

WYROK
z dnia 24 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polbud-Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Pakości, PRD Nowogard S.A. z siedzibą w Nowogardzie,**

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie,

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Budimex S.A. i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Budimex S.A. - na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny wskazanych w odwołaniu części składowych oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie w części % oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polbud-Pomorze Sp. z o.o., PRD Nowogard S.A. w części % i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 594 zł 28 gr (słownie: dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote dwadzieścia osiem groszy).

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

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (odcinek szlakowy)*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 030-068995.

W dniu 12 czerwca 2020 r. Konsorcjum: Polbud-Pomorze Sp. z o.o., PRD Nowogard S.A. wniosło odwołanie

wobec nieprawidłowego badania i oceny ofert złożonych przez Budimex S.A. oraz Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców oraz dokonania wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Budimex S.A. oraz oferty Przedsiębiorstwa Drogowego Kontrakt Sp. z o.o. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty Budimex S.A.;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone cztery oferty:

- oferta Strabag Sp. z o.o. (111.422.667,89 zł brutto),
- oferta Odwołującego (106.871.839,94 zł brutto),
- oferta Budimex S.A. (91.709.251 zł brutto),
- oferta Przedsiębiorstwa Drogowego Kontrakt Sp. z o.o. (93 207 803,13 zł brutto).

W dniu 1 czerwca Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (dokument opatrzony został datą 29 maja 2020 r.). W powyższej informacji Zamawiający poinformował o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Zgodnie z rankingiem ofert pierwsze miejsce zajął wykonawca Budimex S.A. (100,00 pkt), drugie miejsce - Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. (99,04 pkt), trzecie - Odwołujący (91 pkt), czwarte - Strabag Sp. z o.o. (89,38 pkt).

Odwolujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wszczęcia procedury wyjaśniającej w odniesieniu do dwóch wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane najwyżej. Wskazał, że nie ziszczyły się opisane w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp przesłanki wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ofercie Budimex S.A. oraz Przedsiębiorstwa Drogowego Kontrakt Sp. z o.o. Z punktu widzenia procedury prowadzącej do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma to ten skutek, że nie dochodzi do powstania domniemania rażąco niskiej ceny, a wraz z nim obarczenia wykonawcy ciężarem wykazania, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny. Zdaniem Odwołującego jednak Zamawiający powinien wszcząć względem wykonawcy Budimex S.A. oraz wykonawcy PD Kontrakt procedurę wyjaśniającą z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych ofert.

Odwolujący stwierdził, że z przepisu art. 90 ust. 1a jednoznacznie wynika, że obowiązkiem zamawiającego badającego poziom cenowy ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp (średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia), ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Tym samym fakt braku zmaterializowania się przesłanek wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania poziomu cenowego nie zwalnia Zamawiającego z jej przeprowadzenia, o ile cena lub jej istotne części składowe budzą obiektywne wątpliwości. Na poparcie tych twierdzeń Odwołujący przywołał tezę z orzecznictwa Izby, wskazał również na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w sprawie o sygn. akt C-599/19 stwierdził: (...) *zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.*

Odwolujący stwierdził, że uznanie, iż mamy do czynienia z istotną częścią składową może być pochodną nie tylko wartości tej części w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale i innych okoliczności, np. zakresu przedmiotowego lub specyfiki zamówienia (w tym np. liczby części). Oznacza to, że jeśli okoliczność inna niż wartość części przemawia za przyznaniem jest przymiotu istotności, to wartość ta winna zejść na drugi plan. Zamawiający nie może akceptować ofert, której istotne części składowe mają rażąco niski charakter. Bez znaczenia jest, że cena końcowa tej oferty nie wygenerowała konieczności wszczęcia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego.

Zdaniem Odwołującego, za kluczowy z punktu widzenia niniejszego odwołania uznac należy model wynagrodzenia, który obrał Zamawiający. Zgodnie z Działem XVI11 ust. 1 SIWZ Zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe.

Ust. 2 wskazuje, że cena brutto zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Wycenionych przedmiarach robót. Natomiast zgodnie z ust. 4 ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia. Obrazu kosztorysowego modelu wynagrodzenia dopełnia § 3 ust. 2 wzoru umowy, przedstawiający sposób wyliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy: Wynagrodzenie stanowić będzie wynik iloczynu ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót sporządzonym metoda kalkulacji uproszczonej oraz kwoty podatku od towarów i usług VA T.

Odwolujący stwierdził, że o ile w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca może argumentować, że zaniżenie wartości ujętej w danej pozycji nie będzie miało wpływu na realizację inwestycji (gdyż np. koszty właściwe dla danej pozycji zostały ujęte w innej), tak argumentacja ta nie znajdzie zastosowania do wynagrodzenia kosztorysowego. Wycena z poszczególnych pozycji znajduje bowiem bezpośrednie przełożenie na realizację inwestycji

-wynagrodzenie należne wykonawcy będzie bowiem iloczynem wartości danej ceny jednostkowej i ilości robót odebranych. O ile bowiem ta druga wartość (ilość robót odebranych) ma charakter zmienny i jest zależna od faktycznego przebiegu prac, tak cena jednostkowa nie będzie modyfikowana, czemu dał wyraz Zamawiający wskazując, że ceny jednostkowe nie będą zmieniane w trakcie realizacji kontraktu. W związku z tym obowiązkiem Zamawiającego było poddanie cen jednostkowych w ofertach wszystkich wykonawców szczegółowej i pogłębionej analizie. Ewentualne zaniżenie istotnych cen jednostkowych może bowiem skutkować niemożnością zrealizowania całej inwestycji, tym bardziej w przypadku, gdy nierynkowy charakter mają całe grupy pozycji przedmiaru.

Odwolujący przedstawił zestawienie zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców cen jednostkowych w wybranych przedmiarów. Z zestawienia tego wynika, że relacja cen Budimex do średniej ceny zaoferowanych przez pozostałych wykonawców wynosi:

D-02.00.00 Roboty ziemne

-D-02.01.01 Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 22,42%

-D-02.03.01 Formowanie i zagęszczanie nasypów wraz z wykonaniem schodkowania oraz pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego - kruszywo - 16,26

-D-02.03.01 Wymiana gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału - 43,73%

-D-02.03.01 Wykonanie i zagęszczanie warstwy z piasku o gr. po zagęszczeniu 10 cm- pod wzmocnienie geosiatką i materac z kruszywa - 36,82%

-D-04.04.02b Ułożenie geosiatki zbrojeniowej 200/50-20(siatka z poliwinylalkoholu o wytrzymałości na zerwanie min. 200x50 kN/m) m2 - 33,24%

-D-04.04.02b Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (materac z kruszywa łamanego) - 34,19%,

-D-04.04.02b Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (warstwa kruszywa owinięta geosiatką - 34,19%,

D-04.00.00 Podbudowa

-D-04.05.01a Warstwa wzmacniająca podłoża z gruntu stabilizowanego cementem C3/4 z dowozu, pielęgnacja podbudowy piaskiem i wodą, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm - 50,40%,

-D-04.04.02b Podbudowa z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/31,5 , gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm (nawierzchnia KR 3, przekopy) - 63,99%,

-D-04.07.01a D-04.03.01a Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC22P, gr. warstwy po zagęszczeniu 7 cm (nawierzchnia nowa, przekopy, wzmocnienie nr 2 wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 54,09%

-D-04.08.01 ..D-04.03.01a Wyrównanie betonem asfaltowym ACI 6W istniejącej nawierzchni na grubość min. 4 cm(wzmocnienie nr 3 - średnia grubość 9 cm) z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 68,25%

D-05.00.00 Nawierzchnia

-D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W, gr. warstwy po zagęszczeniu 8 cm (nowa nawierzchnia KR 3, w tym przekopy, wzmocnienie nr 3) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 49,94%

- D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wyrównawcza z betonu asfaltowego ACI 6W, gr. warstwy po zagęszczeniu min. 4 cm (wzmocnienie nr 2 - średnia grubość 9 cm) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 79,03%
- D-05.03.13a D-04.03.01a Warstwa ścieralna z mieszanki SMA8, gr. warstwy po zagęszczeniu 4 cm wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 77,21%
- D-05.03.26a Ułożenie siatki zbrojeniowej na styku z nawierzchnią istniejącą (siatka przyklejana na gorąco o wytrzymałości na rozciąganie 120/200 kN/m i maksymalnym wydłużeniu przy zerwaniu 3% wstępnie przesączana asfaltem) - 57,27%
- D-06.00.00 Roboty wykończeniowe
- D-04.04.02b Umocnienie poboczy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C50/10, 0/31 stabilizowanego mechanicznie, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm - 66,24%
- D-06.03.01 Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70 (mieszanka z dowozu) - grubość warstwy 10 cm (destrukt z frezowania jezdni) - 123,69%
- D-06.01.01 Humusowanie terenu z obsianiem trawą przy grubości warstwy humusu 10 cm wraz z zakupem i dowozem nowego humusu - 61,83%

Tymczasowe poszerzenie jezdni

- D-02.01.01 Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem ścian wykopów i ewentualnym odwodnieniem - 16,19%
- D-02.03.01 Wykonanie, profilowanie i zagęszczenie nasypów wraz z pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego (kruszywo) wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 36,06%
- D-02.03.01 Wykonanie i zagęszczenie warstwy piasku o grubości po zagęszczeniu 10 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 27,05%
- D-04.04.02b Wykonanie podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/3 1,5, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 23,89%
- D-04.04.02b Nawierzchnia z płyt żelbetowych pełnych wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 31,60%.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Budimex S.A. drastycznie zaniżył wycenę przywołanych pozycji przedmiarów. Zdaniem Odwołującego pozycje te mają charakter istotny w kontekście całej inwestycji, zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i biorąc pod uwagę ich wartość. Przywołane pozycje składają się na całe rodzaje prac, takie jak: roboty ziemne, podbudowa, nawierzchnia, roboty wykończeniowe, tymczasowe poszerzenie jezdni. Obrazują one zamiar wykonawcy Budimex S.A. na wycenę niniejszej inwestycji, który sprowadza się do zaoferowania cen nierynkowych, rażąco odbiegających od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi wojewódzkiej, to właśnie wskazane powyżej zakresy prac stanowią meritum inwestycji. To z kolei przekłada się na daleko idące ryzyka. Jeśli bowiem na etapie realizacji okaże się, że te kluczowe elementy zamówienia nie mogą zostać zrealizowane za zaoferowaną cenę, to skutkować to może niepowodzeniem całego kontraktu.

Odwołujący podniósł, że sumaryczna wartość zaniżonych pozycji w ofercie Budimex S.A. wynosi 27.958.807,66 zł, co stanowi 37,5% wartości końcowej kontraktu i stwierdził, że nie powinno budzić wątpliwości, iż zakres kwestionowany powyżej ma charakter istotny. Odwołujący podkreślił, że ww. kwota jest niższa od rzeczywistego znaczenia kwestionowanych pozycji. Faktyczną rolę badanych pozycji dla całego zamówienia oddaje wycena pozostałych wykonawców, którzy tożsame prace wycenili na następującym poziomie:

- Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. - 44.693.210,61 zł, co stanowi 59% wartości całkowitej oferty;
- Odwołujący - 57.865.65,75 zł, co stanowi 66,5% wartości całkowitej oferty;
- Strabag Sp. z o.o. - 51.834.327, 83 zł, co stanowi 57% wartości całkowitej oferty.

Zdaniem Odwołującego mamy do czynienia z pozycjami przekładającymi się w istotny sposób na wartość całego kontraktu, bezsprzecznie zatem spełniona jest przesłanka „istotności”, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wadliwość oferty Budimex S.A. nie wynika jedynie z samego zaniżenia wartości

poszczególnych pozycji. Zaniżenie to skutkuje brakiem możliwości wykonania zakresów przypisanych do tych pozycji za zaoferowane ceny. Zaoferowana przez Budimex S.A. kwota z tytułu:

- wykonania wykopów z wywozem urobku (D-02.01.01) - obejmuje koszt co najwyżej samego transportu;
- formowania i zagęszczania nasypów (D-02.03.01) - nie obejmuje nawet kosztu samego dowozu kruszywa, nie mówiąc o kosztach materiałów;
- wymiany gruntu (D-02.01.01) - nie obejmuje nawet kosztu samego dowozu kruszywa, nie mówiąc już o kosztach materiałów, utylizacji czy wbudowania;
- ułożenia geosiatki (D-04.04.02b) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów;
- wzmocnienia podłoża (D-04.04.02b) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów;
- warstwy wzmacniającej podłoża (D-04.05.01a) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów, nie mówiąc o koszcie wbudowania;
- podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego (D-04.04.02b) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów, nie mówiąc o koszcie przeładunku, transportu i wbudowania;
- podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego (D-04.07.01a, D-04.03.01a) - obejmuje najwyżej koszt materiału, bez transportu i wbudowania;
- wyrównania betonem asfaltowym (D-04.08.01, D-04.03.01a) - obejmuje najwyżej koszt materiału, bez transportu i wbudowania;
- warstwy wiążącej z betonu asfaltowego (D-05.03.05b, D-04.03.01a) - obejmuje najwyżej koszt materiału, bez transportu i wbudowania;
- warstwy wyrównawczej z betonu asfaltowego (D-05.03.05b, D-04.03.01a) - obejmuje najwyżej koszt materiału, bez transportu i wbudowania;
- warstwy ścieralnej (D-05.03.13a, D-04.03.01a) - obejmuje najwyżej koszt materiału, bez transportu i wbudowania;
- ułożenia siatki zbrojnej (D-05.03.26a) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów;
- umocnienia poboczy (D-04.04.02b) - nie obejmuje nawet kosztów materiałów;
- humusowania terenu (D-06.03.01) - obejmuje co najwyżej koszt materiału.

Zdaniem Odwołującego, argumentem dodatkowo przemawiającym za słusznością zarzutów odwołania jest fakt, że Budimex S.A. wycenia w różny sposób tożsamy zakres prac. Dotyczy to przykładowo kosztu wykonania wykopów (D-02.01.01). Budimex S.A. oszacował ten koszt na 6,28 zł za m3, tymczasem tożsamy zakres prac w odniesieniu do poszczególnych przepustów wycenia już na 20 zł za m3 (co jest wartością zbliżoną do cen rynkowych).

W celu zobrazowania poziomu cenowego oferty Budimex S.A. Odwołujący przedstawił zestawienie kwestionowanych pozycji z wartościami wynikającymi z Sekocenbud. Wynika z niego następująca relacja wyceny Budimex względem Sekocenbud:

Nr SST	Opis robót	Wartość netto Sekocenbud	Różnica Budimex do Sekocenbud	Wartość ceny Budimex względem Sekocenbud
D-02.00.00 Roboty ziemne				
D-02.01.01	Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę	2 025 616,32	1 426 70528	29.57%
D-02.03.01	Formowanie i zagęszczanie nasypów wraz z wykonaniem schodkowania oraz pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego - kruszywo	2 925 425,36	2 456 814.36	16,02%
D-02.03.01	Wymiana gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału	1 568 463.00	924 218,10	41.07%
D-02.03.01	Wykonanie i zagęszczanie warstwy z piasku o gr. po zagęszczeniu 10 cm-pod wzmocnienie geosiatką i materac z kruszywa	232 585.g2	76 970.88	66,91%
D-04.04.02b	Ułożenie geosiatki zbrojeniowej 200/50-20(siatka z poliwinylalkoholu o wytrzymałości na zerwanie min. 200x50 kN/m) m2	3 475 389.63	2 141 016,59	38.39%

D-04.04.02b	Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (materac z kruszywa łamanego)	1 203 104,35	680 919.12	43,40%
D-04.04.02b	Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (warstwa kruszywa owinięta geosiatką)	1 189 720,00	673 344,00	43,40%
D-04.00.00 Podbudowa				
D-04.05.01a	Warstwa wzmacniająca podłoża z gruntu stabilizowanego cementem C3/4 z dowozu, pielęgnacja podbudowy piaskiem i wodą, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm	4 403 534,08	1 963 488.56	55,41%
D-04.04.02b	Podbudowa z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/31,5, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm (nawierzchnia KR 3, przekopy)	3 962 846.91	1 267 385.31	68,02%
D-04.07.01a D-04.03.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC22P, gr. warstwy po zagęszczeniu 7 cm (nawierzchnia nowa, przekopy, wzmocnienie nr 2 wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową)	2 881 484,52	556 116,33	80,70
-04.08.01 D-04.03.01a	Wyrównanie betonem asfaltowym ACI 6W istniejącej nawierzchni na grubość min. 4 cm (wzmocnienie nr 3 - średnia grubość 9 cm) z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową - 68,25%	1 484 538.77	433 649,80	70,79%
D-05.00.00 Nawierzchnia				
D-05.03.05b D-04.03.01a	Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W, gr. warstwy po zagęszczeniu 8 cm (nowa nawierzchnia Kr 3, w tym przekopy, wzmocnienie nr 3) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową	3 693 098.84	1 351 548.74	63,40%
D-05.03.05b D-04.03.01a	Warstwa wyrównawcza z betonu asfaltowego ACI 6W, gr. warstwy po zagęszczeniu min. 4 cm (wzmocnienie nr 2 - średnia grubość 9 cm) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową	4 284 978,83	361 905,65	91155%
D-05.03.13a D-04.03.01a	Warstwa ścieralna z mieszanki SMA8, gr. warstwy po zagęszczeniu 4 cm, wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową	5 505	-388 853.17	107,06%
D-05.03.26a	Ułożenie siatki zbrojeniowej na styku z nawierzchnią istniejącą (siatka przyklejana na gorąco o wytrzymałości na rozciąganie 120/200 kN/m i maksymalnym wydłużeniu przy zerwaniu 3% wstępnie przesączana asfaltem)	369 530.53	117 054.03	68,11%
D-06.00.00 Roboty wykończeniowe				
D-04.04.02b	Umocnienie poboczy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C50/10, 0/31 stabilizowanego mechanicznie, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm	2 794 874,57	1 485 057.47	46,86%
D-06.03.01	Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70 (mieszanka z dowozu) - grubość warstwy 10 cm (destruk z frezowania jezdni)	500 567.04		79,52%
D-06.01.01	Humusowanie terenu z obsianiem trawą przy grubości warstwy humusu 10 cm wraz z zakupem i dowozem nowego humusu -	2 160 895,16	1 230 811,16	43,04%
Tymczasowe poszerzenie jezdni				

D-02.01.01	Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem ścian wykopów i ewentualnym odwodnieniem	28 108.35	27 262,35	3,01%
D-02.03.01	Wykonanie, profilowanie i zagęszczenie nasypów wraz z pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego(kruszywo) wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	3 341.80	-752,64	122,52%
D-02.03.01	Wykonanie i zagęszczenie warstwy piasku o grubości po zagęszczeniu 10 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	11 785.32	-10 889.35	192,40%
D-04.04.02b	Wykonanie podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/3 1,5, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	51 345.40	24 190.92	52.89%
D-04.04.02b	Nawierzchnia z płyt żelbetowych pełnych wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	266 927.16	163 547,16	38.73%

Analogiczny zarzut i argumentację Odwołujący podniósł w odniesieniu do oferty Przedsiębiorstwa Drogowego Kontrakt Sp. z o.o.

Odwołujący przedstawił zestawienie zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców cen jednostkowych w wybranych przedmiarów. Z zestawienia tego wynika, że relacja cen PD Kontrakt do średniej ceny zaoferowanych przez pozostałych wykonawców wynosi:

D-02.00.00 Roboty ziemne

-D-02.03.01 Wymiana gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału - 78,52%

D-06.00.00 Roboty wykończeniowe

-D-04.04.02b Umocnienie poboczy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C50/10, 0/31 stabilizowanego mechanicznie, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm - 49,18%

-D-06.03.01 Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70 (mieszanka z dowozu) - grubość warstwy 10 cm (destruk z frezowania jezdni) - 11,74%

-D-06.01.01 Humusowanie terenu z obsianiem trawą przy grubości warstwy humusu 10 cm wraz z zakupem i dowozem nowego humusu - 12,81%

Tymczasowe poszerzenie jezdni

-D-02.01.01 Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem ścian wykopów i ewentualnym odwodnieniem - 39,17%

-D-02.03.01 Wykonanie i zagęszczenie warstwy piasku o grubości po zagęszczeniu 10 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 20,49%

-D-04.04.02b Wykonanie podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/3 1,5, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 23,47%

-D-04.04.02b Nawierzchnia z płyt żelbetowych pełnych wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę - 68,39%.

Odwołujący przedstawił zestawienie kwestionowanych pozycji z wartościami wynikającymi z Sekocenbud. Wynika z niego następująca relacja wyceny Budimex względem Sekocenbud:

Nr SST	Opis robót	Wartość netto Sekocenbud	Różnica Kontrakt Sekocenbud	PD do	Wartość ceny PD Kontrakt względem Sekocenbud
D-02.00.00 Roboty ziemne					

D-02.03.01	Wymiana gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału	1 568 463,00	597 753,00	61,89%
D-06.00.00 Roboty wykończeniowe				
D-04.04.02b	Umocnienie poboczy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C50/10, 0/31 stabilizowanego mechanicznie, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm	2 794 874,57	2 256 593,57	19,26%
D-06.03.01	Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70 (mieszanka z dowozu) - grubość warstwy 10 cm (destruktu z frezowania jezdni)	500 567,04	255 191,04	49,02%
D-06.01.01	Humusowanie terenu z obsianiem trawą przy grubości warstwy humusu 10 cm wraz z zakupem i dowozem nowego humusu -	2 160 895,16	1 153 304,16	46,63%
Tymczasowe poszerzenie jezdni				
D-02.01.01	Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem ścian wykopów i ewentualnym odwodnieniem	28 108,35	26 416,35	6,02%
D-02.03.01	Wykonanie i zagęszczenie warstwy piasku o grubości po zagęszczeniu 10 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	11 785,32	-1 998,68	116,96%
D-04.04.02b	Wykonanie podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/3 1,5, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	51 345,40	30 669,40	40,27%
D-04.04.02b	Nawierzchnia z płyt żelbetowych pełnych wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę	266 927,16	239 359,16	10,33%

Odwolujący podniósł, że jakkolwiek mamy do czynienia z dużo mniejszą liczbą pozycji oraz mniejszym przełożeniem na cenę końcową, to pozycje te odnoszą się do tak istotnych zakresów przedmiotowych, jak roboty ziemne oraz prace wykończeniowe.

Odwolujący stwierdził, że ma świadomość, że Zamawiający, w odróżnieniu od wykonawców realizujących na co dzień inwestycje drogowe, nie musi mieć kompleksowej wiedzy na temat rzeczywistych cen materiałów, kosztów wykonawstwa, itd. Między innymi właśnie z tego powodu ustawodawca przenosi na wykonawców ciężar dowodzenia w zakresie wykazania, że ceny ofertowe wykonawcy mają rynkowy charakter. W żaden sposób okoliczność ta nie wpływa jednak na obowiązek instytucji zamawiającej w zakresie przeprowadzenia weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Obowiązek ten materializuje się już wtedy, gdy różnice pomiędzy ceną końcową lub istotnymi częściami składowymi są na tyle istotne, że mogą rodzić wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ofertowej. Jeśli zatem różnice te mają charakter obiektywnie doniosły, to po stronie zamawiającego rodzi się obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Odwolujący podniósł, że dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do okoliczności subiektywnej, jaką są wątpliwości zamawiającego, co oznacza, że zamawiający może zawsze (o ile zroszą się po jego stronie wątpliwości) przeprowadzić weryfikację ceny ofertowej (niezależnie od tego z czego te wątpliwości wynikają i czy są rzeczywiście uzasadnione). Stanowi to wyraz troski o finansowe publiczne. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe zobiektywizowanie katalogu przypadków, w których zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia. Niewątpliwie jednym z nich jest sytuacja, w której znacząca liczba pozycji przedmiarów, odpowiadająca swoim zakresem ważnemu elementowi zamówienia, sumująca się do istotnej wartości w obliczu ceny ofertowej jest dalece niższa od wycen pozostałych wykonawców. W takim przypadku zamawiający, kierując się właśnie troską o finanse publiczne i prawidłowość ich wydatkowania, powinien bezwzględnie skierować do wykonawcy wnioski o złożenie wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie mamy do czynienia właśnie z przypadkiem, w którym już w oparciu o niepogłębioną analizę pozycji kosztotwórczych można jednoznacznie stwierdzić, że wszczęta powinna zostać procedura wyjaśniająca. Zamawiający zaniechał jednak jej przeprowadzenia, nie próbując nawet ustalić czy tak istotne różnice w kluczowych elementach wyceny, jakie zaistniały pomiędzy ofertą Budimex S.A. i ofertą P.D. Kontrakt a ofertami pozostałych wykonawców są uzasadnione i nie przekładają się na możliwość zrealizowania inwestycji stanowiącej przedmiot Postępowania, tym bardziej, że różnice te nie są konsekwencją naturalnej konkurencji rynkowej czy efektu skali wygenerowanego w przedmiotowym zamówieniu. Okoliczność ta nabiera szczególnego znaczenia w obliczu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, na które zdecydował się Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że badanie rażąco niskiej ceny nie powinno odbywać się w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W opinii Odwołującego analiza przedmiarów złożonych przez Budimex S.A. oraz P.D. Kontrakt jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- wezwania wykonawcy Budimex S.A. oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia - zgodnie z działem III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) jest przebudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica o długości ok. 23,24 km.

Zakres robót budowlanych obejmuje:

- 1)wycinkę drzew i krzewów kolidujących z projektowaną inwestycją,
- 2)roboty rozbiórkowe i przygotowawcze,
- 3)rozbiórkę budynku gospodarczego,
- 4)poszerzenie, wzmocnienie i przebudowę istniejącej jezdni bitumicznej,
- 5)budowę nowych chodników i ciągów pieszo-rowerowych
- 6)budowę azyli dla pieszych,
- 7)budowę i przebudowę zatok autobusowych,
- 8)przebudowę istniejących zjazdów i skrzyżowań,
- 9)budowę elementów spowolnienia ruchu,
- 10)przebudowę (profilowanie) istniejących rowów drogowych i miejscowa budowa nowych rowów drogowych,
- 11)budowę zbiorników retencyjnych,
- 12)budowę kanalizacji deszczowej,
- 13)przebudowę mostu M1 i M2 na Kanale Miłowskim,
- 14)przebudowę istniejących i budowę nowych przepustów,
- 15)przebudowę istniejącego i budowę nowego oświetlenia drogowego,
- 16)przebudowę kolidujących sieci uzbrojenia,
- 17)montaż drogowych barier ochronnych,

18) wykonanie oznakowania poziomego i pionowego.

Zgodnie z działem XVI11 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty):

1. Zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe.

2. Cena brutto zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Wycenionych przedmiarach robót.

3. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia.

4. Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia. (...)

Zgodnie z § 3 projektu umowy, wynagrodzenie, stanowić będzie wynik iloczynu ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót sporządzonym metodą kalkulacji uproszczonej oraz kwoty podatku od towarów i usług VAT. Wynagrodzenie za wykonanie robót wynikających z Dokumentacji projektowej, a nie wyszczególnionych w Wycenionych Przedmiarach Robót, nie podlega dodatkowej zapłacie.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 93.057.291,70 zł) w tym wartość zamówienia podstawowego: 86.057.792,00 zł, wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7: 7.000.000 zł).

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

-Strabag Sp. z o.o.: 111 422 667,89 zł,

-Odwołujący: 106 871 839,94 zł,

-Budimex S.A.: 91 709 251,18 zł,

-PD Kontrakt Sp. z o.o.: 93 207 803,13 zł.

W zakwestionowanych pozycjach kosztorysu zaoferowane zostały następujące ceny: D-02.00.00 Roboty ziemne

-D-02.01.01 Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę:

Budimex: cena jednostkowa: 6,28 zł, wartość netto: 598 911,04 zł PD Kontrakt: cena jednostkowa: 35,00 zł,

wartość: 3 337 880,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 30,55 zł, wartość netto: 2 913 492,20 zł Polbud-Pomorze,

PRD: cena jednostkowa: 18,50 zł, wartość netto: 1 764 308,00 zł

-D-02.03.01 Formowanie i zagęszczanie nasypów wraz z wykonaniem schodkowania oraz pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego - kruszywo

Budimex: cena jednostkowa: 7,25 zł, wartość netto: 468 611,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 38,00 zł, wartość: 2 456 168,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 47,45 zł, wartość netto: 3 066 978,20 zł

-D-02.03.01 Wymiana gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału

Budimex: cena jednostkowa: 37,83 zł, wartość netto: 644 244,00 zł PD Kontrakt: cena jednostkowa: 57,00 zł,

wartość: 979 710,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 78,52 zł, wartość netto: 1 337 195,60 zł Polbud-

Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 124,00 wartość netto: 2 111 720,00 zł

-D-02.03.01 Wykonanie i zagęszczanie warstwy z piasku o gr. po zagęszczeniu 10 cm- pod wzmocnienie geosiatką i materac z kruszywa

Budimex: cena jednostkowa: 3,72 zł, wartość netto: 155 615,04 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 6,00 zł, wartość: 250 992,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 15,31 zł, wartość netto: 640 447,92 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 9,00 wartość netto: 376 488,00 zł

-D-04.04.02b Ułożenie geosiatki zbrojeniowej 200/50-20(siatka z poliwinylalkoholu o wytrzymałości na zerwanie min. 200x50 kN/m) m2

Budimex: cena jednostkowa: 13,30 zł, wartość netto: 1 334 373,04 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 32,43 zł, wartość: 3 253 662,98 zł

Strabag: cena jednostkowa: 34,82 zł, wartość netto: 3 493 448,82 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 52,80 wartość netto: 5 297 369,64 zł

-D-04.04.02b Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (materac z kruszywa łamanego)

Budimex: cena jednostkowa: 92,21 zł, wartość netto: 522 185,23 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 230,00 zł, wartość: 1 302 490,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 274,00 zł, wartość netto: 1 551 662,00 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 305,00 wartość netto: 1 727 215,00 zł

-D-04.04.02b Wzmocnienie podłoża - mieszanka z kruszywa niezwiązanego C90/3, 0,63mm gr. warstwy po zagęszczeniu 30cm (warstwa kruszywa owinięta geosiatką)

Budimex: cena jednostkowa: 92,21 zł, wartość netto: 516 376,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 230,00 zł, wartość: 1 288 000,00 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 305,00 wartość netto: 1 708 000,00 zł D-04.00.00 Podbudowa

-D-04.05.01a Warstwa wzmacniająca podłoża z gruntu stabilizowanego cementem C3/4 z dowozu, pielęgnacja podbudowy piaskiem i wodą, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm

Budimex: cena jednostkowa: 26,42 zł, wartość netto: 2 440 045,52 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 45,00 zł, wartość: 4 156 020,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 50,25 zł, wartość netto: 4 640 889,00 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 62,00 wartość netto: 5 726 072 zł

-D-04.04.02b Podbudowa z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/31,5, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm (nawierzchnia KR 3, przekopy)

Budimex: cena jednostkowa: 31,20 zł, wartość netto: 2 695 461,60 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 45,00 zł, wartość: 3 887 685,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 53,85 zł, wartość netto: 4 652 263,05 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 47,42 wartość netto: 4 096 756,06 zł

-D-04.07.01a D-04.03.01a Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC22P, gr. warstwy po zagęszczeniu 7 cm (nawierzchnia nowa, przekopy, wzmocnienie nr 2 wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową)

Budimex: cena jednostkowa: 30,57 zł, wartość netto: 2 325 368,19 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 55,00 zł, wartość: 4 183 685,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 50,69 zł, wartość netto: 3 855 836,23 zł

Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 63,85 wartość netto: 4 856 877,95 zł

-D-04.08.01 D-04.03.01a Wyrównanie betonem asfaltowym ACI 6W istniejącej nawierzchni na grubość min. 4 cm (wzmocnienie nr 3 - średnia grubość 9 cm) z oczyszczeniem . podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 192,76 zł, wartość netto: 1 050 888,97 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 285,00 zł, wartość: 1 553 763,00 zł

Strabag: cena jednostkowa: 256,05 zł, wartość netto: 1 395 933,39 zł

D-05.00.00 Nawierzchnia

-D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W, gr. warstwy po zagęszczeniu 8 cm (nowa

nawierzchnia KR 3, w tym przekopy, wzmocnienie nr 3) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 31,10 zł, wartość netto: 2 341 550,10 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 56,00 zł, wartość: 4 216 296,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 59,77 zł,

wartość netto: 4 500 143,07 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 71,06 wartość netto: 5 350

178,46 zł

-D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wyrównawcza z betonu asfaltowego ACI 6W, gr. warstwy po zagęszczeniu min. 4 cm (wzmocnienie nr 2 - średnia grubość 9 cm) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 50,31 zł, wartość netto: 3 923 073,18 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 63,00 zł, wartość: 4 912 614,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 57,02 zł,

wartość netto: 4 446 305,56 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 70,96 wartość netto: 5 533

318,88 zł

-D-05.03.13a D-04.03.01a Warstwa ścieralna z mieszanki SMA8, gr. warstwy po zagęszczeniu 4 cm wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 34,25 zł, wartość netto: 5 894 322,25 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 38,79 zł, wartość: 6 675 642,63 zł Strabag: cena jednostkowa: 42,76 zł,

wartość netto: 7 358 867,72 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 51,53 wartość netto: 8 868

158,41 zł

-D-05.03.26a Ułożenie siatki zbrojeniowej na styku z nawierzchnią istniejącą (siatka przyklejana na gorąco o wytrzymałości na rozciąganie 120/200 kN/m i maksymalnym wydłużeniu przy zerwaniu 3% wstępnie przesączana asfaltem)

Budimex: cena jednostkowa: 14,50 zł, wartość netto: 251 676,50 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 22,00 zł, wartość: 381 854,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 23,50 zł,

wartość netto: 407 889,50 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 30,45 wartość netto: 528 520,65 zł

D-06.00.00 Roboty wykończeniowe

-D-04.04.02b Umocnienie poboczy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C50/10, 0/31 stabilizowanego mechanicznie, gr. warstwy po zagęszczeniu 20 cm

Budimex: cena jednostkowa: 21,90 zł, wartość netto: 1 309 817,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 9,00 zł, wartość: 538 821,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 49,18 zł,

wartość netto: 2 941 406,62 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 41,00 wartość netto: 2 452

169,00 zł

-D-06.03.01 Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70 (mieszanka z dowozu) - grubość warstwy 10 cm (destrukt z frezowania jezdni)

Budimex: cena jednostkowa: 14,60 zł, wartość netto: 398 054,40 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 9,00 zł, wartość: 245 376,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 11,74 zł,

wartość netto: 320 079,36 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 14,67 wartość netto: 399 962,88 zł

-D-06.01.01 Humusowanie terenu z obsianiem trawą przy grubości warstwy humusu 10 cm wraz z zakupem i dowozem nowego humusu

Budimex: cena jednostkowa: 6,00 zł, wartość netto: 930 084,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 6,50 zł, wartość: 1 007 591,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 12,81 zł,

wartość netto: 1 985 729,34 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 9,80 wartość netto: 1 519 137,20 zł

Tymczasowe poszerzenie jezdni

- D-02.01.01 Wykonanie wykopów z wywozem urobku w miejsce wybrane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem ścian wykopów i ewentualnym odwodnieniem

Budimex: cena jednostkowa: 6,00 zł, wartość netto: 846,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 12,00 zł, wartość: 1 692,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 39,17 zł,

wartość netto: 5 522,97 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 60,00 wartość netto: 8 460,00 zł

- D-02.03.01 Wykonanie, profilowanie i zagęszczenie nasypów wraz z pozyskaniem i transportem gruntu zagęszczalnego (kruszywo) wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę

Budimex: cena jednostkowa: 20,89 zł, wartość netto: 4 094,44 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 55,00 zł, wartość: 10 780,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 58,78 zł,

wartość netto: 11 520,88 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 60,00 wartość netto: 11 760,00 zł

- D-02.03.01 Wykonanie i zagęszczenie warstwy piasku o grubości po zagęszczeniu 10 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę

Budimex: cena jednostkowa: 3,29 zł, wartość netto: 22 672,68 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 2,00 zł, wartość: 13 784,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 20,49 zł,

wartość netto: 141 217,08 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 14,00 wartość netto: 96 488,00

zł

- D-04.04.02b Wykonanie podbudowy z mieszanki kruszywa niezwiązanego C90/3, 0/3 1,5, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę

Budimex: cena jednostkowa: 3,94 zł, wartość netto: 27 154,48 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 3,00 zł, wartość: 20 676,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 23,47 zł,

wartość netto: 161 755,24 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 23,00 wartość netto: 158 516,00

zł

- D-04.04.02b Nawierzchnia z płyt żelbetowych pełnych wraz z rozbiórką i wywozem materiału w miejsce wybrane przez Wykonawcę

Budimex: cena jednostkowa: 15,00 zł, wartość netto: 103 380,00 zł

PD Kontrakt: cena jednostkowa: 4,00 zł, wartość: 27 568,00 zł Strabag: cena jednostkowa: 68,39 zł,

wartość netto: 471 343,88 zł Polbud-Pomorze, PRD: cena jednostkowa: 70,00 wartość netto: 482 440,00

zł

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

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.

Powyższy przepis nie określa sztywnych reguł wyznaczających obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (tak jak ma to miejsce w przypadku art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), a uzależnia skierowanie wezwania do wyjaśnień od istnienia wątpliwości co do realności ceny lub jej istotnych części składowych. Wystąpienie takich wątpliwości powinno być oceniane w sposób obiektywizowany, a nie wyłącznie przez pryzmat subiektywnego przeświadczenia zamawiającego. Oznacza to, że ocena, czy istnieją wątpliwości co do realności ceny, powinna być dokonywana z uwzględnieniem czynników obiektywnych i wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oceniając zaoferowane ceny racjonalnie, z uwzględnieniem realiów rynkowych, należy dojść do wniosku, że cena jest na tyle niska, że uzasadnione jest uzyskanie dodatkowych informacji, które pozwolą stwierdzić, czy jest to usprawiedliwione okolicznościami, w których działa dany wykonawca. Jeżeli takie obiektywnie uzasadnione wątpliwości zachodzą, wezwanie do złożenia wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego, a zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Obowiązek, o którym mowa powyżej, dotyczy nie tylko ceny za całość przedmiotu zamówienia, ale - o czym wprost stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - również jej istotnych części składowych. Oznacza to, że nawet jeśli całkowita cena oferty nie budzi wątpliwości i nie odbiega rażąco od realiów rynkowych, a tylko jej niektóre elementy są istotnie zaniżone, to - o ile mają one charakter istotny - stanowi to również podstawę do żądania wyjaśnień. Istotność części składowych ceny należy definiować przez pryzmat ich znaczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia. Znaczenie to może mieć charakter zarówno merytoryczny (jeśli określone elementy składające się na przedmiot zamówienia są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego danego zamówienia) lub wartościowy (jeśli wartość tych składowych ma istotny udział w wartości całkowitej oferty).

W rozpoznawanej sprawie ceny całkowite ofert Budimex oraz PD Kontrakt nie odbiegały istotnie od wartości szacunkowej zamówienia ani od średniej arytmetycznej cen oferowanych w postępowaniu i nie były przedmiotem zarzutów odwołania. Przedmiotem zarzutów była wycena wskazanych w odwołaniu pozycji kosztorysu „Branża drogowa i zieleni”.

W ocenie Izby Odwołującemu udało się wykazać, że wycena zakwestionowanych pozycji kosztorysowych przez Budimex S.A. powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego oraz że wątpliwości te dotyczą istotnych części składowych ceny ofertowej.

Po pierwsze zostało wykazane, że w 22 pozycjach kosztorysowych ceny jednostkowe i wartości tych pozycji istotnie odbiegają od średniej arytmetycznej tożsamyh pozycji w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, którą to średnią należy potraktować jako obrazującą przeciętne realia rynkowe. W pozycjach tych wartość z oferty Odwołującego jest od kilkuset tysięcy do kilku milionów niższa od średniej pozostałych ofert i stanowi od 16,19% do 79,03% tej średniej, przy czym w większości przypadków wartości te są niższe o ponad 50% od średniej (jedynie pozycja D-06.03.01 - Pobocza umocnione z destruktu pofrezowego zmieszanego z pospółką 30:70, mimo że wskazana w odwołaniu, jest wyceniona powyżej średniej arytmetycznej).

Dodatkowo zauważyć należy, że podobne, a nawet większe różnice, występują między wyceną dokonaną przez Przystępującego a kosztorysem inwestorskim. Tytułem przykładu, porównanie oferty Odwołującego do kosztorysu inwestorskiego w pozycjach dotyczących nawierzchni przedstawia się następująco:

-D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W, gr. warstwy po zagęszczeniu 8 cm (nowa nawierzchnia KR 3, w tym przekopy, wzmocnienie nr 3) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 31,10 zł, wartość netto: 2 341 550,10 zł

Wartość szacunkowa: cena jednostkowa: 81,12 zł, wartość: 6 107 605,92 zł

-D-05.03.05b D-04.03.01a Warstwa wyrównawcza z betonu asfaltowego ACI 6W, gr. warstwy po zagęszczeniu min. 4 cm (wzmocnienie nr 2 - średnia grubość 9 cm) wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 50,31 zł, wartość netto: 3 923 073,18 zł

Wartość szacunkowa: cena jednostkowa: 79,66 zł, wartość: 6 211 727,48 zł

-D-05.03.13a D-04.03.01a Warstwa ścieralna z mieszanki SMA8, gr. warstwy po zagęszczeniu 4 cm wraz z oczyszczeniem podłoża i skropieniem emulsją asfaltową

Budimex: cena jednostkowa: 34,25 zł, wartość netto: 5 894 322,25 zł

- D-05.03.26a Ułożenie siatki zbrojeniowej na styku z nawierzchnią istniejącą (siatka przyklejana na gorąco o wytrzymałości na rozciąganie 120/200 kN/m i maksymalnym wydłużeniu przy zerwaniu 3% wstępnie przesączana asfaltem)

Budimex: cena jednostkowa: 14,50 zł, wartość netto: 251 676,50 zł

Wartość szacunkowa: cena jednostkowa: 25,15 zł, wartość: 436 528,55 zł.

W tej sytuacji dokonane przez Odwołującego porównanie do cen z Sekocenbud (które same w sobie trudno byłoby traktować jako jedyny wyznacznik) mogą być uznane jedynie za dodatkowe wskazanie, że wycena została dokonana znacznie poniżej przeciętnych cen rynkowych.

W ocenie Izby wskazane przez Odwołującego różnice są widoczne „na pierwszy rzut oka” i powinny doprowadzić do wniosku o konieczności ich pogłębionej analizy, w tym pod kątem istotności dla ceny całej oferty i możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

O istotności zakwestionowanych elementów ceny świadczy - zdaniem Izby - kilka okoliczności.

Po pierwsze, zastrzeżenia dotyczą wielu elementów kosztorysu branży drogowej, a więc odnoszącego się do istoty przedmiotu zamówienia. Kosztorys ten, według szacunków Zamawiającego, to ponad 70 mln zł, przy wartości szacunkowej całego zamówienia wynoszącej ponad 86 mln zł. Nie ma wątpliwości, że w przypadku zamówienia polegającego na modernizacji drogi, takie elementy, jak roboty ziemne, wykonanie podbudowy, nawierzchni czy innych prac z tym związanych, stanowią zasadniczą pod względem merytorycznym i jakościowym część zamówienia.

Po drugie, nie bez znaczenia jest wartość zakwestionowanych pozycji kosztorysowych, wynosząca ponad 27 mln zł netto, przy całkowitej wartości oferty Przystępującego w wysokości 74,5 mln netto. Jak słusznie wskazał Odwołujący, sumaryczna wartość tych pozycji według wyceny pozostałych wykonawców jest znacząco wyższa.

Po trzecie, w kontekście wskazanej wyżej istotności merytorycznej i wartościowej pozycji kosztorysu objętych zarzutami, rozstrzygające znaczenie ma charakter wynagrodzenia i znaczenie kosztorysu dla jego ustalenia. Zgodnie z SIWZ Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, ustalone na podstawie iloczynu jednostek obmiarowych i cen jednostkowych, które to ceny nie podlegają żadnym zmianom. W związku z powyższym ewentualna nierealistyczna wycena pozycji kosztorysowych nie będzie mogła być w żaden sposób skorygowana, a wykonawca otrzyma wynagrodzenie ustalone na podstawie takiej wyceny. Przy tak określonym wynagrodzeniu, w przypadku elementów mających istotne znaczenie, może zaistnieć ryzyko jeśli chodzi o powodzenie całego zamówienia.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci ofert uzyskanych od dostawców materiałów, wskazać należy, że skoro w niniejszym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny nie była cena oferty Przystępującego, a kwestia zasadności wezwania do wyjaśnienia tej ceny, to złożone dowody należy potraktować jedynie w kategoriach dodatkowego uprawdopodobnienia, że wycena dokonana przez Przystępującego jest na tyle niska, że wymaga wyjaśnienia.

Analogiczne oferty dostawców przedłożone przez Przystępującego nie mogą być uznane za przesądzające o braku obowiązku wezwania do wyjaśnień. Jeśli miałyby one potwierdzać, że Przystępujący ma ustalone takie warunki współpracy z kontrahentami, które uzasadniają obniżenie ceny, to będzie to przedmiotem dowodzenia i badania dopiero w prowadzonej przez Zamawiającego procedurze wyjaśniającej. Oferty te nie mogą być natomiast uznane za dowodzące, że tak niska wycena nie powinna wzbudzać wątpliwości i uzasadniać konieczności uzyskania w tym zakresie wyjaśnień wykonawcy.

Podobnie należy ocenić złożone przez Przystępującego dowody dotyczące cen oferowanych w innych postępowaniach, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie zostało wykazane, że dotyczyły one zamówienia porównywalnego do tego, którego dotyczy postępowanie odwoławcze.

Za niezasadnością zarzutów odwołania nie przemawia podniesiona przez Przystępującego okoliczność, że

Zamawiający nie określił w przedmiarach osobnych pozycji na wykazanie tzw. kosztów ogólnych, zakładanego zysku, kosztów transportu, czy wyceny wszelkich ryzyk, co dawało wykonawcom dowolność wyceny. Zauważenia wymaga, że jeśli sposób ujęcia tych kosztów miał wpływ na dokonaną wycenę, to będzie to mogło być wykazane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Okoliczność ta nie usprawiedliwia jednak braku wątpliwości co do prawidłowości wyceny.

Chybiona jest również argumentacja odnosząca się do oferty Odwołującego i występowania w niej istotnie zaniżonej wyceny niektórych pozycji kosztorysowych. Podkreślenia wymaga, że realność cen zaoferowanych przez Odwołującego nie jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego i nie może wpływać na jego rozstrzygnięcie. Jeśli natomiast Zamawiający dokona analizy tej oferty i dojdzie do wniosku, że istnieją wątpliwości co do wyceny istotnych elementów składowych, może i powinien wezwanie do wyjaśnień skierować również do Odwołującego. Kwestia ta pozostaje jednak obecnie poza zakresem rozstrzygania Izby.

Izba podziela stanowisko Przystępującego, że chociaż wskazane w odwołaniu ceny jednostkowe Budimex S.A. są niższe niż ceny konkurentów, to sama różnica w sposobie wyceny cen jednostkowych przez poszczególnych wykonawców nie świadczy jeszcze o jakiegokolwiek nieprawidłowości w wycenie. Ponownie jednak podkreślić należy, że prawidłowość tej wyceny nie jest istotą przedmiotowej sprawy, w której Izba rozstrzyga jedynie o konieczności wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Nie można wykluczyć, że Przystępujący złoży wyjaśnienia, w których wykaże realność zaoferowanych cen jednostkowych, dowodząc istnienia okoliczności, które umożliwiły ich obniżenie. Temu właśnie służy procedura wyjaśniająca, którą - w ocenie Izby - Zamawiający powinien przeprowadzić.

W związku z powyższym również wskazane przez Przystępującego okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie cen (takie jak wykonywanie zadań w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji objętej niniejszym postępowaniem, posiadanie koncesji pozwalającej na bezpłatne pozyskanie materiałów takich jak piasek), nie mogą przesądzać o niezasadności zarzutów odwołania, a mogą być skutecznie podniesione dopiero w skierowanych do Zamawiającego wyjaśnieniach. Są to bowiem okoliczności dotyczące indywidualnie wykonawcy, a wątpliwości które uzasadniają wezwanie do wyjaśnień ocenia się z uwzględnieniem czynników obiektywnych. Z tych samych powodów nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, który powoływał się na własną wiedzę o okolicznościach, które pozwalają Przystępującego obniżyć ceny. Zamawiający nie może w tym zakresie kierować się własnymi przypuszczeniami, ale w celu uzyskania pewności co do prawidłowości kalkulacji, powinien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła natomiast odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty PD Kontrakt.

W odniesieniu do oferty tego wykonawcy zauważenia wymaga, że wycena zakwestionowanych pozycji kosztorysowych nie jest aż tak niska, jak w przypadku wykonawcy Budimex, zakres elementów wycenionych na niskim poziomie jest znacznie mniejszy, a Odwołujący nie wykazał, aby były to elementy mające istotne znaczenie dla ceny oferty ogółem czy dla możliwości prawidłowego wykonania zamówienia.

Zarzuty odwołania dotyczą w tym przypadku 8 pozycji kosztorysu branży drogowej, o łącznej wartości ok. 2,8 mln zł, co jest wartości dziesięciokrotnie niższą niż w przypadku wykonawcy Budimex. Połowa z tych pozycji dotyczy tymczasowego poszerzenia jezdni, obejmującego pozycje o wartości od kilku do kilkudziesięciu tysięcy złotych, co stanowi niewielki udział w cenie oferty ogółem. Pozostałe zarzuty odnoszą się do robót wykończeniowych, a tylko w jednym przypadku - do robót ziemnych (Wymiany gruntu na grunt kwalifikowany wraz pozyskaniem i transportem materiału), która to pozycja została wyceniona na poziomie stanowiącym 78,52% średniej arytmetycznej.

Odwołujący, formułując zarzuty dotyczące oferty PD Kontrakt, ograniczył się do zestawienia danych liczbowych, nie wykazując, czy i dlaczego kwestionowane elementy wyceny mają charakter istotny. W związku z powyższym Izba uznała, że zasadność zarzutów w tym zakresie nie została wykazana.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.*

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku % (zarzuty odwołania dotyczyły dwóch ofert, a okazały się zasadne w stosunku do jednej oferty). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł i dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w kwocie 811,44 zł (łącznie 28.011,44 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14.005,72 zł (28.011,44 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.594,28 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: