacunkowo kwoty 150.000,00 zł, co stanowi niewiele ponad 1,1% ceny całego zamówienia. Takie ryzyko jest w kalkulowane w cenę zamówienia i nie może świadczyć o niedoszacowaniu ceny ofertowej Odwołującego.

W odniesieniu do kwestii robót branży elektroenergetycznej Odwołujący podtrzymał złożone wyjaśnienia i wskazał, że zamierza zlecić wszystkie roboty w tej branży jednemu wyspecjalizowanemu podwykonawcy, co ma wpływ na jakość i koszt robót. W chwili obecnej, przed przystąpieniem do rokowań w sprawie ceny z podwykonawcą, na etapie ofertowania, ewentualna strata na tej branży wynosi 3.502,46 zł i nie może być traktowana jako istotna, w szczególności

w skali zaplanowanego zysku, uzyskiwanego w szczególności w branży drogowej i sieci, z których Odwołujący zakłada zysk blisko trzech milionów złotych.

Zdaniem Odwołującego podniesione przez Zamawiającego straty około 20 tys. zł na wybudowaniu dwóch konstrukcji RN1 (nawierzchnia ulicy Widok) oraz konstrukcji RN2 (wzmocnienie nawierzchni na długości przystanku autobusowego w ulicy Kruczej) oraz w pozycjach 243 i 245 dotyczących zakupu i montażu płyt stropowych jest zupełnie nieistotny, ponieważ kosztorys b219tzm20ar branży drogowej, którego ww. konstrukcje i pozycje są elementami, opiewa łącznie na kwotę 7.298.859,69 zł, z którego zysk netto wyniesie ponad 2,5 miliona złotych przy uwzględnieniu strat na ww. elementach i pozycjach.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie prawidłowości wyceny opraw posadzkowych do iluminacji drzew przedstawił dowód w postaci oferty podwykonawcy PW SOMAD B. D. . Wycena tej pozycji w kosztorysie Odwołującego wprost przeniesiona jest z kosztorysu podwykonawcy. Zupełnie niejasne jest, na jakiej podstawie Zamawiający kwestionuje wartość dowodową oferty tego podwykonawcy w zakresie tej jednej pozycji. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku ofert podwykonawców różnych branż na pojedyncze elementy czy pozycje ich ofert: montaż i stawianie słupa oświetleniowego, systemowe studzienki kanalizacyjne, odwodnienia liniowe, projekt wykonania czasowej organizacji ruchu. Zamawiający, nie wiedząc czemu, przykłada kategorię rażąco niskiej ceny do dowodów przedstawionych przez Odwołującego w postaci ofert podwykonawców, co w świetle regulacji ustawy Pzp nie może mieć miejsca. Odwołujący podniósł, że przygotowując kosztorys inwestorski Zamawiający siłą rzeczy brał pod uwagę elementy, systemy materiałowe lub pewne koncepcje rozwiązań organizacji robót budowlanych (w zakresie organizacji ruchu). Natomiast podwykonawcy w wielu wypadkach wycenili elementy lub systemy materiałowe, spełniające wymogi SIWZ, pochodzące od innych wykonawców lub wzięli pod uwagę koncepcje inne rozwiązań organizacji ruchu. Odwołujący zaznaczył, że w toku postępowania, w wyniku zmiany opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający usunął istotną pozycję dotyczącą przebudowy sygnalizacji świetlnej, co istotnie obniża wymogi przedmiotowe i kosztowe w zakresie czasowej organizacji ruchu.

Odnosząc się do wyceny organizacji ruchu Odwołujący podtrzymał wyjaśnienia z 8 października 2020 r., które Zamawiający zdaje się pomijać. Podniósł, że nieuprawnione jest deprecjonowanie wartości dowodowej samych wyjaśnień Odwołującego oraz przedstawionych dowodów przy ocenie rażąco niskiej ceny, skoro są one konkretne i merytoryczne, a przepisy ustawy Pzp wymieniają je podstawę oceny rażąco niskiej ceny. Podstawą oceny powinny być w tym przypadku informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ignoruje złożone wyjaśnienia. Formalne odrzucenie oferty Odwołującego, bez merytorycznej analizy wyjaśnień i bez wskazania, jaki zakres tych wyjaśnień w ocenie Odwołującego pozostaje niewiarygodny lub nie został udowodniony bądź wymagałby dodatkowych dowodów, jest zupełnie nieuprawnione. Niezrozumiałe i naganne jest bezpodstawne kwestionowanie przez Zamawiającego wartości dowodowej ofert potencjalnych podwykonawców, nie wiadomo bowiem jak wykonawca inaczej wykonawca miałby wykazać realność zaoferowanych cen, jeśli Zamawiający a priori nie uznaje takich dowodów. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia w zakresie rażąco niskiej ceny, nie tylko w oderwaniu od treści merytorycznej złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przez bezpodstawne nieuznawanie przedstawionych dowodów. Na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający dysponował rzeczowymi wyjaśnieniami Odwołującego oraz licznymi dowodami w stopniu wystarczającym dla oceny, że złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć zastosowanie wyłącznie w postępowaniach wieloetapowych, w których na wcześniejszym etapie dokonuje się kwalifikacji podmiotowej wykonawców a następnie zaprasza do składania ofert. Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w którym kwalifikacji podmiotowej wykonawców dokonuje się po złożeniu przez nich ofert. Zatem zastosowanie jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest zupełnie chybione.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i 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.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców Strabag Sp. z o.o. oraz Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp. k., którzy w ustawowym terminie zgłosili przystąpienie do postępowania i wykazali interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego.

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 7.2.2.2 SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca ma do dyspozycji osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1202, z późn. zm.), zgodnie z poniższym wykazem:

Lp. Stanowisko – Wymagana liczba osób – Okres posiadania wymaganych uprawnień (w latach) – Doświadczenie zawodowe (okres pełnienia funkcji kierownika albo zastępcy kierownika albo inspektora nadzoru podobnych robót w przypadku robót budowlanych) – podstawa dysponowania.

1. Kierownik robót drogowych z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń, który przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury – 1 osoba – 5 lat – 5 lat – podstawa dysponowania.

Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego Wykaz osób, w którym jako osobę mającą pełnić funkcję kierownika robót drogowych z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń wskazał pana D. Z., jako podstawę dysponowania tą osobą podając umowę zlecenie. Odwołujący załączył dokumenty dotyczące kwalifikacji zawodowych tej osoby (stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie oraz zaświadczenie o członkostwie w Mazowieckiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa).

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający podał:

(...) w dniu 15 października 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło oświadczenia złożone przez D. Z., który oświadczył, że nie podejmował z Wykonawcą współpracy oraz nie będzie kierował robotami drogowymi przy przedmiotowej inwestycji. Informacja ta jest kluczowa dla Zamawiającego, bowiem osoba ta była wymieniona w wykazie kluczowego personelu Wykonawcy. Doświadczenie kierownika robót drogowych było jednym z warunków udziału w postępowaniu, w ofercie Wykonawca oświadczył, że funkcję Kierownika robót drogowych będzie pełnił D. Z. W wyniku analizy treści oświadczenia, Zamawiający uznał, że przedstawienie oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym, które miało na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny przedmiotowego oświadczenia w kontekście złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz całości treści oferty i uznał, że doszło do spełnienia przesłanek, o których mowa w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (...).

W postępowaniu Wykonawca wskazał, że będzie dysponował Kierownikiem robót drogowych posiadającym określone doświadczenie, które w wyniku złożonego oświadczenia nie znajduje zastosowania. (...) Podkreślić należy, że zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

pkt 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywnie i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

pkt 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Zastosowanie powyższych przepisów wymaga ustalenia:

- 1) że wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, tj. informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wywołujące lub mogące wywołać błędne przekonanie co do istniejącego stanu rzeczy,
- 2) że informacje te dotyczą okoliczności istotnych dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym wpływających na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu lub podlegania wykluczeniu,
- 3) że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił dowody, że przedstawione przez Odwołującego informacje w zakresie spełniania warunku dotyczącego dysponowania kierownikiem robót drogowych są niezgodne z prawdą. Zamawiający dysponuje oświadczeniem pana D. Z. z 15 października 2020 r., zgodnie z którym nie podejmował on z Odwołującym współpracy oraz nie będzie kierował robotami drogowymi przy przedmiotowej inwestycji. Ponadto Zamawiający przedstawił dodatkowe oświadczenie ww. osoby (z 20 października 2020 r.), w którym na zadanie przez Zamawiającego pytania pan D. Z. oświadczył, że przedstawiciele Odwołującego nie kontaktowali się z nim w sprawie jego udziału w realizacji niniejszego zamówienia oraz że nie istnieje jakakolwiek podstawa, umożliwiająca posłużenie się jego osobą przez Odwołującego w wykazywaniu swojego potencjału. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych, ograniczając się do gołosłownego podważenia autentyczności ww. oświadczeń pana D. Z. .

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że strony postępowania odwoławczego zobowiązane są przedstawiać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). W rozpoznawanej sprawie dowody na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawił wyłącznie Zamawiający, Odwołujący natomiast, na którym ciążył obowiązek wykazania, że przedstawione przez niego informacje są zgodne ze stanem faktycznym, nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej. Zakwestionowanie autentyczności dowodów przedstawionych przez Zamawiającego, bez przedstawienia własnych dowodów, w żadnej mierze nie może być uznane za wystarczające. Co więcej, jeśli Odwołujący twierdzi, że oświadczenia, którymi dysponuje Zamawiający są nieprawdziwe, to niezrozumiałe jest, dlaczego nie przedstawił żadnych oświadczeń pana D. Z., które potwierdzałyby twierdzenia Odwołującego. Odwołujący nie wnioskował też o przeprowadzenie przez Izbę żadnych innych dowodów w tym zakresie (w tym dowodów z przesłuchania świadka).

W związku z powyższym Izba uznała za wykazane przez Zamawiającego, że przedstawiony przez Odwołującego wykaz osób zawierał nieprawdziwe informacje, wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2.2 SIWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu wykluczenia, jaki stan

faktyczny sprawy ustalił. Zamawiający podał w uzasadnieniu, jakie okoliczności i na jakiej podstawie zostały przez niego ustalone.

Nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż w momencie składania oświadczeń o spełnieniu warunków w postępowaniu oraz przedstawianiu wykazu osób dysponował co najmniej dwiema osobami spełniającymi wymagania, w tym panem Z. M., zatrudnionym przez Odwołującego na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Odnosząc się do tych twierdzeń wskazać należy, że ocenie pod kątem prawdziwości podlegają informacje przedstawione przez wykonawcę Zamawiającemu. Odwołujący wskazał tylko na dysponowanie panem D. Z., w sytuacji gdy ta informacja okazuje się niezgodna ze stanem faktycznym, wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania (pod warunkiem możliwości przypisania mu zawinienia), a Zamawiający nie ma obowiązku dociekać, czy są w dyspozycji wykonawcy inne osoby, które spełniają wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu.

Z tych samych przyczyn za bezprzedmiotowe należy uznać wywody Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a dotyczące kwestionowania kwalifikacji osoby, której Odwołujący nie przedstawił w wykazie osób. Kwalifikacje tej osoby nie podlegały ocenie w postępowaniu i nie wpływają na ocenę, czy Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący natomiast zasadnie podniósł, że w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający pominął kwestię zawinienia, nie określając i nie uzasadniając stopnia winy Odwołującego w przedstawieniu nieprawdziwych informacji. Ponieważ zawinienie wykonawcy wpływa i na samą możliwość zastosowania, i na wybór właściwej podstawy wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp), Zamawiający miał obowiązek wskazać, jaki rodzaj winy przypisuje wykonawcy i na czym tę ocenę opiera. Pominięcie tej kwestii przez Zamawiającego było nieprawidłowe.

Brak ustaleń Zamawiającego w tym zakresie może być wynikiem zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Pozyskanie takich wyjaśnień byłoby zasadne, mogłoby bowiem umożliwić Zamawiającemu dokonanie ustaleń w kwestii zawinienia wykonawcy.

Podsumowując, Zamawiający ustalił i wykazał, że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zaniechał jednak ustaleń w zakresie zawinienia wykonawcy. Jakkolwiek ustalony stan faktyczny, czyli jednoznaczne oświadczenia pana D. Z. i brak jakichkolwiek dowodów przeciwnych ze strony Odwołującego, pozwala zakładać, że zawinienie wykonawcy miało charakter co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, to zaniechanie przez Zamawiającego przedstawienia jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie należy uznać za nieprawidłowe. W świetle bowiem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był wyczerpująco wskazać wszystkie okoliczności faktyczne i prawne istotne dla czynności wykluczenia. Kwestia zawinienia jest bez wątpienia jedną z takich okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazać należy, że przepis ten nie ma zastosowania w przypadku podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zamawiający powinien więc wyczerpująco ustalić, czy zaistniały wszystkie przesłanki wykluczenia na podstawie ww. przepisów. Według stanu faktycznego ustalonego przez Izbę zabrakło ustaleń Zamawiającego w kwestii zawinienia wykonawcy. W tej sytuacji ocena dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłaby przedwczesna.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu oświadczenia pana D. Z. wskazać należy, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp *załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W rozpoznawanej sprawie nie nastąpił jeszcze wybór oferty najkorzystniejszej, który warunkuje obowiązek udostępnienia załączników do protokołu. Niezależnie od tego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia przedstawił informacje wynikające z tego oświadczenia, Odwołujący miał więc wiedzę niezbędną do podjęcia próby jego zakwestionowania, czego – jak wskazano powyżej – nie uczynił.*

Podsumowując powyższe ustalenia należy stwierdzić, że mimo wystąpienia w czynności Zamawiającego nieprawidłowości polegających na pominięciu w uzasadnieniu wykluczenia kwestii zawinienia Odwołującego, odwołanie podlegało oddaleniu, oferta Odwołującego podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, zatem błędy Zamawiającego odnoszące się do wykluczenia Odwołującego z postępowania nie mają wpływu na jego wynik.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp

Izba ustaliła, że w odniesieniu do niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ oraz czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, obok przywołania też z orzecznictwa Izby, wskazał na następujące okoliczności faktyczne:

Zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy, mają zostać rozliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego w oparciu o stałe ceny ofertowe. W związku z tym nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Wykonawca w przedstawionej przez siebie ofercie zakłada tak duże różnice w rentowności pomiędzy poszczególnymi pozycjami rozliczenia końcowego. Takimi skrajnymi przykładami są tutaj nie tylko opisane wcześniej pozycje kosztorysu zieleni przynoszące kilkusetprocentowe straty, ale także pozycje z nieuzasadnioną (na tle całości oferty) ogromną rentownością, jak chociażby ponad 16-krotny zysk wykazany przez Wykonawcę w pozycji nr 66 (betonowe studzienki uliczne) przedmiaru robót branży sanitarnej nr b218tzm20js. Taki stan rzeczy prowadzi do sytuacji, w której w interesie Wykonawcy byłoby zwiększanie wielkości pozycji rozliczenia końcowego najbardziej dla niego rentownych oraz niedopuszczanie do zwiększania przez Zamawiającego wartości pozycji, które generują dla niego największe straty. Za niedopuszczalne (biorąc pod uwagę zapisy SIWZ) trzeba uznać przenoszenie kosztów koniecznych do wykonania dla określonego rodzaju robót do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót. W postępowaniu nie zastosowano bowiem zasady dopuszczalnej przy wynagrodzeniu kosztorysowym, że skutkiem niewycenienia pewnych pozycji (lub elementów takiej pozycji) ujętych w przedmiarze będzie uznanie, że wyceniono je w ramach innych pozycji. Przyjęty w postępowaniu sposób rozliczania zadania określony jako wynagrodzenie kosztorysowe determinował sposób wyceny i zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Cena poszczególnych jednostek przedmiarowych miała istotne znaczenie dla przedmiotowego zamówienia na etapie jego realizacji, zatem określenie przez Wykonawcę ceny jednostkowej danego asortymentu robót zgodnie z zapisami

zawartymi w SIWZ było warunkiem koniecznym do stwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ. Jeżeli wykonawca nie zastosował się do postanowień SIWZ i nie uwzględnił jej brzmienia w kosztorysie ofertowym składanym z ofertą, uznać należało, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ

(...) Zamawiający stwierdził, że:

- a) ławka o nieprawidłowych wymiarach (828 mm zamiast 820 mm wysokości) i kształcie, kosz na śmieci o nieprawidłowych wymiarach (785 mm zamiast 820 mm wysokości) i materiale (drewno zamiast metalu), stojak rowerowy o nieprawidłowych wymiarach (100x800x798 mm zamiast 90x900x800 mm) przedstawione w ofercie firmy Inoplex w załączniku nr 7 do pisma Wykonawcy z dnia 18 września 2020 roku;
- b) stojak rowerowy o nieprawidłowych wymiarach (80x750x750 mm zamiast 90x900x800 mm) przedstawione w ofercie firmy Investim S.A. w załączniku nr 1 do pisma Wykonawcy z dnia 8 października 2020 roku;
- c) dwie ławki o nieprawidłowych wymiarach (kolejno 770 mm oraz 850 mm wobec wymaganych 820 mm wysokości) i kształcie, dwa kosze na śmieci o nieprawidłowych wymiarach (średnica kolejno 45 cm i 43 cm wobec wymaganych 37 cm) i materiale (drewno zamiast metalu), stojak rowerowy o nieprawidłowych wymiarach (80x750x750 mm zamiast 90x900x800 mm) i kształcie (brak wymaganych zaokrągleń) przedstawione w ofercie firmy Baster w załączniku nr 2 do pisma Wykonawcy z dnia 8 października 2020 roku;

- nie spełniają wymagań zawartych w OPZ, w szczególności uwzględniając, że mogły zostać wycenione przez Wykonawcę w toku postępowania. Na potrzeby postępowania dowodowego w zakresie rażąco niskiej ceny Wykonawca przedstawił szereg dokumentów wskazujących wyceny poszczególnych obiektów małej architektury, które nie spełniały wymagań lub w żaden sposób nie odnosiły się do przedmiotu zamówienia, w tym sposobu wyliczenia ceny ofertowej. Wykonawca dokonując wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonuje także szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej, w związku z czym wykazane przez Wykonawcę dowody w tym zakresie stanowią dodatkowe argumenty wskazujące, że Wykonawca nie zachował należytej staranności w zakresie obliczenia kosztów i wycen pozycji kosztorysowych sumujących się na cenę ofertową.

Dodatkowe elementy dotyczące niezgodności z SIWZ, Zamawiający dopatrywał się w szczegółowych kosztorysach ofertowych przedstawionych przez Wykonawcę, a stojących w sprzeczności z rozdziałem 12 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, i tak:

- a) Wykonawca nie uwzględnił w swojej kalkulacji kosztów robót przygotowawczych, robót porządkowych, zagospodarowania placu budowy, wykonania, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy oraz poboru prądu i wody, które to koszty Wykonawca powinien pokryć w ramach wynagrodzenia na podstawie § 3 ust. 2 wzoru umowy. Nie można zgodzić się z tezą Wykonawcy, że uwzględnił takie koszty w poszczególnych pozycjach, jako że w części 2 wyjaśnień z dnia 23 września „analiza kosztów” Wykonawca wprost wskazuje, że wziął pod uwagę jedynie koszty pracy ludzi, koszt sprzętu i koszt materiału. Pozycja „Koszty dodatkowe w postaci ZUS, środków ochrony osobistej oraz inne koszty pracodawcy” jest natomiast w ocenie Zamawiającego zbyt ogólna.
- b) Nieprawidłowości w zakresie obliczenia ceny wykazuje także kosztorys szczegółowy dotycząca jednej z najważniejszych części zamówienia branży drogowej, a mianowicie oferta podwykonawcy wykonania nawierzchni Placu z prefabrykowanymi płytami betonowymi (pozycje 30-54 kosztorysu nr b219tzm20ar). Po zapoznaniu się z kosztorysem ofertowym oraz wyjaśnieniami Wykonawcy, w tym w szczególności z ofertą podwykonawcy firmy PEBEK (załącznik nr 18 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r.) nasuwają się następujące błędy w zakresie obliczenia ceny:
 - i. braku uwzględnienia przez Wykonawcę kosztów zakupu lub wypożyczenia olejowych pomp próżniowych niezbędnych przy transporcie i montażu płyt, których brak jest w przedstawionej przez Wykonawcę ewidencji środków trwałych (pomimo twierdzenia Wykonawcy, że posiada niezbędny sprzęt),
 - ii. braku uwzględnienia przez Wykonawcę dodatkowej opłaty 15% wskazanej w ofercie podwykonawcy związanej z wycinaniem otworów w płytach lub brak wykazania tych kosztów w przedstawionych szczegółowych obliczeniach kosztów własnych pracy ludzi i sprzętu,
 - iii. braku wzmianki w ofercie podwykonawcy o zbrojeniu płyt betonowych,
 - iv. braku wzmianki w ofercie Wykonawcy na temat uwzględnienia kosztów związanych z zapisami punktu nr 54 Opisu Przedmiotu Zamówienia dotyczących opracowania i przekazania Zamawiającemu dokumentacji warsztatowej produkcji płyt.

(...) Zamawiający stwierdził niezgodność postępowania Wykonawcy z formą rozliczenia wynikającą z umowy i uznał to za niezgodność z SIWZ oraz działaniami mającymi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. (...)

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Zamawiający może powziąć informacje o niezgodności oferty z treścią SIWZ z wyjaśnień dotyczących ceny, w których wykonawca przedstawia swoje założenia co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Nie jest więc błędem Zamawiającego dokonanie oceny oferty pod kątem zgodności z SIWZ z uwzględnieniem informacji podanych w wyjaśnieniach i załączonych do nich dowodach, w tym ofertach podwykonawców. Ogólne oświadczenie wykonawcy o zapoznaniu się z SIWZ i akceptacji wymagań nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że oferta jest niezgodna z SIWZ, jeśli szczegółowe informacje przedstawione przez wykonawcę świadczą o istnieniu takiej niezgodności. Nie można więc podzielić stanowiska Odwołującego, że oświadczenie o wykonaniu całego przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ powoduje, że informacje przedstawione z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny nie powinny być brane przez Zamawiającego pod uwagę.

W odniesieniu do stwierdzonej przez Zamawiającego okoliczności znacznych różnic w rentowności pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu, świadczących o przenoszeniu kosztów koniecznych do wykonania dla

określonego rodzaju robót do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót, Odwołujący wskazał w odwołaniu jedynie, że dokonał wyceny wszystkich kosztów i pozycji kosztorysu, zgodnie z wymogami SIWZ, a nieistotne, wynikający z techniki kosztorysowania i przyjętych w tym zakresie założeń różnice, nie może stanowić o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego szerszego wywodu, a przywołane wyżej ogólnikowe twierdzenia nie mogą być uznane za podważające prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny.

Nie ma wątpliwości, że w świetle postanowień SIWZ określających sposób obliczenia ceny oraz sposób rozliczenia robót, odbiegająca od faktycznych kosztów wycena poszczególnych robót, polegająca na znacznym niedoszacowaniu jednych robót i znacznym przeszacowaniu innych, jest niezgodna z SIWZ. Jak wskazał Zamawiający, przykładem takiej wyceny w ofercie Odwołującego jest wielokrotnie zaniżona wycena pozycji kosztorysowych w zakresie branży zielenie oraz wielokrotnie zawyżona wycena poz. 66 w kosztorysie branży sanitarnej.

W odniesieniu do różnic w wymiarach elementów małej architektury Odwołujący nie zakwestionował wskazanych przez Zamawiającego różnic między wymaganiami SIWZ a informacjami wynikającymi z ofert załączonych do wyjaśnień dotyczących ceny, stan faktyczny w tym zakresie należy więc uznać za niesporny. Istotą sporu była natomiast ocena tych różnic pod kątem zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że *wskazane w ofercie dostawcy, głównie drobne różnice w wymiarach tych elementów małej architektury (ławki, kosze na śmieci, stojaki rowerowe) w odniesieniu do opisanych w SIWZ, nie są istotne dla ich wyceny, nie odniósł się jednak do kwestii istotności tych różnic z punktu widzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego. Nawet gdyby stwierdzone różnice można było uznać za niewpływające istotnie na wycenę, nie jest to tożsame z ich nieistotnością pod względem merytorycznym. Nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby o braku podstaw do odrzucenia oferty świadczyło to, że *przedłożona oferta jest ofertą wstępną, pozyskaną w celu rozeznania rynku i wyceny dostaw. Oferta zostanie dopracowana w toku ustaleń, przed dokonaniem dostawy gotowych elementów*. Skoro wykonawca przedstawił taką ofertę jako podstawę dokonanej wyceny, to Zamawiający był uprawniony do wniosku, że wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia w sposób w tej ofercie określony.*

W kwestii uwzględnienia w cenie kosztów robót przygotowawczych, robót porządkowych, zagospodarowania placu budowy, wykonania, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy oraz poboru prądu i wody, Odwołujący podniósł jedynie, że wyjaśnieniach z 8 października 2020 r. wskazał na uwzględnienie tych kosztów w wycenie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał uwzględnienia tych kosztów w cenie oferty, wbrew bowiem deklaracjom przedstawionym w wyjaśnieniach z 8 października 2020 r., w analizie kosztów załączonej do wyjaśnień z 23 września 2020 r. koszty te nie zostały wyszczególnione. O ile co do kosztów zaplecza budowy wykonawca wyjaśnił, że nie przewiduje takiego zaplecza poza placem budowy, w związku z czym nie poniesie kosztów wynajmu, to co do pozostałych z ww. kosztów, które niewątpliwie będzie musiał ponieść, nie wykazano ich uwzględnienia w cenie.

Odnosząc się do braku uwzględnienia kosztów zakupu lub wypożyczenia olejowych pomp próżniowych niezbędnych przy transporcie i montażu płyt, Zamawiający wskazał, że mimo twierdzeń wykonawcy, że posiada ww. sprzęt, nie został on uwzględniony w przedstawionej ewidencji środków trwałych. Odwołujący natomiast ograniczył się w odwołaniu do ogólnego zanegowania stanowiska Zamawiającego i głośłownej deklaracji, że dysponuje odpowiednim sprzętem i uwzględnił koszt tych czynności w pozycji dotyczącej układania płyt.

Powyższe okoliczności świadczą w ocenie Izby o nieprawidłowościach w ofercie Odwołującego, uzasadniających jej odrzucenie (przy czym brak kosztów robót przygotowawczych, robót porządkowych, zagospodarowania placu budowy, czy poboru prądu i wody oraz brak uwzględnienia kosztów zakupu lub wypożyczenia olejowych pomp próżniowych świadczą raczej o nieprawidłowej kalkulacji ceny ofert niż o niezgodności oferty z treścią SIWZ).

W odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego niezgodności, polegających na braku uwzględnienia dodatkowej opłaty 15% związanej z wycinaniem otworów w płytach, braku wzmianki w ofercie podwykonawcy o zbrojeniu płyt betonowych oraz o kosztach dotyczących opracowania dokumentacji warsztatowej produkcji płyt, Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach z 8 października 2020 r. Odwołujący wyjaśnił te kwestie w następujący sposób:

–Wykonawca nie uwzględnił w kosztach dodatkowych 15% za wycinanie otworów, ponieważ przedstawiona przez PEBEK oferta nie przeszła jeszcze procesu negocjacji, a tym samym Spółka jest pewna, że wynegocjuje satysfakcjonujące ceny ponieważ panuje bardzo duże zainteresowanie tematem, a w szczególności płytami z betonu architektonicznego i nad otrzymuje oferty na dany materiał. Poza tym, wycinanie otworów w płytach jest w ofercie opcją dodatkową. Spółka nie jest zobligowana do skorzystania z tejże usługi, ponieważ posiada odpowiednich pracowników oraz sprzęt do wykonania tego zadania, a koszty, które generowałyby powyższe prace są uwzględnione w pozycjach za montaż płyt.

–Firma PEBEK przedstawiła swoją ofertę w oparciu i po analizie wszystkich niezbędnych dokumentów oraz specyfikacji wykonania płyt dostępnych na etapie ofertowania, zatem uwzględniła również ich zbrojenie,

–Firma PEBEK przedstawiła swoją ofertę w oparciu i po analizie wszystkich niezbędnych dokumentów oraz specyfikacji wykonania płyt dostępnych na etapie ofertowania, zatem uwzględniła również punkt nr 54 OPZ.

Zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu odrzucenia oferty, dlaczego nie uwzględnił powyższej argumentacji, ograniczając się de facto do przytoczenia twierdzeń wskazanych w skierowanym do Odwołującego wezwaniu do wyjaśnień. Należy więc stwierdzić, że przedstawione uzasadnienie nie jest wystarczające dla stwierdzenia nieprawidłowości oferty Odwołującego w powyższym zakresie, co jednak pozostaje bez wpływu na ocenę czynności odrzucenia oferty, która podlegała odrzuceniu z innych powodów.

Niezależnie od powyższego zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art.

89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał jedynie, że stwierdził niezgodność postępowania Wykonawcy z formą rozliczenia wynikającą z umowy i uznał to za niezgodność z SIWZ oraz działaniami mającymi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie podał nawet, znamiona którego z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdził. Takie uzasadnienie należy uznać za niezgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i niepotwierdzające zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, jakoby oferta Odwołującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w związku z tym, że Odwołujący powołał się na zasoby kadrowe, którymi faktycznie nie dysponuje oraz ze względu na to, że jego oferta zawierała cenę rażąco niską. Odnosząc się do tej argumentacji stwierdzić należy, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający w żaden sposób nie powiązał odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powyższymi okolicznościami, a twierdzenia w odpowiedzi na odwołanie są nieuprawnioną próbą rozszerzenia uzasadnienia odrzucenia oferty.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. 12 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny):

12.1 Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac przedstawiony w dokumentacji technicznej (Rozdział V) i przedmiarach robót (Rozdział VI) – i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać daną część przedmiotu zamówienia. Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w Rozdziale VI niniejszej SIWZ.

12.2 Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót.

12.3 Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać jakichkolwiek zmian w przedmiarach robót.

12.4 Na podstawie wyliczonych w kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie robót Wykonawca powinien obliczyć wartości brutto, zsumować je i wpisać do formularza oferty.

12.5 Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac, które nie zostały ujęte jako oddzielne pozycje w kosztorysie ofertowym.

Zgodnie z punktem 8 STWiORB:

8.1. Ustalenia ogólne Cena uwzględnia wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone w Specyfikacji Technicznej (ST) oraz projekcie budowlanym (PB) i projekcie wykonawczym (PW) .

Cena obejmuje:

- robociznę,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu,
- wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jednorazowymi (sprowadzenia sprzętu na plac budowy i z powrotem, montaż i demontaż na stanowisku pracy),
- koszty pośrednie, w skład których wchodzi: płace personelu i kierownictwa zakładu, pracowników nadzoru i laboratorium, wydatki dotyczące bhp, usługi obce na rzecz budowy, ubezpieczenia, koszty zarządu przedsiębiorstwa Wykonawcy, koszty eksploatacji zaplecza,
- zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko Wykonawcy z tytułu wydatków, które mogą wystąpić w czasie realizacji robót.

Podstawą do wystawienia faktury za wykonanie robót będzie, potwierdzony przez Inspektora nadzoru, protokół częściowego wykonania i odbioru robót ustalony w oparciu o procentowe zaawansowanie robót w danej branży dla poszczególnych elementów robót. Szczegóły rozliczenia Wykonawcy z Inwestorem regulują zapisy umowy.

§ 3 Wzoru umowy stanowi:

1. Za wykonanie Przedmiotu umowy, zgodnie z kosztorysem ofertowym Wykonawca otrzyma wynagrodzenie, w wysokości: netto: (słownie: złotych) VAT: % tj. złotych brutto.....zł (słownie:złoty).
2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją umowy, w tym wynikające wprost z przedmiarów robót, STWiORB, jak również nie ujęte w ww. dokumentach, a niezbędne do wykonania umowy, w szczególności koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, koszty zagospodarowania placu budowy, koszty wykonania, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy, zmiany organizacji ruchu oraz jej utrzymanie na czas prowadzenia robót, koszty obsługi geodezyjnej, koszty poboru prądu i wody, koszty przygotowania, koszty wykonania dokumentacji powykonawczej, wynagrodzenie z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do Utworów oraz do wykonywania praw zależnych i udzielania zezwoleń na wykonywanie tych praw zależnych itp.
3. Zamawiający dokona rozliczenia robót na podstawie kosztorysu ofertowego przy zastosowaniu cen jednostkowych

zawartych w ofercie Wykonawcy. Wysokość wynagrodzenia, określona w ust. 1, może ulec zmianie w wyniku rozliczenia na podstawie kosztorysu powykonawczego, w tym obejmującego roboty zaniechane, zamienne lub dodatkowe, jednak nie może przekroczyć kwoty brutto zł (słownie:) tj. o 5.0% wyższej niż kwota wynikająca z kosztorysu ofertowego, określona w ust. 1. Przedmiotowe postanowienie dotyczy rozliczenia po zakończeniu robót, a nie dotyczy zwiększenia wynagrodzenia w związku z wystąpieniem robót dodatkowych, o którym mowa w ust. 9.

4. Ceny jednostkowe zawarte w ofercie są stałe i nie podlegają zmianie przez cały okres trwania umowy. (...)

9. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych, Zamawiający sporządza protokół zmiany umowy. Wykonawca sporządza kosztorys na podstawie cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym, o którym mowa w § 2 ust. 5 umowy, w rozbiciu poszczególnych cen pozycji kosztorysu ofertowego na elementy z podziałem rodzaju robót oraz podaniem wartości robocizny, materiałów i sprzętu, z narzutami. Wynagrodzenie Wykonawcy za roboty w przypadku, gdy roboty dodatkowe odpowiadają robotom wycenionym w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego zostanie obliczone jako iloczyn ilości danych robót oraz cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym. Natomiast roboty dodatkowe, dla których nie określono cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym, będą rozliczane w następujący sposób:

a) jeżeli roboty nie będą odpowiadały robotom wycenionym w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, lecz będą do nich podobne – wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obliczone na podstawie dokonanego rozbicia [rozwinęcia] cen jednostkowych robót podobnych w ten sposób, że zostaną odjęte wartości robocizny, materiałów i sprzętu zaniechane a dodane wartości zamienne,

b) jeżeli roboty nie będą odpowiadały robotom wycenionym w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego – wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obliczone na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych [KNR lub KNNR] oraz czynników cenotwórczych nie wyższych niż średnie wg. publikacji „Sekocenbud” aktualnych na dzień sporządzenia kosztorysu, po przedłożeniu do akceptacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Dla materiałów, które nie występują w Wydawnictwie „Sekocenbud” w danym okresie rozliczeniowym, należy przedstawić fakturę zakupu,

c) jeżeli roboty lub prace nie będą odpowiadały żadnemu z dostępnych KNR lub KNNR – wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obliczone na podstawie szczegółowej kalkulacji własnej Wykonawcy po przedłożeniu pisemnej do akceptacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Dla materiałów, które nie występują w Wydawnictwie „Sekocenbud” w danym okresie rozliczeniowym, należy przedstawić fakturę zakupu.

Po zaakceptowaniu kosztorysu przez Zamawiającego, Strony umowy zawrą aneks do umowy dotyczący robót dodatkowych.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 17.730.745,77 zł netto, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 to 2.000.000 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 16.215.580,10 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1)Konsorcjum Rokom Sp. z o.o, Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp.k.: 18.428.109,62 zł
- 2)Balzola Polska Sp. z o.o.: 16.666.235,23 zł
- 3)Planeta Sp. z o.o.: 19.216.829,67 zł
- 4)Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp.k.: 16.298558,76 zł,
- 5)Strabag Sp. z o.o.: 14.755.574,74 zł
- 6)WOD-KAN-BRUK Sp. z o.o.: 12.766.022,33 zł

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożył wyjaśnienia:

-18 września 2020 r. – Odwołujący wniósł o wydłużenie czasu na złożenie wyjaśnień oraz podał, że spółka posiada własną szeroko rozwinętą bazę sprzętową oraz własnych pracowników sanitarnych jak i drogowych, co umożliwi obniżenie kosztów produkcji w stosunku do wynajmowania sprzętu oraz grup podwykonawczych; Odwołujący załączył umowy o pracę, wykaz środków trwałych oraz oferty kontrahentów;

-23 września 2020 r. – Odwołujący przedstawił załączniki: Suma kosztów poszczególnych pozycji ofertowych, Analiza kosztów, a także oferty cenowe, umowy o pracę, wykaz środków trwałych oraz faktury VAT.

W tabeli obrazującej sumę kosztów z poszczególnych kosztorysów Odwołujący podał wartość ofertową kosztorysów oraz wartość w oparciu o złożone wyjaśnienia. Z zestawienia wynika, że w świetle wyjaśnień w następujących branżach wykonawca poniesie stratę:

- Zieleń + mała architektura: wartość ofertowa 949.538,35 zł wartość w oparciu o wyjaśnienia 1.603.315,47 zł (różnica 653.777,12 zł)

- Kable trakcyjne: wartość ofertowa 42.254,59 zł wartość w oparciu o wyjaśnienia 43.631,07 zł (różnica 1.376,48 zł)

- Przebudowa sieci: wartość ofertowa 98.012,31 zł wartość w oparciu o wyjaśnienia 118.786,23 zł (różnica 20.773,92 zł)

Jednocześnie wykonawca podał, że zakłada zysk z całego kontraktu wysokości 2.076.277,97 zł netto.

Pismem z 1 października 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z wątpliwościami wynikającymi z analizy wyjaśnień z 18 i 23 września 2020 r. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za niewystarczające i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego podał, że wykonawca w pismach z 18 i 23 września 2020 r. oraz 8 października 2020 r. przedstawił szereg wyjaśnień mających na celu wykazanie, że oferta przedstawiona przez niego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym kalkulacje ceny ofertowej w oparciu o poszczególne kosztorysy branżowe, z których wynikało, że:

- a) poszczególne pozycje kosztorysowe, jak również kosztorysy cząstkowe wykazują znaczącą stratę, a poziom tej straty jest różny w zależności od daty wyjaśnień, co więcej przedstawione dowody wskazują manipulacje cenowe pozycji kosztorysowych,
- b) wykonawca nie dokonał wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych lub dokonał agregowania pozycji kosztowych, których wysokość wykazuje znaczącą stratę lub znacząco zaniżoną wartość w stosunku do ofert rynkowych czy wycen Zamawiającego wynikających z kosztorysów inwestorskich,
- c) dowody na potwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wskazują, że kalkulacja cen pozycji kosztorysowych została dokonana z pominięciem warunków ofertowych podwykonawców lub dostawców surowców, w szczególności pozycji dot. transportu czy obsługi zamówienia,
- co stanowi przesłankę do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Ponadto Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

- a) Całość robót zawartych w kosztorysie branży zieleni nr b220tzm20mp została określona przez Oferenta jako generująca dla niego stratę w wysokości 653 777,12 zł przy wartości wszystkich robót tej branży określonej przez Wykonawcę jako 1 603 315,47 zł. Następnie Wykonawca w treści pisma z dnia 8 października wykazał możliwość uzyskania dodatkowej oszczędności w kwocie około 60 tysięcy złotych, co jednak zmniejsza deklarowaną stratę jedynie do 593 777,12 zł. W dalszym ciągu ponadto w przypadku wielu z pozycji tego kosztorysu poziom realnych strat, będący różnicą ceny ofertowej i kosztu, sięga nawet kilkuset procent, co każe bezspornie uznać je za rażąco niskie. Sytuacja taka dotyczy między innymi pozycji o numerach 2, 3, 15, 16, 20, 26, 38. Podkreślić tutaj należy, że spośród tych pozycji wyszczególnić można pozycje istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, jak chociażby pozycję nr 3 odpowiadającą za nasadzenia drzew na terenie Placu. Wykonawca określił swój całkowity koszt związany z tą pozycją jako 814 tysięcy zł, przy czym zaproponowana przez niego cena jest blisko sześciokrotnie niższa i wynosi 143 tysiące zł. Nazywanie tej pozycji istotną z punktu widzenia przedmiotu zamówienia jest więc uzasadnione nie tylko ze względów merytorycznych (drzewa mają stanowić główny element zagospodarowania Placu), ale przede wszystkim ze względu na wartość kosztorysową na tle całości zamówienia.
- b) Wykonawca wprost wskazał na ponoszenie przez siebie realnej straty również w kosztorysach dotyczących przebudowy sieci Innogy (kosztorys nr a238tzm20kr) oraz przebudowy kabli trakcyjnych (kosztorys nr a222tzm20kr). W pierwszym przypadku Wykonawca zaoferował cenę całkowitą o 20 773,92 zł niższą niż zaproponowana mu za te same roboty bezpośrednio przez podwykonawcę, a w drugim przypadku odpowiednio o 1 376,48 zł niższą (załączniki 7 i 8 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r.). Niejasne dla Zamawiającego jest tutaj tłumaczenie Wykonawcy, że wszystkie roboty elektroenergetyczne rozpatrywane są przez niego jako całość, jako że suma wykazanych przez niego zysków i strat w kosztorysach dotyczących kabli trakcyjnych (a222tzm20kr), iluminacji i instalacji artystycznej (a223tzm20kr), oświetlenia ZDM (a224tzm20kr), przyłącza fontanny (a225tzm20kr), teletechniki (a226tzm20kr) oraz Innogy (a228tzm20kr) wynosi -3502,46 zł.
- c) Suma kosztów Wykonawcy odnoszących się do tych kosztorysów branżowych, które Oferent jasno wykazał jako nierentowne (b220tzm20mp - zieleni, a222tzm20kr – przebudowa kabli trakcyjnych oraz a238tzm20kr - przebudowa Innogy) wynosił 705 732,77 zł, czyli około 22% wszystkich kosztów wykazanych przez Wykonawcę (7 814 878,96 zł). Suma wartości ofertowej tych branż wynosi natomiast 1 089 805,26 zł, co stanowi około 10,5% całkowitej wartości oferty. Tak znaczne udziały wskazanych części w całości zamówienia sprawiają, że w ocenie Zamawiającego można je traktować łącznie jako istotną część zamówienia posiadającą cechy rażąco niskiej ceny.
- d) Poza wymienionymi wyżej stratami całościowymi dotyczącymi poszczególnych kosztorysów, Wykonawca wprost wykazuje również straty w wielu pojedynczych pozycjach kosztorysu branży drogowej nr b219tzm20ar. Pomimo, że Zamawiający zdaje sobie sprawę, że pozycje tych nie zawsze można traktować rozłącznie, ponieważ stratę na jednej warstwie konstrukcji Wykonawca może rekompensować sobie zyskiem na innej warstwie, to i tak zauważono tutaj pewne nieprawidłowości. Oferent i tutaj zakłada mianowicie poniesienie realnych strat na wbudowaniu konstrukcji RNI (nawierzchnia ulicy Widok, rozdział nr 2.6 kosztorysu) oraz konstrukcji FRI (wzmocnienie nawierzchni na długości przystanku autobusowego w ulicy Kruczej, rozdział nr 2.17 kosztorysu). Realną stratę w porównaniu z ofertami podwykonawców Oferent wykazał ponadto w pozycjach nr 243 i 245 dotyczących zakupu i montażu betonowych płyt stropowych.
- e) Zaproponowana przez Wykonawcę cena w pozycji nr 14 kosztorysu nr a223tzm20kr na oprawę posadzkową do iluminacji drzew (równa cenie zaoferowanej przez podwykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 9 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r.) stanowi 46% ceny przewidzianej za tę pozycję przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim oraz 63% średniej wartości cen zaproponowanych za tę pozycję przez wszystkich oferentów, co każe zakwalifikować ją jako rażąco niską. Ponadto zauważyć należy, że wyjaśnienia Wykonawcy opierające się na rzekomej możliwości dalszej negocjacji cen z podwykonawcą są nieakceptowane ze względu na brak możliwości ich weryfikacji.
- f) Zaproponowana przez Wykonawcę cena w pozycji nr 24 kosztorysu nr a224tzm20kr na montaż i stawianie słupa oświetleniowego (równa cenie zaoferowanej przez podwykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 11 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r.) stanowi 26% ceny przewidzianej za tę pozycję przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim oraz 43% średniej wartości cen zaproponowanych za tę pozycję przez wszystkich oferentów, co każe zakwalifikować ją jako rażąco niską. Ponadto zauważyć należy, że wyjaśnienia Wykonawcy opierające się na rzekomej możliwości dalszej negocjacji cen z podwykonawcą są nieakceptowane ze względu na brak możliwości ich weryfikacji.
- g) Zamawiający nie jest w stanie na podstawie przedstawionej oferty podwykonawcy stanowiącej załącznik nr 4 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r. ustalić sposobu obliczenia przez Wykonawcę kosztu dla pozycji o numerach 59 i 60 z branży sanitarnej (kosztorys nr b218tzm20js) odpowiadających za systemowe studzienki kanalizacyjne, ponieważ nie zostało wskazane z jakich elementów się one składają. Wykonawca co prawda wykazał dla tych pozycji stratę, jednak wydaje się ona i tak zaniżona biorąc pod uwagę, że zaproponowane ceny stanowią odpowiednio 40% i 54% średnich wartości cen wszystkich oferentów.
- h) Poważne wątpliwości Zamawiającego budzi oferta cenowa na elementy odwodnienia liniowego wskazane w pozycjach od 61 do 65 w kosztorysie branży sanitarnej nr b218tzm20js. Pomimo, że Wykonawca wykazał dla rzeczonych pozycji stratę, to w ocenie Zamawiającego jest ona w dalszym ciągu zaniżona ze względu na podejrzenie rażąco niskiej ceny

oferty podwykonawcy przedstawionej w załączniku nr 3 do pisma Wykonawcy z dnia 23.09.2020 r. Przykładowo średnia cena zaproponowana przez podwykonawcę za metr bieżący odwodnienia liniowego dla pozycji nr 64 stanowi w dalszym ciągu jedynie 32% średniej wartości cen zaproponowanych przez wszystkich oferentów, a dla pozycji nr 65 stanowi 29% średniej wartości cen. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj ponadto fakt, że w załączniku nr 11 do pisma z dnia 18.09.2020 r. Wykonawca przedłożył Zamawiającemu ofertę podwykonawcy na rzeczony element odwodnienia liniowego, które były blisko dwukrotnie droższe od oferty przedstawionej później.

- i) Zaproponowana przez Wykonawcę cena w pozycji nr 1 kosztorysu nr b221tzm20mp dotyczącej projektu i wykonania czasowej organizacji ruchu stanowi 38% ceny przewidzianej za tę pozycję przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim oraz 20% średniej wartości cen zaproponowanych za tę pozycję przez wszystkich oferentów, co każe zakwalifikować ją jako rażąco niską. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy nie dowodzą wystarczająco, że zaproponowana cena uwzględnia koszty wdrożenia organizacji ruchu w terenie (robocizna, sprzęt, materiały, utrzymanie), które można określić jako znaczne ze względu na konieczność etapowania prac oraz prawdopodobnej konieczności dokonywania zmian w programach sygnalizacji świetlnej, a także koszty opłat związanych ze zmianą tras kursowania komunikacji miejskiej.
- j) Zaproponowane przez Wykonawcę ceny kosztorysu dotyczącego organizacji ruchu (nr b221tzm20mp) w pozycjach o numerach 13 - 14 oraz 20 - 22 w stanowią znacznie mniej niż 70% zarówno cen przewidzianych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim jak i średnich wartości cen zaproponowanych za poszczególne pozycje przez wszystkich oferentów, co każe zakwalifikować je jako rażąco niskie. Przedstawiona następnie jako rzekomy dowód na brak zaniżania ceny przez Wykonawcę oferta firmy PROMOTOR zawiera cenę za pozycję nr 14 o 36% wyższą niż cena zaproponowana w kosztorysie ofertowym przez Wykonawcę. Ponadto niezrozumiałe dla Zamawiającego jest sugerowanie przez Wykonawcę obniżenia kosztu własnego dla pozycji 20-22 (dotyczących przestawienia parkomatu, słupa ogłoszeniowego i słupa Miejskiego Systemu Informacji) w związku z faktem, że obiekty te są własnością m. st. Warszawy, bowiem wszelkie koszty związane z przeniesieniem leżą po stronie Wykonawcy.

(...) Dokonując oceny wyjaśnień Wykonawcy w zakresie nie spełnienia przez jego ofertę przesłanek uznania za zawierającą rażąco niską cenę, Zamawiający uznał, że zapewnienia opłacalności istotnej części zamówienia przy jednoczesnym tak skrajnym zróżnicowaniu stóp rentowności pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi (zarówno ujemnych jak i dodatnich) budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie realizacji inwestycji w sposób należyty. Należy zauważyć bowiem, że Wykonawca przed złożeniem oferty miał szansę skalkulować ją w taki sposób, aby brak było pozycji przynoszących mu realne straty, a w szczególności skalkulować ofertę uwzględniając wszystkie warunki podwykonawców wynikające z ofert uzyskanych na potrzeby kalkulacji cen ofertowych. Ponadto ze względu na powykonawczy charakter rozliczenia końcowego wskazać należy, że Wykonawca nie byłby w stanie w bezpieczny sposób zarządzać ryzykiem związanym z zaoferowaniem przez siebie wielu cen znajdujących się drastycznie poniżej progu dochodowości. Zgodnie z zapisami wzoru umowy poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego mogą zmieniać swoje ilości w wyniku występowania w toku prowadzonych robót budowlanych prac zaniechanych oraz prac dodatkowych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, zasadnie stwierdził, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze wskazać należy, że to, iż w świetle przedstawionych wyjaśnień wykonawca przewiduje ok. 2 mln zł netto zysku nie przesądza, że cena ofertowa jest skalkulowana prawidłowo, w szczególności biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy. Zauważenia wymaga, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy Zamawiający dokona rozliczenia robót na podstawie kosztorysu ofertowego przy zastosowaniu cen jednostkowych zawartych w ofercie Wykonawcy. Co więcej, kosztorys ceny wynikające z kosztorysu ofertowego będą podstawą ustalenia wynagrodzenia również za ewentualne roboty dodatkowe (§ 3 ust. 9 wzoru umowy). Nie sposób więc zgodzić się z Odwołującym, że znaczenie ma wyłącznie cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, gdyż tylko ta cena podlegała ocenie. Teza ta musiałaby prowadzić do nieakceptowalnego wniosku, że mimo kosztorysowego charakteru wynagrodzenia wykonawca może poszczególne pozycje kosztorysowe kalkulować w sposób dowolny, pod warunkiem, że cena całkowita pokrywa koszty i uwzględnia zysk. Podkreślić należy, że nieprawidłowe skalkulowanie kosztorysów poszczególnych branż czy też określonych pozycji w ramach tych kosztorysów ma istotne znaczenie dla rozliczeń zamawiającego z wykonawcą, może prowadzić tak do konieczności wykonania określonych robót za wynagrodzenie niepokrywające ich kosztów, jak do nieuprawnionego zwiększania wynagrodzenia przy zawyżeniu wyceny innych robót, a w konsekwencji do manipulowania wysokością wynagrodzenia za realizację całego przedmiotu zamówienia. W związku z tym nie może być wątpliwości, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego badaniu podlega nie tylko cena całkowita, ale też rzetelność kalkulacji w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, jako że to na ich podstawie ustalone będzie wynagrodzenie wykonawcy. Cena za poszczególne elementy wyceniane w kosztorysie powinna więc być skalkulowana w sposób gwarantujący wykonanie tych elementów zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Porównanie cen z kosztorysu ofertowego z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że w wielu pozycjach kosztorysu cena została skalkulowana na poziomie istotnie (niekiedy wielokrotnie) niższym, niż poziom kosztów wynikających z wyjaśnień.

Jak wynika wprost ze złożonych wyjaśnień roboty wycenione w kosztorysie branży „Zieleń + mała architektura” zostały wycenione na kwotę 949.538,35 zł, podczas gdy ich wartość w oparciu o wyjaśnienia stanowi 1.603.315,47 zł (różnica 653.777,12 zł). Jak słusznie wskazał Zamawiający, w wyjaśnieniach z 8 października 2020 r. Odwołujący wykazał możliwość uzyskania dodatkowej oszczędności w kwocie około 60 tysięcy złotych, co jednak zmniejsza deklarowaną stratę jedynie do 593 777,12 zł. Ponadto, w ramach tego kosztorysu zaniżona wycena dotyczy zwłaszcza

pozycji 2, 3, 15, 16, 20, 26, 38. Zauważenia wymaga, że poz. 3 dotycząca nasadzenia drzew została wyceniona w kosztorysie na kwotę prawie sześciokrotnie niższą niż wskazany poziom kosztów (odpowiedni: 143 tys. zł i 814 tys. zł). Podkreślenia wymaga też niebagatelny udział wartościowy branży „Zieleń + mała architektura” w cenie ofertowej.

Ponadto Odwołujący przyznał, że również kosztorys dotyczący przebudowy sieci Innowy oraz kosztorys dotyczący przebudowy kabli trakcyjnych zostały skalkulowane na poziomie niepokrywającym kosztów wykonania robót (strata na poziomie odpowiednio: 20.773,92 zł i 1.376,48 zł).

Wynikająca z wyjaśnień suma kosztów odnoszących się do ww. kosztorysów branżowych (1.765.732,77 zł) stanowi czyli ponad 22% wszystkich kosztów, a wartość ofertowa tych branż wynosi 1.089.805,26 zł, co stanowi około 10,5% całkowitej wartości oferty. Należy więc zgodzić się z Zamawiającym, że jest to znaczący udział w przedmiocie zamówienia.

Dalej należy stwierdzić, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie ustaleń Zamawiającego co do zaniżonej wyceny pozycji w kosztorysie branży drogowej. Z wyjaśnień wynika założenie poniesienia strat na wbudowaniu konstrukcji RNI (nawierzchnia ulicy Widok, rozdział nr 2.6 kosztorysu) oraz konstrukcji FRI (wzmocnienie nawierzchni na długości przystanku autobusowego w ulicy Kruczej, rozdział nr 2.17 kosztorysu) oraz w pozycjach nr 243 i 245 dotyczących zakupu i montażu betonowych płyt stropowych. Podobnie nie zostało podważone, że wycena pozycji 50, 60 i od 61 do 65 w kosztorysie branży sanitarnej nr b218tzm20js, poz. 14 kosztorysu nr b221tzm20mp, dokonana została z założeniem straty.

Wycena wskazanych powyżej branż i pozycji kosztorysowych prowadzi do wniosku, że istotna część przedmiotu zamówienia została wyceniona na poziomie rażąco niskim, w niektórych przypadkach wielokrotnie niższym niż koszty, które wykonawca będzie musiał ponieść na wykonanie robót. Co więcej, wycena poszczególnych robót na poziomie niższym niż koszty ich wykonania nie jest przypadkiem jednostkowym, ale świadczy o nierzetelnym sporządzeniu wyceny znaczącej części robót.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, który twierdził, że cena oferty jest prawidłowa, gdyż mimo istotnych strat w niektórych branżach zysk z realizacji całego zamówienia pozwoli na ich pokrycie. Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać kosztorysowy charakter wynagrodzenia i związane z tym znaczenie wyceny poszczególnych branż i pozycji kosztorysowych. Przy takim charakterze wynagrodzenia niezasadne jest odnoszenie się wyłącznie do ceny ogółem w sytuacji, gdy z wyjaśnień wynika istotnie niedoszacowanie niektórych części zamówienia. Rażące zaniżenie wyceny w niektórych branżach stanowi bowiem realne ryzyko niewywiązania się przez wykonawcę z prawidłowego wykonania wszystkich części składowych zamówienia.

Niezasadne jest powoływanie się przez Odwołującego na to, że jest w trakcie negocjacji cen ze swoimi kontrahentami, w związku z czym koszty poszczególnych robót ulegną zmniejszeniu. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że Odwołujący zobowiązany był w terminie określonym przez Zamawiającego wykazać prawidłowość kalkulacji ceny i przedstawić w tym zakresie stosowne dowody, pod rygorem odrzucenia oferty. Ocenie podlegały więc wyjaśnienia i dowody, które zostały w tym terminie przedłożone i Zamawiający uprawniony był do wyciągania z nich wniosków co do prawidłowości kalkulacji ceny. Z tego powodu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przedstawione przez Odwołującego dopiero na rozprawie dowody mające potwierdzać wynegocjowanie korzystniejszych cen u dostawców/podwykonawców Odwołującego. Dowody te należy uznać za spóźnione.

Odnosząc się natomiast do wyceny pozycji kosztorysowych, które Zamawiający zakwestionował tylko przez arytmetyczne porównanie wyceny Odwołującego z kosztorysem inwestorskim oraz średnią cen zaoferowanych w postępowaniu (jak poz. nr 14 kosztorysu nr a223tzm20kr, poz. nr 24 kosztorysu nr a224tzm20kr, czy poz. 1 kosztorysu nr b221tzm20mp), stwierdzić należy, że jest to niewystarczające do ustalenia, że wycena tych pozycji kosztorysu była rażąco niska. Porównanie cen jest wskaźnikiem, który uzasadniania zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, nie jest natomiast wystarczające do ustalenia, że cena jest rażąco zaniżona. Zamawiający ograniczył się tylko do porównania cen, co jest niewystarczające. Niezależnie jednak od tego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

W odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający przyznał, że nieprawidłowo – przez omyłkę – wskazał tę podstawę odrzucenia. Powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania i nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. W związku z tym wskazane w uzasadnieniu wyroku nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

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 lit. b z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:.....