Sygn. akt: KIO 852/15

WYROK
z dnia 11 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie – po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od **Gminy Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Rzeszowie.

Przewodniczący: ……

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę al. Gen. Sikorskiego w Rzeszowie" wykonawca Skanska S.A., Oddział Budownictwa Inżynieryjnego w Rzeszowie (dalej „odwołujący") złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]":

1. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów w Rzeszowie (dalej także „wykonawca MPDiM" albo

„MPDiM")), mimo iż jego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"),
3. art. 89 ust. 1 pkt. 3), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPDiM, mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
4. art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MPDiM, mimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy MPDiM jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu,
3. odrzucenia oferty wykonawcy MPDiM,
4. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że w dniu 15 kwietnia 2015 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MPDiM. Podał także, iż zamawiający skierował do tego wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ze wskazaniem, iż złożone wyjaśnienia i dowody mają przekonać zamawiającego, a później innych uczestników postępowania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem odwołującego złożone przez MPDiM wyjaśnienia oparte zostały na zbyt dużym poziomie ogólności, nie zawierały wystarczających dowodów, gdyż załączonych

---

dowodów nie sposób – wedle odwołującego – uznać za dowody wystarczające, a wykonawca ten nie wykazał wpływu przywoływanych okoliczności na cenę, przez co nie można uznać, że udowodnił iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że oferta MPDiM, na co – zdaniem odwołującego – jednoznacznie wskazują złożone wyjaśnienia, jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnośnie do zarzutu niezgodności treści oferty MPDiM z treścią SIWZ odwołujący stanął na stanowisku, że w złożonych wyjaśnieniach MPDiM wykazał, że zakres robót drogowych będzie wykonywał niezgodnie z SIWZ.

Wskazał, że w wyjaśnieniach MPDiM powołuje się na argument znaczącego spadku ceny asfaltu, a także na uzyskany przez MPDiM niski poziom tej ceny, jednak MPDiM przedstawił tylko cenę asfaltu 50/70, który zgodnie z Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi (SST) dla przedmiotowego kontraktu, mógł być zastosowany wyłącznie na bardzo małym zakresie nawierzchni dróg podporządkowanych, natomiast nie miał prawa być zastosowany na jezdni głównej Alei Sikorskiego będącej przedmiotem zamówienia.

Odwołujący dodał, że poszczególne SST zawierają wymagania dla lepiszcza wymaganego do produkcji poszczególnych warstw. Przykładowo podał, że dla produkcji mieszanki:
1. dla podbudowy układanej na jezdni głównej Al. Sikorskiego AC WMS 22 20/30 SST D.04.07.01A.00 w pkt. 1.3 i 2.2 SST podaje wymóg zastosowania asfaltu 20/30 oraz 35/50 dla zatok autobusowych i dróg podporządkowanych,
2. dla wyrównania nawierzchni dróg podporządkowanych AC 16 P SST D.04.08.01.00 w pkt. 1.3 i 2.4 SST podaje wymóg zastosowania asfaltu 35/50,
3. dla warstw wiążących o wysokim module sztywności na jezdni głównej Al. Sikorskiego AC WMS 16 W SST D.05.03.05C.50 w pkt. 1.3 i 2.2 SST podaje wymóg zastosowania asfaltów 20/30, a także PMB 10/40-65,
4. dla warstwy ścieralnej SMA 11 na jezdni głównej Al. Sikorskiego SST D.05.03.13.00 w pkt. 1.3 i 2.2 podaje wymóg zastosowania asfaltu PMB 45/80-55.

Odwołujący oświadczył, że ww. części stanowią zdecydowaną przewagę całego zamówienia, tj. ok. 6.900 t z ok. 8.300 t – stanowią 83% udziału w całej ilości mieszanek mineralno-bitumicznych występujących w ramach przedmiotowego zadania.

Nadto zwrócił uwagę, że wskazana niezgodność powoduje również zaniżenie przez MPDiM oferty w tym zakresie.

W ocenie odwołującego z cennika załączonego przez MPDiM wynika, że asfalty wymagane przywołanymi wyżej SST są zdecydowanie droższe i powodują znaczący wzrost

oferty MPDiM po ich uwzględnieniu, np. asfalt PMB 10/40-65 kosztuje 1.711,00 zł/t, tj. o 530 zł/t więcej niż przywoływany przez MPDiM w wyjaśnieniach asfalt 50/70 (1.181 zł/t).

Stwierdził, że zgodnie z dokumentacją projektową na przedmiotowym kontrakcie należy wbudować ok. 3.000 t warstwy wiążącej o wysokim module sztywności z mieszanki AC WMS 16 W wyprodukowanej z asfaltu PMB10/40-65, którego należy użyć ok. 5% (min. 4,8% wg SST), co daje różnicę 3.000 t x 5% x 530 zł/t :; = : 79.500 zł netto.

Podobnie – zdaniem odwołującego – rzecz się ma z warstwą ścieralną SMA 11, której należy wbudować ok. 1.500 t z użyciem asfaltu PMB 45/80-55 droższego o 470 zł/t w ilości ok. 6%, co daje różnicę 1.500 t x 6% x 470 zł/t =42.300 zł netto.

Oszczędności wynikające z użycia asfaltu 50/70 występują – wedle odwołującego – również dla innych mieszanek i warstw.

Odwołujący na tej podstawie uznał, że oferta MPDiM jest niezgodna z treścią SIWZ, co doprowadziło do nieuzasadnionego obniżenia ceny przez tego oferenta, bowiem wyceniono przedmiot zamówienia zupełnie inny niż wymagał tego zamawiający.

Odnośnie do zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ustawy Pzp złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, które pozwolą zamawiającemu na zbadanie, czy cena oferty nie jest rażąco niska powinny zawierać dowody, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie 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 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Odwołujący podał, że wykonawca MPDiM wskazał, że na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania tego konkretnego zamówienia wpływa posiadanie dwóch własnych wytwórni mas bitumicznych w miejscowościach Olchowa i Bór, a także cena asfaltu, wobec czego odwołujący podkreślił, iż zarówno on (w miejscowości Bór), jak i pozostali oferenci, tj. Strabag i Eurovia (w okolicy Rzeszowa – Przeworsk, Ropczyce) posiadają wytwórnie mas bitumicznych, w związku z czym nie można uznać, że jest to wyjątkowy czynnik sprzyjający tylko MPDiM, czyli taki czynnik, który mógłby aż tak znacząco wpłynąć na cenę, jaką zaoferował MPDiM.

Odwołujący stwierdził, że szczegółowo przeanalizował kosztorysy ofertowe wszystkich oferentów i wyjaśnił, iż w swojej metodzie analizy przyjął zasadę porównywania ceny MPDiM:

1. do drugiej ceny dla danej analizowanej pozycji, niezależnie od tego przez kogo została ona zaoferowana, dzięki czemu – wedle odwołującego – ustalono, czy MPDiM istotnie odbiega od pozostałych oferentów,
2. do średniej z wszystkich ofert z wyłączeniem oferty MPDiM, dzięki czemu – wedle odwołującego oceniono, czy cena MPDiM jest rynkowa i w jaki sposób odbiega od pozostałych ofert.

W ocenie odwołującego niektóre ze składowych oferty MPDiM, np. podbudowy, nawierzchnie, roboty ziemne znacząco odbiegają od pozostałych ofert, a różnica w cenach dla tych składowych jest wyższa od różnic w cenach dla całej oferty – odwołujący wskazał, że chodzi głównie o roboty drogowe, za które MPDiM zaoferował kwotę o 549.877,68 zł netto niższą od firmy, która za te roboty zaoferowała drugą cenę, co stanowi różnicę 14,8%.

Jeśli porównać cenę MPDiM za te pozycje do średniej z wszystkich pozostałych ofert, to – wskazał odwołujący – różnica wynosi 977 506,48 zł netto, co stanowi 26,3%.

Zdaniem odwołującego dowodzi to, iż roboty drogowe zostały wycenione przez MPDiM zdecydowanie najniżej w stosunku do pozostałych składowych oferty, bowiem różnica % całej oferty MPDiM do drugiej firmy to 7,2%, a do średniej z ofert droższych od MPDiM wynosi 18%.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, wyjaśnienia MPDiM w kwestii udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, powinny zawierać szczegółowe informacje dotyczące robót drogowych.

Odwołujący podkreślił, że szczególnie duże różnice w cenach zaoferowanych przez MPDiM występują w działach „podbudowy" i „nawierzchnie" – odpowiednio 178 259,12 zł i 75 658,20 zł netto na korzyść MPDiM w stosunku do drugiej ceny za te działy, a w stosunku do średniej z cen odpowiednio 328 507,47 zł netto i 325 950,90 zł netto, co stanowi 37,6% i 20,0%.

Wskazał, że ceny MPDiM i druga pod względem wysokości dla poszczególnych pozycji ujętych w tych działach różnią się o kilkanaście procent (12,5-19,3%), a nawet o 27,1% – dla podbudowy z betonu asfaltowego AC 22 WMS; różnice kwotowe dla kluczowych pozycji sięgają 82 282,25 zł netto dla podbudowy z betonu asfaltowego AC 22 WMS i 73 836,10 zł netto dla warstwy ścieralnej SMA 11.

Odwołujący stwierdził, że z wyjaśnień MPDiM wynika, że tak niskie ceny wynikają z niskich cen asfaltu, które firma uzyskała od dostawców oraz oświadczył, że cena 1 181,00 zł/t dla asfaltu 50/70 nie jest nadzwyczajnie niska, ponieważ odwołujący dla tego samego asfaltu uzyskał cenę 1.144 zł/t, a więc o 37 zł/t niższą od MPDiM Oofera Orlen Asfalt dla Skanska – w załączeniu do odwołania.

Według odwołującego również uzasadnienie ceny robót bitumicznych wyłącznie przez pryzmat ceny asfaltu betonowego jest niepełne i niewystarczające, ponieważ koszt asfaltu w koszcie wykonania 1 m ^{2} nawierzchni z asfaltu betonowego, w zależności od warstwy i rodzaju użytej mieszanki waha się od 30% do nie więcej niż 50%.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z jego kalkulacją wartość asfaltu użytego do realizacji przedmiotowego zadania nie przekroczy 600 tys. zł netto, co stanowi 7,4% całej oferty MPDiM i 16,2% wartości robót drogowych MPDiM, dlatego – podniósł odwołujący – wyjaśnianie ceny całej oferty, czy nawet samych robót drogowych wyłącznie w oparciu o koszt asfaltu jest niewystarczające.

Kolejnymi pozycjami z zakresu robót drogowych dział „Podbudowy", na których – zdaniem odwołującego – występują znaczące różnice w cenach są podbudowy z kruszywa łamanego 0/31,5mm stabilizowanego mechanicznie: oferta firmy MPDiM i druga pod względem wysokości różnią się w przedziale 7,1%-42,6%, przy czym jako najbardziej znaczące odwołujący wskazał dwie pozycje:
1.4.14. „Wykonanie podbudowy krawężników, z kruszywa łamanego 0/31,5mm stabilizowanego mechanicznie, grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm" – różnica do drugiej ceny jednostkowej dla tej pozycji wynosi 44 806,72, a więc 38,5% ,
1.4.15. „Wykonanie podbudowy zatok, chodników, schodów, azyli dla pieszych, ciągu pieszo-rowerowego i opasek o naw. z kostki bet., z kruszywa łamanego 0/31,5 mm stabilizowanego mechanicznie, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm" – różnica do drugiej ceny jednostkowej dla tej pozycji wynosi 21 494,54, a więc 42,6%.

Odwołujący uznał, że tak duże różnice powinny skłonić do analizy, czy zostały one wycenione zgodnie z treścią SIWZ i czy zawierają wszystkie składowe kosztu wykonania asortymentów robót ujętych w tych pozycjach – MPDiM zaoferował wykonanie pozycji 1.4.14 za cenę 14,54 zł/m2, a pozycji 1.5.15 za cenę 11,11 zł/m ^{2} .

Odwołujący podał, że w swojej ofercie skalkulował te pozycje w sposób następujący:

1. koszt materiału zgodnie z umową zawartą pomiędzy odwołującym a Przedsiębiorstwem Produkcji Materiałów Drogowych w Rzeszowie Sp. z o.o. kształtuje się następująco:

a. dla poz. 1.4.14 -19,00 zł/t x 2,2 t/m3 x 0,20 m = 8,36 zł/m ^{2} za mieszankę 0/31,5mm z kopalni Lipowica oddalonej od placu budowy o 84 km.

Odwołujący skomentował, że skłonny jest uznać, że MPDiM może posiadać korzystniejszą umowę na zakup tego rodzaju kruszyw, ale w takim przypadku powinien był to udowodnić na etapie udzielania wyjaśnień. Nawet gdyby – wywodził – MPDiM posiadał nadzwyczaj korzystną ofertę, to zgodnie z Sekocenbud dla I kwartału 2015 minimalna cena za tego typu materiał na terenie kraju wynosi 15,00 zł/t.

Wedle odwołującego ceny jednostkowe analizowanych pozycji 1.4.14 i 1.4.15 zaoferowane przez MPDiM pozwalają ewentualnie na zakup i dostawę na plac budowy samych materiałów, natomiast nie wystarczają na pokrycie kosztów robocizny, sprzętu, a także nie zawierają kosztów ogólnych i zysku oferenta, czego dodatkowym potwierdzeniem jest porównanie w tym zakresie ofert złożonych przez MPDiM w ostatnim czasie na innych przetargach w Rzeszowie i jego okolicach – MPDiM zaoferował za wykonanie warstwy podbudowy z kruszywa łamanego 0/31,5mm:

• gr. 20 cm:
a. 18,97 zł/m 2 netto, tj. o 30% więcej, na przetargu dla tego samego zamawiającego pn. Budowa publicznych dróg gminnych KD-G, 1KD-Z, 2KD-Z i 2KD-L realizowana w ramach zadań inwestycyjnych pn.: 1. „Budowa drogi KDG i KDZ do terenów inwestycyjnych Rzeszów – Dworzysko – etap F, 2. „Budowa drogi 2KD-Z do terenów inwestycyjnych Rzeszów – Dworzysko – etap II",
b. 20,00 zł/m 2 netto, tj. o 37,5% więcej, na przetargu dla tego samego zamawiającego pn. Budowa publicznych dróg gminnych 6 KDD (etap I) i 7KDD – od ul. Przemysłowej do ul. Architektów, realizowana w ramach zadań inwestycyjnych pn.: 1. Budowa drogi 7 KDD od ul. Architektów do ul. 5KDD oraz 2. Budowa drogi 6 KDD od ul. Przemysłowej do ul. Zawiszy,

• gr. 15 cm:
a. 14,24 zł/m 2 netto, tj. o 28% więcej, na przetargu dla tego samego zamawiającego pn. Budowa publicznych dróg gminnych KD-G, 1KD-Z, 2KD-Z i 2KD-L realizowana w ramach zadań inwestycyjnych pn.: 1. „Budowa drogi KDG i KDZ do terenów inwestycyjnych Rzeszów – Dworzysko – etap I, 2. „Budowa drogi 2KD-Z do terenów inwestycyjnych Rzeszów – Dworzysko – etap II",
b. 15,00 zł/m 2 netto, tj. o 35% więcej, na przetargu dla tego samego zamawiającego pn. Budowa publicznych dróg gminnych 6 KDD (etap I) i 7KDD - od ul. Przemysłowej do ul. Architektów, realizowana w ramach zadań inwestycyjnych pn.: 1. Budowa drogi 7 KDD od ul. Architektów do ul. 5KDD oraz 2. Budowa drogi 6 KDD od ul. Przemysłowej do ul. Zawiszy.

Zdaniem odwołującego, również cena pozycji kosztorysowej 1.2.7. „Wykonanie nasypów (wymiana gruntu) w postaci gruntu niewysadzinowego G1 o CBR=min. 25% oraz profilowanie i zagęszczanie podłoża pod wymianę została nierzetelnie obliczona.

Odwołujący podał, że wykonanie wykopów wraz z transportem uwzględniono w poz. 2.1.3.1 „wymiana gruntu" branży drogowej. Wskazał, że na etapie przygotowywania ofert zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania oferentów, kilkukrotnie wyjaśniał, jakie parametry musi posiadać podłoże oraz, że w tej pozycji należy ująć jego ewentualne

ulepszenie; zgodnie z tymi odpowiedziami, pozycja ta winna zawierać minimum materiał spełniający wymagania SST.

Odwołujący podał również, że cena jednostkowa firmy MPDiM wynosi 24,58zł/m 3 , podnosząc że nie pokrywa kosztu zakupu i dostawy materiału spełniającego wymania STWiORB, ponieważ cena rynkowa pospółki – materiału spełniającego wymagania specyfikacji wynosi od 32,5 do 36,5 zł/m 3 (do odwołania odwołujący załączył ofertę dostawcy).

Wskazał nadto, iż informacje mówiące o uzyskaniu wyjątkowo atrakcyjnych cen na zakup materiałów brukarskich od CJ BLOK Fabryka Elementów Budowlanych nie mogą być uznane za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, ani nie wykazują oszczędności w wykonaniu zamówienia, gdyż przedłożona oferta przedstawia ceny rynkowe – podobny poziom cen materiałów brukarskich uzyskuje odwołujący (do odwołania załączył zestawienie, które – jego zdaniem – to potwierdza).

Uwzględniając ten sam poziom cen materiałów, oszczędności – wywodził odwołujący – należy szukać w wykonaniu robót, ale – wskazał – ta kwestia nie była wyjaśniana przez MPDiM, dlatego – stwierdził odwołujący – nie zostały potwierdzone oszczędności w wykonaniu zamówienia.

W ocenie odwołującego także wykonanie robót sanitarnych przez podwykonawcę WOD-KAN-CO-GAZ B. D. w żadnym razie nie może być uznane za wyjątkowo sprzyjające

warunki wykonywania zamówienia, ani nie wykazuje oszczędności w wykonaniu zamówienia, ponieważ wyjaśnienia MPDiM nie zawierają informacji o poziomie kosztów robocizny, materiałów, sprzętu koniecznych do poniesienia w celu wykonania robót sanitarnych. Stanął na stanowisku, że tak ogólne wyjaśnienie, tj. zaprezentowanie podwykonawcy i ceny zaoferowanej przez niego, nie potwierdza, że zaoferowana przez MPDiM cena w tym zakresie nie jest rażąco niska. Dodał, że sam fakt, że firma WOD-KAN-CO-GAZ B. D. wykonywała roboty w okolicy terenu budowy niniejszego zamówienia nie może być uznany jako dowód wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, gdyż brak jest związku z niniejszym postępowaniem
i w wyjaśnieniach MPDiM nie zostały wykazane oszczędności w wykonaniu zamówienia.

Ponadto – uznał odwołujący – wykonywanie robót w okolicy terenu budowy niniejszego zamówienia nie ma żadnego znaczenia i żadnego związku z przedmiotowym zamówieniem, także wykonywanie „wcześniejszego" zamówienia nie może wpłynąć na cenę „obecnego" zamówienia – według odwołującego są to zupełnie inne i niezależne

zamówienia. Zaznaczył, że fakt wykonywania tego samego odcinka drogi w przeszłości w innym postępowaniu, na który powołuje się MPDIM nie może być uznany jako dowód wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, gdyż brak jest związku z niniejszym postępowaniem i nie wykazano oszczędności w wykonaniu zamówienia.

Powołał się na orzeczenie KIO 439/15, zgodnie z którym „firma *nie może odeprzeć zarzutu rażąco niskiej ceny wyłącznie w ten sposób, że pokaże w postępowaniu wcześniej zrealizowane już przez nią kontrakty".*

Odnosząc się do kolejnego wyjątkowo sprzyjającego warunku wykonania niniejszego zamówienia wskazanego przez wykonawcę MPDiM, tj. bliskiego usytuowania terenu budowy od odległości siedziby spółki, posiadania doświadczonej kadry, wyspecjalizowanego własnego nowoczesnego sprzętu oraz własnego laboratorium, odwołujący stwierdził, że informacje te oparte zostały tylko na oświadczeniu wykonawcy, bez załączenia żadnych dowodów na poparcie oświadczenia oraz bez wykazania oszczędności w wykonaniu zamówienia.

Podkreślił, że w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek załączenia dowodów pozwalających na ocenę, czy cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem odwołującego załączenie przez MPDiM tylko dwóch dowodów w postaci oferty CJ BLOK Fabryka Elementów Budowlanych oraz W OD-KAN - CO - GAZ B. D. nie wyczerpuje tych przesłanek, zaś pozostałe dowody wymienione jako załączniki do treści wyjaśnień nie mogą być uznane za dowody na okoliczność zaoferowania ceny niskiej usprawiedliwionej obiektywnymi czynnikami, ponieważ referencje i umowy dotyczące realizacji wcześniejszego zamówienia takimi dowodami nie są, nie mają bowiem żadnego znaczenia dla okoliczności udowodnienia, iż cena rażąco niska nie jest.

Stwierdził, powołując się na obowiązujące przepisy oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. KIO 189/15, KIO 1680/14), że wyjaśnienia powinny mieć charakter kompleksowy i rzeczowy, powinny być szczegółowe i wyczerpujące, tak aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, czy cena nie jest rażąco niska; wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i to wykonawcy muszą sprostać ciężarowi dowodowemu; wykonawca ma wskazać, w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 4 maja 2015 r., *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* – pismo z dnia 8 maja 2015 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 2.2. i 2.3. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN)* [dalej *„Protokół"]* wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 16 stycznia 2015 r. na kwotę 19 432 823,19 zł na podstawie kosztorysu inwestorskiego. (Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp: *„Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością").*

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 024 – 039024 z dnia 4 lutego 2015 r. (ogłoszenie przekazane w dniu 30 stycznia 2015 r.).

W pkt. 14 ppkt 14.2. SIWZ zamawiający ustanowił dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. *„cenę'* o znaczeniu 90% i *„okres rękojmi za wady"* o znaczeniu 10%.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 20 marca 2015 r. (pkt 7 ppkt 1 *Protokołu).*

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 15 934 915,02 zł (brutto).

KIO 852/15 11

Zgodnie z pkt 9 *Protokołu* w postępowaniu wpłynęło 7 ofert z cenami brutto:
1. 11 622 172,46 zł,
2. 9 945 220,36 zł (Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie),
3. 10 833 894,76 zł (Strabag Sp. z o.o.),
4. 13 963 946,60 zł,
5. 10 661 366,35 zł (Skanska S.A. – odwołujący),
6. 11 959 499,60 zł,
7. 11 393 066,22 zł.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2015 r. wykonawca MPDiM, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do cen dwóch pozycji kosztorysowych, tj. 3.6.1. – studnie kanalizacyjne GRP oraz 3.6.2. – studnie kanalizacyjne kaskadowe. Zamawiający wskazał przy tym, że *„pragnie się upewnić czy Wykonawca wycenił prawidłowo ww pozycje kosztorysowe i czy zrealizuje zadanie zgodnie z cenami zawartymi w kosztorysie ofertowym".*

Wykonawca MPDiM, w piśmie z dnia 2 kwietnia 2015 r., odpowiedział: *„zarówno cena ofertowa jak i wszystkie ceny w pozycjach kosztorysowych, w tym w pozycji kosztorysowej nr 3.6.1 tj. studnie kanalizacyjne GRP i nr 3.6.2 tj. studnie kanalizacyjne kaskadowe – zostały przez Wykonawcę wycenione prawidłowo. Wykonawca zapewnia, że całe zadanie, w tym m.in. wyżej wymienione pozycje kosztorysowe, Wykonawca zrealizuje zgodnie z podanymi cenami zawartymi w kosztorysie ofertowym oraz zgodnie z dokumentacją techniczną. Wyjaśniamy również, że na wysokość cen podanych w ww. pozycjach miały między innymi wpływ możliwe do uzyskania rabaty związane z zakupem tych materiałów".*

Pismami z dnia 8 kwietnia 2015 r. trzej wykonawcy, tj. MPDiM, odwołujący oraz Strabag Sp. z o.o. zostali wezwani przez zamawiającego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i dowodów, ponieważ – jak uzasadniał zamawiający – złożone przez tych wykonawców ceny ofertowe budzą wątpliwości – są niższe odpowiednio o 37,59%, 33,09% i 32,01% od *„ubruttowionej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego".*

Wszyscy ww. wykonawcy, w tym MPDiM, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie odpowiedzieli na wezwanie.

KIO 852/15 12

Komisja przetargowa, co wynika z protokołu posiedzenia z dnia 14 kwietnia 2015 r., „przyjęła *wyjaśnienia i dowody wniesione przez Wykonawców i uznała je jako wyjaśniające wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanych cen w kosztorysach ofertowych. Komisja przetargowa uznała,* że *zaoferowane ceny nie są rażąco niskie i dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej".*

Pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę MPDiM (100 pkt).

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu II (93,95 pkt).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na rozprawie zamawiający sprostował, iż wskazana w odpowiedzi na odwołanie *„kwota przeznaczona (wartość szacunkowa): 15 934 915,02 zł"* to kwota, która *„obejmuje podatek VAT, czyli jest to kwota brutto".* Do tej kwoty, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, zamawiający porównywał ceny ofertowe wykonawców, w szczególności analizując istnienie podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż wskazana przez zamawiającego w pkt. 2.2. *Protokołu* wartość zamówienia to 19 432 823,19 zł.

Dostrzeżenia wymaga, że kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, wskazana w pkt. 8 ppkt 1 *Protokołu* wynosi 15 934 915,02 zł, co – wobec wskazania w odpowiedzi na odwołanie: *„kwota przeznaczona (wartość szacunkowa): 15 934 915,02 zł",* przemawia za tym, że zamawiający zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy wartością, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp (wartością zamówienia) a kwotą, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która – w odróżnieniu od wartości zamówienia – powinna uwzględniać wartość podatku VAT, który w swoich ofertach cenowych uwzględniają wykonawcy).

W toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani prawidłowość ustaleń zamawiającego co do wartości szacunkowej zamówienia (wskazanej w pkt. 2 ppkt 2 *Protokołu* na 19 432 823,19 zł), ani zasadność wszczęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec trzech wykonawców nie była kwestionowana.

Jednocześnie jednak zwraca uwagę fakt, że wątpliwości odnośnie do prawidłowości ustaleń zamawiającego co do wartości szacunkowej zamówienia miał wykonawca MPDiM – w pkt. 2 wyjaśnień z dnia 10 kwietnia 2015 r. wskazał on: *„przyjęta przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia nie do końca odpowiada aktualnej wartości robót".*

KIO 852/15 13

Dostrzegł to także odwołujący, wskazując w swojej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2015 r., że „wartość *zamówienia została przeszacowana przez Zamawiającego"* (str. 19, 2 akapit).

Wątpliwości te nie mogą jednak na obecnym etapie postępowania mieć znaczenia z punktu widzenia oceny zasadności wezwania ww. trzech wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, wzywając wykonawcę MPDiM na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem zaoferowania ceny rażąco niskiej, nie wskazał (jak w wezwaniu z dnia 1 kwietnia 2015 r.), które ceny jednostkowe budzą jego wątpliwości i wymagają wyjaśnień, wobec czego przyjąć należy, że to wezwanemu wykonawcy zamawiający pozostawił wybór co do elementów jego oferty, które mają wpływ na wysokość ceny, i które w konsekwencji pozwolą na wykazanie zamawiającemu, poprzez wyjaśnienia i dowody do nich się odnoszące, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp: *„Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.*

Wskazać także należy, że fakt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania (brak wskazania, które elementy oferty tego wykonawcy wymagają wyjaśnień) nie zwalniał wykonawcy MPDiM z obowiązku szczegółowego opisania czynników, które zadecydowały o wysokości ceny.

W ocenie składu orzekającego Izby badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru jest na gruncie przepisów ustawy Pzp możliwe (zamawiający przyjął w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynagrodzenia kosztorysowe – § 3 ust. 1 wzoru umowy).

Skład orzekający Izby, za wyrokiem z dnia 24 lutego 2015 r. sygn. KIO 236/15, KIO 241/15 wskazuje: *„z dniem 25 lipca 2014 r. zmieniona została definicja ceny na gruncie ustawy Pzp. Przepis art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w obecnie obowiązującym brzmieniu i mającym zastosowanie do rozpoznawanej sprawy, przesądza, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Przepis ten odsyła w równym stopniu, tak do art. 3 ust. 1 pkt 1) powołanej ustawy, jak i do jej art. 3 ust. 1 pkt 2). W pierwszym z powołanych przepisów zawarta została definicja ceny, zgodnie z którą to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, zaś drugi z tych przepisów definiuje pojęcie ceny*
KIO 852/15 14

---

jednostkowej towaru lub usługi, jako cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. Ma to o tyle znaczenie, że przepis art. 2 pkt 1) ustawy Pzp w uprzednio obowiązującym brzemieniu odsyłał jedynie do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) definiującego pojęcie ceny, pomijając przy tym przepis art. 3 ust. 1 pkt 2) tej ustawy, który podobnie jak w ustawie z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług definiował pojęcie ceny jednostkowej. Okoliczność ta, tj. zmiana z dniem 25 lipca 2014 r. definicji ceny na gruncie ustawy Pzp (zawarcie w tym pojęciu również cen jednostkowych), nie mogła pozostać bez wpływu na sposób interpretacji przepisu art. 90 ustawy Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, że Izba jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia definicji ceny również dopuszczała możliwość badania w trybie art. 90 ustawy Pzp poszczególnych cen jednostkowych. Tak np. orzeczeniu wydanym w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1181/14 KIO 1182/14 KIO 1183/14 KIO 1194/14 KIO 1195/14, gdzie Izba przesądziła, że „ze wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt, że to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. Specyfika zamówienia i w istocie nieznany rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem oparte na obmiarze za każde zadanie uzasadnia takie stanowisko.”

Poddając analizie treść wyjaśnień, jakie złożył wykonawca MPDiM w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015 r. stwierdzić należy, że za elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wykonawca ten uznał:

1. roboty drogowe, a wśród nich roboty bitumiczne, w przypadku których największe znaczenie dla wyprodukowania mieszanki mineralno-bitumicznej ma cena asfaltu drogowego; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że dwie wytwórnie mas bitumicznych o zdolności produkcyjnej 300 000 Mg masy bitumicznej rocznie, które posiada, mogą korzystać przy produkcji ww. mieszanki z asfaltu drogowego w cenie znaczenie niższej niż w roku 2013, tj. 1181 zł netto – na potwierdzenie wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień – jak sam to opisał – *„aktualną ofertę ORLEN-Asfalt sp. z o.o.”*
   Z „aktualnej oferty ORLEN-Asfalt sp. z o.o.” pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy MPDiM poddać należało jedynie cenę asfaltu drogowego 50/70 (pomimo, że oferta dotyczy asfaltu drogowego: 35/50, 50/70 i 100/150 dla wytwórni w miejscowości Bór k/Głogowa Małopolskiego), ponieważ cenę tego wyłącznie rodzaju asfaltu wykonawca ten wyeksponował – poprzez załączenie faktury VAT

Nr 0621153318 z dnia 30 kwietnia 2013 r. dotyczącej właśnie tylko tego asfaltu (porównanie spadku z 2013 roku i 2015 roku dotyczyło jedynie asfaltu drogowego 50/70).

2. materiały brukarskie i roboty brukarskie; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że uzyskał *„wyjątkowo atrakcyjne ceny zakupu materiałów brukarskich”* – na potwierdzenie wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień ofertę handlową przedsiębiorstwa CJ BLOK Fabryka Elementów Budowlanych Sp. z o.o. w Rudnej Małej z dnia 5 marca 2015 r.
3. roboty sanitarne; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że roboty te zamierza wykonać za pośrednictwem podwykonawcy – Instalatorstwo Sanitarne WOD-KAN-CO-GAZ Bogdan Duplaga, od którego uzyskał *„ofertę wykonania tych robót po korzystnych cenach ryczałtowych”* – na potwierdzenie wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień ofertę wskazanego podwykonawcy z dnia 18 marca 2015 r., w której zaoferował wykonawcy MPDiM wykonanie objętych przedmiotowym zamówieniem robót w ramach branży sanitarnej za cenę:
   - Branża sanitarna – Budowa odwodnienia ulicy – 1 838 973,22 zł netto,
   - Branża sanitarna – przebudowa i zabezpieczenie sieci wod. i kan. – 342 834,30 zł netto,
   - Branża sanitarna – przebudowa i zabezpieczenie gazu – 55 498,69 zł netto.
4. usytuowanie terenu budowy w bliskości siedziby wykonawcy MPDiM oraz miejsca bazy sprzętowej wykonawcy MPDiM (sprzęt, pomieszczenia biurowe, miejsce zamieszkania pracowników); w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że pozwala on obniżyć koszty o czynsz najmu pomieszczeń biurowych, środków transportu, koszty dojazdu i delegacji pracowników i inżynierów na miejsce budowy oraz pozwala maksymalnie wykorzystać dopuszczalny prawem czas pracy pracowników,
5. doświadczona kadra inżynieryjno-techniczna, własny, specjalistyczny, nowoczesny sprzęt, własne laboratorium; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że pozwala on obniżyć m.in. koszty o koszt najmu sprzętu budowlanego oraz koszt laboratorium,
6. doświadczenie zdobyte w ramach umowy nr 105/Zp.342-50/07 z dnia 25 kwietnia 2007 r. dotyczące tego samego odcinka drogi, który jest przedmiotem tego zamówienia; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że *„Jako wcześniejszy wykonawca tego samego odcinka drogi – znamy zatem dokładnie teren budowy, warunki miejscowe, a nadto wskazujemy, że w dużej części realizacja robót nastąpi tymi samymi pracownikami, którzy wykonywali roboty w tym miejscu w latach 2007-2008 – co pozwoli sprawnie przystąpić do realizacji prac, zaoszczędzić*

na czasie potrzebnym do wykonania zamówienia, co automatycznie przekłada się na oszczędności na wynagrodzeniach dla pracowników (którzy nie będą musieli poświęcać dodatkowego czasu na dokładne rozpoznanie terenu i warunków miejscowych” – na potwierdzenie wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień umowę nr 105/Zp.342-50/07 z dnia 25 kwietnia 2007 r., referencje z dnia 3 listopada 2008 r. dotyczące zadania realizowanego na jej podstawie oraz mapę sytuacyjną robót realizowanych na podstawie umowy z dnia przedstawiająca obszar 25 kwietnia 2007 r.
7. rabaty związane z realizacją równolegle dużych zamówień; w odniesieniu do tego elementu wykonawca MPDiM podał, że na podstawie umowy z dnia 2 września 2014 r. zawartej z Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie realizuje (jako lider konsorcjum) duże zamówienie o wartości brutto 71 796 000,94 zł brutto, co przy zbieżności harmonogramu robót tegoż zamówienia z zakresem robót dotyczącym niniejszego zamówienia umożliwia wykonawcy MPDiM zakup dużych partii materiałów i surowców w niskich cenach na potrzeby obu realizacji – na potwierdzenie wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień umowę ww. umowę z dnia 2 września 2014 r. oraz dotyczący tej umowy harmonogram.

W odniesieniu do elementu 1 (roboty drogowe, a wśród nich roboty bitumiczne, w przypadku których największe znaczenie dla wyprodukowania mieszanki mineralno-bitumicznej ma cena asfaltu drogowego) podnieść należy, że samo wskazanie (i to pośrednio – konieczne jest dopasowanie w *„aktualnej ofercie ORLEN-Asfalt sp. z o.o.” ceny 1181 zł netto* do rodzaju asfaltu, któremu ta cena odpowiada, a do którego jednocześnie odnosi się faktura z dnia 30 kwietnia 2013 r.) ceny asfaltu bez wskazania przez wykonawcę MPDiM, w jakich ilościach asfalt tego rodzaju zostanie użyty w przypadku wymagających tego robót – w odpowiednich pozycji kosztorysowych, pozostaje bez znaczenie („brak przełożenia”) dla wyjaśnienia wysokości zaoferowanej przez MPDiM ceny.

Wykonawca nie może zakładać, że jakiekolwiek wyliczenia zostaną dokonane przez samego zamawiającego – ten nie dysponuje wszystkimi niezbędnymi do takich wyliczeń informacjami.

Co więcej, odwołujący – załączając do odwołania ofertę Orlen Asfalt Sp. z o.o. (oferta 16-22 marca 2015 r.) – wykazał, że podana przez wykonawcę MPDiM cena 1181 zł netto za tonę asfaltu 50/70 nie jest wyjątkowo niska skoro cena, jaką uzyskał odwołujący jest jeszcze niższa i wynosi 1050 zł (cena Płock) i 1130 zł (cena Trzebin).

Nadto, jak podnosił odwołującemy, czemu zamawiający w toku rozprawy nie zaprzeczył – asfalt 50/70 *„zgodnie z Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi (SST) dla przedmiotowego kontraktu, mógł być zastosowany wyłącznie na bardzo małym zakresie*

nawierzchni dróg podporządkowanych, natomiast nie miał prawa być zastosowany na jezdni głównej Al. Sikorskiego będącej przedmiotem zamówienia”. Oznacza to, że uzyskana przez wykonawcę MPDiM cena za tonę asfaltu drogowego 50/70 mogła być odniesione jedynie dla tego niewielkiego zakresu nawierzchni dróg podporządkowanych.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp *„Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na (…) 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania”.* Wykonawca MPDiM nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego (nie został do tego postępowania dopuszczony), wobec czego to na zamawiającym spoczywał na etapie rozprawy ciężar dowodu, że wykonawca MPDiM nie zaoferował ceny rażąco niskiej.

Zamawiający nie zaprzeczył także twierdzeniu odwołującego (str. 7 odwołania, zdanie przedostatnie), że koszt asfaltu w koszcie wykonania 1 m ^{2} nawierzchni asfaltu betonowego, w zależności od warstwy i rodzaju użytej mieszanki waha się – jedynie – od 30% do nie więcej niż 50%

W odniesieniu do elementu 2 (materiały brukarskie i roboty brukarskie) podnieść należy, że pomimo wskazania – obok materiałów brukarskich – także robót brukarskich wykonawca MPDiM w tym zakresie nie udzielił żadnych informacji – załączona oferta handlowa dotyczy wyłączenie wskazanym w 8 pozycjach towarów. Ponownie podnieść należy, że samo wskazanie cen niektórych towarów – materiałów brukarskich bez wskazania przez wykonawcę MPDiM, w jakich ilościach każdy z tych materiałów zostanie użyty w przypadku wymagających tego robót – w odpowiednich pozycji kosztorysowych pozostaje bez znaczenie („brak przełożenia”) dla wyjaśnienia wysokości zaoferowanej przez MPDiM ceny.

Wykonawca nie może zakładać, że jakiekolwiek wyliczenia zostaną dokonane przez samego zamawiającego – ten nie dysponuje wszystkimi niezbędnymi do takich wyliczeń informacjami.

W odniesieniu do elementu 3 (roboty sanitarne) stwierdzić należy, że wskazane w ofercie podwykonawcy roboty w ramach branży sanitarnej i przypisane im ceny należy odpowiednio odnieść do poz. 3, 5 i 6 kosztorysu ofertowego wykonawcy MPDiM, które zostały wycenione odpowiednio na 1 949 355,42 zł, 351 456,82 zł i 58 983,63 zł netto.

Porównanie cen tych trzech pozycji kosztorysowych do cen zaoferowanych przez ww. podwykonawcę prowadzić musi do wniosku, że wykonawca MPDiM zaoferował w tych pozycjach ceny wyższe, co oznacza, że dysponując ofertą na wykonanie robót ujętych w tych pozycjach za ceny niższe wykazał, że jest w stanie wykonać – poprzez podwykonawcę – wymienione roboty sanitarne.

Podnieść jednocześnie należy, że w doświadczenie własne wykonawcy MPDiM w branży drogowej jako „dalszy podwykonawcy" ww. podwykonawcy w innym zamówieniu, na potwierdzenie czego wykonawca MPDiM załączył do wyjaśnień referencje z dnia 27 lutego 2015 r., pozostaje bez znaczenia („brak przełożenia") dla wyjaśnienia wysokości zaoferowanej przez MPDiM ceny w ramach branży sanitarnej.

W odniesieniu do elementu 4 (usytuowanie terenu budowy w bliskości siedziby wykonawcy MPDiM oraz miejsca bazy sprzętowej wykonawcy MPDiM (sprzęt, pomieszczenia biurowe, miejsce zamieszkania pracowników), w odniesieniu do elementu 5 (doświadczona kadra inżynieryjno-techniczna, własny, specjalistyczny, nowoczesny sprzęt, własne laboratorium) oraz w odniesieniu do elementu 6 (doświadczenie zdobyte w ramach umowy nr 105/Zp.342-50/07 z dnia 25 kwietnia 2007 r. dotyczące tego samego odcinka drogi, który jest przedmiotem tego zamówienia) podnieść należy, że wykonawca MPDiM nie podał nawet, jakiego rzędu oszczędności z tego tytułu powstały i jakie ostatecznie koszty przyjął, co nie daje szans na ocenę przyjętych cen. Nie poparł także oświadczenia w szczególności co do własnego laboratorium żadnym dowodem.

W odniesieniu do elementu 7 (rabaty związane z realizacją równolegle dużych zamówień) podnieść należy, że wykonawca MPDiM nie podał nawet, o jakie wysokości tych rabatów chodzi i jakie znaczenie („przełożenie") mają one dla wyjaśnienia wysokości zaoferowanej przez MPDiM ceny.

Dodatkowo zauważyć należy, że wykonawca MPDiM nie wskazał, w jakiej wysokości zysk przewidział.

Dostrzeżenia także wymaga, że fakt posiadania przez wykonawcę MPDiM dwóch wytwórni mas bitumicznych nie może zostać zakwalifikowany jako wyjątkowo sprzyjający wykonywaniu zamówienia warunek skoro wytwórnie takie posiadają także inni wykonawcy (odwołanie – str. 5, 2 akapit) w tym obaj wykonawcy wezwani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej, a wykonawca MPDiM nie wykazał w wyjaśnieniach (ani zamawiający w toku rozprawy), że posiadanie dwóch wytwórni – a nie „tylko" jednej – ma jakiekolwiek znaczenia dla zaoferowanych cen za realizację przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając fakt, że ocena czy zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę MPDiM cena – na którą składały się

---

ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych i przypisane im ilości robót – jest realna (nie jest rażąco niska) dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i załączonych doń dowodów, a jak wskazano powyżej złożone przez wykonawcę MPDiM wyjaśnienia (pismo z dnia 10 kwietnia 2015 r.) nie zawierały informacji lub nie wskazywały na znaczenie („przełożenie") podawanych informacji na zaoferowaną cenę uznać należało, że wykonawca MPDiM nie udzielił zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień, nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) i nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej (skierowane do wykonawcy na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie stanowiło domniemanie, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej).

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się, a zamawiający, nie odrzucając oferty wykonawcy MPDiM, naruszył przepis art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

W ofercie (wraz z Formularzem ofertowym) wykonawca MPDiM ujął *Kosztorys ofertowy* (str. 3 – 36 oferty) zawierający wszystkie pozycje kosztorysu udostępnionego przez zamawiającego (program „Oferent"), nie dokonując w nim jakichkolwiek zmian co do opisu tych pozycji – odwołujący dokonania jakiejkolwiek zmiany nie podnosił.

Odwołujący, podnosząc zarzut co do niezgodności treści oferty wykonawcy MPDiM z treścią SIWZ nie wskazał, jaka treść oferty tego wykonawcy z jaką treścią SIWZ jest niezgodna. Wskazał natomiast, że w złożonych przez wykonawcę MPDiM wyjaśnieniach (wyjaśnienia z dnia 10 kwietnia 2015 r. złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2015 r., skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) wykonawca ten wykazał, że zakres robót drogowych będzie wykonywał niezgodnie z treścią SIWZ.

Swoje twierdzenie co do niezgodności wyjaśnień Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie z treścią SIWZ odwołujący ściśle wiązał z twierdzeniem o rażąco niskim poziomie ceny asfaltu 50/70, który *„zgodnie z Szczegółowymi*

Specyfikacjami Technicznymi (SST) mógł być zastosowany jedynie na bardzo małym zakresie nawierzchni dróg podporządkowanych, natomiast nie miał prawa być zastosowany na jezdni głównej Al. Sikorskiego będącej przedmiotem zamówienia" (str. 3 odwołania).

Na tej podstawie, iż – wedle odwołującego – wykonawca MPDiM w swoich wyjaśnieniach z dnia 10 kwietnia 2015 r. powoływał się na argument znaczącego spadku cen jedynie asfaltu 50/70 przyjął, że tylko ten rodzaj asfaltu – wbrew wymogom SST – wykonawca MPDiM zamierza zastosować.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że wykonawca MPDiM w swoich wyjaśnieniach z dnia 10 kwietnia 2015 r. powoływał się na argument znaczącego spadku cen jedynie asfaltu 50/70 sam w sobie nie pozwala przyjąć, że tylko ten rodzaj asfaltu wykonawca ten rzeczywiście zamierzał zastosować. Nawet zaniżenie cen za niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia rodzaje asfaltu nie oznacza jeszcze (nie dowodzi), że asfalty te nie zostaną zastosowane w odpowiedniej do realizacji przedmiotu zamówienia ilości. Wniosek odwołującego jest zbyt daleko idący i nie został poparty żadnymi dowodami.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania postawiony przez odwołującego w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponieważ potwierdziło się naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie – wybór przez zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty która winna zostać odrzucona bez wątpienia ma wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……