

WYROK

z dnia 2 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2020 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała - Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej,**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Bielsko Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku – Białej: (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Trexbud s.c. S. Ż., G. Ż. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp; (iii) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Bielsko – Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku Białej** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego Miasto Bielsko – Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku Białej** na rzecz wykonawcy **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Bielsku Białej.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2488/20

UZASADNIENIE

W dniu 30 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **FBSerwis S.A.** (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu **Miastu Bielsko Biała - Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej** (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowa ulicy Katowickiej w Bielsku-Białej na odcinku od ul. Oplotek do ul. Czeladniczej - budom chodnika" oznaczenie sprawy 223-20/IZ/38/B/PN, (dalej: „**Postępowanie**”):

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty S. Ż. i Pana G. Ż. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod firmą P.H.U. TREXBUD s.c. S. Ż. G. Ż. z siedzibą w Pisarzowicach (dalej: „**Trexbud**”) i zaniechanie odrzucenia oferty **Trexbud** pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę zarówno w ujęciu globalnym, jak i w zakresie istotnych jej składników, w związku z rażącym zaniżeniem cen jednostkowych za:
  - a. Prefabrykowane elementy przepustów ramowych - prefabrykaty ramowe otwarte o świetle poziomym 3,0 m i głębokości 2,25 m, beton min. kl. C35/45, ld. eksp. XA1, ze zbrojeniem odginanym na górnych płaszczyznach ścian bocznych, wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej (poz. 17 Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) nr 2 Formularza kosztorysu ofertowego (Załącznik nr 1 do Rozdziału III SIWZ - Formularza ofertowego (dalej: „**Kosztorys**”),
  - b. Prefabrykowane elementy przepustów ramowych - prefabrykaty ramowe otwarte (o świetle poziomym 3,0 m i głębokości 2,25 m) i zamknięte (o świetle poziomym 3,0 m i pionowymi 1,75 m), beton min. kl. C35/45, kl. eksp. XA1, ze zbrojeniem odginanym, wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej (poz. 48 TER 2 Kosztorysu),
  - c. Prefabrykowane elementy przepustów ramowych - prefabrykaty ramowe otwarte (o świetle poziomym 3,0 m i głębokości 2,25 m) i zamknięte (o świetle poziomym 3,0 m i pionowymi 1,75 m), beton min. kl. C35/45, kl. eksp. XA1, ze zbrojeniem odginanym, wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej (poz. 87 TER 2 Kosztorysu), przy czym z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego kosztorysowy (obmiarowy) model rozliczania wynagrodzenia ww. ceny bezpośrednio wpływają na wysokość wynagrodzenia rzeczywiście wypłacanego wykonawcy i jako takie są istotnym elementem ceny, a wartość prac, których dotyczą zaniżone ceny ofertowe jest tak wysoka, że rażąco niska jest również cała cena ofertowa;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 i 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty **Trexbud** pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, gdyż w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że, że osoba dedykowana do pełnienia stanowiska kierownika posiada doświadczenie w przebudowie przepustu wykonanego z betonu zbrojonego w zakresie obejmującym wzmocnienie ustroju nośnego zdobyte w ramach realizacji inwestycji: (a) budowa chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Wilamowicach; (b) poprawa układu komunikacyjnego poprzez przebudowę drogi gminnej ul. Parkowej i drogi powiatowej ul. Uzdrowskiej w Goczałkowicach Zdrój, podczas gdy w rzeczywistości ww. inwestycje nie obejmowały przebudowy przepustu wykonanego z betonu zbrojonego w zakresie obejmującym wzmocnienie ustroju nośnego przy czym **Trexbud** będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych przez kierownika budowy doświadczeniach, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z

rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Trexbud, wykluczenie Trexbud z Postępowania oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w ramach Postępowania wykonawcy mieli obowiązek podać w swej ofercie cenę ofertową ustaloną w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym. Co istotne, ceny jednostkowe będą miały istotne znaczenie dla wysokości wynagrodzenia rzeczywiście wypłacanego wykonawcy, bowiem zgodnie z § 3 ust. 2 Projektu Umowy wynagrodzenie wykonawcy miało zostać wyliczone według cen jednostkowych oferty Wykonawcy, podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (zwanej również „TER”), będącej załącznikiem oferty Wykonawcy oraz faktycznie wykonanej i odebranej ilości robót.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Trexbud zaferował Zamawiającemu drastycznie zaniżone ceny jednostkowe w pozycjach nr 17, 48, i 87 tabeli TER 2 Kosztorysu. Ceny te w sposób oczywisty nie obejmują nawet kosztu materiału niezbędnego do wykonania prefabrykowanych elementów przepustów (betonu i stali o odpowiednich parametrach fizycznych - koszty te według wyliczeń Odwołującego wynoszą ok. 2 400, podczas gdy ceny jednostkowe zaproponowane przez Trexbud na poziomie odpowiednio 1 750 zł, 1 720 zł i 1 370 zł).

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe ceny nie wystarczają na pokrycie: kosztów prefabrykacji (wytworzenia prefabrykatów), transportu z miejsca produkcji prefabrykatów na obszar realizacji zamówienia, robocizny związanej z ich zabudowaniem w ramach inwestycji oraz kosztów wykorzystywanego do tego celu sprzętu, nie wspominając już o marży producenta prefabrykatów (Trexbud nie jest takim producentem i musi je zakupić u innego podmiotu). Przedmiotowe ceny jednostkowe zostały przez Trexbud zaniżone - według wyliczeń Odwołującego - co najmniej dziesięciokrotnie. Uwzględniając pełne koszty wykonania robót wskazanych w poz. nr 17, 48, i 87 tabeli TER 2 Kosztorysu ceny te powinny zostać podwyższone w sumie co najmniej o blisko pół miliona złotych.

W ocenie Odwołującego tak istotne zniżenie cen jednostkowych świadczy o tym, że całość ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia również została zaniżona. Stanowisko to jest tym bardziej zasadne, że pozostałe ceny jednostkowe nie zostały przez Trexbud zawyżone (są określone na stosunkowo niskim poziomie), a tym samym Trexbud nie mógł uwzględnić kosztów prac określonych w pozycjach 17, 48 i 87 TER 2 w jakichkolwiek innych pozycjach Kosztorysu. Takie działanie byłoby zresztą nieprawidłowe - niezgodne z SIWZ oraz nosiłoby znamiona czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami jednostkowymi.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający wzywał wykonawcę Trexbud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd zamawiającego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

W ocenie Odwołującego powołanie się przez Trexbud na posiadanie przez osobę dedykowaną na kierownika budowy doświadczenia w przebudowie przepustu wykonanego z betonu zbrojonego w zakresie obejmującym wzmocnienie ustroju nośnego zdobyte w ramach realizacji inwestycji: 1) budowa chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Wilamowicach i 2) poprawa układu komunikacyjnego poprzez przebudowę drogi gminnej ul. Parkowej i drogi powiatowej ul. Uzdrowskiej w Goczałkowicach Zdrój jest informacją nieprawdziwą. Przedmiotowe inwestycje - zgodnie z wiedzą Odwołującego - nie obejmowały bowiem przebudowy przepustów z betonu zbrojonego i wzmocnienia jego ustroju nośnego.

Inwestycja dotycząca budowy chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Pisarzowicach (Gmina Wilamowice) zakładała tylko dobudowanie kapy chodnikowej, nie zaś wzmocnienie ustroju nośnego czy przebudowę przepustu albo mostu. Z kolei inwestycja w Gminie Goczałkowice Zdrój w ogóle nie zakładała jakiegokolwiek przebudowy czy budowy mostu albo przepustu. Odwołujący zaznaczył, że w odniesieniu do przebudowy drogi gminnej i powiatowej w Goczałkowicach Zdrój sam Zamawiający miał wątpliwości, czy ta inwestycja obejmowała wymaganą przebudowę przepustu i zwrócił się w dniu 22 września br. o do ww. wykonawcy o wyjaśnienie tej kwestii. Trexbud w dniu 23 września br. odpowiedział, że wprawdzie początkowo prace przy przebudowie ul. Parkowej i Uzdrowskiej w Goczałkowicach Zdrój nie obejmowały przebudowy przepustu, jednak w trakcie przebudowy okazało się, że jego stan był zły i należało go przebudować i wzmocnić ustrój nośny z użyciem betonu zbrojonego aby ukończyć przebudowę drogi.

W ocenie Odwołującego takie twierdzenie może jednak nie odpowiadać rzeczywistości. W tej sytuacji podanie przez Trexbud informacji zawartych w wykazie dotyczącym potencjału kadrowego o ww. inwestycjach wywołało u Zamawiającego błędne przekonanie, że Trexbud dedykuje do realizacji zamówienia osobę posiadającą szersze niż w rzeczywistości doświadczenie w przebudowie przepustów lub mostów.

Odwołujący wskazał, że informacje dotyczące posiadania przez Kierownika doświadczenia w przebudowie przepustów lub mostów odnosiły się do kryterium oceny ofert. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o przyznaniu Trexbud wysokiej punktacji w ramach kryterium pozacenowego i w konsekwencji mogły mieć wpływ na decyzję Zamawiającego w sprawie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego. Odwołujący powołał się na wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03.

Odwołujący wskazał, że w stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika,

określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt I CSK 330/11).

Dalej Odwołujący wskazał, że pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: „Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawołowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.”

Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (takm.in. 1 Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red. Z. Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009-1010). W tym zakresie wymaga dostrzeżenia, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich weryfikacji, winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilku milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

W ocenie Odwołującego w stanie faktycznym sprawy takiej staranności po stronie Trexbud mogło zabraknąć. Wykonawca ten winien posiadać wiedzę, jakim doświadczeniem dysponuje jego pracownik oraz czy i w jakim zakresie wykonywał on wcześniej określone czynności. Jeśli takiej wiedzy nie posiadał, winien on ją zweryfikować przed złożeniem oferty - dołożyć należytej staranności w celu potwierdzenia prawdziwości informacji przekazywanych Zamawiającemu. Skoro tego nie zrobił, to wymaganej staranności nie dołożył - a tym samym dopuścił się co najmniej niedbalstwa. W konsekwencji, za uzasadnioną należy uznać tezę, że wykonawca Trexbud winien zostać wykluczony z Postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP.

#### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. ).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) informacje cenowe Sekocenbud dotyczące cen elementów wymaganych do produkcji przepustu, ofertę handlową Neptun na dostawę prefabrykatów, wycenienia Odwołującego dotyczące kosztów produkcji i dostawy prefabrykatów – dokumenty na okoliczność wykazania rażącego zaniżenia wyceny pozycji 17, 48 i 96 Kosztorysu wykonawcy Trexbud; (ii) przedmiar robót dla zadania pn. przebudowa drogi gminnej ul. Parkowej w Goczałkowicach – Zdrój wraz z przebudową sieci kanalizacji deszczowej, zdjęcia przepustu, przedmiar robót dla zadania pn. projekt budowy chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Pisarzowicach na okoliczność wykazania, iż kierownik budowy wskazany przez wykonawcę Trexbud w wykazie Potencjał kadrowy nie nabył na tych inwestycjach wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia; (iii) fragment projektu budowlanego dla zadania pn. projekt budowy chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Pisarzowicach na okoliczność wykazania, iż zadanie to obejmowało przebudowę przepustu; (iv) opinię w sprawie montażu prefabrykatów betonowych przygotowaną przez projektanta Zamawiającego na okoliczność wykazania prawidłowości wyceny kosztów pracy montażu prefabrykatów przez wykonawcę Trexbud.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa ulicy Katowickiej w Bielsku-Białej na odcinku od ul. Oplotek do ul. Czeladniczej - budom chodnika" oznaczenie sprawy 223-20/IZ/38/B/PN.

W pkt 17 SIWZ Zamawiający zawarł informację dotyczące kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający ustaliła następujące kryteria: cena – 60%, doświadczenie potencjału kadrowego – 20%, okres gwarancji – 20%. W zakresie kryterium – doświadczeni potencjału kadrowego, Zamawiający wskazał, że wykonawca w celu oceny w tym kryterium wskaże i opíše w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do Rozdziału II SIWZ dodatkowe zakończone zamówienia wykonane przez osobę pełniącą funkcję kierownika budowy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, spełniające wymagany warunek określony w pkt 6.2.3.2

Z kolei warunek określony w pkt 6.2.3.2 został sformułowany przez Zamawiającego w następujący sposób: wykonawca musi wykazać, że w trakcie realizacji zamówienia dysponować będzie Kierownikiem budowy mającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w trakcie realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej, polegającej w szczególności na:

- a) przebudowie przepustu, obiektu mostowego lub tunelu, wykonanych z betonu zbrojonego, w zakresie obejmującym co najmniej wzmocnienie ustroju nośnego, lub
- b) budowie przepustu, obiektu mostowego lub tunelu z betonu zbrojonego.

Szerokość każdego z w/w obiektów wykonanych z betonu zbrojonego nie może być mniejsza niż 2 m.

Przebudowa lub budowa – rozumie się zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane.

Przepust, obiekt mostowy, tunel - rozumie się zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. W przywołanym rozporządzeniu przepust definiowany jest jako budowa o przekroju poprzecznym zamkniętym przeznaczoną do przeprowadzania cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 5 ofert. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 6 616 943,31 zł brutto. Na dzień otwarcia ofert poinformował wykonawców, że na realizację zamówienia dysponuje kwota 3 226 000 zł. Ofertę najtańsza w postępowaniu złożył wykonawca Trexbud za cenę brutto 3 880 476,77 zł.

Izba ustaliła, że wykonawca Trexbud wraz złożył wypełniony Załącznik nr 5 – Potencjał Kadrowy. W załączniku wykonawca wskazał kierownika budowy oraz posiadane przez niego doświadczenie. Wykonawca wskazał 5 inwestycji, w tym: (i) budowa chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Pisarzowicach, wskazując w zakresie zamówienia, iż inwestycja obejmowała przebudowę i wydłużenie przepustu z betonu zbrojnego wraz z wzmocnieniem ustroju nośnego; (ii) poprawa układu komunikacyjnego poprzez przebudowę drogi gminnej ul Parkowej i drogi powiatowej ul. Uzdrowskiej w Goczałkowicach Zdrój, w tym przebudowa przepustu z betonu zbrojnego wraz z wzmocnieniem ustroju nośnego.

Wykonawca Trexbud złożył również Tabelę Elementów Rozliczeniowych nr 2 – Roboty Mostowe. Tabela ta zawierała wycenę m.in. pozycji nr 17 – Prefabrykaty betonowe – cena jednostkowa 1750 zł, pozycji nr 48 – Prefabrykaty betonowe – cena jednostkowa 1 720 zł oraz pozycji nr 86 – cena jednostkowa – 1 370 zł.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trexbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest niższa o więcej niż 30% szacowanej wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał wykonawcę Trexbud m.in. do wyjaśnienia ceny w Tabeli Elementów Rozliczeniowych nr 2 – Roboty mostowe – prefabrykowane elementy przepustów ramowych – Pozycje nr 17, 48 i 86.

Wykonawca Trexbud złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 1 września 2020 r. Treść wyjaśnień została zastrzeżona przez wykonawcę jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 września 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Trexbud do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał m.in., iż oferta handlowa na prefabrykaty pochodzi z dnia 11.08.2020 r. Biorąc pod uwagę termin ważności oferty cenowej oraz rozeznanie Zamawiającego w kwestii aktualnych cen rynkowych prefabrykowanych elementów żelbetonowych, Zamawiający wezwał wykonawcę do potwierdzenia czy podtrzymuje zamierzenia wykonania przepustów przez zastosowaniu prefabrykowanych elementów ramowych.

Pismem z dnia 9 września 2020 r. wykonawca Trexbud złożył wyjaśnienia, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trexbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie informacji zamieszczonych w załączniku nr 5 do oferty – Potencjał kadrowy i wyjaśnienia czy zamówienie opisane jako poprawa układu komunikacyjnego poprzez przebudowę drogi gminnej ul. Parkowa i drogi powiatowej u. Uzdrowska Goczałkowice Zdrój polegało na przebudowę przepustu o szerokości co najmniej 2 m. W piśmie z dnia 9 września 2020 r. wykonawca Trexbud potwierdził, że powyższa inwestycja obejmowała przebudowę przepustu o szerokości 2.5 m. Izba ustaliła, że Zamawiający ponownie pismem z dnia 22 września 2020 r. wezwał wykonawcę Trexbud do wyjaśnienia zakresu inwestycji w Goczałkowicach. Zamawiający wskazał, że z dokumentacji projektowej wynika, że roboty budowlane nie polegały na przebudowie przepustu z betonu zbrojnego, gdyż w tej dokumentacji nie ma przepustu z betonu zbrojnego. Pismem z dnia 23 września 2020 r. wykonawca Trexbud wyjaśnił, że wstępnie inwestycja ta nie obejmowała przebudowy przepustu lecz w trakcie przebudowy drogi okazało się, że stan przepustu jest zły i należy go przebudować i wzmocnić ustrój nośny z użyciem betonu zbrojnego, aby móc ukończyć należyście przebudowę drogi.

Izba ustaliła, że w dniu 23 września 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy Trexbud.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma intereso w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty podniesione w dowołaniu, co skutkowało jego uwzględnieniem.

#### ***Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp***

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofiarowana 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. Ocena co stanowi istotną część składową przedmiotu zamówienia musi odbywać się zarówno z uwzględnieniem znaczenia części składowej dla realizacji zamówienia jak również wartości cenowej takiej części składowej w kosztach realizacji zamówienia. Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że pierwsza z wymienionych wyżej przesłanek nie ma zastosowania bowiem wykonawca Trexbud złożył stosowane wyjaśnienia. Zdaniem Izby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzały jednakże realności wyceny istotnych elementów składowych zamówienia. Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaofiarowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi wiarygodnymi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Wylimitowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybieniem na etapie realizacji zamówień. Wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić

zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

Zdaniem Izby wycena pozycji nr 17, 48 i 87 tabeli TER 2 Kosztorysu dokonana przez wykonawcę Trexbud jest rażąco zaniżona, zaś złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie zawierały informacji na podstawie, których można by było uznać, iż zaofertowane ceny mają charakter rynkowy. Pozycje te stanowią, zdaniem Izby, istotne części składowe zamówienia w zakresie robót mostowych, zaś ich rażąco zaniżona wycena wpływa istotnie na ranking ofert złożonych w postępowaniu. W ocenie Izby, wykonawca Trexbud nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach rynkowego charakteru wyceny powyższych pozycji. Nie można przyjąć prawidłowości wyceny określonych elementów składających się na zamówienia wyłącznie na tej podstawie, że wykonawca złożył ofertę handlową innego podmiotu na dostarczenie/wykonanie takiej części zamówienia. Badaniu, w ramach weryfikacji wyceny dokonanej przez wykonawcę, polegają również oferty handlowe złożone przez wykonawcę w ramach wyjaśnień. Oferty stanowią dowód na wykazanie realności zaproponowanej wyceny i jako dowód podlegają ocenie w zakresie wiarygodności zaproponowanych warunków handlowych. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to obowiązek weryfikacji realności wyceny kosztów realizacji zamówienia można by było z łatwością pominąć poprzez powołanie się na oferty handlowe dostawców czy podwykonawców i ograniczając się do stwierdzenia, że skoro mam ofertę handlową to wykazałem realność ceny. Takie podejście uznać należy za nieprawidłowe. To niedopuszczalny sposób, który prowadziłby po pierwsze do uniknięcia szczegółowych wyjaśnień zaproponowanej ceny za realizację zamówienia, po drugie zaś powodowałby nierówne traktowanie wykonawców w tych samych okolicznościach. Wykonawca, który samodzielnie realizuje zamówienia byłby bowiem zobowiązany do szczegółowej analizy kosztowo-twórczej realizacji przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca, który zamierza realizować zamówienia z udziałem podwykonawcy lub powołuje się na oferty handlowe podmiotów trzecich takich szczegółowych wyjaśnień nie musiałby składać. Zdaniem Izby ceny dumpingowe czy nierynkowe oferowane przez producentów czy dostawców podlegają również weryfikacji ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do rzetelności zaproponowanych warunków handlowych, zwłaszcza w zakresie wymogów dotyczących kosztów pracy czy innych obiektywnie weryfikowalnych uwarunkowań. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to proces badania rażąco niskiej ceny byłby iluzoryczny i nie prowadziłby do rzeczywistej weryfikacji ceny wykonawcy. Zdaniem Izby, jeśli w okolicznościach konkretnej sprawy jest podejrzenie zaniżenia cen materiałów czy robocizny u dostawcy, podwykonawcy, to Zamawiający powinien zweryfikować, czy w łańcuchu dostawców/podwykonawców poniżej wykonawcy zachowane są odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należyłą realizację zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym wykonawca Trexbud powołał się na specjalną ofertę na produkcję i dostawę prefabrykatów. Treść oferty została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba dokonała analizy oferty na jaką powołał się wykonawca Trexbud. W jej treści poza ogólnym i nic nie wnoszącym stwierdzeniem o jej specjalnym charakterze nie ma żadnych konkretnych informacji pozwalających za zweryfikowanie cen zaofertowanych przez dostawcę. Zdaniem Izby przyjęte ceny rażąco odbiegają od cen rynkowych, które Odwołujący wykazał przedkładając na rozprawie dowody dotyczące cen Sekocenbud, oferty handlowej oraz wycen kosztów składających się na produkcję i dostawę prefabrykatów. Oczywiście są to pewne uogólnienia rynkowe w zakresie kosztów związanych z produkcją prefabrykatów, ale stanowią one punkt wyjścia do analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Trexbud. Wyjaśnień tych jednak brak jest ze strony wykonawcy. Oferta handlowa stanowi, zdaniem Izby, niewystarczający dowód na wykazanie realności zaproponowanej wyceny za pozycje nr 17, 48 i 87. Przyjęte przez wykonawcę wyceny rażąco odbiegają od średnich cen rynkowych. Dostawca nie wyjaśnił specjalnych uwarunkowań, które spowodowały tak rażące obniżenie cen, a tym bardziej czy przy tak zaproponowanych cenach zachowane są wymagania dotyczące kosztów pracy czy koszty materiałów związanych z produkcją prefabrykatów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy Trexbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wykonawca Trexbud nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, iż istotne elementy przedmiotu zamówienia zostały wycenione w sposób rynkowy. Oferta handlowa od dostawcy podlega również weryfikacji w zakresie jej rynkowego charakteru, w celu eliminacji cen dumpingowych i nierealnych. Ani wykonawca Trexbud ani Zamawiający nie wykazali Izbie, że taka weryfikacja miała miejsce i że zaproponowane ceny za pozycje nr 17, 48 i 87 są realne i możliwe do zaofertowania, przy spełnieniu wymagań związanych z kosztami pracy i kosztami materiałów.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). W wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym wykonawca Trexbud przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do zakresu doświadczenia zdobytego przez kierownika budowy podczas realizacji inwestycji w Goczałkowicach. Zamawiający powziął wątpliwości co do zakresu doświadczenia kierownika budowy wskazane w wykazie wzywając dwukrotnie wykonawcę Trexbud do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i wskazując, że z dokumentacji projektowej inwestycji nie wynika, iż była wykonywana przebudowa przepustu. W piśmie z dnia 22 września 2020 r. wykonawca Trexbud powtórzył to, co zostało zawarte w wykazie, dodając, iż prace przy przebudowie drogi wstępnie nie obejmowały przebudowy przepustu, lecz w trakcie przebudowy drogi okazało się, że stan przepustu jest zły i należy go przebudować i wzmocnić ustrój nośny przepustu z użyciem betonu zbrojonego tak, aby móc ukończyć należycie drogę. Izba nie dała wiary twierdzeniom wykonawcy. Wykonawca nie złożył żadnego dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń. Trudno uznać za racjonalne przyjęcie, że przebudowa ustroju nośnego przepustu nie została odzwierciedlona w dokumentacji technicznej wykonania inwestycji. To na wykonawcy spoczywał ciężar dowodu wykazania, że wskazany przez niego kierownik budowy posiada wymagane doświadczenia, czego, zdaniem Izby, wykonawca Trexbud nie uczynił. Odwołujący przedłożył Izbie dowód w postaci Przedmiaru robót inwestycji w Goczałkowicach. Ze złożonego dokumentu

wynika, że przedmiot zamówienia nie obejmował swoich zakresem przebudowy przepustu. Tą okoliczność potwierdza również pismo jakie Zamawiający otrzymał od Gminy Goczałkowice. W piśmie tym zawarta została oświadczenie Gminy Goczałkowice, że prace wykonane w obrębie istniejącego przepustu w ciągu ul. Uzdrowskiej na potoku Kanar dotyczyły: wymiany konstrukcji oraz wykonania nowej nawierzchni drogi nad istniejącym przepustem, remontu barier na istniejącym przepuście, umocnienia skarpy potoku przy istniejącym przepuście oraz wzmocnienia dna potoku. W żadnym miejscu oświadczenia Gmina Goczałkowice nie stwierdziła, że zakres zamówienia obejmował przebudowę przepustu na jaką powołuje się wykonawca Trexbud, pomimo, iż Zamawiający wyraźnie sformułował w tym zakresie zapytanie. Oświadczenie Gminy Goczałkowice należy interpretować w świetle przedmiotu zamówienia zrealizowanej inwestycji tj. budowa drogi gminnej przy ul. Parkowej w Goczałkowicach – Zdrój wraz z przebudową sieci kanalizacji deszczowej. Jest oczywistym dla Izby, że twierdzenie dotyczące wymiany konstrukcji nie odnosi się do wymiany konstrukcji przepustu, ale do wymiany konstrukcji jezdni, co jest zgodne z pkt 2.3 Przedmiaru robót. Nie ulega wątpliwości, że gdyby zakres wykonanych przez wykonawcę robót obejmował przebudowę przepustu, to taka informacja znalazłaby odzwierciedlenie w przedmiarze robót oraz w oświadczeniu Gminy Goczałkowice. Zdaniem Izby, wykonawca powołując się na doświadczenia kierownika budowy w zakresie inwestycji w Goczałkowicach wprowadził Zamawiającego w błąd podając informacje o doświadczeniu, które nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych Izbie dowodach. Takiemu działaniu wykonawcy należy przypisać co najmniej niedbalstwo przejawiające się w tym, iż wykonawca nie zweryfikował doświadczenia kierownika budowy wskazane w złożonym wykazie. Od profesjonalisty działającego na rynku zamówień publicznych należy oczekiwać obiektywnej weryfikacji informacji przekazywanych Zamawiającemu w toku postępowania. Wykonawca Trexbud przekazując informacji co do zakresu doświadczenia kierownika budowy winien wykazać Zamawiającemu w jaki sposób obiektywnie tj. poprzez dokumentację techniczną wykonania robót, zweryfikował zakres posiadanego doświadczenia przez kierownika budowy. W analizowanym stanie faktycznym wykonawca Trexbud oparł się wyłącznie na swoich twierdzeniach, nie przedstawiając Zamawiającemu żadnego dowodu na potwierdzenie zasadności składanych oświadczeń. Należy podkreślić, że celem oceny potencjału kadrowego danego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia nie jest formalne przyznanie mu maksymalnej liczby punktów w kryteriach pozacenowych. Zadaniem Zamawiającego jest zweryfikowanie czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem kadrowym o wymaganym doświadczeniu. Weryfikacja zaś nie może ograniczyć się do przyjęcia za prawdziwe subiektywnych twierdzeń wykonawcy, w sytuacji, w której istnieją wątpliwości co do spełnienia wymagań dotyczących doświadczenia. Dowody przedłożone Izbie potwierdziły, że wykonawca Trexbud wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia zdobytego przez kierownika budowy na inwestycji w Goczałkowicach.

W zakresie zarzut dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 dotyczącego inwestycji w Wilamowicach, to zdaniem Izby, wykonawca Trexbud dokonał błędnej interpretacji SIWZ, potwierdzonej w sposób nieprawidłowy przez Zamawiającego. Takie działanie wykonawcy nie stanowiło naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Należy wskazać, że Zamawiający wymagał, że kierownik budowy posiadał doświadczenie w przebudowie przepustu, w zakresie obejmującym co najmniej wzmocnienie ustroju nośnego. Jak wynika z dowodów złożonych Izbie, inwestycja w Wilamowicach obejmowała swoim zakresem budowę chodnika w ciągu ul. Szkolnej w Pisarzowicach. W pkt 7 Przedmiaru robót pn. Poszerzenie przepustu, zostały określone prace wchodzące w zakres tych robót. Jak wyjaśnił Zamawiający oceniając doświadczenie kierownika budowy zdobyte w ramach realizacji inwestycji w Wilamowicach uznał, że spełnia ono wymagania Zamawiającego, gdyż z projektu budowlanego wynika, że w ramach realizacji zamówienia został wykonany wspornik w istniejącej ścianie czołowej przepustu w celu zapewnienia odpowiedniej nośności chodnika. Zamawiający uznał, iż była to rozbudowa ustroju nośnego tego obiektu, gdyż zmieniły się jego parametry. Zdaniem Izby zarówno wykonawca Trexbud jak i Zamawiający dokonali nieprawidłowej interpretacji SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia kierownika budowy, która zmierzała do dostosowania brzmienia wymagań Zamawiającego do doświadczenia kierownika budowy. Zdaniem Izby z treści warunków jakie postawił Zamawiający jasno wynika, że Zamawiający odwołał się do definicji przepustu zawartej w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. W przywołanym rozporządzeniu przepust definiowany jest jako budowla o przekroju poprzecznym zamkniętym przeznaczoną do przeprowadzania cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi. Jak wynika z powyższej definicji, przepust to budowla służąca do określonych celów tj. przeprowadzania cieków, szlaków wędrówek wodnych lub urządzeń technicznych przez korpus drogi. Wymóg Zamawiającego należy czytać łącznie z przepisami Rozporządzenia. To zdaniem Izby oznacza, że przebudowa przepustu jako budowla przez korpus drogi miała skutkować wzmocnieniem ustroju nośnego drogi. Błędnie zatem przyjął wykonawca Trexbud oraz Zamawiający, że wzmocnienie przebudowanego chodnika uznać należy za zmianę parametrów nośności samej drogi. Takich okoliczności ani Zamawiający ani wykonawca Trexbud nie wykazali Izbie.

Zdaniem Izby nieprawidłowa interpretacja zapisów SIWZ dokonana przez wykonawcę Trexbud oraz Zamawiającego nie stanowi jednak naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17. Wykonawca Trexbud w złożonym wykazie wskazał, że inwestycja w Wilamowicach obejmowała przebudowę chodnika. Mógł zakładać, że wzmocnienie chodnika poprzez montaż wspornika w przepuście spełnia wymagania Zamawiającego. Izba nie widzi podstaw do przypisania wykonawcy w tym zakresie niedbalstwa czy lekkomyślności, które są konieczne do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

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. a 972 z zm.).

**Przewodniczący:.....**