

WYROK

z dnia 6 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2020 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Rozbudowa ul. Depowej w Białymstoku wraz z budową/przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej*, numer postępowania: ZDM-III.271.11.2020, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 lipca 2020 r. pod numerem 560878-N-2020.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 21 października 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na wyborze oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że podlega ona odrzuceniu z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny;
- 2.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że podlega ona odrzuceniu z uwagi na sprzeczność jej treści z SIWZ i z uwagi na błąd w obliczeniu ceny;
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. pomimo, że zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie dowiódł rynkowości zaferowanych cen, w tym w zakresie istotnych elementów składowych ceny;
- 4.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez STRABAG Sp. z o.o. w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. pomimo, że podlega ona odrzuceniu z uwagi na sprzeczność jej treści z SIWZ, tj. sporządzenie kosztorysu ofertowego bez uwzględnienia wszystkich kosztów wynikających z wymagań SIWZ, opartego na realnych i rynkowych warunkach, oferując wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską;
- 6.art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. pomimo, że jest ona obciążona błędem w obliczeniu ceny, ponieważ wykonawca sporządził kosztorys ofertowy stanowiący podstawę obliczenia ceny i dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ, w szczególności dokonał zaniżenia cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym;
- 7.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty STRABAG Sp. z o.o. pomimo, że podlegała ona odrzuceniu, co skutkować będzie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
- 8.art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert odrzucenie oferty STRABAG;
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 29 września 2020 roku wezwał wykonawcę STRABAG – w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp – do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego, przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami pozostają w sprzeczności z treścią oferty, w tym informacją o zakresie samodzielnego wykonania zamówienia i kosztorysem załączonym do oferty oraz do wyjaśnień. Według odwołującego, wyjaśnienia pomijają kluczowe elementy składowe ceny oferty, będące w zdecydowanej rozbieżności do cen pozostałych ofert (np. koszt kanalizacji deszczowej, sieci wodociągowej), które zostały znacznie zaniżone przez STRABAG, w stosunku do wymagań wynikających z SIWZ, wartości rynkowej skalkulowane w sposób, który uniemożliwia realizację zamówienia za zaoferowane ceny jednostkowe. Odwołujący podniósł, że ceny za istotne części składowe zamówienia (elementy kalkulacyjne), w tym roboty w branży sanitarnej – kanalizacja deszczowa mają charakter rażąco niskich, nie jest możliwe ich wykonanie w zgodzie z wymaganiami SIWZ w zaoferowanej cenie, a w treści wyjaśnień wykonawca STRABAG nie przedstawił wiarygodnego wyjaśnienia zaoferowanych cen. W konsekwencji zaoferowana cena jest rażąco niska oraz nie uwzględnia pełnego zakresu i sposobu realizacji zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ.

W ocenie odwołującego, zamawiający zaniechał weryfikacji treści oferty STRABAG oraz treści wyjaśnień w zakresie rzetelności zaoferowanej ceny, w przeciwnym razie odrzuciłby ofertę STRABAG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp (z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej), jak również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp (z kosztorysu wynika, że wbrew żądaniu wynikającemu z SIWZ wykonawca nie sporządził kosztorysu ofertowego z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynikających z wymagań SIWZ opartego na realnych i rynkowych warunkach, oferując wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską).

Następnie odwołujący podał, że rażąco niska cena to cena zaniżona, nieuwzględniająca wszystkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia, za którą w warunkach realizacji danego zamówienia, nie jest możliwe jego wykonanie bez straty. O cenie rażąco niskiej świadczyć może również zaniżenie istotnych części składowych zamówienia, w szczególności, gdy mają one charakter rozliczeniowy. Zaniżenie istotnych części składowych zamówienia jest także równoznaczne ze złożeniem oferty, której treść jest sprzeczna z SIWZ (nieuwzględniającej wszystkich elementów realizacji zamówienia) oraz takiej, która jest obarczona błędem w obliczeniu ceny (cena obliczona w sposób niezgodny z SIWZ).

W odniesieniu do oferty STRABAG odwołujący wskazywał, że złożone wyjaśnienia są sprzeczne z treścią złożonej oferty, w tym kosztorysem załączonym do oferty i do wyjaśnień. Ponadto, wyjaśnienia pomijają kluczowe elementy składowe ceny, będące w rozbieżności z pozostałymi ofertami, które STRABAG postrzega jako odzwierciedlenie cen rynkowych (koszt kanalizacji deszczowej), a które zostały znacznie zaniżone w stosunku do wartości rynkowej i skalkulowane poniżej kosztów wykonania. Odwołujący podnosił również, że choć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę STRABAG są obszerne, to jednak:

- 1) wyjaśnienia nie uzasadniają kalkulacji poszczególnych istotnych elementów zamówienia, w tym przede wszystkim nie odnoszą się do kluczowych pozycji, które są niższe niż w innych ofertach średnio o ok. 1 mln. zł netto (z pominięciem najdroższej oferty), tj. kosztu kanalizacji deszczowej (wartość przepustu zbliżona do innych ofert);
- 2) treść wyjaśnień jest niespójna z treścią oferty lub z nią sprzeczna;
- 3) argumenty i dowody są nieadekwatne do treści oferty, sytuacji faktycznej wykonawcy STRABAG oraz wynikającego z oferty sposobu realizacji zamówienia, w szczególności nie uzasadniają tych elementów oferty, które w sposób oczywisty są zaniżone w porównaniu do pozostałych ofert;
- 4) z treści oferty jasno wynika, że wykonawca zaniżył wycenę istotnych elementów składowych ceny oferty, a treść wyjaśnień w ogóle tak dokonanej kalkulacji nie uzasadnia;
- 5) część dowodów została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, co w ocenie odwołującego ma na celu wyłącznie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznanie się z treścią wyjaśnień, przy czym nie mogą one stanowić wystarczającego sposobu udowodnienia realności i adekwatności kosztów realizacji zamówienia (oferty podwykonawców), a w części są one nieadekwatne (wskaźniki finansowe, struktura zatrudnienia, średnioroczne zatrudnienie, certyfikaty zakładowej kontroli produkcji, instrukcje maszyn, wykaz pojazdów).

Odwołujący w dalszej kolejności podnosił, że wyjaśnienia wykonawcy STRABAG w dużej części opierają się na porównaniu własnych kosztorysów z kosztorysami pozostałych wykonawców, w szczególności poprzez odwołanie do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz kwestionowaniu odniesienia się przez zamawiającego do wartości zamówienia jako podstawy dla ustalenia podstawy do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego, wykonawca STRABAG przedstawia argumentację w tym zakresie w sposób wybiórczy, albowiem, gdy się odrzuci oferty skrajne (STRABAG i Meliorex) to różnica między kolejnymi ofertami nie przekracza 10%, a różnice pomiędzy poszczególnymi oferentami kształtują się na poziomie 1-3%. Ponadto, STRABAG pomija, iż wszyscy wykonawcy najwyżej wycenili pozycję 2 Branża sanitarna (kanalizacja deszczowa i przepust) oraz pozycję 1 Branża drogowa, przy czym w pierwszym przypadku pięciu pozostałych oferentów wyceniło pozycję 2 na ponad 3 mln zł (najdroższy na ponad 5 mln.), a jedynie STRABAG zaoferował jej wykonanie za cenę nieco ponad 2 mln. Także w pozycji 1 wycena tego wykonawcy była zaniżona, ponieważ zaoferował on ok. 2 mln zł, a w pozostałych ofertach cena była nie niższa niż 2,25 mln. Odwołujący wskazał, że to samo dotyczy pozycji 3 i 4, a w zakresie pozycji 5 tylko jeden oferent dokonał wyceny niższej niż STRABAG, wyceny pozostałych przekraczają 1 mln zł i te wyceny należałoby uznać za punkt odniesienia jako rynkowy poziom ceny.

Odwołujący zauważył, że w treści wyjaśnień wykonawca STRABAG wskazywał, iż główne elementy, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny dotyczą robót branży drogowej, gdy tymczasem, najbardziej

wartościową pozycją w cenie oferty wszystkich wykonawców jest branża sanitarna (kanalizacja deszczowa i przepust) i to w zakresie tej pozycji cena oferty STRABAG jest niższa o średnio około 1 mln zł od cen pozostałych ofert. W treści wyjaśnień wykonawca STRABAG w ogóle zaistniałej różnicy nie uzasadnia.

Z kolei odnosząc się do ofert podwykonawców wskazywanych przez wykonawcę STRABAG jako czynnik pozwalający na obniżenie ceny oferty, odwołujący podkreślał, że powołanie się na ceny w otrzymanych ofertach podwykonawców nie jest wystarczające do wykazania rzetelności ceny oferty. Ponadto zauważył, że sam wykonawca STRABAG wskazywał, iż cena w ofercie podwykonawcy jest jeszcze niższa niż w jego ofercie (a ta odbiega średnio o ok 30% od ceny innych ofert), a powinna przecież uwzględniać nie tylko koszt podwykonawcy, ale i jego zysk. Przedmiotem wyjaśnień powinny stać się okoliczności pozwalające podwykonawcy na tak niską kalkulację.

Odwołujący stwierdził też, że skoro, zgodnie z ofertą STRABAG jedynie w niewielkim zakresie zamierza zrealizować zamówienie własnymi siłami (tylko roboty bitumiczne), to takie wyjaśnienia są nieadekwatne do treści oferty. Nie jest zatem wystarczające wskazanie, że na prace związane z wykonaniem robót drogowych oraz sanitarnych zostały złożone oferty dwóch podwykonawców, zwłaszcza, iż w treści wyjaśnień nawet nie został doprecyzowany zakres prac tych podwykonawców. Ponadto, w opinii odwołującego, wyjaśnienia i dowody w tym zakresie nie wydają się wiarygodne, gdyż w treści oferty wykonawca wskazał, że na etapie składania ofert podwykonawcy nie są znani. Skoro nie byli znani, na jakiej podstawie oferty podanych, konkretnych podwykonawców posłużyły do kalkulacji ceny oferty. Tym samym, treść wyjaśnień jest niespójna z treścią oferty, która nie potwierdza, aby to oferty wskazanych podwykonawców były podstawą dla kalkulacji ceny oferty STRABAG. Odwołujący zauważył także, iż z dalszej części wyjaśnień wynika, że wykonawca STRABAG stoi na stanowisku, że to realizacja siłami własnymi pozwala na zaoferowanie niższej ceny. Tymczasem, roboty stanowiące kluczową część przedmiotu zamówienia, które wycenione zostały w ofercie tego wykonawcy na około 30% mniej niż w innych ofertach, realizowane będą przez podwykonawców, a zatem nie zachodzą tu okoliczności pozwalające na obniżenie ceny, na które sam STRABAG powołuje się w treści wyjaśnień. Ponadto, jak wynika z kosztorysu ofertowego, prace, które wykonawca ten realizuje siłami własnymi, co - jak sam podnosi - jest tańsze niż realizowanie robót przez podwykonawców z uwagi na możliwość zakupu tańszych materiałów oraz własny personel - są wycenione w sposób zbliżony do cen pozostałych ofert. Tym samym, wskazane oferty podwykonawców nie są wiarygodnym dowodem na rzetelność kalkulacji, ponieważ nie znajdują potwierdzenia w treści oferty oraz są sprzeczne z dalszą częścią wyjaśnień. Nie dowodzą zatem, że STRABAG zaoferował cenę rynkową za zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób wymagany w SIWZ, zgodnie z przepisami prawa, ani nie wykazują sposobu dokonanej kalkulacji i jej prawidłowości.

W zakresie robót telekomunikacyjnych, oświetlenia oraz kolizji PGE także jako dowód na dokonaną kalkulację zostały wskazane oferty podwykonawców pomimo, że w treści oferty STRABAG podmioty te nie były wymienione.

Następnie, odwołujący wskazywał, że z treści oferty STRABAG wynika, że tylko roboty bitumiczne będzie realizował samodzielnie, zatem tylko w tym zakresie powinien w wyjaśnieniach powoływać się na korzyści wynikające z możliwości pozyskiwania materiałów na bardziej dogodnych warunkach, realizacji własnym sprzętem i personelem. Z kalkulacji wynika wartość robót bitumicznych (wskazanych w wyjaśnieniach pozycji kosztorysowych: 109,110, 111, 112,123, 125, 127, 129, 131, 133, 138, 139, 175), zatem tylko w takim zakresie STRABAG mógłby powoływać się na oszczędności wynikające z przywołanych czynników. Dodał też, że kalkulacja robót bitumicznych nie odbiega od kalkulacji cen w innych ofertach, zatem wskazane okoliczności nie dowodzą istnienia po stronie STRABAG szczególnych indywidualnych czynników pozwalających na zaoferowanie niższej ceny.

Odwołujący podnosił ponadto, że STRABAG wskazywał, że samodzielnie będzie wykonywał także przepust, przy czym koszt budowy przepustu w ramach pozycji nr 2 Branża sanitarna (kanalizacja deszczowa i przepust) nie odbiega od cen pozostałych wykonawców. Tym samym, samodzielna realizacja tej części zamówienia przez STRABAG - wyceniona według twierdzeń tego wykonawcy - po rzetelnych kosztach, z uwzględnieniem możliwych do pozyskania rabatów, nie pozwoliła na zaoferowanie bardziej korzystnej ceny. Odwołujący stwierdził też, że biorąc pod uwagę niewielki zakres realizacji zamówienia siłami własnymi, za niewiarygodny należy uznać argument, iż przyjęta wycena opiera się na możliwości przyspieszenia tempa prac i wcześniejszego wykonania zamówienia z uwagi na bardzo dobrą sytuację finansową STRABAG. Według odwołującego, sytuacja finansowa nie decyduje o możliwości przyspieszenia tempa robót, ponieważ należy wziąć pod uwagę wiele czynników zewnętrznych, które mają lub mogą mieć na to wpływ. Dodał, że wskaźniki za lata 2016-2019 w warunkach roku 2020 mogą być całkowicie nieadekwatne, ponieważ nie uwzględniają okoliczności szczególnych, jakie wystąpiły w roku 2020 i mogą trwać w przyszłości. Ponadto, w wyjaśnieniach STRABAG wskazywał długi - 18 miesięczny termin wykonania robót - jako jeden z czynników wpływających na obniżenie ceny. W ocenie odwołującego wyjaśnienia są wzajemnie sprzeczne. Zdaniem odwołującego, niezasadny jest także argument o znajomości rynku lokalnego i realizowaniu na nim zamówień, gdyż jest to okoliczność wspólna dla wszystkich oferentów. Twierdzenia o maksymalnym zaangażowaniu własnych zasobów ludzkich i sprzętowych pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią oferty, z której wynika, że w przeważającym zakresie zamówienie jest powierzone podwykonawcom. Następnie odwołujący podał, że z kolei uzasadnienie wskazujące na centralizację obsługi księgowej czy prawnej potwierdza argument przeciwny, czyli ponoszenie wyższych kosztów stałych z tytułu funkcjonowania w dużej grupie kapitałowej, których pozostali oferenci, niebędący uczestnikami dużej, globalnej grupy kapitałowej, ponosić nie muszą. Odnośnie kosztów pracy, odwołujący podał, że dowody w postaci struktury zatrudnienia czy średniorocznego zatrudnienia są nieprzydatne z uwagi na ich nadmiernie ogólny charakter. Odnosząc się zaś do wyjaśnień w zakresie posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych odwołujący wskazywał, że nie jest to czynnik charakteryzujący tylko wykonawcę STRABAG, bo sam odwołujący je posiada.

Zdaniem odwołującego zaniżenie ceny przez STRABAG wynika z zaoferowania nierealnego poziomu cen jednostkowych, które nie odzwierciedlają rzeczywistego poziomu kosztów. Odwołujący podał, że szczególnie jaskrawym przykładem jest wycena pozycji wskazanych w kosztorysie - Branża sanitarna - kanalizacja deszczowa oraz przepust dotyczący budowy kanalizacji deszczowej, czego skutkiem jest zaniżenie ceny za realizację zamówienia w tej branży na poziomie ok. 1 mln złotych w stosunku do pozostałych oferentów. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający w przypadku pozycji dotyczących realizacji kanału deszczowego zamieścił bardzo szczegółowy przedmiar, w którym dokonał podziału wykopów i zasypek z uwagi na głębokości, rodzaj prac mechaniczne/ręczne z oddzielnymi pozycjami na wywóz i dodatki do wywozu, ale też nie sprawdził rzetelności kalkulacji wykonawcy STRABAG.

Odwołujący podał, że w kosztorysie wykonawcy STRABAG w zakresie dotyczącym budowy kanału deszczowego następujące pozycje zostały zaniżone:

- pozycje 1 d.1.1-14 d.1.1 dotyczą wykonywania wykopów w umocnieniu i powinny zawierać koszt pracy koparki, koszt wykonania umocnienia/zabezpieczenia wykopu liniowego (są to pozycje zagregowane). W stosunku do cen konkurentów cena 4,40 zł jest kilkukrotnie niższa, a w treści wyjaśnień nie ma uzasadnienia dla przyjętego tak niskiego poziomu ceny jednostkowej;
- pozycje 15 d. 1.1-18 d.1.1 dotyczą odwozu urobku do 1km wykopanego w ramach wcześniejszych pozycji. W stosunku do cen konkurentów cena jednostkowa 2,75 zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa. Ponadto, dodatek za każde rozpoczęte 0,5km odległości transportu jest wyceniony przez STRABAG tak samo jak dodatek za każde rozpoczęte 1,0km odległości transportu;
- pozycje 19 d.1.1-20 d.1.1 zostały wycenione w sposób porównywalny z konkurencją, pomimo że podstawy wyceny się nie zmieniły. Wskazuje to jednoznacznie na niedoszacowanie pozostałych pozycji;
- pozycje 22 d. 1.1-30 d.1.1 dotyczą zasypywania wykopów wraz z zagęszczeniem do $J_s=0,97$. W tej pozycji winien znaleźć się też koszt demontażu umocnienia wraz z kolejnymi warstwami zasypki (technologia prowadzenia robót). Tymczasem cena tych zagregowanych pozycji wynosi 3,30 zł i jest niższa niż cena dodatkowego zagęszczenia ujętego w poz. 33 d.1.1, dotyczącego tylko i wyłącznie zagęszczenia zasypki po wykopach ręcznych (ukazują to obliczenia zawarte w przedmiarze zamawiającego). Zatem, samo zagęszczenie (jedna czynność) jest droższe niż zasypanie, zagęszczenie i demontaż umocnienia wykopu (praca koparki, ludzi), co nie odpowiada rzeczywistym i faktycznym kosztom;
- pozycje 34 d. 1.1-35 d.1.1 dotyczą dowozu urobku wykopanego w ramach wcześniejszych pozycji z tymczasowego odkładu - grunt rodzimy. W stosunku do cen konkurentów cena 2,75zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa, co nie znajduje uzasadnienia w faktycznie ponoszonych kosztach;
- pozycje 37 d.1.1-40 d.1.1 dotyczą wykonania umocnień wykopów ręcznych. W stosunku do cen konkurentów cena 0,55 zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa;
- pozycje 43 d. 1.2-44 d.1.2 - wykonanie podsypki z pospółki i piasku. Cena jednakowa 32,99zł/m³, zaś pozycje te obejmują inny materiał, co nie uzasadnia zastosowania takiej samej ceny;
- pozycja 64 d.1.2 - cena średnia arytmetyczna konkurencji studni DN1000 jest o 1000,00 zł wyższa. Cena studni DN1000 dla kanalizacji sanitarnej w poz. 37 d.1.6 wynosi 4 299,83 zł. Nie ma zatem uzasadnienia dla różnicy 1500 zł dla studni DN1000 w przypadku kanalizacji deszczowej;
- pozycja 66 d.1.2 - cena średnia arytmetyczna cen konkurencji jest o 1 500,00 zł wyższa;
- pozycje 77 d.2.1-79 d.2.1 dotyczą wykonywania wykopów bez umocnienia. W stosunku do cen u konkurencji cena 4,40 zł jest kilkukrotnie niższa i jest identyczna jak cena pozycji zagregowanych 1 d.1.1-14 d.1.1, które z założenia powinny w cenie ujmować koszt kilku czynności;
- pozycje 80 d.2.1-81 d.2.1 dotyczą odwozu urobku wykopanego w ramach wcześniejszych pozycji. W stosunku do cen u konkurencji cena 2,75 zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa niż w konkurentów;
- pozycje 90 d.2.1-92 d.2.1 dotyczą wykonania umocnień wykopów. W stosunku do cen konkurentów cena 0,55 zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa;
- pozycja 115 d.3.1 dotyczy wykonania wykopu wraz odwozem do 1 km. Cena jest identyczna jak zagregowanych pozycji 1 d.1.1-14 d.1.1, dla których koszt odwozu został ujęty oddzielnie w poz. 15 d.1.1-17 d.1.1;
- pozycja 118 d.3.1 dotyczy wykonania umocnienia za pomocą grodzic. Cena jest wielokrotnie niższa niż u konkurentów i nie ma nic wspólnego z ceną rynkową;
- pozycje 134 d.4.1-137 d.4.1 dotyczą zaplukania igłofiltrów do odwodnienia wykopu. W stosunku do cen u konkurencji cena 5,50 zł jest kilkukrotnie niższa. Rynkowe ceny za wynajem pompy z zestawem igłofiltrów są wyższe niż zaoferowana cena 5,50 zł. Doliczyć należy koszt usługi zaplukania, na który składa się montaż i demontaż igłofiltrów i który też jest wyższy niż zaoferowane 5,50 zł;
- pozycja 140 d.4.1 dotyczy kosztu pracy pompy do zestawu igłofiltrów. Odwołujący podał, że nie są mu znane pompy, które spalają mniej niż 1 litr ropy na godzinę;
- pozycja 141 d.5.1 dotyczy wykonania wykopu wraz odwozem do 1 km. Cena jest identyczna jak zagregowanych pozycji 1 d. 1.1-14 d.1.1, dla których koszt odwozu został ujęty oddzielnie w poz. 15 d.1.1-18 d.1.1;
- pozycje 144 d.5.1-145 d.5.1 dotyczą dowozu urobku wykopanego w ramach wcześniejszych pozycji z tymczasowego odkładu - grunt rodzimy. W stosunku do cen konkurentów cena 2,75zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa;
- pozycje 147 d.5.1-148 d.5.1 dotyczą wykonania umocnień wykopów. W stosunku do cen u konkurencji cena 0,55 zł jest jednakowa dla wszystkich pozycji i kilkukrotnie niższa;
- pozycje 149 d.5.1-156 d.5.1 dotyczą demontaży rur, studni wylotów betonowych. W stosunku do cen konkurentów ceny są kilkukrotnie niższe. Dodatkowo, powinny zawierać koszty utylizacji i opłat na rzecz środowiska, co nie mieści się w zaoferowanych stawkach;
- pozycja 157 d.5.1 dotyczy odwozu materiałów z demontażu. W stosunku do cen konkurentów cena 2,75 zł jest kilkukrotnie niższa.

Odwołujący zauważył, że w ramach tej samej branży wartość realizacji przepustu (wykonywanego siłami własnymi, co miało wpływać na obniżenie ceny) została wyceniona na poziomie porównywalnym z konkurentami, wręcz od niektórych wyższym. Tym samym, po stronie wykonawcy STRABAG nie występowały żadne szczególne okoliczności uzasadniające obniżenie ceny, co dodatkowo potwierdza nierealność i zaniżony charakter wyceny branży sanitarnej w zakresie kanalizacji deszczowej, która wykonywana jest siłami podwykonawców (koszty te powinny być odpowiednio wyższe).

Zdaniem odwołującego zaniżone są także ceny w pozycjach Branża sanitarna – sieć wodociągowa wraz z przyłączami, tj.:

- pozycja 11 d.1.3 dotyczy wykonania wykopów z transportem urobku na 10km. W kanale deszczowym dodatek za 1km wynosi 2,75 zł. Roboty dotyczą tej samej ulicy, zatem koszt transport urobku na 10km, gdzie charakter robót jest taki sam, powinien być oparty na takich samych zasadach (w konsekwencji wyższy). Zaniżenie ceny nie jest więc uzasadnione, ponieważ zasady wyceniania pozycji o podobnym charakterze powinny być jednolite. Cena 13,53 zł jest dużo niższa niż u konkurentów, co dowodzi jej oczywistego zaniżenia względem rzeczywistych kosztów;
- pozycja 14 d.1.3 dotyczy wykonania umocnień wykopów. W stosunku do cen konkurentów cena 0,55 zł jest kilkukrotnie niższa;
- pozycja 18 d.1.3 dotyczy dowozu urobku z tymczasowego odkładu z 10km - grunt z odwozu. W stosunku do cen konkurentów cena 9,02 zł jest kilkukrotnie niższa.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z treścią oferty (i wyjaśnień) ww. zakres będzie realizowany przez podwykonawców. Z powszechnie dostępnych informacji nie wynika, aby wskazani podwykonawcy posiadali doświadczenie w wykonywaniu kanalizacji DN1200 czy magistrali wodociągowej DN600. Taki poziom zniżenia świadczy, lub co najmniej może świadczyć, także o niedopełnieniu wymagań w zakresie zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę w przypadku ww. podwykonawców, co jest elementem obligatoryjnym SIWZ.

Odwołujący wskazał, że przykładowe powyższe zestawienie pokazuje, iż wykonawca STRABAG dokonuje zniżenia cen jednostkowych na poszczególnych pozycjach kosztorysu, a wyceny nie są adekwatne do przedmiotu wycenianych robót, ani nie zachodzą żadne okoliczności specyficzne dla tego wykonawcy, które taką wycenę by uzasadniały. Skutkiem tego jest zniżenie wartości oferty w poszczególnych branżach stanowiących istotne składowe ceny oferty, w tym szczególnie rażąco zniżenie wyceny branży sanitarnej - kanalizacji deszczowej, co skutkuje łącznym zniżeniem ceny oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego ma to istotne znaczenie z uwagi na sposób rozliczenia, ale także porównywalność ofert. Pozostaje to także w sprzeczności ze wskazanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny, albowiem zamawiający jasno wymagał, że w celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia wykonawca powinien opracować uproszczony kosztorys na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ). Za podstawę oceny ofert w kryterium ceny zamawiający przyjmował cenę oferty brutto wskazaną w formularzu ofertowym obliczoną zgodnie z przedstawionymi kosztorysami ofertowymi oraz zestawieniami kosztów zadania. W cenie miały być uwzględnione wszystkie koszty realizacyjne, a koszty te musiały być skalkulowane na zasadach realnych, z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ. Oferta STRABAG wymagań tych nie spełnia z uwagi na nieuzasadnione zniżenie wyceny, w szczególności w zakresie branży sanitarnej - kanalizacji deszczowej, ale także sieci wodociągowej i przyłączy, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający takiej czynności zaniechał, co stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp.

Zamawiający w dniu 23 października 2020 roku przekazał wykonawcom – drogą elektroniczną - kopię odwołania.

Pismem z dnia 26 października 2020 roku wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „przystępującym” bądź „STRABAG”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika postępowania.

W dniu 3 listopada 2020 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wraz z dowodami wnosząc o oddalenie odwołania w całości (odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej o tożsamej treści została złożona przez zamawiającego na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2020 roku).

Ponadto, w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2020 roku, przystępujący złożył pisemne stanowisko w sprawie wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości (pismo datowane na dzień 3 listopada 2020 roku). W piśmie tym przystępujący dodatkowo wskazywał, że z uwagi na to, że zamawiający w dniu 3 listopada 2020 roku unieważnił czynność badania i oceny ofert, w tym podjął czynność zaniechaną polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego, a także dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert, to odwołujący nie posiada interesu w rozpatrzeniu odwołania.

Także, w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2020 roku, odwołujący złożył pismo procesowe, zawierające uzupełnienie argumentacji w zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu, odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysu załączonego do oferty przystępującego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że okoliczność, iż w dniu 3 listopada 2020 roku zamawiający dokonał czynności unieważnienia czynności oceny i badania ofert, a także podjął czynność nową badania i oceny ofert, w ramach której dokonał odrzucenia oferty odwołującego oraz utrzymał wybór oferty najkorzystniejszej – złożonej przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. – pozostaje bez wpływu na kwestię oceny interesu odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, a który ocenia się na dzień wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, a także z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, tj.:

- kosztorysu ofertowego odwołującego w branży sanitarnej – sieć kanalizacji deszczowej złożonego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w sierpniu br. na „Rozbudowę Al. Tysiąclecia PP w Białymstoku”;
- kosztorysu ofertowego odwołującego w branży sanitarnej złożonego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w sierpniu br. na „Budowę ul. Mickiewicza w Białymstoku”;
- oferty handlowej z dnia 27.10.2020 r. na wynajem koparko ładowarki firmy CAT;
- oferty najmu koparki kołowej Liebherr z dnia 29.10.2020 r.;
- oferty handlowej dot. wynajmu samochodu ciężarowego oraz koparek z dnia 27.10.2020 r.;
- oświadczenia K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Drogowe K. B.” z dnia 30.10.2020 r. dot. wykonania robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu;

- oświadczenia K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Trans-Kaps K. S.” z dnia 30.10.2020 r. dot. wykonania robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu;
- szczegółowych kosztorysów skalkulowanych dla odwołującego oraz przystępującego w oparciu o KNNR, a dot. wykonania robót w ramach przedmiotowego postępowania.

Natomiast, Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z cenników ogólnodostępnych 1 m rury o średnicy 800, z uwagi na to, że był on wnioskowany na okoliczność dotyczącą oferty odwołującego, która nie była objęta zarzutami odwołania.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 listopada 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest *Rozbudowa ul. Depowej w Białymstoku wraz z budową/przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej.*

Zgodnie z Rozdziałem XVIII Opis sposobu obliczenia ceny punkt 2 SIWZ *W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien opracować uproszczony kosztorys ofertowy na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz zestawienia kosztów zadania (załączniki nr 1A do SIWZ). Zamawiający wymaga, aby opisy poszczególnych pozycji były identyczne z tymi, jakie są w przedmiarach robót zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego w wersji elektronicznej, chyba że zmiana wynika z udzielonych odpowiedzi bądź zastosowania materiałów i rozwiązań równoważnych”.*

Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich i wynosi: 16 635 941,29 zł, zaś powiększona o należyty podatek od towarów i usług – 20 462 207,79 zł.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 7 ofert opiewających kolejno na kwoty: 1) 17 491 637,09 zł; 2) 12 773 439,31 zł; 3) 12 323 506,71 zł; 4) 11 973 062,88 zł; 5) 11 737 816,63 zł; 6) 11 494 854,14 zł – oferta odwołującego; 7) 9 696 444,33 zł – oferta przystępującego.

Zamawiający – pismem z dnia 29 września 2020 roku – działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wezwał wykonawcę STRABAG do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofertowej, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że cena oferty jest niższa co najmniej o 30 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług.

Podobne wezwanie zamawiający wystosował do dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu oraz wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą (tj. do odwołującego oraz do PROBET Firma Drogowa J.A. Ch.). Odnośnie pozostałych czterech wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, komisja przetargowa stwierdziła, że ich oferty zostaną odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp.

Wykonawca STRABAG pismem z dnia 5 października 2020 roku złożył obszernie wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Wykonawca ten w swojej argumentacji odwoływał się m.in. do cen pozostałych ofert, wskazując, że wartość realna zamówienia znacznie odbiega od wartości szacunkowej zamówienia. W dalszej kolejności wskazywał na poszczególne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca STRABAG zwracał uwagę, iż otrzymał dwie oferty różnych podmiotów na prace związane z wykonaniem robót drogowych i robót sanitarnych (ofertę podwykonawcy – K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Drogowe K. B.” oraz ofertę K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.P.H.U. Trans-Kaps K. S.”), a także, że otrzymał oferty złożone przez inne podmioty na prace związane z wykonaniem robót telekomunikacyjnych, oświetlenia oraz wykonaniem kolizji PGE. Do wyjaśnień zostały załączone ww. oferty. Ponadto, wykonawca STRABAG powoływał się również na to, że prace nawierzchniowe – roboty bitumiczne i prace związane z budową przepustu na cieku Bażantarka wykona własnymi siłami, co pozwoli mu obniżyć koszty (z uwagi na ceny na materiały oraz posiadany sprzęt i personel) i załączył dowód dot. cen asfaltu. W ramach wyjaśnień wykonawca powoływał się również na doskonałą sytuację finansową, załączając wskaźniki finansowe. Kolejnym elementem mającym wpływ na zaoferowaną cenę miało być pozyskanie większych rabatów z uwagi na własną pozycję w branży budowlanej (ceny ok. 5-10% niższe od wyjściowych), a także zakup materiałów dla podwykonawców, czy też dostarczenie im sprzętu. Wykonawca STRABAG powoływał się również na własne zaplecze sprzętowe i organizacyjne, a także na znajomość rynku lokalnego i jego uwarunkowań (wskazał na kontrakty realizowane na tym rynku). Podkreślał kwestię optymalizacji zatrudnienia (przy czym przedstawił jako dowód strukturę zatrudnienia) oraz centralizacji obsługi finansowo-księgowej i prawnej. Ponadto, wskazywał na posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych oraz kopalni, jak również na długi termin wykonania robót, pozwalający na dostosowanie się do bieżących okoliczności. Wykonawca STRABAG wskazał, też, że wobec nieokreślenia przez zamawiającego szczegółowego zakresu w jakim udzielone mają być wyjaśnienia, jest gotów je uzupełnić, gdyby zostały uznane przez zamawiającego za niewystarczające. Część dowodów załączonych do wyjaśnień, tj.: oferty podwykonawców, wskaźniki finansowe, instrukcje maszyn, wykaz pojazdów, struktura zatrudnienia wraz z średniorocznym zatrudnieniem, certyfikaty, zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

- Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ;
 - 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
- Stosownie do art. 90 ust. 1, 1a pkt 1), 2 i 3 Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.

Z kolei rozkład ciężaru dowodu wynika z art. 190 ust. 1 i 1a Pzp.

Przepis art. 190 ust. 1 Pzp określa generalną zasadę dotyczącą wskazywania dowodów w postępowaniu odwoławczym i stanowi, iż: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Natomiast, w zakresie twierdzeń, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1) Pzp, ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez odwołującego.

Tytułem wstępu należy zauważyć, co też podkreślone jest w orzecznictwie, iż za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana przed uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca zaś winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy wraz z załączonymi dowodami odnoszące się do elementów cenotwórczych oferty powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez zamawiającego terminie. Tym samym, wykonawca składający wyjaśnienia zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę STRABAG wraz z załączonymi dowodami pozwalają na odparcie zarzutów odwołującego, a dotyczących zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę STRABAG mają charakter rzeczowy, wyczerpujący i przekonujący, znajdujący oparcie w załączonych do nich dowodach (częściowo zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Wbrew twierdzeniom odwołującego nie pozostają w sprzeczności z treścią złożonej oferty, w tym z informacją o zakresie samodzielnego wykonania zamówienia i kosztorysem załączonym do oferty oraz do wyjaśnień.

Odwołujący swoją argumentację w zakresie rażąco niskiej ceny zasadniczo oparł na kwestionowaniu ceny zaoferowanej za wykonanie kanalizacji deszczowej i sieci wodociągowej, które w jego ocenie zostały znacznie zaniżone w stosunku do wartości rynkowej oraz do wymagań wynikających z SIWZ i pozostają w zdecydowanej rozbieżności z pozostałymi ofertami. Odwołujący podnosił, że przystępujący nie przedstawił wiarygodnego wyjaśnienia zaoferowanych cen w tym zakresie.

Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. Wykonawca STRABAG załączył bowiem do wyjaśnień oferty dwóch różnych podwykonawców, zawierające szczegółową kalkulację, m.in. w zakresie wykonania robót w ramach branż, co do których wycenę kwestionował odwołujący (wskazując, że są to kluczowe elementy składowe ceny oferty i na nich opierał swoje wywody odnośnie rażąco niskiej ceny). Przedstawione dowody, tj. oferty podwykonawców, potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny oferty wykonawcy STRABAG w tym zakresie. Nie ma żadnych podstaw do tego, aby je kwestionować, w szczególności z uwagi na fakt, iż nie byli wskazani w ofercie (wykonawca podał w ofercie: „Prace objęte zamówieniem przy udziale podwykonawców. Wszystkie roboty z wyłączeniem robót bitumicznych. Podwykonawcy nie są znani na etapie składania oferty”), a także z uwagi na fakt, że w treści wyjaśnień nie został doprecyzowany zakres prac tych podwykonawców - co podnosił odwołujący. Przede wszystkim, podnieść należy, że wykonawca nie miał obowiązku wskazania podwykonawców na etapie składania ofert (określił jedynie zakres robót jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, tj. wszystkie za wyjątkiem robót bitumicznych). Słusznie podnosił zamawiający, że wstępne rozeznanie rynku i pozyskanie w tym celu ofert nie zobowiązuje jeszcze wykonawcy do zawarcia umów o podwykonawstwo z tymi oferentami. Zlecenie danego zakresu robót nie jest obowiązkiem wykonawcy i może on sam później zdecydować o jego realizacji własnymi siłami bądź powierzyć je także innemu podwykonawcy. Kalkulacja oparta

zaś na wycenie potencjalnych podwykonawców nie determinuje podwykonawstwa na etapie realizacji inwestycji. Wiążąca będzie dopiero umowa o podwykonawstwo. Natomiast pozyskane oferty jak najbardziej pozwalają na wykazanie prawidłowości dokonanej kalkulacji ceny oferty (jej rynkowego charakteru) w zakresie w jakim pokrywa się z tymi ofertami. Wskazanie w ofercie, iż podwykonawcy nie są znani na etapie składania ofert, nie oznacza, że nie przedstawili oni własnych ofert przed złożeniem oferty przez wykonawcę, a jedynie, że wykonawca nie zdecydował ostatecznie czy i jaki zakres robót powierzy do wykonania w ramach podwykonawstwa tym podmiotom. Należy podkreślić, że wykonawca STRABAG dysponował dwiema różnymi ofertami (opartymi o szczegółowe kalkulacje) podmiotów wskazanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na realizację robót w ramach robót przygotowawczych, budowy i przebudowy sieci kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, budowy kanału deszczowego i te oferty, jako dowody, zostały załączone do wyjaśnień.

Podnoszona przez odwołującego w toku rozprawy kwestia braku doświadczenia podmiotów w danej branży (sieci wodociągowe, kanalizacja deszczowa), których oferty zostały przedstawione przez STRABAG, jako dowód prawidłowości kalkulacji ceny oferty, nie została w żaden sposób udowodniona, ani też nie zostało wykazane w jaki sposób miałyby się to przekładać na niezetelność sporządzonej oferty.

W pozostałym zakresie treść złożonych wyjaśnień także – wbrew twierdzeniom odwołującego – jest przekonująca, w tym argumentacja dotycząca pozycji rynkowej przystępującego i związanych z nią możliwości negocjacyjnych i możliwości uzyskania korzystnych rabatów cenowych na materiały, także argumentacja dotycząca posiadanego sprzętu, jak i oszczędności związanych z udostępnianiem materiałów i sprzętu podwykonawcom.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę STRABAG, uznając, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnośnie twierdzeń odwołującego kwestionujących kalkulację poszczególnych pozycji kosztorysu przystępującego, załączonego do oferty, należy zauważyć, że wycena tych pozycji znajduje swoje odzwierciedlenie w załączonych do wyjaśnień ofertach podwykonawców, a nadto, jak słusznie zauważył zamawiający – część z tych pozycji inni wykonawcy składający oferty w tym postępowaniu wycenili nawet niż niż wykonawca STRABAG.

Ponadto, stwierdzić należy, że przedstawione przez odwołującego w toku rozprawy kosztorysy szczegółowe oparte o założenia KNNR, a sporządzone dla odwołującego i przystępującego, są w ocenie Izby niemiarodajne, z uwagi na to, że nie uwzględniają specyfiki przystępującego.

W ocenie Izby nie potwierdziły się również zarzuty zaniechania odrzucenia oferty STRABAG pomimo, że podlega ona odrzuceniu z uwagi na sprzeczność jej treści z SIWZ oraz, z uwagi na to, że zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy STRABAG podlega odrzuceniu z uwagi na sprzeczność jej treści z SIWZ. sporządzenie kosztorysu ofertowego bez uwzględnienia wszystkich kosztów wynikających z wymagań SIWZ, opartego na realnych i rynkowych warunkach, oferując wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską.

Ponadto, oferta według odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ jest obarczona błędem w obliczeniu ceny, gdyż wykonawca sporządził kosztorys ofertowy stanowiący podstawę obliczenia ceny i dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ, w szczególności dokonał zaniżenia cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.

W zakresie zarzutów opartych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Odwołujący, oprócz swoich twierdzeń, w powyższym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów. Za takie nie można uznać przykładowe kalkulacje oparte o KNNR, które nie uwzględniają specyfiki danego wykonawcy. Ponadto, odwołujący nie sprecyzował też zarzutu w tym zakresie, tj. nie sprecyzował w jakim zakresie oferta złożona przez przystępującego jest sprzeczna z wymaganiami wynikającymi z SIWZ, poza ogólnym stwierdzeniem, że w cenie miały być uwzględnione wszystkie koszty realizacyjne, a koszty te musiały być skalkulowane na zasadach realnych, z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ. Według odwołującego, oferta STRABAG wymagań tych nie spełnia z uwagi na nieuzasadnione zaniżenie wyceny, w szczególności w zakresie branży sanitarnej - kanalizacji deszczowej, ale także sieci wodociągowej i przyłączy. Nawet z argumentacji odwołującego przedstawionej odnośnie poszczególnych pozycji kosztorysu, trudno wywieść, jakie konkretne okoliczności miałyby uzasadniać zarzut oparty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Całość argumentacji referuje do nieuzasadnionego zaniżenia ceny oferty, wynikającego z nieuwzględnienia wszystkich kosztów, co jak zostało wyżej wskazane, jest nieuzasadnione.

Także zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny nie został sprecyzowany, a tym bardziej udowodniony.

Z kolei wyjaśnienia złożone przez wykonawcę STRABAG w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wraz z załączonymi dowodami, potwierdzają, że kosztorys ofertowy został sporządzony rzetelnie i jest oparty na realnych założeniach.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła w całości oddalić odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 w zw. z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący.....