

WYROK
z dnia 5 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 i 28 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SALINI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SALINI IMPREGILO S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SALINI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SALINI IMPREGILO S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa S51 Olsztyn – Olsztynek na odc. Olsztyn Wschód – Olsztyn Południe (dawniej: Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16 – Zadanie nr 2: od km ok. 10+000 do końca opracowania w km ok. 24+701 za węzłem Olsztyn – Wschód)” (znak sprawy: GDDKiA-O/OL-D3-I4-2811-02/13), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2013 r.

pod numerem 2013/S 242-420467.

W dniu 22 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca B”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SALINI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SALINI IMPREGILO S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni.

W dniu 31 grudnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie ww. wykonawców (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co potwierdzają wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz załączone do nich dowody złożone przez Odwołującego w toku Postępowania,
3. art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, MOST sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (dalej: „Konsorcjum I”) i odrzucenia złożonej przez nich oferty w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp

3

przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum I, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł skutecznie wadium do upływu terminu składania ofert,

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. wykluczenia Konsorcjum I z udziału w Postępowaniu i odrzucenie jego oferty również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania. Jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta, która ze względu na zaoferowaną cenę uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert, została odrzucona przez Zamawiającego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ, a zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego nie zostałaby odrzucona, a jednocześnie Konsorcjum I zostałoby wykluczone z udziału w Postępowaniu, zaś oferta złożona przez tego wykonawcę zostałaby odrzucona również na podstawie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania. W konsekwencji, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez Odwołującego. Nie może zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – niezgodność oferty z treścią SIWZ

Odwołujący podał, że wbrew twierdzeniom podniesionym przez Zamawiającego, zaproponował dozwolone postanowieniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) rozwiązania konstrukcyjne i technologie oraz nie pominął żadnego z elementów wymaganych przez PFU. Oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, a odrzucenie jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego,

Odwołujący wskazał, że inwestycja objęta przedmiotem zamówienia ma zostać zrealizowana według formuły „zaprojektuj i wybuduj” opartej o „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem” (tzw. żółty FIDIC). W przypadku tego typu systemu prac wykonawca projektuje zakres rzeczowy zamówienia, a następnie realizuje prace w oparciu o przyjęte przez siebie założenia rozwiązań konstrukcyjnych i technologie.

Odwołujący na etapie składania wyjaśnień wielokrotnie wskazywał, iż wyjaśnienia nie mogą służyć potwierdzeniu zgodności oferty z treścią SIWZ, w sytuacji, gdy Zamawiający żąda podania informacji, które nie były wymagane w złożonej ofercie i nie są w żaden sposób powiązane z dokumentami i informacjami w niej zawartymi. Ocena oferty pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ odbywa się na podstawie złożonej oferty i w niej musi zawierać swoją podstawę. Nie może bazować na informacjach podanych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, których podania Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert. Formułując zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający powinien wskazać konkretny punkt oferty oraz konkretny punkt SIWZ, z którym oferta jest niezgodna, czego w tym przypadku nie może uczynić. Elementy oferty, które Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodne z treścią SIWZ, nie były przez niego wymagane na etapie składania ofert, wykonawca nie był zobowiązany do ich podania na etapie składania ofert. Na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał przedstawienia żadnej nawet chociażby wstępnej koncepcji projektowej. Zgodnie z pkt 7.5 Tomu I – „Instrukcja dla wykonawców” („IDW”), ofertę stanowi jedynie wypełniony formularz „Oferta” oraz Wykaz Płatności (Formularz załączony w Tomie IV SIWZ). Nie żądając chociażby wstępnej koncepcji projektowej, Zamawiający niejako pozbawił się możliwości szczegółowej weryfikacji oferty Odwołującego w zakresie oferowanego przez niego rozwiązania pod kątem zgodności z treścią SIWZ.

Odwołujący podał, że zaoferowane rozwiązania konstrukcyjne i technologie zostały skutecznie objęte przez niego ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego argumentacja merytoryczna odnosząca się do każdego z zarzutów podniesionych przez Zamawiającego została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty na podstawie ww. przepisów jest nieuzasadnione. Zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co zostało jednoznacznie wykazane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w załączonych do nich dowodach.

Odwołujący zauważył, że Postępowanie zostało wszczęte w grudniu 2013 r., a zatem zastosowanie znajdzie do niego art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym przed

nowelizacją z dnia 19 października 2014 r. Zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca nie określił zatem w sposób precyzyjny przesłanek, których wystąpienie uzasadnia skierowanie w stosunku do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z powyższym w orzecznictwie ukształtował się pogląd, że zamawiający powinien zbadać każdą ofertę złożoną w postępowaniu pod kątem czy nie zachodzi w stosunku do niej podejrzenie rażąco niskiej ceny. Podejrzenie takie zamawiający powinien natomiast powziąć w każdym przypadku, gdy oferowana cena w znaczny sposób odbiega od wartości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w orzecznictwie wskazywano wielokrotnie, że badanie występowania rażąco niskiej ceny powinno następować nie tylko w kontekście wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ale także w odniesieniu do wartości ofert złożonych w danym postępowaniu i wyceny rynkowej przedmiotu zamówienia.

Dokonując porównania oferty złożonej przez Odwołującego z ustaloną przez Zamawiającego wyceną przedmiotu zamówienia należało dojść do wniosku, że skierowanie

do Odwołującego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie było konieczne. Okoliczność, iż cena oferty jest niższa niż wartość, do której należy porównywać wycenę przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego nie przesądza o podejrzeniu rażąco niskiej ceny, zwłaszcza gdy ze względu na specyfikę formuły w jakiej prowadzone jest Postępowanie złożone oferty mogą obiektywnie odbiegać od siebie z uwagi na konieczność opracowania przez wykonawcę dokumentacji projektowej, której koszty wykonania każdy z wykonawców szacuje na podstawie właściwych sobie czynników. Cena zaoferowana przez wykonawcę może również odbiegać od ceny zaoferowanej przez innych wykonawców i ceny oszacowanej przez Zamawiającego z uwagi na zastosowanie optymalizacji określonych rozwiązań projektowych.

W toku Postępowania Odwołujący wielokrotnie zwracał uwagę Zamawiającego na fakt, że brak jest obiektywnego podejrzenia rażąco niskiej ceny w złożonej przez niego ofercie, a zatem kierowanie do niego kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp jest pozbawione podstaw prawnych i faktycznych, a ponadto narusza również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Fakt, iż brak było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdza również udostępniony przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2015 r. „Protokół z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego” z dnia 20 kwietnia 2015 r. W protokole tym wskazano, że komisja przetargowa dokonała przeanalizowania wszystkich ofert i przeprowadziła badanie wstępne, którego celem była

6

ocena czy zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego pod kątem rażąco niskiej ceny. Przy badaniu wstępnym brano pod uwagę takie kryteria jak:

1. kryterium arytmetyczne, gdzie punktem odniesienia była ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług; komisja postanowiła przyjąć jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania, dla wszystkich złożonych ofert, granicę 20% wartości szacunkowej zamówienia określonej przez Zamawiającego z należytą starannością; oferta złożona przez Odwołującego odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia o 23,18%, co w ocenie Zamawiającego powoduje, że może być ona ofertą z rażąco niską ceną.
Odnosząc się do powyższego kryterium Odwołujący zauważył, że w dokumentacji Postępowania znajduje się „Zaktualizowana rynkowa wartość zamówienia na dzień 30.03.2015 r.”, w której wskazano, że zgodnie z kosztorysem firmy TRAKT, sporządzonym w oparciu o bazę cen GDDKiA z 24 lipca 2013 r., koszt zadania 2 wynosi 994.492.362,00 zł. Z przekazanego jako załącznik do ww. dokumentu kosztorysu inwestorskiego, który w wersji, jaką otrzymał Odwołujący nie został opatrzony datą ani podpisany, wynika że koszt wykonania zadania nr 2 został oszacowany na poziomie 994.014.000,00 zł brutto. Różnica pomiędzy tymi wyliczeniami wynosi ok. 470.000,00 zł. Z ww. dokumentu wynika również, że aktualizując wartość zamówienia Zamawiający uwzględnił tylko jeden czynnik – spadek cen ropy, pomijając przy tym np. ceny materiałów cenotwórczych, takich jak: stal, beton, materiały sypkie i robocizna.
Uwzględniając przedstawione powyżej nieścisłości, nie może budzić wątpliwości, że omawiane kryterium nie mogło stanowić podstawy do badania i oceny oferty Odwołującego pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny.
2. kryterium cen ofert, gdzie punktem odniesienia była średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w odniesieniu do ceny danej oferty; komisja postanowiła przyjąć, jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert, granicę 20% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; Zamawiający stwierdził, że „[...]Oferty, które przekraczają poziom odniesienia, czyli w których oferta odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o więcej niż 20% budzą wątpliwości co do sposobu ich skalkulowania przez wykonawców. Jak wynika z powyższej analizy najtańsze dwie oferty nr 1 i 2 odbiegają od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert odpowiednio o 39,42% i 22,63%. Oferta nr 4 (oferta Odwołującego – przyp. wł.) odbiega od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 19,06% i mimo, że nie

klasyfikuje się powyżej przyjętego poziomu to ze względu na niewielką różnicę można uznać, że posiada symptomy rażąco niskiej ceny.[...].

Przytoczone powyżej stanowisko w zakresie odnoszącym się do oferty

Odwołującego jest nieuzasadnione, gdyż stanowi obejście uprzednio ustalonego przez Zamawiającego kryterium. Fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego odbiega od średniej arytmetycznej jedynie o 19,06% powoduje, iż brak było podstaw do podjęcia na podstawie tego kryterium podejrzenia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Przyjęcie, iż pomimo niespełniania ustalonego przez Zamawiającego kryterium kwalifikującego do badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, w stosunku do oferty Odwołującego można podnieść twierdzenie, że posiadała ona symptomy rażąco niskiej ceny może świadczyć o subiektywnym prowadzeniu przez Zamawiającego analizy pod tym kątem.

3. kryterium podobieństwa (3.a), gdzie punktem odniesienia było porównanie z cenami ofert złożonych dla zadań o podobnym charakterze, zakresie i złożoności; dla potrzeb badania w przedmiotowym kryterium, przyjęto ofertę z odcinka drogi ekspresowej S-7 Gdańsk (A1) – Koszwały (Południowa Obwodnica Miasta Gdańska) zrealizowanego przez Oddział w Gdańsku oraz jednego postępowania przetargowego z Oddziału w Olsztynie; jako kryterium porównawcze przyjęto cenę 1 km wybudowanej drogi ekspresowej o identycznych parametrach jak dla zadania objętego przedmiotem zamówienia; w wyniku badania przeprowadzonego w oparciu o to kryterium, Zamawiający doszedł do wniosku, że analiza ceny oferty Odwołującego przeliczona na 1 km drogi ekspresowej znacząco odbiega od kosztu za jaki został wybudowany inny odcinek drogi ekspresowej; w ocenie Zamawiającego, wydało się nierealnym i wysoce wątpliwym zaoferowanie wykonania 1 km tej drogi o identycznych parametrach i skomplikowaniu rzeczowym na poziomie cen zaoferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty nr 1, 2 i 4 (Odwołujący).

Porównywanie ceny oferty Odwołującego przeliczonej na 1 km drogi ekspresowej, wynoszącej według szacunków Zamawiającego 49.891.123,08 zł, do ceny zaoferowanej za wykonanie 1 km drogi ekspresowej w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Gdańsku i Oddział w Olsztynie jest nieuzasadnione. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem oraz przedmiot zamówienia zrealizowany w ramach postępowań prowadzonych przez Oddział w Gdańsku i Olsztynie nie mają podobnego charakteru, zakresu i nie odznaczają się podobną złożonością. Poza tym, inwestycje objęte postępowaniami prowadzonymi przez Oddział w Gdańsku i Oddział w Olsztynie są

realizowane w formule „wybuduj”, a nie tak jak niniejsza inwestycja w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W przypadku formuły „wybuduj” wykonawcy nie mają możliwości stosowania optymalizacji, która wpływa na oferowaną przez nich cenę. Po drugie, prace objęte postępowaniami prowadzonymi przez Oddział w Gdańsku i Oddział w Olsztynie były/są prowadzone w o wiele trudniejszym terenie (konieczność palowania) i mają większą ilość obiektów mostowych. Takie wybiórcze porównanie dwóch różnych postępowań jest również nieuzasadnione z uwagi na fakt, że ceny wykonania jednego kilometra drogi ekspresowej mogą się znacznie różnić nawet w ramach tego samego postępowania. Przykładowo, z protokołu wynika, że w przypadku przywołanego przez Zamawiającego postępowania na „Budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ – Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 (pododcinek „B”)” cena zaoferowana za wykonanie jednego km drogi przez wykonawcę, którego ofert została uznana za najkorzystniejszą, wynosiła 71.711.476,17 zł, podczas gdy ten sam wykonawca za realizację jednego km pododcinka A zaoferował cenę na poziomie 11.204.488,32 zł. Odwołujący stwierdził, że wykazał w formie tabeli porównawczej w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z dnia 22 maja 2015 r., że prezentowana przez niego cena za wykonanie 1 km drogi jest dużo wyższa niż średnia cena oferowana

w 10 reprezentatywnych pod względem wielkości i złożoności zadaniach typu „zaprojektuj i wybuduj” rozstrzygniętych przez GDDKiA w 2014 r., wynosząca ponad 32 mln zł za 1 km.

Wobec powyższego, nie może budzić wątpliwości, że cena zaoferowana przez Odwołującego za 1 km drogi nie mogła stanowić podstawy do badania i oceny oferty Odwołującego pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny.

4. Kryterium podobieństwa (3.b) – Zamawiający stwierdził, że nie może przeprowadzić analizy pod kątem kryterium podobieństwa cen jednostkowych z powodu zryczałtowanych cen całości asortymentu poszczególnych robót.

Analiza kryteriów, którymi kierował się Zamawiający oraz wynik przeprowadzonego z ich uwzględnieniem badania ofert pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny, prowadzą do jednoznacznego wniosku, że brak było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Podejrzenia rażąco niskiej ceny w żadnym wypadku nie uzasadnia również trzykrotne kierowanie do Odwołującego wezwań do złożenia wyjaśnień, zwłaszcza że miały one również inny charakter – były wezwaniami do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty.

9

W sytuacji, gdy brak jest podstaw do powzięcia podejrzenia, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska, nieuzasadnionym jest twierdzenie, iż wyjaśnienia są niewystarczające lub, że wynika z nich, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Różnica ceny oferty Odwołującego w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej cen wszystkich złożonych ofert nie odbiega od przewidzianej obecnie w art. 90 ust. 1 Pzp progowej wartości 30%, której wystąpienie uzasadnia skierowanie do wykonawcy wezwania w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej Zamawiającego jedynie o 23,18 % i o 19,06% niższa od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. Taka różnica stanowi przejaw normalnej, konkurencyjnej gry rynkowej i jest powszechnym zjawiskiem w przetargach na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w sektorze drogowym. Wskazane różnice, w żaden sposób nie przesądzają o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny.

Odwołujący podał następnie, że wynagrodzenie przewidziane w ramach Postępowania ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z Tomem IV „Preambuła”, „Opis sposobu obliczenia Ceny oferty”: „[...]Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności.[...]”. Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowego kosztorysu robót, a jedynie Wykazu Płatności zawierającego wyszczególnienie poszczególnych elementów zryczałtowanych, takich jak: koszty ogólne wykonawcy, projekt projektowe do opinii, budowlany, materiały uzyskania uzgodnień i pozwoleń wymaganych przepisami szczegółowymi itd. oraz zryczałtowanych kosztów robót. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz fakt, że na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysów, a co za tym idzie nie określił żadnych wytycznych co do sposobu kalkulacji zawartych w nich poszczególnych cen jednostkowych należy stwierdzić, że dokonywanie przez niego obecnie oceny złożonych przez Odwołującego kosztorysów pomocniczych pod kątem cen jednostkowych należy uznać za nieuzasadnione.

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz formuła „zaprojektuj i wybuduj” powoduje, że wykonawca nie był zobowiązany złożyć wraz z ofertą szczegółowego kosztorysu prac. Miał on jedynie, na podstawie przygotowanej przez siebie własnej kalkulacji, wyliczyć wartość zawartych w Wykazie Płatności poszczególnych elementów zryczałtowanych. Przy czym podkreślenia wymaga, że mógł w niej uwzględnić, tam gdzie było to dopuszczalne, założoną przez siebie optymalizację rozwiązań.

Analiza uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego pominął fakt, że Odwołujący przewidział

10

optymalizację określonych rozwiązań, która znacznie wpływa na wycenę tych elementów przedmiotu zamówienia. Zastosowanie optymalizacji rozwiązań powoduje, że nieuzasadnione

jest porównywanie przez Zamawiającego dokonanej przez niego wyceny realizacji określonych rozwiązań z wyceną rozwiązań oferowanych przez Odwołującego. Rozwiązania wycenione przez Zamawiającego mogą znacznie różnić się od rozwiązań oferowanych przez Odwołującego pod względem technicznym, a w efekcie – również kosztem ich wykonania. Nie można pominąć faktu, że Zamawiający kwestionuje poszczególne ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach załączonych do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia należy badać cenę oferty, a nie ceny jednostkowe wskazane w przygotowanych na potrzeby szacowania ceny oferty kosztorysach pomocniczych. Zwłaszcza, gdy tak jak w niniejszym przypadku, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący podsumował, że dobór kilku spośród kilkuset cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach pomocniczych i przyrównanie ich do cen z kosztorysu Zamawiającego oraz ofert podwykonawców nie może zatem stanowić jakiegokolwiek potwierdzenia występowania ceny rażąco niskiej, w szczególności gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Podkreślił również, że z uwagi na fakt, iż informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostały skutecznie objęte przez niego ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, argumentacja merytoryczna odnosząca się do każdego z zarzutów podniesionych przez Zamawiającego została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o jego nieudostępnianie innym podmiotom oraz rozpoznanie odwołania w tym zakresie z wyłączeniem jawności.

Zaniechanie wskazania wszystkich podstaw wykluczenia Konsorcjum I – niewniesienie wadium

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Gwarancja bankowa nr CRD/G/0059384, która została złożona wraz z ofertą Konsorcjum I nie spełnia wymagań dotyczących wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, gdyż nie określa w sposób odpowiedni wykonawcy, którego działania mogą powodować powstanie po stronie Zamawiającego roszczenia o wypłatę kwoty gwarancji. Z przedstawionego przez Konsorcjum I dokumentu gwarancji wynika, iż dotyczy ona jedynie jednego z dwóch wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, tj. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu,

11

nie obejmuje natomiast drugiego z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, czyli MOST sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie. Z treści wspomnianej gwarancji nie wynika, iż zabezpiecza ona ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ponieważ w żadnym miejscu gwarancji nie znajduje się jakiegokolwiek wzmianka o tym, iż Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu (w treści gwarancji oznaczona jako „Wykonawca”) bierze lub może brać udział w przetargu wspólnie z innymi wykonawcami. Nie można zatem zobowiązania zaciągniętego przez gwaranta interpretować rozszerzająco, zwłaszcza w kontekście charakteru tego zobowiązania. Z treści gwarancji jednoznacznie wynika natomiast, że uprawnienie do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp aktualizuje się na skutek niezłożenia dokumentów tylko przez wskazanego w niej Wykonawcę (Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu). Tak samo w przypadku przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1-3 Pzp, w odniesieniu do których w treści gwarancji wskazano tylko jednego z członków konsorcjum. W przypadku gdy drugi z konsorcjantów nie złoży dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, wówczas w stosunku do tej spółki Zamawiający nie będzie miał możliwości zatrzymania wadium. Jest to tym bardziej istotne, że podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta ma treść gwarancji, a nie treść stosunku podstawowego łączącego beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje.

Zobowiązanie wynikające z gwarancji bankowej ma charakter abstrakcyjny, tzn. gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zlecniodawcę z beneficjentem (w tym przypadku Wykonawcy z Zamawiającym), a treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.2015.128 j.t. ze zm.) gwarancja bankowa jest jednostronnym zobowiązaniem banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony

(beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej znajduje również wyraz w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, który stanowi, że roszczenie z tytułu gwarancji jest wymagalne, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło.

Odwolujący podkreślił, że z abstrakcyjnego charakteru gwarancji wynikają następujące zasady:

1. treść gwarancji powinna być precyzyjna (formalizm i rygoryzm gwarancji) – formalizm gwarancji powoduje brak możliwości szerszej interpretacji gwarancji niż to wynika z jej literalnego brzmienia;

12

2. oświadczenia woli stron gwarancji należy interpretować zawężająco (ściślej);
3. zakazuje się wykładni liberalnej i elastycznej.

Uwzględniając powyższe zasady nie może budzić wątpliwości, że aby gwarancja wadialna w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego powinna określać wszystkie sytuacje, w których gwarant zobowiązany jest do zapłaty wadium. Warunek powyższy nie jest spełniony, gdy w gwarancji wadialnej przedłożonej przez Konsorcjum I został wymieniony tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Aby wadium wniesione w postaci gwarancji bankowej zabezpieczało należycie interesy Zamawiającego, z treści gwarancji musi wynikać, w jakich okolicznościach Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Możliwość zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie przedłożonej gwarancji wystąpiłaby wyłącznie w sytuacji gdyby pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia istniała solidarna odpowiedzialność za zawarcie umowy. Tymczasem solidarność taka nie wynika ani z ustawy, ani z czynności prawnej (art. 369 K.c.). Przepisy Pzp przewidują solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyłącznie w zakresie wykonania umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 141 Pzp). W zakresie zawarcia umowy taka solidarność nie występuje, co wynika wprost z art. 23 Pzp, w którym ustawodawca żąda, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby solidarna odpowiedzialność za zawarcie umowy wynikała z przepisów Pzp, niepotrzebnym byłoby żądanie ustanawiania pełnomocnika do podpisania umowy, gdyż umowę taką mógłby podpisać dowolny członek konsorcjum ze skutkiem dla pozostałych.

Na gruncie niniejszej sprawy treść gwarancji bankowej i wskazane w niej okoliczności zatrzymania wadium nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej, gdyż nie dotyczą wszystkich podmiotów, które złożyły ofertę. Wniesione wadium nie zabezpiecza, zatem wniesionej oferty, ponieważ oferta nie była składana przez jednego z wykonawców, a przez dwóch wykonawców występujących łącznie.

Okoliczność, iż gwarancja obejmuje tylko jednego z członków konsorcjum powoduje, że możliwość skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji w sytuacji, gdy okoliczności będące podstawą zatrzymania wadium będą dotyczyć podmiotu w niej niewymienionego (MOST sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie), będzie uzależniona od stanowiska gwaranta – banku. Ponieważ gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, niezależnym od stosunku podstawowego, bank po upływie terminu składania ofert będzie mógł w sposób korzystny lub

13

niekorzystny dla Zamawiającego zinterpretować treść gwarancji. Nie można wykluczyć, że bank – odwołując się do treści gwarancji – odmówi Zamawiającemu zapłaty powołując się na fakt, że nie wystąpiły okoliczności dotyczące zleceniodawcy, a mające uzasadniać wypłatę. Powyższe pozostaje w sprzeczności z bezwarunkowym charakterem, jakim powinna odznaczać się gwarancja bankowa stanowiąca zabezpieczenie zapłaty wadium.

Ponadto, należy również zauważyć, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości

uzupełnienia wadium, w tym uzupełnienia dokumentów potwierdzających wniesienie wadium w jednej z form określonych w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp. Zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wymóg ten dotyczy również dokumentów wyjaśniających jak i uzupełniających jej treść. Tym samym jakiegokolwiek dokumenty modyfikujące treść gwarancji, czy też oświadczenia gwaranta – banku, jeżeli zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert, powinny zostać przedstawione Zamawiającemu wraz z treścią samej gwarancji, ponieważ dzielą one los dokumentu gwarancji. Z kolei jakiegokolwiek dokumenty zmieniające treść gwarancji lub zawierające oświadczenie banku wystawione po dniu składania ofert, nie powinny być brane pod uwagę, gdyż możliwość skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji powinna w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynikać z jej treści, a nie z odrębnych od gwarancji następczych zapewnień gwaranta – banku.

Tym samym, na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum I z Postępowania również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż nie wniosło ono wadium do upływu terminu składania ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Na wstępie podał, że w Postępowaniu złożonych zostało 9 ofert, których ceny streścił w ujęciu tabelarycznym. Wskazał, że na etapie badania i oceny ofert uznał, że trzy pierwsze oferty, w tym m.in. oferta złożona przez Odwołującego, mają znamiona rażąco niskiej ceny i zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen ofert oraz dotyczących ich treści.

Odwołujący otrzymał 3 wezwania – pismo z dnia 24 kwietnia 2015 r. (dalej: „Wezwanie nr 1”), 17 czerwca 2015 r. (dalej: „Wezwanie nr 2”) i 24 lipca 2015 r. (dalej: „Wezwanie nr 3”). Na powyższe wezwania Odwołujący odpowiedział odpowiednio w dniach: 22 maja 2015 r., 1 lipca 2015 r. i 14 sierpnia 2015 r. (dalej odpowiednio: „Wyjaśnienia nr 1”, „Wyjaśnienia nr 2” i „Wyjaśnienia nr 3”).

Zamawiający oświadczył, że po analizie wspomnianych wyjaśnień uznał ofertę Odwołującego za sprzeczną z SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

14

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – niezgodność oferty z treścią SIWZ

Zdaniem Zamawiającego twierdzenia, jakoby – dokonując oceny oferty Odwołującego – nie mógł on bazować na informacjach podanych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, które nie były wymagane na etapie składania oferty oraz, że nie żądając chociażby wstępnej koncepcji projektowej, Zamawiający niejako pozbawił się możliwości szczegółowej weryfikacji oferty Odwołującego w zakresie oferowanego przez niego rozwiązania pod kątem zgodności z treścią SIWZ, są błędne. Podkreślił, że wyjaśnienia składane na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp mają dotyczyć „elementów oferty”. Oznacza to, że wykonawca odpowiadając na wezwanie ma wskazać elementy swojej oferty i wyjaśnić, jakie obiektywne okoliczności umożliwiły mu wycenę tych elementów na poziomie niższym od konkurentów. Zamawiający analizując wyjaśnienia ma obowiązek zweryfikować nie tylko rynkowy charakter ceny, ale również sprawdzić, czy zaoferowany element jest zgodny z jego wymaganiami. Przyjęcie rozumowania Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca wyjaśniając rażąco niską cenę mógłby wskazać, że przyjął do wyceny tańsze elementy, o jakości i parametrach gorszych niż wymagane postanowieniami SIWZ. Takie działanie byłoby niezgodne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji, gdyż godziłoby w tych wykonawców, którzy wycenili elementy lepsze jakościowo i zgodne z SIWZ, a więc najczęściej droższe.

Zamawiający stwierdził, że inwestycja objęta Postępowaniem będzie realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zwrócił uwagę, że w tego typu przetargach wykonawcy nie mają dowolności w zakresie projektowania, ponieważ ograniczają ich wymagania narzucone przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”). Przyjęcie rozwiązań innych niż dopuszczone przez PFU oznacza przyjęcie rozwiązań niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający omówił kolejno stwierdzone niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ.

Materiały do izolacji płyty pomostu

Zamawiający wskazał, że w pkt 2.1.11.3. PFU znalazł się następujący wymóg: „[...]Na obiektach: MS-15, WS-24A i MS-27 niezależnie od rodzaju wybranej konstrukcji należy wykonać izolację natryskową typu MMA, zgodnie z wymaganiami warunków wykonania i odbioru robót budowlanych[...]”. W załączonych do Wyjaśnień nr 3 kosztorysach obiektów MS-15, WS-24A oraz MS-27 nie wykazano tego typu izolacji. Odwołujący na swoją obronę wskazuje wprawdzie, że „[...]kosztorysy z których Zamawiający wywodzi niekorzystne dla Odwołującego skutki prawne miały prezentować cenę – a raczej jej elementy – a nie rozwiązania technologiczne[...]”, tym niemniej trzeba mieć na względzie, że rozwiązania te

15

muszą być zgodne z SIWZ i wycenione na realnym poziomie. Nie można badać realności ceny nie wiedząc jakiego elementu robót budowlanych ona dotyczy i w jaki sposób ten element będzie wykonany.

Odwołujący wskazuje również, że „[...]kosztorysy pomocnicze w żadnym razie nie stanowią deklaracji, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować roboty budowlane[...]”. Jest to twierdzenie sprzeczne z inną deklaracją Odwołującego mówiącą, że kosztorysy pomocnicze „[...]posłużyły Odwołującemu do przygotowania ostatecznej oferty[...]”. Nie sposób racjonalnie przyjąć, że jakkolwiek wykonawca, na etapie składania oferty, poniosłby koszty sporządzenia wstępnych kosztorysów, które prezentowałyby inny sposób realizacji robót niż ten, jaki faktycznie wykonawca ma na myśli.

Zamawiający podsumował, że kosztorysy przedstawione przez Odwołującego stanowiły dowody, o których mowa w art. 90 ust. 3 Pzp i miał prawo je ocenić zarówno pod kątem rynkowego charakteru zaoferowanych cen, jak i zgodności założeń z wymaganiami SIWZ.

Minimalna skrajnia pionowa

Zamawiający podał, że z załączonego do Wyjaśnień nr 3 dokumentu pn.: „Zał. C1 Tabelaryczne zestawienie obiektów z parametrami szczegółowymi” wynika, że dla obiektów WD-13 i WD-23 przyjęto niewłaściwe wysokości skrajni, które w świetle pkt 2.1.11.2 lit a) PFU „Minimalne skrajnie pionowe” powinny wynosić minimum 5,0 m. Podkreślił, że Odwołujący nie wyjaśnił w odwołaniu przyczyn tych niezgodności, a jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że jego oferta jest zgodna z SIWZ. Natomiast w kwestii załącznika C1 wytłumaczył, że „[...]w żadnym miejscu nie napisał że tabela dotyczy etapu przygotowania i kalkulowania ceny oferty[...]”.

Zamawiający stwierdził, że skoro Odwołujący złożył załącznik C1 jako element wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to miał obowiązek ocenić go tak samo, jak każdy inny dokument przez niego złożony. Odwołujący nie powinien obecnie umniejszać znaczenia wspomnianego załącznika twierdząc, że nie dotyczy on etapu przygotowania i kalkulowania ceny oferty.

Ekran akustyczny

Zamawiający podał, że w pkt 1.4.1.1 PFU wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest „[...]zaprojektować ogrodzenie i ekran akustyczny zgodnie z wymaganiami decyzji środowiskowej i jej zmianami[...]”. W pkt 1.5.1.2 PFU wskazano wymagane decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia wraz z jej zmianami lokalizację i długości ekranów akustycznych. Z zestawienia wynika, że długość ekranów to 2.111 m.

16

Odwołujący w Wyjaśnieniach nr 2 stwierdził, że „[...]wykonanie ekranów akustycznych przewidziano zgodnie z decyzją WOOD.4200.1.2014.JC.26 z dnia 23.02.2015 r.[...]”, na dowód czego przedstawił tabelaryczne zestawienie ekranów. Wynikało z niego, że nie uwzględnia ono następujących lokalizacji wynikających z treści decyzji środowiskowej:

1. od km 0+009 do km 0+230 po lewej stronie drogi wojewódzkiej DW 598 o długości 221 m i wysokości 3,0 m,
2. od km 25+850 do km 26+500 po lewej stronie drogi DK16 (Wójtowo), o długości 650 m i wysokości 3,0 m (w PFU dla tej lokalizacji podany został odcinek o długości 380 m z uwagi na zakończenie inwestycji w km 26+040).

Odwołujący w tych samych wyjaśnieniach stwierdził, że „[...]ze względu na przyjęcie do oferty kosztu wykonania całego zakresu ekranów akustycznych, nie uwzględnił ryzyka

nieuzyskania nowej decyzji środowiskowej[...]"

Zamawiający w Wezwaniu nr 3 zadał pytanie: „[...]31. Gdzie i w jakiej wysokości zostały ujęte koszty związane z wykonaniem ekranów akustycznych w km 0+009 (DW 598) o długości 221 m oraz 25+850 (DK16) o długości 380 m?[...]”. W odpowiedzi, do Wyjaśnień nr 3 Odwołujący załączył Tabelę A-31 (Ekran akustyczny), po sprawdzeniu której stwierdzono, że w dalszym ciągu nie uwzględniono 611 m ekranów akustycznych. Zamawiający podkreślił, że w odwołaniu nie wyjaśniono z czego wynika powyższa rozbieżność. Odwołujący stwierdził jedynie, że jego oferta uwzględnia wykonanie brakujących ekranów akustycznych. Wskazał również, że „[...]kalkulacja kosztu ekranów akustycznych nie bazowała bezpośrednio na ich długości tylko na ilości: pali, stóp, słupów, podwalin, paneli i drzwi[...]”, tym niemniej w pierwszym wierszu każdej tabelki składającej się na Tabelę A-31 podano lokalizację (kilometraż) oraz długość i wysokość ekranów, których dana tabelka dotyczyła.

Porównanie danych z tabelki z lokalizacją i długością ekranów podaną we wspomnianej decyzji jednoznacznie potwierdza, że w Tabeli A-31 brakuje 611 m ekranów akustycznych.

Zamawiający uznał, że wykonanie robót budowlanych w sposób niezgodny z PFU nie może być uznane za omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawienie niezgodności powodowałoby wytworzenie innej treści oferty, co jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 Pzp, który nie pozwala na zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zdaniem Zamawiającego podnoszony w odwołaniu zarzut bezpodstawnego wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty jest spóźniony i nie powinien być rozpatrywany.

17

Podkreślił, że Wezwanie nr 1 zostało przesłane Odwołującemu w dniu 24 kwietnia 2015 r. i od tego dnia biegł 10-dniowy termin, w którym mógł on kwestionować tę czynność Zamawiającego w drodze odwołania na podstawie art. 182 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie złożył odwołania na żadne z kierowanych do niego wezwań, wobec czego na obecnym etapie postępowania odwoławczego fakt rzekomo bezpodstawnego wezwania nie może być już podnoszony.

Niezależnie od faktu, że zarzut jest spóźniony, Zamawiający wskazał, że w przypadku oferty Odwołującego zaszyły przesłanki uzasadniające rozpoczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny. W Postępowaniu złożono 9 ofert. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 733.449.400,46 zł. Zaproponowana kwota jest o 23,18% niższa od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (954.712.668,00 zł), o 19,06% niższa od średniej wszystkich złożonych ofert (906.210.236,68 zł) oraz o 25,66% niższa od średniej arytmetycznej ofert obliczonej bez uwzględnienia ofert odrzuconych (986.548.976,37 zł).

Zdaniem Zamawiającego skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zrodziło po jego stronie obowiązek obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami uznał, że potwierdzają one fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał następujące okoliczności:

Koszty związane z realizacją obiektów inżynierskich

Do Wyjaśnień nr 2 załączony został Załącznik Q1, na który składa się szereg tabel przedstawiających szczegółowe rozbieżności pozycji IV-01. OBIEKTY INŻYNIERSKIE (Lp. 14-34). Każda z Tabel zawiera główne roboty dotyczące obiektów inżynierskich oraz pozycję „INNE ROBOTY”. Zamawiający zsumował wartość pozycji „INNE ROBOTY” dla wszystkich obiektów mostowych i otrzymał wartość 8.835.794,72 zł.

W Wyjaśnieniach nr 2 Odwołujący wskazał również, że kwoty rezerwy przewidzianej na wypadek przekroczenia zakładanych kosztów budowy obiektów zostały przewidziane dla każdego obiektu z osobna w pozycji „Inne roboty” każdego z elementów kosztorysu dotyczącego obiektów inżynierskich (patrz Załącznik Q1) i wynoszą w sumie ok. 9.000.000,00 zł.

W Wezwaniu nr 3 Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wcześniej wyjaśnień. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że do wyjaśnień miał formę uproszczoną, „[...]Kosztorys załączony poprzednich

prezentując pozycje, które w ocenie Konsorcjum miały najistotniejsze znaczenie z punktu widzenia cenowego, natomiast, podobne roboty lub/i o przybliżonym kształcie połączono i umieszczono w pozycji o nazwie »INNE ROBOTY« której przypisano jedną zryczałtowaną

18

wartość. (...) W załączonym kosztorysie tabela A1, złożonym z 37 stron, zostały zawarte zarówno główne roboty wyszczególnione w kosztorysie z 1 lipca, zaznaczone na żółto, jak i wszystkie roboty dodatkowe, które w kosztorysie z 1 lipca 2015 r. były umieszczone w jednej pozycji »INNE ROBOTY«.[...]

Zamawiający na podstawie tabel A1 uzupełnił wcześniejsze kosztorysy z robotami głównymi, zawarte w Wyjaśnieniach nr 2, o roboty, które były wcześniej skumulowane w pozycji »INNE ROBOTY«. Po zsumowaniu robót głównych (przyjętych na podstawie Załącznika Q1 z Wyjaśnień nr 2) oraz robót ujętych pierwotnie w pozycji »INNE ROBOTY«, a rozbitych w tabeli A1 z Wyjaśnień nr 3, stwierdzono, że ich wartość przekracza kwotę z Załącznika Q1 (IV-01 Obiekty Inżynierskie) o 5.775.089,12 zł netto. Występowanie takiej różnicy potwierdził sam Odwołujący pisząc w odwołaniu, że »[...]Zamawiający analizując i sumując wartości załącznika Q1 (IV-01 Obiekty inżynierskie), będące rozbiem kwoty ryczałtowej, mógł otrzymać wartość odbiegającą od tej widniejącej w bardziej ogólnym załączniku tj. Załącznik Q1 –TWEZ III. Roboty w wysokości 5.775.089,12 zł, co było wynikiem zaokrągleń i poziomem uogólnień szacunków kosztorysu pomocniczego, które służyły Odwołującemu do przygotowania ostatecznej oferty[...]». Odwołujący przyznał zatem, że wartość oferty w zakresie obiektów inżynierskich jest o 5.775.089,12 zł niższa, niż wynikająca z kosztorysów sporządzonych przez Odwołującego na etapie przygotowania oferty.

Zamawiający przytoczył stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym »[...]w treści wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie 6 w zakresie kosztów budowy obiektów inżynierskich omyłkowo pominął zaimek »i« po »inne roboty«, co oznacza, że wartość wspomnianych dziewięciu milionów będących kwotą rezerwy przewidzianej na wypadek przekroczenia zakładanych kosztów budowy obiektów, została ujęta między innymi w pozycji »inne roboty«, jak również została rozproszona jako procentowy czynnik w pozostałych pozycjach odnoszących się do robót związanych z budową obiektów inżynierskich[...]». Stwierdził, że na obecnym etapie Postępowania niedopuszczalne jest uzupełnianie lub zmienianie wcześniej złożonych wyjaśnień, bowiem Odwołujący przekazał Wyjaśnienia nr 2 w dniu 1 lipca 2015 r. i dopiero po ponad 5 miesiącach, w treści odwołania, próbuje zmienić ich sens powołując się na rzekomą omyłkę pisarską.

W ocenie Zamawiającego za spóźnione należy również traktować oświadczenie Odwołującego, że »[...]zgodnie z przyjętym sposobem kalkulowania ceny oferty wspomniane rezerwy, podobnie jak i inne ryzyka, w tym wahania cen, zysk i pozostałe koszty ogólne, zostały uwzględnione z wykorzystaniem współczynnika K, który jest stosowany do wszystkich cen jednostkowych, a więc do całej oferty[...]». Informacja o współczynniku K nie była podana

19

w żadnym z wcześniej złożonych wyjaśnień. Nawet w odwołaniu nie wskazano wartości, ani nie wyjaśniono na czym dokładnie polega zastosowanie tego współczynnika.

Ponadto Zamawiający analizując kosztorysy załączone do Wyjaśnień nr 3 stwierdził rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi przyjętymi w kosztorysach, a cenami jednostkowymi wynikającymi z ofert podwykonawców załączonych do Wyjaśnień nr 1 na urządzenia dylatacyjne (obiekty: WD-14, MS-15, WD-16, WD-19, WS-20, WK-25, MS-27, WD-29B, kolektory (odwodnienie obiektu WD-14, MS-15, WD-16, WD-19, WS-20, WK-25, MS-27, KL-29A). Dla wymienionych wyżej elementów łączna różnica pomiędzy cenami przyjętymi przez Odwołującego, a cenami wynikającymi z ofert podwykonawców wynosi 969.886,67 zł.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że »[...]oferty podwykonawców nie stanowiły bezpośredniej podstawy wyceny określonych robót w ofercie Odwołującego, miały jedynie charakter pomocniczy[...]». Takie stwierdzenie Odwołującego nie da się pogodzić z jego wcześniejszym stanowiskiem zawartym w Wyjaśnieniach nr 1, w których wskazano, że »[...]ceny jednostkowe wynikały z wyżej wymienionych, przykładowych ofert, a także zostały przyjęte na podstawie cen publikowanych w aktualnych wydawnictwach »Sekocenbud« oraz

cen, ustalonych dzięki dotychczasowej realizacji dużych projektów infrastrukturalnych w kraju[...]"

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie dość, że nie wykazał żadnych okoliczności, które pozwoliłyby obalić domniemanie zaferowania rażąco niskiej ceny, to wręcz swoimi wyjaśnieniami i załączonymi do nich dokumentami potwierdził fakt jej zaistnienia.

Koszty związane z wykonaniem robót przygotowawczych dla branży drogowej

Odwołujący, w odpowiedzi na pytanie 2 z Wezwania nr 3 stwierdził, że „[...]wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, odnośnie robót, o których mowa w pytaniu A2, Konsorcjum załącza tabelą A-2, w której zostały wymienione przedmiotowe roboty[...]”. Po sprawdzeniu okazało się jednak, że Tabela A-2 nie ujmuje wartości robót związanych z następującymi elementami rozliczeniowymi:

wyburzenie obiektów budowlanych (rozbiórki budynków – wartość z kosztorysu – inwestorskiego wynosi 236.799,48 zł netto),
wycinka i usunięcie grup krzewów wraz z pojedynczymi drzewami (2,75 ha – – wartość z kosztorysu inwestorskiego 29.126,35 zł netto)

Odwołujący odpowiadając na pytanie 2 nie wskazał, że wartości robót o które pytał Zamawiający są ujęte w jakichś innych tabelach lub kosztorysach. Uczynił to dopiero na etapie odwołania, co jest działaniem spóźnionym. Odwołujący nie wykazał również żadnych okoliczności, które potwierdzałyby rynkowy charakter jego cen.

20

Koszt wykonania warstw bitumicznych konstrukcji nawierzchni dla KR6

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji co do stanowiska wyrażonego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazuje jedynie, że „[...]Zamawiający ocenia poprawność kalkulacji kosztów wykonania warstw bitumicznych konstrukcji nawierzchni dla KR6 w oparciu o odpowiedź na pytanie, które w swojej treści było na tyle ogólne, że dopiero po dwóch kolejnych seriach pytań dodatkowych uzyskało konkretyzację. Dlatego nie może być mowy o tym, że Wykonawca złożył wyjaśnienia niewystarczające lub błędne, ponieważ dopiero po uszczegółowieniu pytania możliwe było udzielenie odpowiedzi na stawiane zarzuty[...]”.

Powyższe twierdzenie Odwołującego nie ma żadnego oparcia w stanie faktycznym. Zamawiający w Wezwaniu nr 1 zwrócił się o udzielenie odpowiedzi na pytanie: „[...]15. Jaką kwotę łącznie przyjęto w ofercie dla wykonania 1 m² warstw bitumicznych nawierzchni dla KR6?[...]”. Odwołujący udzielił odpowiedzi w Wyjaśnieniach nr 1 i nie wskazywał wówczas, że ma jakikolwiek kłopot ze zrozumieniem pytania.

Zamawiający po przeanalizowaniu i zsumowaniu poszczególnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku Q1 do Wyjaśnień nr 2 otrzymał inny koszt wykonania 1 m² warstw bitumicznych nawierzchni dla KR6, niż wskazany przez Odwołującego w Wyjaśnieniach nr 1. W konsekwencji, Zamawiający w Wezwaniu nr 3 zadał pytanie: „[...]1. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności oraz wskazanie właściwej ceny będącej podstawą obliczenia ceny ofertowej wykonania 1 m² warstw bitumicznych nawierzchni dla KR6?[...]” Odwołujący w Wyjaśnieniach nr 3 udzielił na to pytanie odpowiedzi i wówczas również nie wskazywał, że jest ono nieprecyzyjne, nie przedstawił również żadnego merytorycznego argumentu kwestionującego ustalenia Zamawiającego w zakresie kosztów wykonania 1 m² warstw bitumicznych nawierzchni dla KR6.

Wycena robót zawartych pod zryczałtowaną pozycją „INNE ROBOTY”

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji podważającej prawidłowość jego działań. Przez stwierdzenie, że „[...]nigdzie nie twierdziliśmy, że podpozycje kosztorysu pomocniczego mnożyliśmy i sumowaliśmy z dokładnością po drugim miejscu po przecinku, co z resztą widać gołym okiem przy każdej z tych pozycji[...]” potwierdza wręcz, że wartość oferty w tym zakresie jest o 3,57 mln zł netto niższa, niż wynikająca z kosztorysów sporządzonych przez Odwołującego do przygotowania oferty.

Przebudowa sieci gazowej

W odwołaniu użyto twierdzenia, jakoby Zamawiający argumentując „braki” w ilościach elementów rozliczeniowych w zakresie sieci gazowej pomijał całkowicie zapisy PFU,

21

które wprost wskazują, że ilości, które można odczytać z projektu nie są ostateczne i mogą podlegać zmianom.

W złożonych wyjaśnieniach brak jest wskazania założeń, którymi kierował się Odwołujący wyceniając ofertę i które pozwoliłyby mu pominąć wykonanie 1087 m sieci gazowej. Twierdzenia Odwołującego, że kalkulacja tej branży została dokonana „na podstawie wstępnych projektów” nie znalazła potwierdzenia w złożonych dokumentach. Odwołujący w zakresie brakujących 1087 m sieci gazowej twierdzi, że „[...]wykonanie ww. odcinka zostało ujęte w przekazanym wraz z wyjaśnieniami w dniu 01.07.2015 r. załączniku Q1 – tabele Instalacja – Ax princ oraz Instal-dk 16. Obydwie tabele zawierają zryczałtowane pozycje »INNE ROBOTY« w których Odwołujący ujął wykonanie przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia[...]”. ..

Bezpodstawne jest również stanowisko Odwołującego, który twierdzi, że „[...]w szczegółowym kosztorysie inwestorskim przekazanym przez Zamawiającego po ogłoszeniu Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie ma wprost wyszczególnionej pozycji dotyczącej wykonania przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia o długości 1087 m dla Węzła Olsztyn Wschód, o które Zamawiający dopytywał Odwołującego[...]”. Rzekomo brakująca pozycja znajduje się na str. 65 przekazanego Odwołującemu kosztorysu.

Koszty wykonania oznakowania poziomego, ustawienia barier drogowych, prac składających się na pozycję „Inżyniera ruchu”, podbudowy z mieszanek kruszyw niezwiązanych o uziarnieniu 0/31,5 mm warstwa gr. 20cm ruch KR5-6

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że w zakresie powyższych pozycji ceny jednostkowe przyjęte do wyceny przez Odwołującego są niższe od cen jednostkowych podanych w ofertach podwykonawcy:

Odwołujący odnosząc się do tej kwestii stwierdził, że przedstawienie ofert podwykonawców miało na celu „[...]potwierdzenie, że Wykonawca ma dobrze rozpoznany i w związku z tym wyselekcjonowany rynek robót budowlanych[...]” oraz, że oferta podwykonawcy „[...]nie stanowiła bezpośredniej podstawy wyceny[...]” danej pozycji i miała jedynie „charakter pomocniczy”. Mimo jednoznacznego oświadczenia, że oferta podwykonawcy nie stanowiła podstawy wyceny danej pozycji, Odwołujący nie przedstawił innej podstawy, w oparciu o którą cena została ustalona. Odwołujący nie udowodnił zatem, że zaoferowana przez niego cena jest rynkowa i realna.

W zakresie kosztu wykonania podbudowy z mieszanek kruszyw niezwiązanych o uziarnieniu 0/31,5 mm warstwa gr. 20cm ruch KR5-6 Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie porównywał cen przedstawionych przez Odwołującego do ceny z Sekocenbud. Nie jest znana Zamawiającemu przyczyna dla której Odwołujący podnosi tę kwestię w odwołaniu.

22

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że z wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynika, że nie obalił on domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. W zakresie niektórych elementów oferty sam Odwołujący potwierdza, że ich wartość przyjęta w złożonej ofercie jest niższa niż wynika z kosztorysów pomocniczych sporządzonych na etapie przygotowania oferty. Odwołujący nie udowodnił również rynkowej wartości szeregu pozycji, w których przyjął cenę niższą niż ta, którą zaoferowali mu podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że każde podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny musi być przez niego szczegółowo przeanalizowane. Udzielenie zamówienia wykonawcy, którego cena jest zbyt niska powoduje jedynie pozorne oszczędności. Zawarcie umowy z takim wykonawcą niesie wiele zagrożeń dla jej prawidłowego wykonania, takich jak np. obniżenie poziomu jakości robót w stosunku do oczekiwanego przez Zamawiającego, rotacja podwykonawców ze względu na dążenie wykonawcy do obniżenia kosztów realizacji lub próby wymuszania wprowadzania zmian w umowie mających wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Zaniechanie wskazania wszystkich podstaw wykluczenia Konsorcjum I – niewniesienie wadium

Zamawiający podał, że w dniu 22 grudnia 2015 r. przekazał wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. W piśmie wskazano, że oferta złożona przez Konsorcjum I jest odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Konsorcjum I nie odwołało się od tej czynności. W konsekwencji Odwołujący nie mógł skutecznie postawić omawianego zarzutu, gdyż w tym zakresie nie ma interesu we wniesieniu odwołania.

Z ostrożności procesowej Zamawiający stwierdził jednak, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu. Wbrew stanowisku Odwołującego, przedstawiony w odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego i wyroki Izby nie są reprezentatywne w niniejszej sprawie. Podkreślił, że lider konsorcjum, na którego wystawiona została gwarancja wadium był upoważniony między innymi do wniesienia całego wymaganego przez Zamawiającego wadium. Fakt prawidłowego umocowania jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wniesienia wadium w imieniu konsorcjum powoduje, że wadium jest wniesione prawidłowo.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania

Z racji tego, że nie potwierdziły się wcześniej postawione Zamawiającemu zarzuty, to również w przypadku tego zarzutu brak jest podstaw do jego uwzględniania. W ocenie

23

Zamawiającego to wybór oferty Odwołującego (nieporównywalnej z innymi ofertami ze względu na niezgodność z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę) byłoby naruszeniem przywołanej zasady uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex B wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 19 stycznia 2016 r. wniósł o oddalenie wniosku o wyłączenie jawności części rozprawy, udostępnienie załącznika nr 1 do odwołania w całości lub części i o oddalenie odwołania w całości.

Argumentując bezzasadność wniosku Odwołującego podał, że zgodnie z art. 189 ust. 6 Pzp Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Informacjami, które miałyby podlegać ochronie, są informacje zawarte w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach zaoferowanej ceny i treści oferty, tj. zaoferowane rozwiązania konstrukcyjne i technologiczne oraz informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem Konsorcjum B informacje takie, w zakresie, w jakim dotyczą okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, nie mogą korzystać z ochrony, jaką przepisy Pzp przewidują dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie mają bowiem waloru tajemnicy przedsiębiorstwa zarzuty i żądania odwołania, w zakresie podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego przesłanej wszystkim wykonawcom.

Konsorcjum B podkreśliło, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający w sposób szczegółowy opisał podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, w tym wskazał jakie rozwiązania techniczne (konstrukcyjne) i technologiczne zaoferował Odwołujący i z jakich przyczyn zostały one uznane przez Zamawiającego za niezgodne z SIWZ. Nadto, Zamawiający w jawnej części zawiadomienia dość szeroko uzasadnił, dlaczego cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska, pomijając w zasadzie jedynie niektóre wartości (ceny jednostkowe), jakie podał Odwołujący w swoich wyjaśnieniach. Podało, że informacje, które pominięte zostały w części jawnej zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, może częściowo wyczytać, czy też wyliczyć, kierując się treścią udostępnionych mu wyjaśnień Odwołującego, ponieważ Zamawiający odmówił mu wglądu jedynie do niektórych części tych dokumentów.

Konsorcjum B stwierdziło, że w niniejszej sprawie poważne wątpliwości budzi także skuteczność zastrzeżenia przez Odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Odwołujący dopiero w odpowiedzi na Wezwanie nr 2 wyjaśnił, dlaczego część zastrzeżonych przez niego informacji stanowi, w jego ocenie,

24

tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej nie sposób przyjąć, by wyjaśnieniami tymi Odwołujący wykazał, że względem wszystkich zastrzeganych przez niego informacji łącznie spełnione zostały przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Charakter zamówienia objętego przedmiotem zamówienia

Konsorcjum B podkreśliło, że choć Postępowanie prowadzone jest w tzw. formule „zaprojektuj i wybuduj”, to jednak w istocie, w świetle zapisów jego dokumentacji, wykonawcy mogą jedynie „optymalizować” dokumentację projektową dostarczoną przez Zamawiającego, a zakres możliwych do wprowadzenia przez wykonawcę „optymalizacji” do dokumentacji projektowej i koncepcji rozwiązań zamiennych przedstawionych przez Zamawiającego – zwłaszcza tych, które miałyby wpływ na wysokość kosztów realizacji przedsięwzięcia – jest relatywnie niewielki.

Zgodnie z pkt 1.4.1. PFU – „Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres Robót” – „[...]korpus drogi krajowej oraz obiekty inżynierskie należy zaprojektować i wykonać dla układu docelowego, tj.: 2 jezdni o dwóch pasach mchu o przekroju 2x (3,5)+(2,5)- (9,5) m każda, pasa dzielącego wraz z opaskami o szerokości co najmniej 0,5+ 5+0,5 - 6 m [...]”.

Z kolei w pkt. 1.4.1.1. PFU – „Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania” Zamawiający wskazał na zakres wiążących wykonawcę dokumentów, przesądając, że taki właśnie charakter mają „[...]raport o oddziaływaniu na środowisko tworzony na etapie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz na etapie zmian decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR), opinie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji dla rozwiązań z Projektu Budowlanego, decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) oraz decyzje zmieniające decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych wykonane w ramach projektu budowlanego, linie rozgraniczające teren inwestycji oraz podział nieruchomości wynikające z decyzji ZRID Nr 06/13 – „Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16” od km 132+220 istniejącej drogi krajowej nr 16 do km 4+611 (pikietaż lokalny 16 c) istniejącej drogi krajowej nr 16 wydaną przez Wojewodę Warmińsko-Mazurskiego dnia 3 czerwca 2013 r., mapa dla celów opiniodawczych, wszystkie załączone Warunki Wykonania/Odbioru Robót Budowlany.

(...)

Materiał dołączony do TOM V SIWZ o charakterze wiążącym, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia:

25

Koncepcja rozwiązań zamiennych dla zakresów ujętych w opracowanych projektach: budowlanym i wykonawczym (węzła „Olsztyn – Pieczewo”, węzła „Olsztyn – Wschód”, zakończenia obwodnicy za węzłem „Olsztyn – Wschód” oraz połączenia obwodnicy z istniejącą DK16) w zakresie określonym w koncepcji; Errata do projektu budowlanego i wykonawczego oraz koncepcji rozwiązań zamiennych.

(...)

Podczas optymalizacji rozwiązań projektowych, obowiązujące i niezmiennie (wiązące) elementy zawarte w przekazywanej Wykonawcy dokumentacji projektowej są następujące:

- przebieg trasy obwodnicy w planie i liniach rozgraniczające teren; –
- lokalizacje skrzyżowań z innymi drogami; –
- parametry geometryczne jezdni dróg, utwardzonych poboczy/pasa awaryjnego –
- w liniach rozgraniczających obwodnicy (wynikające z załączonego do PFU projektu budowlanego, koncepcji rozwiązań zamiennych za wyjątkiem parametrów wynikających ze zmiany klasy drogi z GP na S).[...]

Dalsze wymagania Zamawiającego w stosunku do zlecanych robót zawarte zostały w pkt 2 PFU, przy czym część z tych wymagań – jak np. wymagania w stosunku do obiektów inżynierskich (pkt 2.1.11 PFU) – był bardzo szczegółowe.

Z kolei, w odpowiedzi na pytanie 274 Zamawiający doprecyzował, że: „[...]Wymagania Zamawiającego zawarto w PFU, który wraz z załącznikami do niego stanowi jednocześnie opis przedmiotu zamówienia. Opracowane przez Wykonawcę Dokumenty Wykonawcy powinny być zgodne z Wymaganiami Zamawiającego, co Wykonawca uwzględni w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wykonawca ponadto zoptymalizuje rozwiązania projektu budowlanego poprzez zastosowanie rozwiązań i parametrów zgodnie z. zakresem i w PFU. (...) wymaganiami określonymi Jednocześnie Kontrakt w ściśle określonych sytuacjach przewiduje możliwość wprowadzenia zmian. Wykonawca zgodnie z treścią Subklauzuli 13.2 [Inżynieria Wartości] może

w jakimkolwiek momencie przedłożyć Inżynierowi pisemną propozycję, która (w opinii Wykonawcy), jeśli byłaby przyjęta, przyspieszy ukończenie, zmniejszy koszt realizacji, konserwacji lub eksploatacji inwestycji, poprawi Zamawiającemu sprawność lub wartość ukończonych robót lub w inny sposób dostarczy Zamawiającemu pożytku, Zamawiający informuje, że Subklauzula 13.2 [Inżynieria Wartości] pozwala Zamawiającemu na uzyskanie zastosowania innowacyjnych technologii wykonywania robót oraz optymalizację procesu realizacyjnego[...]. Zgodnie z Subklauzulą 13.1 Warunków Szczególnych Kontraktu „[...]Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian, jeśli Inżynier nie poleci Zmiany.[...]”.

26

Jak wynika z powyższego, wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mogli wprawdzie założyć na etapie składania ofert i, w ślad za tym, w wycenie, pewne optymalizacje do rozwiązań projektowych wynikających z dokumentów załączonych do SIWZ przez Zamawiającego, jednak zakres możliwych „optymalizacji”, także przy uwzględnieniu zapisów decyzji środowiskowych i warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: „WWiORB”) odnoszących się do technologii wykonywania robót, był relatywnie niewielki. W przeważającym zakresie, „projektowanie” w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia polegać będzie na opracowaniu projektu budowlanego i projektów wykonawczych do rozwiązań projektowych (w tym koncepcji) opracowanych przez Zamawiającego.

Tytułem przykładu Konsorcjum B wskazało, że w odpowiedzi na pytanie 425 (pismo Zamawiającego z dnia 16 marca 2015 r.) Zamawiający podał: „[...]Parametry podane w Tabeli nr U. PFU (Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich) mają charakter informacyjny, niewiążący Wykonawcę. Natomiast wiążące, są parametry przekroju ruchowego obiektów oraz skrajnie, które zostały określone w Projekcie Budowlanym i koncepcji rozwiązań zamiennych oraz w PFU jako standardy minimalne z uwzględnieniem wymagań decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach i jej zmian, za wyjątkiem warunków wynikających z uzyskanej zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 23.02.2015 r., które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w rozwiązaniach projektowych.[...]”. Warunki te dotyczą w Szczegółowości obiektów MS-15 i MS-27. Narzucone przez Zamawiającego (decyzję środowiskową) wymagania, w tym konstrukcyjne, uniemożliwiają jakąkolwiek optymalizację.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – niezgodność oferty z treścią SIWZ

W ocenie Konsorcjum B czynnikiem, który pozwolił Odwołującemu na zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej – ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia – było zaoferowanie przez niego (i odpowiednio wycenienie) rozwiązań projektowych niezgodnych z dokumentacją opracowaną przez Zamawiającego. Słusznie więc Zamawiający przyjął, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie wymagał wprawdzie załączenia do ofert składanych przez wykonawców szczegółowych koncepcji wykonania przedmiotu umowy (koncepcji optymalizacji dokumentacji projektowej), ani szczegółowych kosztorysów. Mowa tu jednak o ofercie w znaczeniu przedmiotowym, tj. o rezultacie zachowania wykonawcy kwalifikowanego jako oświadczenie woli, który przybiera postać określonego substratu

Od tak rozumianej oferty odróżnić należy oświadczenie woli w rozumieniu funkcjonalnym, którym posługuje się art. 60 i nast. K.c. Określa ono pewne zachowanie

27

(działanie, czyn) osoby dokonującej czynności prawnej, polegające na wyrażeniu jej woli (ktoś wyraża wolę, ujawnia ją wobec innych, np. wygłaszając pewne słowa lub pisząc określony tekst). Za dokumentem wytworzonym przez wykonawcę, któremu nadajemy nazwę „oferta”, stoi więc pewien akt woli (wewnętrzna decyzja, zamiar), który stanowi istotę oświadczenia woli. Przepis art. 65 K.c., który znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie na zasadzie art. 14 Pzp, przesądza przy tym, że oświadczenie woli należy tłumaczyć w taki sposób, w jaki tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Akt woli wykonawcy odczytuje się więc przez pryzmat treści wytworzonego przez wykonawcę

dokumentu (oferty), ale i także – w świetle dyspozycji art. 65 K.c. – z uwzględnieniem okoliczności, w jakich oferta została złożona, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Dla wykładni oświadczenia woli ma znaczenie także zachowanie strony po złożeniu oświadczenia woli, w tym treść składanych przez stronę oświadczeń, zwłaszcza zaś tych, które tak, jak w niniejszej sprawie odnoszą się wprost do treści złożonej uprzednio oferty.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy, że każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu złożenie oferty musiał poprzedzić opracowaniem i wyceną konkretnych rozwiązań projektowych. Okoliczność tą potwierdza *notabene* sam Odwołujący, wskazując w swoich wyjaśnieniach na konkretne przyjęte przez siebie rozwiązania projektowe i sposób ich wyceny (cyt.: „kosztorys ofertowy stworzony na etapie przygotowywania oferty i przeznaczony do użytku wewnętrznego Wykonawcy”, Wyjaśnienia nr 2, str. 5). Wykonawca objął więc treścią swojego oświadczenia woli (ofertą) wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób określony opracowaną przez siebie koncepcją „optymalizacji”, przy czym okoliczność ta wynika wprost z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i złożonego w niniejszej sprawie odwołania (w odwołaniu Odwołujący, nawiązując do treści złożonych przez siebie wyjaśnień, wprost wskazuje, że „[...]zaoferowane rozwiązania konstrukcyjne i technologie zostały skutecznie objęte przez Odwołującego zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa[...]” – pkt 1.4 odwołania).

Konsorcjum B zasygnalizowało, że Zamawiający skorzystał z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp i kolejno, pismami z dnia 24 kwietnia 2015 r., dnia 17 czerwca 2015 r. i dnia 24 lipca 2015 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia, o których mowa, jak wynika wprost z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp, były wyjaśnieniami dotyczącymi treści złożonych ofert, tj. Odwołujący wskazywał w nich, jaki dokładnie przedmiot zamówienia zaoferował Zamawiającemu. W sytuacji, gdy sam Odwołujący wskazał w sposób jednoznaczny, jaki przedmiot zamówienia zaoferował, trudno oświadczenia te pominąć i twierdzić, że wobec ogólnego zobowiązania Odwołującego zawartego w ofercie do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ, są one pozbawione znaczenia

28

prawnego. Ogólne oświadczenie wykonawcy o wykonaniu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ może być bowiem wiążące dla Zamawiającego tylko tak długo, jak długo nie pozyska on informacji, że wykonawca swoim oświadczeniem woli w istocie objął inny przedmiot zamówienia niż było to przez Zamawiającego wymagane. Informację, o której mowa – jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby – Zamawiający może pozyskać także w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp, które służy właśnie temu, by wyjaśniać treść złożonej oferty.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zdaniem Konsorcjum B znaczna część argumentacji Odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu skupia się na wykazaniu, że Zamawiający nie miał podstaw do skierowania do niego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Argumentacja ta, czy też zarzut, który w istocie tworzy, nie może być skutecznie podnoszona przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania, bowiem jest spóźniona. Przypomnienia wymaga, że wezwanie do Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający skierował do Odwołującego w dniu 24 kwietnia 2015 r. i ponowił, zadając dodatkowe pytania, odpowiednio w dniach 17 czerwca 2015 r. i 24 lipca 2015 r. Treść skierowanych do Odwołującego wezwań nie pozostawiała wątpliwości odnośnie tego, jaki charakter mają przedmiotowe pisma oraz z jakich przyczyn Zamawiający powziął względem ceny ofertowej Odwołującego wątpliwości odnośnie tego, czy ma ona charakter rynkowy, realny. Potwierdzeniem tego są *nota bene* odpowiedzi Odwołującego na przedmiotowe wezwania, w których konsekwentnie zawierał on szeroką argumentację odnośnie tego, że po stronie Zamawiającego nie zaszły podstawy do skierowania wezwań.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że skoro czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, której w istocie dotyczą zarzuty stawiane przez Odwołującego, została dokonana odpowiednio w dniach 24 kwietnia 2015 r., 17 czerwca 2015 r. i 24 lipca 2015 r., to stosownie do brzmienia art. 182 ust. 1 Pzp, mającego zastosowanie w niniejszej sprawie z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, termin do wniesienia odwołania wobec tych czynności wynosił 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego i upływał odpowiednio 4 maja 2015 r.,

27 czerwca 2015 r. i 3 sierpnia 2015 r. W jego ocenie Odwołujący, przestając na podniesieniu argumentów wskazujących na brak podstaw do skierowania do niego wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp w piśmie adresowanym do Zamawiającego, nie dochował więc należytej staranności, jaka wymagana jest od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem tego jest okoliczność, iż na obecnym etapie postępowania utracił on możliwość skutecznego kwestionowania zasadności skierowanego

29

do niego wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum B stwierdziło, że Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie rażąco niskiego charakteru ceny zaoferowanej przez Odwołującego i skierował do niego wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp. Zasadność tego wezwania znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, które w sposób jednoznaczny potwierdzają, że cena ofertowa Odwołującego nie pokrywa wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie nie tylko ocena dokonana *post factum* potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego. Zasadność skierowania do Odwołującego wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp w pełni potwierdzają bowiem okoliczności stwierdzone i uzasadnione przez Zamawiającego w protokole z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego z dnia 20 kwietnia 2015r.

W pierwszej kolejności odnotowania wymaga, że Zamawiający (komisja przetargowa) dla potrzeb ustalenia, względem których ofert zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, oceniał zaoferowane ceny w trzech aspektach.

Punktem wyjścia dla Zamawiającego było porównanie zaoferowanych cen do wartości szacunkowej zamówienia, pomniejszonej o wartość zamówień uzupełniających i powiększonej o wartość podatku VAT. Odnotowania przy tym wymaga, że Zamawiający, porównując ceny złożonych ofert do wartości szacunkowej zamówienia, zachował wręcz podwyższoną staranność. Postępowanie wszczęto w grudniu 2013 r., dokonując uprzednio oszacowania wartości zamówienia. Następnie wartość tą Zamawiający zaktualizował w kwietniu 2014 r., kiedy to na jego zlecenie została opracowana koncepcja zamiennych rozwiązań projektowych. Dokonując tej aktualizacji, Zamawiający przypisał także koszty wykonania poszczególnych zadań, nie jak poprzednio, na zasadzie z góry przyjętego rozdziału procentowego, ale uwzględniając faktyczne koszty robót niezbędne do wykonania w ramach poszczególnych zadań. Z uwagi na upływ czasu i zmianę warunków ekonomicznych Zamawiający dokonał także kolejnej aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia w marcu 2015 r. Ta ostatnia aktualizacja wartości szacunkowej zamówienia, zgodnie z jej treścią, uwzględniała spadek cen ropy, który miał miejsce w 2014 r. Okoliczność ta, zdaniem Zamawiającego, prowadziła do 4% spadku kosztów realizacji zamówienia względem kosztów ustalonych w kwietniu 2014 r. Zamawiający nie odniósł się wprawdzie do podnoszonej przez Odwołującego okoliczności obniżenia cen stali, betonu, materiałów sypkich i robocizny, niemniej jednak jeżeli takowe spadki w 2014 r. nastąpiły, to były one przede wszystkim spowodowane spadkiem cen ropy naftowej. Na tej zasadzie ujęcie przez Zamawiającego w aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia okoliczności spadku cen ropy zbiorczo i ustalenie wpływu tego czynnika na

30

wartość zamówienia na 4%, nie świadczy o nierzetelności wyceny Zamawiającego. Mając na uwadze okoliczności faktyczne towarzyszące szacowaniu przez Zamawiającego wartości zamówienia, stwierdzenie przez niego aż 23,18 % różnicy pomiędzy wartością szacunkową zamówienia ustaloną z należyłą starannością, a ceną ofertową Odwołującego, musiało wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do rynkowego charakteru tej ceny.

Konsorcjum B podkreśliło, że Zamawiający nie kierował się wyłącznie oceną, czy cena ofertowa Odwołującego w istotny sposób odbiega od uaktualnionej wartości szacunkowej zamówienia, a również analizował inne okoliczności faktyczne, w szczególności odniósł cenę ofertową Odwołującego do wartości pozostałych, złożonych w niniejszym postępowaniu ofert. Zestawienie ceny ofertowej Odwołującego (733.449.400,46 zł) ze średnią arytmetyczną złożonych ofert (906.210.236,68 zł) prowadziło do wniosku, że cena ofertowa Odwołującego jest niższa od tej średniej o 19,06%, tj. o 172.760.836.00 zł. Różnica ta musiała zostać przez

Zamawiającego uznana za istotną, nawet jeśli początkowo zakładał on, że wątpliwości co do rażąco niskiej ceny poweźmie dopiero, gdy wspomniana różnica wyniesie 20%. Ta zmiana początkowego założenia nie świadczy o subiektywizmie Zamawiającego, a przeciwnie – jest wyrazem dochowania należytej staranności. Co istotne, gdyby z owych porównań wyeliminować ofertę wykonawcy PORR Polska Infrastructure S.A. (wykonawca ten sam przecież przyznał, iż jego oferta nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia), cena ofertowa Odwołującego byłaby jeszcze niższa od średniej pozostałych ofert, na poziomie powyżej 20%.

W świetle powyższego, przyjęte przez Zamawiającego jako uzupełniające trzecie kryterium (kryterium podobieństwa – średnia cena za wykonanie 1 km drogi przy projektach o porównywalnym stopniu skomplikowania) jedynie potwierdzało wątpliwości co do realnego charakteru ceny Odwołującego. Odwołujący kryterium to zdaje się marginalizować, wskazując na rzekomą nieadekwatność projektów wytypowanych przez Zamawiającego dla dokonania tego porównania, niemniej nie sposób nie dostrzec, że są to jedynie jego gołosłowne twierdzenia. Odwołujący nie przedstawia bowiem dowodów wskazujących na okoliczność, iż zakres projektów wytypowanych przez Zamawiającego, czy też warunki ich realizacji, były na tyle odmienne, że uzasadniały tak duże dysproporcje między cenami za 1 km wykonanej drogi.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził ponadto, iż w realiach niniejszej sprawy bez znaczenia pozostaje okoliczność, że różnica ceny ofertowej Odwołującego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz średniej wszystkich złożonych ofert nie odbiega od wartości progowej wskazanej w obecnie obowiązującym przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. jest mniejsza niż 30%. Jak Odwołujący słusznie zauważa, przepis art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obecnie obowiązującym nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Co jednak istotniejsze, także w obecnym stanie prawnym wskazana w art. 90 ust. 1 Pzp wartość „progowa” ma takie

31

znaczenie, że Zamawiający – w razie wystąpienia dysproporcji na poziomie 30% – ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny. Zamawiający ma jednak prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny także w sytuacjach, gdy wskazana w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp wartość progowa nie została osiągnięta, jeśli po jego stronie wystąpią wątpliwości co do charakteru zaoferowanej ceny,

W ocenie Konsorcjum B nie sposób nie dostrzec, że argumentacja odwołania zmierzająca do wykazania, iż w niniejszej sprawie nie zaszły podstawy do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, służy wyłącznie temu, by stwierdzić, że w nie można mówić o powstaniu domniemania „rażąco niskiej ceny” względem oferty Odwołującego. Kwestia, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z domniemaniem rażąco niskiej ceny ma drugorzędne znaczenie, ponieważ istotna jest okoliczność, że oferta Odwołującego nie została odrzucona z uwagi na „nie obalenie” domniemania rażąco niskiej ceny, ale z uwagi na złożenie niewystarczających, lakonicznych wyjaśnień. Treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień potwierdziła bowiem, iż dokonał on wyceny oferty w sposób niewiarygodny, nierzetelny, nieprawidłowy, a więc, że jego cena jest rażąco niska i to ta okoliczność legła u podstaw zaskarżonej odwołaniem czynności. W tej sytuacji Odwołujący winien wykazać w toku postępowania odwoławczego, że treść złożonych przez niego wyjaśnień nie wskazuje na dokonanie wyceny oferty poniżej kosztów realizacji założonej przez Odwołującego koncepcji wykonania zamówienia. Dowodu takiego, w ocenie Konsorcjum B, Odwołujący nie zaoferował.

Niezasadny jest, w przekonaniu zgłaszającego przystąpienie, wniosek Odwołującego, jakoby przyjęta przez Zamawiającego formuła realizacji niniejszego zamówienia („zaprojektuj i wybuduj”) oraz ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykluczały możliwość badania cen jednostkowych wskazanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W jego ocenie badanie okoliczności związanych z rażąco niską ceną należy odnosić do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia i tak zaproponowane rozwiązania winno podlegać weryfikacji pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny takich kosztów. Zaznaczył, że w tego typu postępowaniach wszyscy wykonawcy, którzy składają oferty, wyceniają wprawdzie ten sam przedmiot zamówienia, niemniej przy wycenie tej uwzględniają własną koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia (w zakresie, w jakim dokumentacja przetargowa dopuszcza „optymalizację” założonych przez Zamawiającego rozwiązań projektowych). Jednocześnie jednak, sami wykonawcy nie mogą

złożyć oferty bez uprzedniego stworzenia wspomnianej koncepcji wykonania zamówienia. W tej sytuacji o tym, czy cena zaoferowana przez wykonawcę w danym postępowaniu ma charakter realny (czy cena jest rynkowa, a więc nie jest rażąco niska), może świadczyć wyłącznie poprawność wyceny przyjętej przez wykonawcę koncepcji wykonania zamówienia

32

– prawidłowe ustalenie ilości robót do wykonania w ramach danej koncepcji, przyjęcie rynkowych cen jednostkowych wykonania poszczególnych elementów robót oraz właściwa wycena ryzyka związanego z wybrana koncepcją wykonania zamówienia. W ślad za tym, Zamawiający słusznie przyjął, że skoro Odwołujący nie jest w stanie wycenić w sposób prawidłowy kosztów wykonania przygotowanej przez siebie koncepcji, np. w wycenie tej pomija istotne koszty wykonania robót według przyjętej przez siebie koncepcji, to jego cena ofertowa nie może być uznana za wiarygodną. Przyjęcie przeciwnego stanowiska, powodowałoby, że w postępowaniach „zaprojektuj i wybuduj” Zamawiający pozbawieni byłiby możliwości weryfikowania, czy ceny ofertowe wykonawców ubiegających się o zamówienie nie noszą znamion rażąco niskiej, tymczasem zakres zastosowania przepisów Pzp odnoszących się do tej kwestii nie jest ograniczony do niektórych tylko „rodzajów” postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że okolicznością pozbawioną znaczenia prawnego jest argument, że Zamawiający nie żądał przedstawienia na etapie składania ofert kosztorysów szczegółowych. Kosztorysy te, stanowiąc element wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jak najbardziej mogły stanowić przedmiot badania przez Zamawiającego. Odwołujący, decydując się na przedstawienie Zamawiającemu kalkulacji szczegółowej ceny ofertowej oraz dokonując wyboru, w jaki sposób w kalkulacji tej ująć poszczególne koszty (jak ustalić ceny jednostkowe), musiał liczyć się z tym, że tak opracowana przez niego kalkulacja będzie przedmiotem oceny Zamawiającego. W ramach tej oceny Zamawiający musiał ocenić także sposób wyceny przez Odwołującego poszczególnych cen jednostkowych. Okoliczność, iż część cen jednostkowych została wyceniona przez Odwołującego na poziomie nieodpowiednim do kosztów rynkowych ich wykonania, nie mogła zostać przy tym przez Zamawiającego pominięta, jeżeli kosztów wykonania niedoszacowanych robót Odwołujący nie może pokryć z innych pozycji kosztorysu, rezerw, zysku. Zamawiający przewidział wprawdzie w niniejszej sprawie ryczałtowy model wynagrodzenia wykonawcy, tym niemniej i w takim wypadku Zamawiający – właśnie w kontekście instytucji rażąco niskiej ceny oferty – ma prawo oczekiwać, że z ceny ofertowej Odwołujący pokryje wszystkie niezbędne koszty wykonania zamówienia.

W piśmie procesowym z dnia 22 stycznia 2016 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację dotyczącą zarzutu rażąco niskiej ceny.

Na wstępie stwierdził, że stanowisko Konsorcjum B jest nieuzasadnione, a dowody złożone przez nie w toku rozprawy powinny zostać oddalone, jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Podał, że zgłaszający przystąpienie opiera się głównie na wykazywaniu realności ceny zaoferowanej przez siebie, która wynika z jego bogatego doświadczenia w realizacji podobnych robót objętych przedmiotem zamówienia oraz

33

posiadanej przez niego pozycji negocjacyjnej. Konsorcjum B błędnie zakłada, że inni wykonawcy, w tym Odwołujący, nie posiadają porównywalnego doświadczenia, czy pozycji negocjacyjnej. Odwołujący posiada również bogate doświadczenia oraz ugruntowaną pozycję na rynku budowlanym, która umożliwia mu uzyskanie znacznych rabatów i upustów, jak również zapewnia mu silną pozycję w toku negocjacji z potencjalnymi kontrahentami. Już chociażby z tego powodu argumentację przedstawioną przez zgłaszającego przystąpienie należy uznać za nieprzydatną z punktu widzenia oceny charakteru zaoferowanej przez Odwołującego ceny.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny, jak również struktury i wysokości ponoszonych kosztów. Kwestie te są ściśle związane ze specyfiką i okolicznościami właściwymi dla danego wykonawcy. Nie można twierdzić, iż istnieje tylko jeden model kalkulacji kosztów, do którego stosowania zobligowany byłby Odwołujący. Realność ceny zgłaszającego przystąpienie nie oznacza automatycznie nierealności ceny Odwołującego. Konsorcjum B musiałoby natomiast udowodnić, że realizacja

przedmiotu zamówienia jest możliwa wyłącznie za zaoferowaną przez niego cenę, że jest to najniższa cena, za jaką można zrealizować przedmiot zamówienia. Przeprowadzenie przez nie takiego dowodu jest jednak niemożliwe, gdyż każdy wykonawca kalkuluje cenę z uwzględnieniem właściwych tylko jemu obiektywnych czynników, o których inni wykonawcy mogą nie wiedzieć. Konsorcjum B nie ma natomiast wiedzy o obiektywnych czynnikach mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny i nie posiada również informacji o zastosowanej przez Odwołującego optymalizacji, która niewątpliwie miała wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę. Możliwość stosowania przez wykonawców optymalizacji powoduje, że oferty złożone przez poszczególnych wykonawców, a przede wszystkim zaoferowane przez nich ceny, są *de facto* nieporównywalne, gdyż mogą one przewidywać wycenę zupełnie innych rozwiązań technicznych, czy technologicznych.

Zdaniem Odwołującego całkowicie nieuzasadnione jest w niniejszej sprawie badanie i porównywanie cen jednostkowych podanych w złożonych przez niego kosztorysach pomocniczych. Wynagrodzenie, jakie otrzyma wykonawca za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowych kosztorysów cenowych. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia powoduje, że należy badać cenę oferty Odwołującego jako całość, a nie poszczególne ceny jednostkowe wykonania określonych robót czy materiałów, których podania Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert.

Odwołujący stwierdził ponadto, że przedstawione przez Konsorcjum B w charakterze dowodów zestawienia cenowe zawierające wyszczególnienie cen jednostkowych określonych prac i materiałów oraz przedstawiające różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofercie

34

Odwołującego i zgłaszającego przystąpienie, jak również dowody w postaci ofert jego podwykonawców są nieprzydatne do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, gdyż *de facto* sprowadzają się do wykazania realności ceny zaoferowanej przez Konsorcjum B. W żaden sposób nie wykazują one, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską, za którą nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał przykładowo, że fakt, iż zgłaszający przystąpienie jest w stanie zakupić stal za określoną kwotę w żadnym wypadku nie może prowadzić do wniosku, że przyjęcie przez Odwołującego w pomocniczej kalkulacji innych kosztów zakupu stali powoduje, że koszt ten został przez Odwołującego zaniżony. Należy bowiem pamiętać, że każdy z wykonawców ma inne możliwości negocjacyjne z podwykonawcami i dostawcami materiałów. W konsekwencji nie może budzić wątpliwości, że przedstawione przez Konsorcjum B analizy i zestawienia kosztów Odwołującego pozostają w oderwaniu do rzeczywistych kosztów i sposobu, w jaki kalkulował on cenę za realizację przedmiotu zamówienia, co powoduje, że są one nieprzydatne dla oceny charakteru zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do przedstawionej przez Konsorcjum B ekspertyzy wydanej przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Odwołujący wskazał, że stanowi ona opinię prywatną, która może, co najwyżej zostać uznana za stanowisko zgłaszającego przystąpienie lub dowód z dokumentu prywatnego, nie zaś dowód wiadomości specjalnych.

W nawiązaniu do jej treści Odwołujący zasygnalizował natomiast szereg zastrzeżeń poczynionych przez autora opinii. Przykładowo na str. 2 opinii jej autor wskazuje:

„[...]Do wyceny przyjęte zostały ceny minimalne zawarte w cennikach SEKOCENBUD.

W celach określenia realnej ceny rynkowej posłużono się też udostępnionymi przez Zleceniodawcę ofertami na dostawę podstawowych materiałów budowlanych oraz ofertami podwykonawców do tego przetargu[...]”. Z kolei na str. 9 ekspertyzy wskazano:

„[...]Wycena kosztów rynkowych wzmocnienia podłoża została przyjęta na podstawie doświadczenia realizacyjnego Zlecającego w oparciu o oferty, umowy realizacyjne kontrakty infrastrukturalne realizowane przez niego na terenie kraju jak również na podstawie ofert firm specjalistycznych otrzymywanych w omawianym zakresie[...]”. Fakt, że Konsorcjum B jest w stanie pozyskać materiały, czy podzlecić pracę za określoną cenę jest nieprzydatny do ustalenia rynkowego kosztu budowy drogi ekspresowej objętej przedmiotem zamówienia. Dostępne zgłaszającemu przystąpienie oferty na dostawę podstawowych materiałów budowlanych oraz oferty podwykonawców mogą, co najwyżej, stanowić podstawę badania ceny zaoferowanej przez niego, ale nie ustalenia rynkowego kosztu robót. Okoliczność, że określony wykonawca jest w stanie pozyskać materiały za daną cenę, nie powoduje, że cena ta może być ceną rynkową. Autor opinii nie pokusił się chociażby o porównanie cen

z innych źródeł np. cen dostępnych innym wykonawcom czy też cen dostępnych w ogólnych cennikach producentów, a dopiero takie porównanie mogłoby stanowić podstawę do uznania,

35

że określona cena może mieć rynkowy charakter. Biorąc pod uwagę, że ekspertyza bazuje na błędnym założeniu o rynkowym charakterze przyjętych do wyceny przez autora cen przekazanych przez Konsorcjum B należy stwierdzić, że jest ona nieprzydatna do ustalenia rynkowych kosztów wykonania zamówienia, a co za tym idzie jest nieprzydatna od rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że prywatna opinia *de facto* potwierdza, że cena zgłaszającego przystąpienie również jest niedoszacowana w stosunku do przedstawionej w niej ekspertyzy kosztowej. Z załączonego do jego oferty wykazu płatności wynika, że zaoferował on cenę na poziomie 742.290.952,00 zł netto (913.017.870,96 zł brutto). W ekspertyzie stwierdzono natomiast, że przy uwzględnieniu 25% rabatu od cen Sekocenbud rynkowy koszt budowy drogi ekspresowej może wynieść 749,14 mln zł netto. Uwzględniając ponad 7 mln różnicę pomiędzy kosztami ustalonymi przez autora ekspertyzy, a ceną zaoferowaną przez Konsorcjum B, przekładając stanowisko wyrażone w stosunku do ceny zaoferowanej przez Odwołującego na cenę zaoferowaną przez zgłaszającego przystąpienie należy stwierdzić, że jego cena jest niedoszacowana, a zatem złożona przez niego oferta również powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego ze względu na niedozwolone zaniżenie kosztów inwestycji.

W ocenie Odwołującego również dowody prezentowane przez Konsorcjum B w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ są nieprzydatne do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na dowody w zakresie czasu potrzebnego na wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Jak Odwołujący podkreślał zarówno w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, w odwołaniu oraz w toku rozprawy przed Izbą będzie on realizował zadanie zgodnie z wszelkimi wymogami określonymi w PFU, w tym z określonymi w PFU wymogami w zakresie ekranów akustycznych. Ze względu na nie dokonywanie przez Odwołującego żadnych modyfikacji w zakresie ekranów akustycznych, nie będzie koniecznym pozyskanie przez niego nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Argumentacja i dowody prezentowane w tym zakresie przez zgłaszającego przystąpienie są zatem bezprzedmiotowe.

Za nieuzasadnioną należy również uznać argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że z wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynika, że nie obalił on domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że do Postępowania zastosowanie znajdują przepisy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, tym samym, nie jest właściwe przyjęcie przez Zamawiającego, iż zwrócenie się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień tworzy jakiegokolwiek domniemanie rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

36

W piśmie procesowym z dnia 25 stycznia 2016 r. Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje dotychczasowe stanowisko w sprawie, a nadto wyjaśnił, co następuje.

Stwierdził, że z posiadanego przezeń doświadczenia wynika, że przyczyną niskiej ceny oferty może być zaniżenie kosztów wykonania poszczególnych asortymentów robót poniżej ich rynkowego poziomu lub nieuwzględnienie w ofercie wszystkich wymagań określonych w SIWZ.

W powyższym kontekście nie może budzić, w ocenie Zamawiającego, wątpliwości, że ma on prawo ocenić wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp również pod kątem tego, czy opisane w wyjaśnieniach elementy oferty są zgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w PFU.

Materiały do izolacji płyty pomostu

W pkt. 2.1.11.3 PFU Zamawiający wskazał, że na obiektach MS-15, WS-24A oraz MS-27, niezależnie od rodzaju wybranej konstrukcji, należy wykonać izolację natryskową typu MMA, zgodnie z wymaganiami WWiORB. Wymagania te określa WWiORB o numerze M.15.02.05. Izolacja ta jest wykonana z materiału na bazie metakrylanu metylu, stąd określenie „technologia MMA”. Ten typ izolacji jest izolacją grubą.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że na obiektach MS-15, WS-24A oraz

MS-27 zamierza wykonać izolację arkusзовą z papy termozgrzewalnej. Wykonanie tego typu izolacji opisuje WWIORB M.15.02.01 i taki też numer widnieje przy opisie pozycji w kosztorysie pomocniczym Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że oceniał wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na etapie Postępowania. Podnoszony na etapie postępowania odwoławczy argument, jakoby błąd w określeniu technologii wykonania izolacji miał wynikać z nieprawidłowego tłumaczenia, jest spóźniony i nie może odnieść skutku. Należy również zauważyć, że z przedłożonych na rozprawie dokumentów w żaden sposób nie wynika, aby Odwołujący w swojej ofercie ujął wykonanie izolacji natryskowej typu MMA. W przedłożonym przez Odwołującego na rozprawie „kosztorysie pomocniczym” (dokument zawierający polskie i angielskie opisy pozycji kosztorysowych) nadal przy polskim opisie pozycji pojawia się „izolacja arkusзова z papy termozgrzewalnej” (a więc inna niż w technologii MMA) oraz numer WWIORB 15.02.01 (zamiast odnoszącego się do technologii MMA numeru M.15.02.05).

Zamawiający stwierdził również, odnosząc się do złożonego na rozprawie dowodu w postaci wyciągu z przedmiarów przekazanych przez Zamawiającego, że zgodnie z pkt 1.4.1.1 PFU „[...]przedmiary nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko[...]”.

37

Minimalna skrajnia pionowa

Zdaniem Zamawiającego złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody na potwierdzenie zgodności tego zakresu treści oferty z SIWZ są spóźnione i nie powinny być brane pod uwagę. Zasygnalizował również, że dowody dotyczyły wyłącznie obiektu WD-13.

W zakresie wniosku dowodowego Odwołującego odnoszącego się do opinii biegłego Zamawiający stwierdził, że winien on zostać oddalony. W jego ocenie Odwołujący błędnie odczytuje stanowisko Zamawiającego wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty przyjmując, że jego powodem było to, iż jej cena została zaniżona jedynie o 18.371.296,41 zł. Odwołujący próbuje wykazać, że po dodaniu tej kwoty do ceny jego oferty stanie się ona realna oraz rynkowa, i w związku z tym wnosi o zbadanie przez biegłego tego zagadnienia. Tego typu manipulacja i próba dowodzenia prawidłowości kalkulacji dokonanej przez Odwołującego jest bezcelowa, gdyż przedmiotem badania biegłego byłaby wartość, na którą przecież nie opiewa złożona przez Odwołującego oferta, lecz wartość wyższa od niej o ponad 18 mln zł. To obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, że jego cena ma rynkowy charakter. Nie może obecnie Odwołujący przerzucać tego obowiązku na biegłego. Co więcej, zgodnie z postulatem Odwołującego, biegły miałby się odnieść do ceny innej, niż cena zaoferowana przez Odwołującego. Zamawiający zaakcentował, że jako profesjonalista posiada na tyle wyspecjalizowane kadry, których wiedza i doświadczenie były całkowicie wystarczające do zbadania wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez Odwołującego. W związku z tym, Zamawiający nie widzi potrzeby dokonywania ponownej analizy wyjaśnień przez osoby trzecie, a wręcz dopatruje się we wniosku Odwołującego próby przedłużania procedury odwoławczej.

Zamawiający stwierdził, że aby obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, Odwołujący winien był dowieść, że różnice pomiędzy ceną jego oferty, a wartością szacunkową zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert nie są wynikiem błędnych założeń lub zastosowania nierynkowych, nierealnych cen. Zamawiający oczekiwał, oprócz odpowiedzi na zadawane pytania i prośby o konkretne wyjaśnienia, wszelkich informacji oraz dowodów dotyczących sposobu obliczenia ceny zamówienia, które wykonawca uzna za istotne, a których Zamawiający nie wymienił wprost w pismach wzywających do wyjaśnień. Podał, że wskazana w odrzuceniu oferty kwota 18.371.296,41 zł wynika bezpośrednio z przeliczenia kosztorysów pomocniczych Odwołującego załączonych do wyjaśnień. Wartość ta nie obejmuje niemożliwych do oszacowania kosztów, jakie Odwołujący musiałby ponieść, gdyby w ofercie uwzględnił wykonanie, zgodnie z PFU, izolacji natryskowych typu MMA, prawidłowej wysokości skrajni pionowych dla obiektów WD-13 i WD-23, prawidłowej ilości ekranów akustycznych i sieci gazowej średniego ciśnienia.

38

na następujące okoliczności.

W jego ocenie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp było zasadne, a Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający dla oceny charakteru ceny ofertowej przyjął nieprawidłową wartość przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wystąpiło domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, które winno zostać przez Odwołującego obalone. Zgłaszający przystąpienie podał, że w przypadku, gdy zamawiający stwierdza zaniżenie danej ceny w stosunku do wartości jego przedmiotu zamówienia i wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oferowanej ceny, wykonawca może w swoich wyjaśnieniach wykazywać, że zaoferowana przezeń cena – nawet jeżeli rzeczywiście niższa od wartości przedmiotu zamówienia – pokrywa indywidualne koszty wykonawcy związane w wykonaniem zamówienia i na jego sfinansowanie temu wykonawcy w zupełności wystarczy. Tego Odwołujący nie uczynił. Zupełne i kompletne wyjaśnienia w przedmiocie prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej Odwołującego, wykazujące Zamawiającemu, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo i pozwalające ocenić ją w taki sposób, powinny zostać przedłożone przez Odwołującego w trakcie Postępowania.

Co, zdaniem Wykonawcy B, istotne, wezwanie pozostawało otwarte (co podkreślono dodatkowo w jego treści), a więc umożliwiono Odwołującemu dowolność w prezentacji wszelkich niezbędnych elementów i informacji, które mogły posłużyć do uzasadnienia wysokości ceny, którą zaoferował.

Przedmiotem oceny dokonywanej w trakcie postępowania odwoławczego jest prawidłowość czynności zamawiającego, w tym przypadku czynności odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne Zamawiającemu, które zgodnie z przepisami Pzp mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cen i uwarunkowań, itp., dowodzące możliwości zaoferowania ceny tak niskiej, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Złożone wyjaśnienia potwierdziły, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 grudnia 2016 r. wynika, że Odwołujący w swych wyjaśnieniach nie zawarł takich informacji, które w jednoznaczny sposób wykazywały realność zaoferowanej przez niego ceny. Nie złożono również wyjaśnień, na podstawie których można by ustalić, że niezbędne materiały rzeczywiście mogą być Odwołującemu dostępne za określoną cenę,

39

w szczególności gdy oferty podwykonawców wskazywały ceny dużo wyższe niż w kosztorysach Odwołującego,

W przekonaniu zgłaszającego przystąpienie wyjaśnienia Odwołującego wręcz potwierdziły, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia, w szczególności przez zaproponowanie niezgodnych z PFU rozwiązań konstrukcyjnych i technologii, pominięcie niektórych elementów zamówienia opisanych w PFU, nieobjęcie wyjaśnieniami wszystkich zakresów robót objętych PFU i załączenie do wyjaśnień ofert podwykonawców z cenami jednostkowymi dużo wyższymi niż ceny skalkulowane przez Odwołującego. Pozbawiona prawnego znaczenia pozostaje eksponowana przez Odwołującego kwestia wartości pozycji pominiętych w jego wyjaśnieniach, czy pozycji, w odniesieniu do których Zamawiający stwierdził, iż są zaniżone w stosunku do ofert podwykonawców. Nic chodzi też o wpływ tych pozycji na globalną cenę zaoferowaną przez Odwołującego, ponieważ Zamawiający – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu zaniżonych poszczególnych cen jednostkowych. W ocenie Wykonawcy B Odwołujący generalnie nie wyjaśnił kwestii związanych z właściwymi tylko jemu okolicznościami pozwalającymi na tak drastyczne obniżenie ceny. Nie sposób na podstawie tak udzielanych wyjaśnień, pełnych braków, sprzeczności czy omyłek, na które powołuje się Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego, ocenić, że cena Odwołującego jest realna.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie posiada on przewagi rynkowej, czy właściwych tylko jemu okoliczności, które mogłyby się przełożyć na jego możliwości tak drastycznego obniżenia ceny. Odwołujący zresztą nie przenosi owych rzekomych okoliczności

na wartości ekonomiczne. Porównując potencjał Odwołującego i Wykonawcy B, to właśnie on, biorąc pod uwagę jego udział w rynku robót budowlanych, ma potencjalnie większe możliwości złożenia oferty konkurencyjnej.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o nieuwzględnienie wniosku dowodowego Odwołującego o dopuszczenie z opinii zdaniem, dowodu biegłego. Jego rozstrzygnięcie podniesionych zarzutów nie wymaga uzyskania wiadomości specjalnych i może zostać dokonane na podstawie dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania. W szczególności, jak wskazano powyżej, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy – biorąc pod uwagę granice zarzutów – kwestia ewentualnego wpływu na cenę ofertową Odwołującego wartości pozycji kosztorysowych, wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części odnoszącej się do rażąco niskiej ceny. Podał, że postępowanie odwoławcze toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej

40

konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego – skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób, by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę B (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści (w odniesieniu do wniosków dowodowych stron i Przystępującego w poniższym zestawieniu ujęto te dokumenty, które nie są objęte dokumentacją Postępowania):

1. SIWZ,
2. oferty Odwołującego,
3. Wezwań 1-3,
4. Wyjaśnień 1-3 z załącznikami,
5. zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego – pismo z dnia 22 grudnia 2015 r.,
6. załączników do odwołania:
 - 6.1. korespondencji poczty elektronicznej od kontrahenta Odwołującego z dnia 3 sierpnia 2015 r. dotyczącej oferty VR 063/2015/03/09 z dnia 9 marca 2015 r. na wykonanie barier drogowych,
 - 6.2. korespondencji poczty elektronicznej od kontrahenta Odwołującego z dnia 29 lipca 2015 r. dotyczącej oferty nr 52/JS/2015 z dnia 5 lutego 2015 r. wraz z oświadczeniem z dnia 30 grudnia 2015 r.,
 - 6.3. oświadczenia kontrahenta Odwołującego z dnia 30 grudnia 2015 r. dotyczącego oferty z dnia 2 lutego 2015 r.,

41

- 6.4. oświadczenia kontrahenta Odwołującego (bez daty) dotyczącego oferty nr OF/342/15/MF z dnia 24 marca 2015 r.,
- 6.5. oświadczenia kontrahenta Odwołującego z dnia 30 grudnia 2015 r. dotyczącego oferty nr 10001700-2015-AG z dnia 1 kwietnia 2015 r.,

7. dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie:
- 7.1. kosztorysów ofertowych dotyczących obiektów MS-15 i WS-24A sporządzonych w języku polskim i angielskim,
 - 7.2. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 1 kwietnia 2015 r. na wykonanie izolacji natraskowych,
 - 7.3. przekroju poprzecznego obiektu WD-14,
 - 7.4. przekrojów podłużnych obiektów WD-13 i WD-14,
 - 7.5. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 2 kwietnia 2015 r. na wykonanie ekranów akustycznych,
 - 7.6. tabeli przedstawiającej miejsca ujęcia i wysokość kosztów przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia o długości 1087 m w załącznikach do Wyjaśnień nr 1 i 3 oraz w ofercie podwykonawcy Odwołującego załączonej do Wyjaśnień nr 1,
 - 7.7. pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 3 marca 2015 r. dotyczącego przetargu ograniczonego na „Kontynuację projektowania i budowę obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej”,
 - 7.8. tabeli wartości elementów zryczałtowanych dla budowy obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej,
 - 7.9. notatki z dnia 29 stycznia 2015 r. dotyczącej podstaw wyliczenia aktualizacji kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na „Kontynuację projektowania i budowę obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej”,
 - 7.10. kalkulacji uwzględniającej dynamiczną zmianę cen czynników cenotwórczych dla budowy obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej,
 - 7.11. protokołu postępowania w trybie przetargu ograniczonego na „Kontynuację projektowania i budowę obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej”,
 - 7.12. opinii prywatnej z dnia 26 stycznia 2016 r. sporządzonej przez ARCADIS sp. z o.o. wraz z załącznikami,
 - 7.13. tabelarycznych porównań kalkulacji zawartych w kosztorysach załączonych do Wyjaśnień nr 2 i nr 3,

42

-
- 7.14. oświadczenia kontrahenta Odwołującego z dnia 25 stycznia 2016 r. dotyczącego oferty nr 14-510/BJ z dnia 11 marca 2015 r.,
 - 7.15. oferty kontrahenta Odwołującego nr 02/04/2015 z dnia 2 kwietnia 2015 r. na wykonanie i dostawę urządzeń dylatacyjnych,
 - 7.16. zestawienia cen urządzeń dylatacyjnych z oferty Odwołującego i ofert innych wykonawców wraz ze sporządzonymi przez nich kosztorysami ofertowymi,
 - 7.17. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 4 stycznia 2015 r. na dostawę kolektorów z żywic poliestrowych,
 - 7.18. tabeli przedstawiającej miejsca ujęcia i wysokość kosztów rozbiórki obiektów budowlanych wraz z przedmiarem robót rozbiórkowych,
 - 7.19. tabeli przedstawiającej miejsca ujęcia i wysokość kosztów wycinki i usunięcia grup krzewów wraz z pojedynczymi drzewami,
 - 7.20. zestawienia cen wykonania nawierzchni bitumicznej dla KR6 z kosztorysu inwestorskiego, oferty Odwołującego i ofert innych wykonawców wraz ze sporządzonymi przez nich kosztorysami ofertowymi,
 - 7.21. zestawienia cen wykonania przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia z oferty Odwołującego, kosztorysu inwestorskiego i oferty kontrahenta Odwołującego,
 - 7.22. zestawienia kosztów wykonania oznakowania poziomego z oferty Odwołującego i oferty jego kontrahenta,
 - 7.23. oświadczenia kontrahenta Odwołującego z dnia 7 stycznia 2016 r. dotyczącego oferty nr DR2/73/02/2015 z dnia 4 lutego 2015 r.,
 - 7.24. zestawienia cen ustawienia barier drogowych z kosztorysu inwestorskiego, załącznika do Wyjaśnień nr 2 i oferty kontrahenta Odwołującego wraz z jego

- oświadczeniem (bez daty) dotyczącym oferty nr VR 063/2015/03/09 z dnia 9 marca 2015 r.,
- 7.25. oferty kontrahenta Odwołującego OZP/115/2015 z dnia 13 kwietnia 2015 r. na dostawę barier drogowych,
- 7.26. zestawienia kosztów prac składających się na branżę „Inżynieria ruchu”,
- 7.27. oświadczenia kontrahenta Odwołującego (bez daty) dotyczącego oferty z dnia 13 lutego 2015 r.,
- 7.28. oświadczenia kontrahenta Odwołującego (bez daty) dotyczącego oferty z dnia 2 lutego 2015 r.,
- 7.29. schematu prowadzenia negocjacji z dostawcami kruszyw,
- 7.30. zestawienia kosztów wykonania obiektów inżynierskich,
- 7.31. wiadomości poczty elektronicznej z dnia 30 czerwca 2015 r. wraz z tłumaczeniem na język polski.

43

8. dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie:
- 8.1. decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie z dnia 23 lutego 2015 r., znak: WOOŚ.4200.1.2014.JC.26, zmieniającej decyzję Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 8 sierpnia 2008 r., znak: ŚR.I.6613-141/07/08 o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia polegającego na „Budowie obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16” według wariantu II – niebieskiego, zmienioną decyzją Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie z dnia 31 stycznia 2013 r. (dalej: „Decyzja”), znak: WOOŚ.4200.3.2012.JC.13 wraz z załącznikiem nr 1 – charakterystyką planowanego przedsięwzięcia,
- 8.2. zestawienia parametrów obiektów mostowych MS-15 i MS-27 według założeń Zamawiającego i Odwołującego,
- 8.3. zestawień wyliczeń kosztorysów składanych przez Odwołującego z kolejnymi wyjaśnieniami.
9. Dokumentów przedstawionych przez Przystępującego na rozprawie:
- 9.1. wyciągu z bezwzględnie obowiązujących postanowień PFU,
- 9.2. symulacji czasu niezbędnego do uzyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- 9.3. zestawienia powierzchni płyty pomostu (izolacji MMA),
- 9.4. oferty podwykonawcy Przystępującego z dnia 29 stycznia 2015 r. na wykonanie hydroizolacji obiektów mostowych wraz z wyliczeniem,
- 9.5. zestawienia budżetu Zamawiającego i oferty Przystępującego w zakresie wykonania obiektów mostowych,
- 9.6. ofert podwykonawców Przystępującego z dnia 3 i 12 marca 2015 r. na dostawę i montaż konstrukcji stalowych
- 9.7. zestawienia ofert podwykonawców Przystępującego na obsługę geodezyjną wraz z ofertami,
- 9.8. zestawienia kosztów dostawy urządzeń dylatacyjnych wraz z ofertą podwykonawcy,
- 9.9. zestawienia cen materiałów dostępnych Przystępującemu i Odwołującemu,
- 9.10. umów (ofert) na dostawę materiałów budowlanych zawartych (otrzymanych) przez Przystępującego,
- 9.11. opinii prywatnej z dnia 18 stycznia 2016 r. sporządzonej przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP.

Uwagi wstępne

Zarówno przepis art. 87 ust. 1, jak i art. 90 ust. 1 Pzp dają zamawiającemu istotne instrumenty umożliwiające zbadanie oferty pod kątem zgodności z jego potrzebami

44

i możliwości ich zaspokojenia za określoną przez wykonawcę cenę. Ich zastosowanie nie jest, zdaniem Izby, uzależnione ani od charakteru przewidzianego dla wykonawcy wynagrodzenia, ani od formuły, w jakiej zrealizowane ma zostać zamówienie, ponieważ nic takiego nie wynika z treści przywołanych regulacji.

W konsekwencji skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, który marginalizował znaczenie złożonych Zamawiającemu wyjaśnień stwierdzając, że skoro przedmiot zamówienia realizowany będzie w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a wykonawca otrzyma za wykonanie umowy wynagrodzenie ryczałtowe, to nie powinny być brane pod uwagę jego wyjaśnienia w zakresie rozwiązań technicznych i elementów treści oferty mających wpływ na cenę, ponieważ szczegółowe rozwiązania projektowe zostaną przedstawione przez Odwołującego na etapie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś sam charakter wynagrodzenia determinuje konieczność wykonania przedmiotu zamówienia w całości, niezależnie od posiadanej wiedzy o jego zakresie.

Po pierwsze – w płaszczyźnie określenia przedmiotu zamówienia stanowisko Odwołującego podważa zasadności sporządzania przez zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „PFU”), jako dokumentu opisującego jego wymagania i potrzeby (argument z przepisu art. 31 ust. 2 Pzp). Zgodnie z przepisem § 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.) PFU zawiera m.in. opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, z czego wynika, że omawiany dokument stanowi podstawę oceny zgodności oferty z SIWZ w przypadku zamówień realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Niezależnie zatem od okoliczności, że szczegółowe rozwiązania projektowe zamawiający pozna dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, PFU pozwala mu sprawdzić zgodność zamierzeń wykonawcy z oczekiwaniami odnośnie przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego zmierzająca do podważenia istotnego charakteru PFU w kontekście dopuszczonych przez Zamawiającego optymalizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek od prezentowanych Zamawiający przewidział możliwość odstępstw w dokumentacji Postępowania rozwiązań, tym niemniej – jak trafnie argumentował Przystępujący posiłkując się dowodem nr 9.1 – część postanowień PFU, w tym również związanych z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego (o czym szerzej poniżej), miała charakter bezwzględnie obowiązujący.

45

Po drugie – w zakresie rażąco niskiej ceny oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym należy zauważyć, że zasadność badania kwestii prawidłowości oszacowania przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia zapobiega sytuacjom, w których wybrana oferta pomija wykonanie istotnych z punktu widzenia określenia ceny elementów przedmiotu zamówienia, bądź wycenione w niej zostały rozwiązania konstrukcyjne (materiały) znacznie tańsze od oczekiwanych przez zamawiającego. W takich sytuacjach cena oferty wykonawcy – nawet przy uwzględnieniu charakteru wynagrodzenia, jakie miałby otrzymać w następstwie realizacji zamówienia – będzie nosić znamiona rażąco niskiej, gdyż w kwocie ryczałtu nie będą mieściły się pominięte w ogóle, bądź ujęte nieodpowiednio elementy mające składać się na przedmiot zamówienia.

Trzeba mieć również na uwadze, że stanowisko Odwołującego nie tylko nie znajduje – jak wspomniano – uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa (por. art. 90 ust. 1 Pzp), ale także nie sposób znaleźć na jego poparcie argumentów natury faktycznej. Ryczałt nie stanowi bowiem dla zamawiającego żadnego zabezpieczenia przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny, jak to chociażby miało miejsce na gruncie Postępowania, w którego trakcie – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – jeden z wykonawców stwierdził wprost, że „[...]w trakcie sprawdzania złożonej oferty stwierdził, że nie uwzględnia ona wszystkich wymagań zawartych w odnośnej SIWZ, w tym w zmienionym PFU oraz wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na pytania zadane w ramach postępowania przetargowego (...) nieświadome złożenie oferty, która nie odpowiada treści SIWZ spowodowało w konsekwencji zaniżenie ceny za wykonanie całego zamówienia[...]”. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca –

obrotu profesjonalny uczestnik gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, które – w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości – wykorzystane będą w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp

i przełożą się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, niejako naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty.

Należy w tym miejscu powrócić do wspomnianej powyżej kwestii optymalizacji rozwiązań projektowych. Skład orzekający nie kwestionuje możliwości obniżenia kosztów realizacji zamówienia przez zastosowanie innych niż przewidziane przez Zamawiającego technologii, na co powoływał się konsekwentnie Odwołujący. Nie sposób jednak nie zauważyć, że posługiwanie się takim argumentem nie może świadczyć *per se* o należyтым skalkulowaniu ceny oferty. Zastosowanie rozwiązań optymalizacyjnych może ewentualnie tłumaczyć fakt zaistnienia różnicy pomiędzy szacunkiem Zamawiającego a ofertą wykonawcy (ale już nie pomiędzy samymi ofertami, chyba że w każdej z nich przewidziano identyczny zakres i sposób

46

optymalizacji), tym niemniej nie dowodzi prawidłowego skalkulowania ceny takiej oferty. Przedmiotową kwestię Odwołujący starał się w sposób nadmierny i nieuprawniony uprościć dowodząc m.in., że przyjęty zakres optymalizacji umożliwił mu obniżenie kosztów wykonania obiektów mostowych o około 26% w stosunku do kosztorysu inwestorskiego (dowód nr 7.12, str. 6). Wniosek ten oderwany jest jednak od treści całej opinii, której celem było *de facto* wykazanie prawidłowości minimalnych skrajni pionowych dla obiektów WD-13 i WD-23, nie zaś ustalenie w jakim stopniu optymalizacja rozwiązań projektowych niektórych obiektów mostowych wpłynęła na obniżenie ceny za ich wykonanie. Wniosek końcowy o procentowej wartości obniżenia kosztów nie został zresztą poparty żadnymi wyliczeniami i opiera się w istocie na przekonaniu autora ekspertyzy. Na marginesie warto zauważyć, że zarzut rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego nie wynikał z przyjęcia niedozwolonego zakresu optymalizacji obiektów inżynierskich, a z braku jednoznacznego wyjaśnienia przeznaczenia pozycji „Inne roboty”, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Nie sposób również pominąć i tego skutku interpretacji forsowanej przez Odwołującego, że Zamawiający pozbawiony zostałby możliwości skorzystania z instrumentów umożliwiających mu badanie ofert, czyniąc tą czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego iluzoryczną, gdyż ograniczoną jedynie do przyjęcia od Odwołującego ogólnych oświadczeń zawartych w treści formularza oferty.

Lektura wezwań kierowanych do Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający – powziawszy wątpliwość co do realności zaoferowanej ceny – oczekiwał wyjaśnień dotyczących kosztów określonych rozwiązań technologicznych, czy materiałów. Świadczy o tym nie tylko powoływana w ich treści podstawa prawna, ale również kontekst sytuacyjny. Nie sposób twierdzić bowiem, że oznaczenie ceny określonego elementu oferty może nastąpić w oderwaniu od rodzaju wycenianego rozwiązania (materiału). *Ergo* złożone Zamawiającemu wyjaśnienia – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – mogły i powinny stanowić podstawę ustalenia co i w jakiej cenie jest oferowane.

Skład orzekający zwraca również uwagę, że podstawą oceny prawidłowości zaskarżonych czynności Zamawiającego mogą być zasadniczo tylko wyjaśnienia i dowody przedstawione w toku Postępowania, w odpowiedzi na adresowane do Odwołującego wezwania. Wprowadzanie do tych wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym nowych elementów (argumentacji, dowodów), które mogły i powinny być przedstawione Zamawiającemu w wyjaśnieniach, należy uznać za spóźnione i nie może skutkować dla niego negatywnymi konsekwencjami, skoro podejmując określone decyzje nie miał wiedzy o okolicznościach mogących mieć wpływ na ich ostateczny kształt.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że kwestionowanie na obecnym etapie Postępowania zasadności adresowanych do Odwołującego wezwań w zakresie rażąco niskiej

47

ceny musiało zostać uznane za spóźnione. Trzeba mieć bowiem na względzie, że w postępowaniach o wartości przekraczającej progi określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje od każdej niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że otrzymanie przez Odwołującego pierwszego z wezwań otwierało mu termin na zaskarżenie tej czynności, co nie miało miejsca.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp –

niezgodność oferty z treścią SIWZ

Izba stwierdziła, że Zamawiający – odrzucając ofertę Odwołującego z uwagi na stwierdzone niezgodności jej treści z SIWZ – nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Skład orzekający miał przy tym na względzie, że Odwołujący nie podniósł w odwołaniu w zakresie tej podstawy odrzucenia jego oferty zarzutu zaniechania poprawienia omyłek, a jedynie twierdził, że jest ona w całości zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Skład orzekający – oceniając zasadność opisanych poniżej podstaw odrzucenia oferty Odwołującego – pominął złożony przez Zamawiającego dowód nr 8.2, za pomocą którego starał się on wykazać niezgodność oferty Odwołującego w zakresie przewidzianych przez niego w ofercie konstrukcji obiektów mostowych MS-15 i MS-27 z wymaganiami określonymi w Decyzji. Należy mieć bowiem na względzie, że powyższe nie stanowiło przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, zaś w treści zawiadomienia o tej czynności ww. obiekty pojawiają się, w ramach tej podstawy odrzucenia, w kontekście materiału do izolacji płyty pomostu.

Materiały do izolacji płyty pomostu

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.1.11.3 ppkt a) PFU (str. 95) na obiektach: MS-15, WS-24A i MS-27 niezależnie od rodzaju wybranej konstrukcji należy wykonać izolację natryskową typu MMA, zgodnie z WWIORB. Ten typ izolacji, czego Odwołujący nie kwestionował, opisany został w WWIORB o numerze M.15.02.05.

Do Wyjaśnień nr 3 Odwołujący załączył kosztorys (Tabela A1 – tabele odnoszące się do ww. obiektów), z którego wynikało m.in., że na obiektach MS-15, WS-24A i MS-27 wyceniony został materiał inny od pożądanego, oznaczony odmiennym od wskazanego powyżej symbolem.

Skład orzekający stwierdził, że przedmiotowa podstawa odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziła się.

Treść wymagań PFU nie była między stronami sporna. Z kolei podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wymagany typ izolacji określa WWIORB o numerze M.15.02.05 nie była przez Odwołującego kwestionowana.

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego nie było konsekwentne. W niejawnej części odwołania zawarto twierdzenia (pkt II.1.d i e, str. 24-25), które – z przyczyn opisanych w Uwagach wstępnych – nie mogły zostać uwzględnione oraz deklaracje o zamiarze wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Z kolei na rozprawie Odwołujący twierdził o popełnieniu omyłki w zakresie oznaczenia rodzaju izolacji, wynikającej z – jak się wydaje – błędnego tłumaczenia załączonego do Wyjaśnień nr 3 dokumentu, niemniej jednak argumentacja ta nie znalazła odzwierciedlenia ani w zarzutach (Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie poprawienia jakiegokolwiek omyłki), ani tym bardziej w jego uzasadnieniu. Z tej przyczyny skład orzekający uznał, że przedstawione na potwierdzenie omyłkowego charakteru omawianej niezgodności z SIWZ dowody (nr 7.1) faktycznie wykraczają ponad zarzuty odwołania i nie mogą przesądzać o jego zasadności w tym zakresie. Na marginesie skład orzekający zwrócił uwagę, że wzmiankowane dowody budzą wątpliwości co do ich wiarygodności, ponieważ pomiędzy uwidocznioną w ich treści polską, a angielską nazwą materiału do izolacji nie zachodzi żaden logiczny związek. Prowadzi to do wniosku, że Odwołujący intencjonalnie nazwał zupełnie inny typ zastosowanej przez siebie izolacji angielską nazwą wskazującą na wyrób, który zgodnie z PFU, powinien zostać zastosowany.

Co do oferty kontrahenta Odwołującego (dowód nr 7.2) skład orzekający stwierdził, że – pomimo widniejącej na nim daty (1 kwietnia 2015 r.) – nie znajduje się ona w dokumentacji Postępowania (nie została załączona do składanych wyjaśnień), co uprawnia wniosek, że została przygotowana wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i jest dowodem spóźnionym. Niezależnie od powyższego trzeba mieć na względzie, że okoliczność dysponowania ofertą obejmującą dostawę materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia nie stanowi jeszcze dowodu na ujęcie tego materiału w ofercie wykonawcy, zwłaszcza gdy w kosztorysach ofertowych wykonawca potwierdza zastosowanie zupełnie innego wyrobu.

Odnosząc się natomiast do argumentu Odwołującego, jakoby także stosowana przez Zamawiającego terminologia dotycząca materiału do izolacji płyty pomostu była niekonsekwentna skład orzekający stwierdził, że argumentacja ta była o tyle niezrozumiała, że Odwołujący odniósł się do materiałów o innych symbolach (M.15.01.01 i M.15.01.03) niż

ten, który wymagany był przez Zamawiającego. Odwołujący pominął bowiem okoliczność, że w ramach stwierdzonej niezgodności treści jego oferty z SIWZ, w żaden sposób nie wyjaśnił błędu w numeracji tej pozycji wynikającej z WWiORB (powoływał się na numer M.15.02.01, który referuje do rzekomo omyłkowo wskazanych izolacji arkuszowych z papy termozgrzewalnej, dopuszczalnych w przypadku innych obiektów inżynierskich, nie zaś na M.15.02.05 dotyczący izolacji natryskowych typu MMA).

49

Co więcej, nawet w treści innych dokumentów przedstawionych przez Odwołującego (dowody nr 7.13 i 7.31) posługiwał się on konsekwentnie błędnym nazewnictwem i numerem WWiORB, co świadczy nie o omyłce, ale o zastosowaniu rozwiązania niezgodnego z SIWZ.

Izba – rozstrzygając o omawianej podstawie odrzucenia oferty Odwołującego – nie uwzględniła natomiast argumentacji Przystępującego i złożonych na jej poparcie dowodów (nr 9.3 i 9.4). Zmierzały one – jak się wydaje – do wykazania za pomocą porównania cen materiałów izolujących brak możliwości zaoferowania wyrobu oczekiwanego przez Zamawiającego poniżej kosztów Przystępującego i konkluzji, że z uwagi na cenę tego elementu wynikającą z oferty Odwołującego zaoferował on niewłaściwy rodzaj materiału do izolacji płyty pomostu. Należy mieć jednak na względzie, że o ile generalnie taki tok rozumowania jest dopuszczalny, o tyle – po pierwsze – Przystępujący nie miał wiedzy o cenie materiału ujętego w kalkulacjach Odwołującego, po drugie zaś – złożone przez niego dowody potwierdzają jedynie, że to Przystępujący może po wskazanych w ich treści cenach nabywać określone materiały, co nie stanowi potwierdzenia, że są one obiektywnie najniższe.

Minimalna skrajnia pionowa

Zamawiający w pkt 2.1.11.2 lit. a) PFU wskazał, że obiekty należy zaprojektować i wykonać zgodnie z ogólnym opisem przedmiotu zamówienia w sposób spełniający wymagania opisane w omawianej części PFU. W zakresie rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych odnoszących się do minimalnych skrajni pionowych Zamawiający wskazał, że w przypadku drogi krajowej i jej łącznic skrajnia powinna być zgodna z przekazanym projektem budowlanym i koncepcją rozwiązań zamiennych. Z kolei dla pozostałych dróg skrajnia powinna być zgodna z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U.1999.43.430 ze zm.).

Odwołujący – w odpowiedzi na pytanie nr 6 z Wezwania nr 1, dotyczące uwzględnienia wszystkich wymagań Zamawiającego wobec planowanych w PFU obiektów inżynierskich – udzielił twierdzącej odpowiedzi (Wyjaśnienia nr 1, str. 21).

Reakcją na powyższe (patrz: pytanie nr 2 z Wezwania nr 2) było wezwanie Odwołującego do przedstawienia tabelarycznego zestawienia obiektów inżynierskich, z którego miała m.in. wynikać minimalna skrajnia pionowa + odległość do spodu konstrukcji oraz rodzaj zaproponowanego rozwiązania (np. obiekt zaproponowany przez wykonawcę, zgodny z koncepcją rozwiązania zamiennego lub z projektem budowlanym).

W odpowiedzi Odwołujący załączył do Wyjaśnień nr 2 oczekiwane przez Zamawiającego zestawienie (załącznik nr 1 do przywołanego dokumentu, poz. 2 i 10), z którego wynikało m.in., że obiekt WD-13 wykonany zostanie w konstrukcji zaproponowanej przez Odwołującego, zaś obiekt WD-23 – zgodnie z projektem budowlanym. Dla każdego

50

z tych obiektów Odwołujący wskazał inne niż wymagane przez Zamawiającego wartości minimalnej skrajni pionowej + odległości od spodu konstrukcji (por. kol. 11 załącznika nr 1 do Wyjaśnień nr 2).

Zamawiający – po zapoznaniu się z treścią przedstawionych wyjaśnień – wezwał Odwołującego do wskazania postanowień PFU, które upoważniły go do przyjęcia, że w przypadku obiektów realizowanych na podstawie załączonego do PFU projektu budowlanego, minimalna skrajnia pionowa + odległość do spodu konstrukcji uwzględnia tylko odległość samej skrajni pionowej (Wezwanie nr 3, str. 7).

W Wyjaśnieniach nr 3 (Część C, pkt 1) Odwołujący wskazał, że przedstawiona uprzednio tabela zawierała dane, których sposób przedstawienia mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd, wobec czego załączył do nich skorygowaną tabelę, która wskazywała na odmienne, ale również niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, wartości parametrów

(zob.: poz. 2, kol. 11 i poz. 10, kol. 11).

Podstawa odrzucenia oferty okazała się zasadna.

Nie była sporna między stronami okoliczność, że – niezależnie od przyjętych przez wykonawcę rozwiązań konstrukcyjnych – minimalna wysokość skrajni pionowej nie mogła być niższa od 5 m.

Z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający przynajmniej dwukrotnie poruszał przedmiotową kwestię w wezwaniach adresowanych do Odwołującego, ten zaś – najpierw ogólnie potwierdził, że obiekty inżynierskie zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami PFU, po czym – pytany o konkretne parametry mające potwierdzać tę deklarację (w tym m.in. o wysokość skrajni) – składał następnie wyjaśnienia i przedstawiał obliczenia, które wskazywały na okoliczność odwrotną. W sytuacji, w której szczegółowe informacje dotyczące właściwości poszczególnych konstrukcji stoją w sprzeczności z ogólnym zapewnieniem o zamiarze realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, Odwołujący nie może bronić się w sposób przedstawiony w niejawnej części odwołania (pkt II.2.b, str. 26), gdyż jest to niczym nieuzasadnione nadużycie. Z powodów przedstawionych w Uwagach wstępnych do niniejszego uzasadnienia Odwołujący nie może również dystansować się od złożonych wcześniej wyjaśnień, czy bagatelizować ich treści, ponieważ podważałoby to sens kierowania do niego wezwań, do czego – jak wskazano – Zamawiający był uprawniony niezależnie od formuły realizacji zamówienia i przewidzianego wynagrodzenia z tego tytułu.

Skład orzekający uznał przedstawione przez Odwołującego dowody za niewiarygodne i spóźnione.

51

Przed wszystkim odwoływanie się do konstrukcji obiektu (dowód nr 7.3 i 7.4, w zakresie w jakim dotyczył obiektu WD-14), który nie miał związku z omawianą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie mogło odnieść jakiegokolwiek skutku. Ponadto należy mieć na uwadze, że omawiane dowody były spóźnione, ponieważ postępowanie odwoławcze nie służy, co do zasady, potwierdzaniu zgodności oferty wykonawcy z SIWZ, a ocenie prawidłowości czynności zamawiającego, podjętej w oparciu o zgromadzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacje.

Spóźniony był również, zdaniem Izby, dowód nr 7.12 w części odnoszącej się do przedstawionych w nim obliczeń wysokości skrajni pionowej dla obiektów WD-13 i WD-23. Należy mieć bowiem na względzie, że nawet jeśli Odwołujący aż dwukrotnie popełnił omyłki w określeniu tych parametrów, to zarzutu ich niepoprawienia w odwołaniu nie postawił. W konsekwencji należało uznać, że dopiero w postępowaniu odwoławczym usiłuje doprowadzić swoją ofertę do stanu zgodności z SIWZ. Ponownie podkreślić należy, że postępowanie odwoławcze nie służy ocenie złożonych ofert, a tylko ocenie prawidłowości tej czynności podjętej przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ekrany akustyczne

Zgodnie z pkt 1.4.1.1 PFU obowiązkiem wykonawcy było zaprojektowanie ekranów akustycznych zgodnie z wymaganiami Decyzji.

Odwołujący – w odpowiedzi na pytanie nr 11 z Wezwania nr 1 – stwierdził, że zakłada zmianę w zakresie ekranów akustycznych i uzyskanie nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w tym zakresie.

Następnie, w pytaniu nr 5 z Wezwania nr 2, Zamawiający wniósł o przedstawienie założeń projektowych w zakresie zmiany ekranów akustycznych i o wskazanie jaka wartość ryzyka na wypadek nie uzyskania nowej decyzji środowiskowej została uwzględniona w ofercie i w jakim elemencie rozliczeniowym.

W odpowiedzi Odwołujący stwierdził, że ten element zamówienia zostanie wykonany zgodnie z Decyzją, co przedstawił w załączonej do Wyjaśnień nr 2 tabeli, a nadto oświadczył, że wobec braku odstępstwa od Decyzji nie przewidział w ofercie ryzyka na wypadek nie uzyskania nowej decyzji środowiskowej.

Z kolei w Wezwaniu nr 3 Zamawiający oczekiwał podania gdzie i w jakiej wysokości zostały ujęte koszty związane z wykonaniem ekranów akustycznych na dwóch konkretnych odcinkach o łącznej długości 601 m (pytanie nr 31).

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił Tabelę A-31 zawierającą zestawienie odcinków, na których mają zostać wykonane ekrany akustyczne.

Podstawa odrzucenia oferty Odwołującego okazała się zasadna.

Skład orzekający stwierdził, że strony i uczestnik toczyły bezzasadny spór o sposób realizacji tego świadczenia przez Odwołującego. Wprawdzie w Wyjaśnieniach nr 1 dał on Zamawiającemu do zrozumienia, że przewiduje odstępstwo od wymagań Decyzji, tym niemniej jego dalsze wyjaśnienia wskazują, że ma jednak zamiar wykonać zobowiązanie zgodnie z jej treścią i taką interpretację należało przyjąć za prawidłową. Z tej przyczyny przedstawiony przez Przystępującego dowód nr 9.2 nie został wzięty pod uwagę ze względu na fakt, że nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie.

Powyższe aktualizowało jednak po stronie Odwołującego obowiązek zadeklarowania wykonania omawianych prac w zakresie ściśle określonym w pkt IV.A.1 Decyzji, czego – jak prawidłowo ustalił Zamawiający – Odwołujący zaniechał.

Izba zwróciła uwagę, że w Wyjaśnieniach nr 2 Odwołujący zamieścił tabelę (str.8), w której ujął odcinki drogi, na których przewiduje montaż ekranów. Z porównania treści tego zestawienia ze wspomnianym fragmentem Decyzji wynika, że Odwołujący nie przewidział montażu ekranów na dwóch odcinkach, wyszczególnionych w pkt IV.A.1 lit. e) i m) (częściowo) Decyzji. Z kolei w odpowiedzi na pytanie z Wezwania nr 3 Odwołujący przedstawił w treści Wyjaśnień nr 3 odmienny od poprzedniego sposób wyliczenia ilości ekranów akustycznych, bazujący na wskazaniu poszczególnych rodzajów ich komponentów, który nie potwierdzał jednak ujęcia w ofercie konieczności wykonania ekranów na odcinkach, o które pytał Zamawiający. Co więcej, do Wyjaśnień nr 3 Odwołujący załączył Tabelę A-31, która stanowiła rozwinięcie informacji zawartych w tabeli ujętej w treści Wyjaśnień nr 2, przez uzupełnienie danych o liczbie rodzajów komponentów składających się na ekrany, w rozbiciu na odcinki drogi, tym niemniej z żadnego z tych dokumentów nie wynika uwzględnienie przez Odwołującego konieczności wykonania ekranów akustycznych na dwóch odcinkach drogi, o które pytał Zamawiający, a które wskazano w pkt IV.A.1 lit. e) i m) (częściowo) Decyzji.

Skład orzekający za niewiarygodny uznał złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód (nr 7.5) zwracając uwagę, że istnieją wątpliwości dotyczące treści tego dokumentu. Odwołujący przedstawił ofertę (pismo przewodnie) z załącznikiem – zestawieniem asortymentowo-cenowym w ujęciu tabelarycznym, w którym, pod poz. 3 i 9, ujęto brakujące odcinki drogi, podczas gdy z treści pisma przewodniego nie wynika, jakoby miałby być do niego załączony jakikolwiek dokument (w przeciwieństwie do innej oferty tego kontrahenta – *vide* załącznik nr 4 do Wyjaśnień nr 1), a ponadto zestawienie nie zostało podpisane przez osobę, której podpis widnieje na piśmie przewodnim.

Niezależnie od powyższego dowód ten pojawił się dopiero w postępowaniu odwoławczym, wobec czego należało go uznać za spóźniony. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby – biorąc pod uwagę daty kolejnych wezwań i datę widniejącą na ofercie –

złożyć ją w odpowiedzi na jedno z wezwań i rozwiać pojawiające się w tym zakresie wątpliwości.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba ustaliła, że w zakresie tej podstawy odrzucenia stan faktyczny nie był przedmiotem sporu. Strony różniły się natomiast w ocenie treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, wyciągając z nich odmienne wnioski. Rozstrzygnięcia wymagało zatem, czy Odwołujący wykazał na etapie Postępowania, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy.

W ocenie Izby zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

W uzupełnieniu Uwag wstępnych należy powiedzieć, że skład orzekający – rozstrzygając o omawianym zarzucie – nie uwzględnił twierdzeń Odwołującego zmierzających do podważenia zasadności wezwań przez odwoływane się do argumentów dotyczących znowelizowanego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Należy mieć bowiem na względzie, że Postępowanie wszczęło zanim w regulacjach dotyczących rażąco niskiej ceny pojawił się 30-procentowy próg obligujący zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, a ponadto argumentacja taka (nie przesądzając o jej zasadności) mogłaby zostać ewentualnie użyta w postępowaniu odwoławczym, w którym przedmiotem orzekania byłaby zasadność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Z powyższych względów Izba nie wzięła również pod uwagę stanowiska Odwołującego o konieczności zaktualizowania przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia przez uwzględnienie innych, obok cen ropy, czynników uzasadniających obniżenie tej kwoty, jak to w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zrobiła GDDKiA Oddział w Warszawie oraz przedstawionych na jego poparcie dowodów (nr 7.7 – 7.11).

Izba zwraca ponadto uwagę, że obowiązkiem wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp jest precyzyjne wskazanie przyczyn umożliwiających mu obniżenie ceny do poziomu, który wzbudził podejrzenia zamawiającego. Wykonawca, który wyartykułowanych w wezwaniu wątpliwości nie rozwieje, bądź taki, który złoży wyjaśnienia potwierdzające, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę musi liczyć się z odrzuceniem jego oferty i utratą szans na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący pozostawał w błędnym przekonaniu o możliwości przedstawienia, w odpowiedzi na konkretne wezwania Zamawiającego, kosztorysów pomocniczych, których wiarygodność była następnie podawana w wątpliwość przez samego Odwołującego.

Trzeba mieć przy tym na względzie, że drugiej ze wspomnianych okoliczności nie można utożsamiać wyłącznie z sytuacją przyznania się wykonawcy do zaoferowania rażąco

54

niskiej ceny, wówczas bowiem przepis art. 90 ust. 3 Pzp nie znajdowałby szerszego zastosowania w praktyce. Przesłanka ta obejmuje również sytuacje, w których na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający jest w stanie ustalić fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny. Mieszczą się w niej również przypadki, w których złożone wyjaśnienia są niespójne, wzajemnie sprzeczne i sumarycznie prowadzące do wniosku, że cena nie została skalkulowana należycie.

Skład orzekający uznał, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Odwołujący złożył bowiem wyjaśnienia, z których płynęły odmienne wnioski co do prawidłowości skalkulowania ceny oferty.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na brak konsekwencji Odwołującego w odniesieniu do przeznaczenia kwoty ujętej w przedstawionych Zamawiającemu kalkulacjach pod pozycjami opisanymi jako „Inne roboty”. Odwołujący – jak sam stwierdził w treści Wyjaśnień nr 3 (str. 9) – umieścił w nich, w odniesieniu do kosztów wykonania obiektów inżynierskich, roboty podobne lub roboty o przybliżonym kształcie do tych robót, które miały, w jego ocenie, najistotniejsze znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. Suma tych pozycji według wyliczeń Zamawiającego, które nie były przez Odwołującego kwestionowane, wyniosła około 9 mln zł.

Z kolei w Wyjaśnieniach nr 2 (odpowiedź na pytanie nr 6, str. 8) Odwołujący podkreślał, że w pozycjach „Inne roboty” ujęte zostały kwoty rezerw przewidzianych na wypadek przekroczenia kosztów budowy obiektów inżynierskich, które składają się na sumę około 9 mln.

Zestawiając powyższe twierdzenia uznać należało, że Odwołujący przewidział wydatkowanie tej samej sumy pieniędzy na dwa różne sposoby. Chcąc zatem jednocześnie zabezpieczyć realizację robót, których wykonanie przewidział i ujął zbiorczo pod jedną pozycją, jak również zapewnić sobie kwotę rezerwy na nieprzewidziane wydatki (przekroczenie zakładanych kosztów budowy), powinien *de facto* dysponować kwotą dwukrotnie wyższą niż wspomniane ~9 mln zł.

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja zmierzająca do wykazania bezpodstawności stanowiska Zamawiającego, a sprowadzająca się wyłącznie do twierdzenia o popełnieniu przez Odwołującego omyłki pisarskiej w Wyjaśnieniach nr 2, przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie nr 6, nie przekonała Izby. Pomijając nawet fakt, że Odwołujący nie wyjaśnił w których pozycjach kosztorysów, oprócz „Innych robót” i w jakiej wysokości ujął rozproszone kwoty składające się na rezerwę, to całkowicie pominął kwestię, że we wspomnianych „innych robotach” zawarł – zgodnie z treścią Wyjaśnień nr 3 – koszty wykonania robót podobnych lub o przybliżonym kształcie do tych, w jego przekonaniu, najistotniejszych.

55

Ponadto twierdzenia o skalkulowaniu ceny oferty z wykorzystaniem bliżej niescharakteryzowanego w odwołaniu współczynnika (zob. argumentację zawartą na str. 28

odwołania), o którym Odwołujący nie wspominał w toku Postępowania, nie mogły, zdaniem Izby, tłumaczyć zarzucanej mu nierzetelności kalkulacji. Skoro Odwołujący twierdzi, że współczynnik ów ma istotne znaczenie dla oceny prawidłowości kalkulacji ceny jego oferty powstaje pytanie dlaczego – pomimo kierowanych do niego wezwań w tym zakresie, których zasadności przecież nie kwestionował – wzmianka o nim pojawiła się dopiero w odwołaniu, a wyjaśnienie jego znaczenia – na rozprawie (zob. dowód nr 7.32). Nawet gdyby przyjąć, że działanie takie nie jest spóźnione (z czym Izba się nie zgadza), to z treści wspomnianego dowodu wynika jedynie konkretna wartość omawianego współczynnika i ogólnikowa informacja co się na niego składa, co – przy braku szczegółowego omówienia sposobu wyliczenia go na wynikającym z dowodu poziomie – nosi znamiona całkowitej dowolności.

Na rozprawie Odwołujący prowadził z kolei polemikę odnośnie łącznej wartości wszystkich pozycji obejmujących „Inne roboty” w kosztorysach na wykonanie obiektów inżynierskich, składając dowód mający potwierdzać prawidłowość wyliczeń (nr 7.13), stanowiący niejako odpowiedź na wyliczenia przedstawione przez Zamawiającego (dowód nr 8.3). W ocenie składu orzekającego był on, w kontekście wcześniejszego ustalenia, bez znaczenia, skoro strony w dalszym ciągu poruszały się w ramach jednej sumy pieniędzy.

Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego w zakresie kosztów wykonania obiektów inżynierskich, zmierzającej do wykazania, że różnice w kwotach wynikających z kosztorysów wynikać miały z przyjętej przezeń metody zaokrąglania kwot, co starał się wykazać za pomocą dowodu nr 7.31. Okoliczność ta była niejako obok sporu koncentrującego się, w odniesieniu do obiektów inżynierskich, wokół kwestii przeznaczenia kosztów składających się na pozycję „Inne roboty”.

W pozostałym zakresie dotyczącym pozycji „Inne roboty” Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego. Nie do przyjęcia było wprowadzenie stanowiska Odwołującego, jakoby ujawnione przez Zamawiającego różnice w całkowitych kwotach kosztorysów wynikać miały z przyjętej przez niego metody zaokrąglania kwot (zob. odwołanie, str. 31), ponieważ wydaje się wątpliwe żeby z tego powodu wspomniana różnica wynosiła aż 3,57 mln zł, czego Odwołujący nie kwestionował. Skład orzekający stwierdził jednakże, że przedstawione przez Zamawiającego na str. 17-18 zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowią oparte na nieuprawnionym założeniu, że Odwołujący w całości powierzy wykonanie nawierzchni bitumicznej podwykonawcy, czego koszt Zamawiający wyliczył na prawie 7 mln zł. Nawet jeśli z treści oferty Odwołującego wynikać miał zamiar

56

powierzenia tych robót podwykonawcy, to nie sposób przewidywać, że rzeczywiście będzie to miało miejsce, a jeśli tak, to w jakim zakresie.

Skład orzekający stwierdził natomiast, że Zamawiający zasadnie przyjął, że przedstawione mu wyjaśnienia i kalkulacje nie uwzględniają – wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego – kosztu wykonania przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia dla Węzła „Olsztyn-Wschód”, co podważa rzetelność złożonych Zamawiającemu wyjaśnień i świadczy również o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

Zauważyć należy, że argumentacja Odwołującego oparta była na ogólnikowych twierdzeniach o nieostrym charakterze postanowień SIWZ, na możliwości posłużenia się w kosztorysach cenami innymi niż wynikającymi z załączonej oferty podwykonawcy (co zostanie omówione szczegółowo w dalszej części uzasadnienia), a nadto na ujęciu tych kosztów w pozycjach „Inne roboty”, co wynikać miało z przyjętego przez Odwołującego sposobu skalkulowania ceny oferty. Trzeba mieć jednak na względzie, że niezależnie od zastosowanej metodologii określenia kosztów realizacji zamówienia wykonawca powinien być w stanie, na wezwanie zamawiającego, wytłumaczyć miejsce ujęcia i wysokość kosztów w danym zakresie. Temu obowiązkowi Odwołujący, w ocenie Izby, uchybił odsyłając do bliżej niesprecyzowanych pozycji „Inne roboty”, które – w odniesieniu do sieci gazowej – nie występują w załącznikach, na które w Wyjaśnieniach nr 2 i w odwołaniu powoływał się Odwołujący (zob.: Wyjaśnienia nr 2, załącznik Q1, tabele Instal. – dk 16 i Instalacyjna – Ax princ). Stanowisko Odwołującego o ujęciu tego zakresu robót we wspomnianych pozycjach jest ponadto o tyle niezrozumiałe, że – jak trafnie wskazywał Zamawiający – w szczegółowych kosztorysach wyceniał osobno wykonanie prac o mniejszym zakresie rzeczowym.

Konsekwentnie, nie może być argumentem przemawiającym za stanowiskiem Odwołującego okoliczność, że wykonanie przedmiotowych robót ujęte było w ofercie

podwykonawcy, co *notabene* przeczy wyrażanemu przez Odwołującego zapatrywaniu o roli ofert podwykonawców w procesie składania wyjaśnień, o czym poniżej. Fakt objęcia ofertą kontrahenta wykonania przebudowy tego odcinka sieci gazowej nie świadczy jeszcze o ujęciu tych robót w ofercie wykonawcy, a nie jest w tym zakresie wystarczające odesłanie do oferty kontrahenta, co do którego nie wiadomo nawet, czy będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Z powyższych względów Izba odmówiła wiarygodności dowodowi nr 7.6.

Podobnie należało ocenić kwestię kosztów związanych z wykonaniem robót przygotowawczych dla branży drogowej, co do których Odwołujący również twierdził, że umieścił je w pozycji „Inne roboty”. Izba stwierdziła, że dowody mające potwierdzać ujęcie kosztów wykonania tych prac Odwołujący przedstawił dopiero w toku postępowania odwoławczego (nr 7.18 i 7.19), choć powinien był przedstawić je w toku Postępowania,

57

zamiast zaślaniać wspomnianą pozycją kosztorysową. Jedynie na marginesie skład orzekający sygnalizuje, że częste odwoływanie się do pozycji „Inne roboty” stwarza wrażenie, jakby stanowiła ona uniwersalne wytłumaczenie dla wszystkich powziętych przez Zamawiającego wątpliwości, czyniąc wątpliwym prawidłowość kalkulacji ceny oferty.

Przyczyn nierzetelności przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień Izba dopatrzyła się również w różnicach pomiędzy cenami ofert kontrahentów Odwołującego a cenami uwzględnionymi w szczegółowych kalkulacjach składanych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego. Nie podzielono przy tym stanowiska Odwołującego, jakoby oferty te miały jedynie potwierdzać, że prowadzi on rozeznanie rynku poszukując potencjalnych kontrahentów, ponieważ – po pierwsze – Zamawiający nie oczekiwał wyjaśnienia tej okoliczności, a po drugie – nie jest wiadome w jaki sposób miałyby się ona przyczynić się do potwierdzenia, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Przypomnieć należy w tym miejscu, że w odpowiedzi na wezwanie dotyczące kwestii rażąco niskiej ceny wykonawca powinien złożyć dowody związane z wyjaśnianymi elementami oferty mającymi wpływ na wysokość ceny (argument z art. 90 ust. 1 *in fine* Pzp). Trudno jest zatem uznać, jak chce tego Odwołujący, że oferty jego kontrahentów załączone do wyjaśnień miałyby potwierdzać okoliczność inną niż prawidłowość sporządzonych kalkulacji

Na marginesie warto w tym miejscu zauważyć, że gdyby podzielić zapatrywania Odwołującego odnośnie okoliczności, na jaką zostały złożone oferty, to należałoby stwierdzić, że przyjęte w kalkulacjach ceny określone zostały na zupełnie dowolnym poziomie i nie jest wiadome, czy mają one charakter rynkowy, czego potwierdzenia oczekiwał Zamawiający.

Zasady logicznego rozumowania nakazują jednak przyjmować, że skoro oferty kontrahentów załączone zostały do szczegółowych kalkulacji, to stanowić powinny podstawy ich sporządzenia. Teza ta znajduje zresztą potwierdzenie w Wyjaśnieniach nr 1 (str. 19), w których stwierdzono m.in., że „[...]Ceny jednostkowe wynikały z wyżej wymienionych, przykładowych ofert (podkreślenie Izby), a także zostały przyjęte na podstawie cen publikowanych w aktualnych wydawnictwach „Sekocenbud” oraz cen, ustalonych dzięki dotychczasowej realizacji dużych projektów infrastrukturalnych w kraju[...]”. Nawet gdyby uznać, że Odwołujący ustalał ceny wynikające z kosztorysów na innych niż „przykładowe oferty” podstawach (na co nie powoływał się w toku postępowania odwoławczego i czemu przeczy przedstawianie oświadczeń kontrahentów, od których Odwołujący uzyskał wspomniane „przykładowe oferty”), to należałoby dojść do wniosku, że i tak nie wykazał w żaden sposób ich realności.

Odwołujący, czego zasadniczo nie kwestionował, założył w kosztorysach niższe ceny jednostkowe, a następnie – już na etapie postępowania odwoławczego – usiłował wyjaśnić te różnice wskazując, że ceny z uprzednio załączonych do wyjaśnień ofert nie zostały ostatecznie

58

wynegocjowane i mogą ulec zmianom oraz składając na tą okoliczność dowody w postaci oświadczeń kontrahentów (nr 6.1 – 6.5, 7.14, 7.23, 7.25, 7.28 – 7.29). Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący powinien był przewidzieć, że posługiwanie się różnymi cenami stanowi nieścisłość godzącą w wiarygodność i rzetelność sporządzanych kalkulacji i wyjaśnić tę kwestię Zamawiającemu na etapie Postępowania, nie zaś w warunkach toczącej się procedury odwoławczej. Należy bowiem zauważyć, że niemal wszystkie oświadczenia

posiadające daty (wyjątek stanowi dowód nr 6.1 i 6.2 – korespondencja poczty elektronicznej) są z okresu po wyborze najkorzystniejszej oferty. Skoro zatem kontrahenci Odwołującego obecnie twierdzą, że oferowane mu ceny nie są ostateczne, to nasuwa się wniosek, że Odwołujący nie miał i nadal nie ma przemyślanego i ostatecznego sposobu skalkulowania ceny oferty, co jest okolicznością podważającą rzetelność złożonych wyjaśnień i sporządzonych kalkulacji.

Ponadto wspomniane dowody w żaden sposób nie wykazują poprawności składanych przez Odwołującego kalkulacji, skoro nie wynika z nich czy ceny zostaną ostatecznie obniżone, a jeśli tak to kiedy i do jakiego poziomu. W tym zakresie jedynie z dwóch oświadczeń (dowody nr 6.1 i 6.2 – korespondencja poczty elektronicznej) wynika wprawdzie moment przeprowadzenia dalszych negocjacji, jednak został on przesunięty dopiero na etap wykonawstwa. Powyższe nie może potwierdzać prawidłowości wyjaśnień, ze względu na moment ich składania (przed wyborem oferty), ponieważ dla ich oceny nie ma znaczenia po jakich ostatecznie cenach Odwołujący będzie rozliczał się ze swoimi kontrahentami, ale na jakiej podstawie ustalił ceny składające się na wynagrodzenie, jakie należne mu będzie od Zamawiającego.

Izba uznała ponadto, że powoływanie się przez Odwołującego na porównania cen poszczególnych materiałów w ofertach innych wykonawców złożonych zarówno w tym, jak i w innych postępowaniach oraz wynikających z kosztorysu inwestorskiego (dowody nr 7.16, 7.20 – 7.22, 7.24 i 7.27) nie mogło odnieść skutku. Po pierwsze – nie tłumaczy to w żaden sposób ujawnionych przez Zamawiającego różnic pomiędzy cenami z załączonych do wyjaśnień ofert kontrahentów, a cenami przyjętymi za podstawę sporządzonych przez Odwołującego kalkulacji, po drugie zaś – dowody te uznać należało za spóźnione, ponieważ nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić je na etapie składania wyjaśnień. Co więcej, sam fakt, że wysokość cen innych ofert jest zbliżona do ceny badanej oferty nie ma na etapie oceny wyjaśnień wykonawcy decydującego znaczenia. Ustaleniu podlega przede wszystkim, czy dany wykonawca jest w stanie wykazać, że cena jego oferty została skalkulowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy (argument z przepisu art. 90 ust. 2 Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji). Brak możliwości wykazania rzetelności ceny oferty przez wykonawcę

59

skutkuje dla niego negatywnie, nawet wówczas, gdy ceny innych ofert znajdują się na podobnym poziomie.

Izba w tożsamy sposób oceniła również dowód z treści schematu prowadzenia przez Odwołującego negocjacji (nr 7.30). Dodatkowo wskazać można, że okolicznością niemającą znaczenia – w kontekście dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego – jest teoretyczny przebieg relacji handlowych pomiędzy Odwołującym, a jego kontrahentami, skoro nie jest nawet wiadome, czy mechanizm ten został zastosowany oraz czy i jakie miał przełożenie na ceny.

Skład orzekający stwierdził również, że wśród dowodów złożonych przez Odwołującego na realność cen rozprawie, mających potwierdzać materiałów (urządzenia dylatacyjne, kolektory, bariery drogowe), znalazły się dokumenty, które nie były przedstawione Zamawiającemu w toku składania wyjaśnień (vide dowody nr 7.15, 7.17 i 7.26). Pomijając nawet okoliczność, że dowody te należało uznać za spóźnione, jako że powinny być zostać przedstawione Zamawiającemu w toku Postępowania, nie zaś w trakcie procedury odwoławczej trzeba mieć na względzie, że w dalszym ciągu wynikają z nich ceny inne niż przyjęte za podstawy sporządzonych kalkulacji.

Co zaś dotyczy różnic w kosztach wykonania oznakowania poziomego Izba uznała, że Zamawiający słusznie nie uwzględnił jednej z ofert załączonych do Wyjaśnień nr 3 (załącznik A18), ponieważ z jej treści wynikają sprzeczne informacje dotyczące technologii wykonania tych prac oraz inwestycji, w związku z którą oferta ta została złożona.

Skład orzekający uznał, że przedstawione przez Przystępującego dowody (nr 9.5 – 9.11) nie mogły potwierdzać okoliczności, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, a co najwyżej zmierzać do wykazania w jaki sposób Wykonawca B skalkulował złożoną ofertę, jakie posiada zaplecze potencjalnych podwykonawców, źródła zaopatrzenia, czy generalnie jaki stoi za nim potencjał. Jest tak nie tylko dlatego, że Przystępujący nie ma wiedzy o szczegółach kalkulacji ceny oferty Odwołującego, jako że wyjaśnienia w tym zakresie objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, ale również z tej przyczyny, że nie dysponuje on jedynym

wyłącznie poprawnym sposobem kalkulacji ceny.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji chybiony był również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

60

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

61