Sygn. akt: KIO 876/15

WYROK
z dnia 15 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 i 12 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PORR (Polska) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 2) PORR BAU GmbH Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Toto Costruzioni Generali (lider), 2) Vianini Lavori S.p.A.; Viale Abruzzo 410, 66013 Chieti** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 876/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa drogi ekspresowej S-5 Poznań – Wrocław odcinek Poznań (A2, w. Głuchowo) – Wronczyn", nr ref. postępowania: GDDKiA/O-PO/R-2/116/2013.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2013 r., pod nr: 2013/S 212-367116.

W dniu 16 kwietnia 2015 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Toto Costruzioni Generali, 2) Vianini Lavori S.p.A.; Viale Abruzzo 410, 66013 Chieti (zwane dalej: konsorcjum; TOTO; Przystępującym).

W dniu 27 kwietnia 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PORR (Polska) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, 2) PORR BAU GmbH Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum TOTO do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty;
2) art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOTO, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
3) art 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty TOTO, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;

4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w Postępowaniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty TOTO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
2) dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez TOTO jako niezgodnej z treścią SiWZ;
3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

alternatywnie,

4) wezwanie Konsorcjum TOTO do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty;

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust.1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Pzp interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert, a wyłącznie w wyniku dokonania w/w naruszeń przez Zamawiającego oferta Odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne i argumentację:

Zgodnie z SIWZ zamówienie będzie realizowane jako kontrakt kosztorysowy, w oparciu o „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego" (Warunki Kontraktowe FIDiC) („Warunki Ogólne Kontraktu") zmienione i uzupełnione przez Zamawiającego w Warunkach Szczególnych Kontraktu (stanowiących część SIWZ: Tom II Warunki Kontraktu, rozdział 5) („Warunki Szczególne Kontraktu").

Zgodnie postanowieniami Subklauzuli 12 [Obmiary i wycena] Warunków Ogólnych Kontraktu oraz Subklauzuli 14.4 [Wykaz Płatności i Plan Płatności] Warunków Szczególnych Kontraktu, wynagrodzenie wykonawcy będzie rozliczane jako iloczyn faktycznie wykonanych

prac oraz poszczególnych cen jednostkowych uwzględnionych w Kosztorysie Ofertowym

załączonym do oferty wykonawcy (rozliczenie kosztorysowe).

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 12 lutego 2015 roku stanowiącym listę ofert złożonych w Postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia to: 639.462.736,78 zł

Stosownie do pkt 12 SIWZ kryteria oceny ofert stanowiły: (a) Cena (waga: 90%), (b) Okres gwarancji jakości (waga: 5%) oraz (c) Termin realizacji (waga 5%).

W dniu 16 kwietnia 2015 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wybierając jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum TOTO, z ceną 529.242,724,26 zł brutto, terminem realizacji 22 miesiące oraz okresem gwarancji 10 lat.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania TOTO do złożenia wyjaśnień w zakresie czynników mających wpływ na cenę oferty - zarzut naruszenia art 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący w formie tabelarycznej przedstawił oferty złożone w postępowaniu, prezentując w kolejnych kolumnach tabeli cenę PLN brutto oraz wyliczoną różnicę do budżetu w % i w PLN.

W odniesieniu do powyższego porównania i wyliczeń Odwołujący wskazał, że cena oferty Konsorcjum TOTO (529.242.724,26 zł), która jest niższa o 17,24% od kwoty oszacowanej przez Zamawiającego oraz o 20,39% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, jest ceną niewiarygodną i nierealistyczną w odniesieniu do ceny oszacowanej przez Zamawiającego, cen rynkowych oferowanych przez pozostałych uczestników Postępowania, a w rezultacie zawarcie umowy z Konsorcjum TOTO grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum TOTO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że poprzez zaakceptowanie oferty Konsorcjum TOTO Zamawiający świadomie naraża się na znaczące ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, bez zachowania wymagań określonych w SIWZ. Biorąc pod uwagę dotychczasowe negatywne doświadczenia Zamawiającego związane z realizacją kontraktów, w których ceny ofertowe znacząco odbiegały od szacunkowej wartości zamówienia oraz cen pozostałych wykonawców należy stwierdzić, iż Zamawiający powinien dołożyć szczególnej staranności w procesie badania i oceny ofert oraz egzekwowania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Taka staranność powinna być jeszcze większa, zważywszy, że przedmiot zamówienia w prowadzonym Postępowaniu jest współfinansowany ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Tym bardziej zatem Zamawiający powinien dołożyć starań, aby wykluczyć bądź zminimalizować ryzyko wybrania wykonawcy, który nie daje rękojmi prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia. Należy też

podkreślić fakt, że Zamawiający jest doświadczonym inwestorem w prowadzeniu tego typu budów i doskonale orientuje się w wskaźnikowych kosztach budowy dróg jak też doświadczył sytuacji kiedy do realizacji inwestycji wybrano wykonawcę z ceną odbiegającą od ceny szacunkowej lub cen ofert konkurencyjnych, a tym samym zdaje sobie sprawę z konsekwencji takiego postępowania.

Odwołujący podniósł następnie, że analizując cenę oferty Konsorcjum TOTO oraz argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą odstąpił od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie czynników mających wpływ na cenę oferty, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż kwestię występowania rażąco niskiej ceny należ oceniać w kontekście warunków oraz okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, iż wszyscy wykonawcy składający oferty w Postępowaniu prowadzą ten sam rodzaj działalności, funkcjonują na tym samym rynku oraz oferują podobne usługi. Co istotne, po odrzuceniu oferty z najniższą oraz najwyższą ceną, wartość pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, nie odbiega istotnie od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, jak oferta Konsorcjum TOTO.

Odwołując się do sporządzonej tabelii wskazano, że z zestawienia cen ofertowych, po dorzuceniu oferty najtańszej (nr 1 tabeli) oraz ofert najdroższych (nr 10, 11 i 12 tabeli) średnie ceny ofert w niniejszym Postępowaniu kształtują się na poziomie, od -5,70% do +5,37% w stosunku do ceny szacunkowej. Powyższe dowodzi, iż zarówno cena oszacowana przez Zamawiającego oraz ceny zdecydowanej większości ofert zostały oszacowane prawidłowo, na zbliżonym rynkowym poziomie. Odwołujący podkreślił przy tym, że różnica w cenie oferty Konsorcjum TOTO oraz wykonawców z miejsca 2 i 3 jest odpowiednio trzykrotnie większa od ceny oferty Odwołującego (pozycja 2) oraz czterokrotnie większa od ceny oferty konsorcjum Aldesa (pozycja 3).

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje kompletną budowę 15,9 km drogi ekspresowej. Powyższe oznacza, że według Zamawiającego koszt budowy 1 km drogi ekspresowej dla przedmiotu zamówienia wynosi ok. 40 217 782,19 PLN brutto (639 462 736,78/15,9). W rezultacie kwota różnicy ceny oferty Konsorcjum TOTO oraz budżetu Zamawiającego tj. 110 220 015 PLN brutto stanowi koszt budowy ok. 3 km drogi ekspresowej, co uzasadnia twierdzenie, że cena oferty Konsorcjum TOTO jest ceną rażąco niską oraz nie pokrywa wszystkich kosztów prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował następnie, że co prawda ani ustawa Pzp ani Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i

usługi nie definiuje pojęcia *„rażąco niskiej ceny",* niemniej, zgodnie z poglądami doktryny oraz ugruntowanym orzecznictwem za cenę *„rażąco niską"* uważa się cenę nieadekwatną do zakresu i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zakładającą wykonanie prac poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia, cenę nierealistyczną, która nie pozwala na prawidłowe, niezakłócone i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz taką, która nie pozwoli na zbilansowanie kosztów oraz osiągnięcie akceptowalnego zysku oraz cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji kosztów usługi, zamówienia poniżej wytworzenia dostawy, roboty budowlanej (tak m.in.: opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca rażąco niskiej ceny, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, wrzesień 2009 r. oraz czerwiec 2012 r.).

Wskazano, że biorąc pod uwagę przede wszystkim przedmiot zamówienia, doświadczenie Odwołującego jako profesjonalnej firmy budowlanej realizującej analogiczne kontrakty, ale również wykazane powyżej różnice pomiędzy szacunkową wartością zamówienia oraz cenami ofert pozostałych wykonawców należy uznać, iż zaoferowana przez Konsorcjum TOTO cena oferty jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Konsorcjum TOTO cena oferty, zgodnie z przytoczoną powyżej wykładnią, wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej, gdyż nie pozwala i nie gwarantuje rzetelnego, prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Powyższe pozwala twierdzić, iż Konsorcjum TOTO nie uwzględniło w swojej wycenie szeregu elementów cenotwórczych, kosztów, ryzyk, w tym związanych z czasem realizacji oraz zysku i marży związanej z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Co szczególnie istotne w przedmiotowym Postępowaniu, w kosztorysie ofertowym przedstawionym przez Zamawiającego brak jest pozycji dotyczącej kosztów ogólnych, a tym samym wykonawcy winni byli alokować w cenach jednostkowych narzuty koszty gwarancji, ubezpieczeń, wynagrodzenia kierownictwa budowy, koszty zaplecza, ochrony, koszty zarządów, zysk i oraz wycenę wszelkich ryzyk związanych z realizacją inwestycji.

Odwołujący podkreślił, że powyższego dowodzą nie tylko znaczące, wskazane powyżej, różnice pomiędzy całkowitą ceną oferty Konsorcjum TOTO a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego oraz cenami ofert pozostałych wykonawców, ale również analiza poszczególnych pozycji kosztorysowych obejmujących różne branże składające się na cały przedmiot zamówienia tj. obiekty inżynierskie, branża drogowa, odwodnienia korpusu drogowego i inne wskazane poniżej, wyszczególnione w dołączonym do oferty Konsorcjum TOTO kosztorysie ofertowym (szersza argumentacja w tym zakresie zaprezentowana została poniżej).

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zarzut niezgodność oferty TOTO z SIWZ - zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 PZP oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W celu wykazania, iż oferta Konsorcjum TOTO zawiera rażąco niską cenę, co uzasadnia wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na tę okoliczność, oraz w celu wykazania, iż w cenie oferty nie uwzględniono wszystkich wymagań opisanych w SiWZ, co dowodzi, że oferta jest niezgodna z SiWZ i winna podlegać odrzuceniu, Odwołujący odniósł się do poszczególnych części kosztorysu ofertowego Konsorcjum TOTO, przy tym zazanczono na wstępnie, że w związku z przyjętym przez Zamawiającego kosztorysowym modelem wynagrodzenia wykonawcy składający ofertę winni byli, zgodnie z pkt. 7.5 SWIZ

[Opis sposobu przygotowania ofert] załączyć do oferty Formularz Ofertowy wraz z tabelą wartości elementów scalonych oraz kosztorysy ofertowe. Jednocześnie, zgodnie z pkt. 8 SIWZ oraz pkt. 8 [Opis sposobu obliczania ceny] Zamawiający wskazał w szczególności, że: *„8.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparcia o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru robót.(...)" „8.3. Wyliczone w Kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca powinien wpisać do Tabeli wartości elementów scalonych, na formularzu sporządzonym według wzoru zamieszczonego w Rozdziale II IDW. Wpisane do Tabeli wartości elementów scalonych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca powiększy o kwotę podatku VAT w wysokości przewidzianej ustawowo. Obliczoną w ten sposób cenę oferty (wartość brutto) Wykonawca przeniesie do punktu 3 formularza „Oferta"." „8.4. Wykonawca, obliczając cenę oferty, musi uwzględnić w .kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje podane i opisane w przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów, ofertowych. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w kosztorysach ofertowych oraz w przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert." „8.6, Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach III - V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie ofertowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych W kosztorysie ofertowym. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych."*

W kontynuacji powyższego Odwołujący stwierdził, że szczegółowa analiza oferty Konsorcjum TOTO pozwala uznać, że zaoferowana przez niego cena nie pozwoli na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym zaoferowana cena jest ceną

---

rażąco niską. W dalszej kolejności, kosztorysowy model wynagrodzenia przyjęty przez Zamawiającego oraz analiza poszczególnych pozycji kosztorysowych oferty Konsorcjum TOTO uzasadnia twierdzenie, że wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie, w wycenie poszczególnych pozycji i cenach jednostkowych, zgodnie z cytowanym powyżej pkt. 8 SIWZ całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkich kosztów towarzyszących wykonaniu zamówienia, o których mowa w SIWZ, a z uwagi na przyjęte przez Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe wskazane pozycje cenowe (kosztorysowe) nie obejmują wszystkich, koniecznych do wykonania elementów prac tj. materiały, robocizna, oraz nie pozwalają na osiągnięcie wykonawcy rozsądnego zysku, zgodnie z modelem przyjętym przez Zamawiającego w Subklauzuii 14.4 (Wykaz Płatności i Plan Płatności] Warunków Szczególnych Kontraktu.

Odwołujący wskazał, że analizując ofertę Konsorcjum TOTO szczególną uwagę należy zwrócić na nienależytą wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, która uzasadnia twierdzenie Odwołującego o rażąco niskiej cenie oferty Konsorcjum TOTO jak również potwierdza twierdzenie, iż oferta tego wykonawcy nie obejmuje wyceny całego przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Odwołujący przedstawił:

W pkt 1) – tabelaryczne porównanie cen oferentów dla obiektów inżynierskich przedmiotu zamówienia, gdzie wyliczono cenę średnią dla każdego obiektu oraz łączną średnią sumę. Odwołujący wskazał, że średnia wartość obiektów inżynierskich wynosi 207 841 493 PLN netto. Cena za obiekty inżynierskie zaoferowana przez firmę TOTO wynosi 161 884 612 PLN netto, a więc jest niższa o 45 956 881 PLN netto od ceny średniej. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż porównanie ceny obiektów inżynieryjnych Konsorcjum TOTO do ceny średniej jest miarodajne, ponieważ ceny oferentów, którzy uplasowali się na 2 (PORR) i 3 (ALDESA) miejscu wynoszą odpowiednio 203 958 300 i 192 161 244 PLN netto, a tym samym różnice pomiędzy ceną Konsorcjum TOTO a PORR i ALDESA wynoszą odpowiednio: 42 073 688 PLN netto oraz 30 276 632 PLN netto.

Aby zobrazować jak bardzo zaniżona jest cena oferty Konsorcjum TOTO w zakresie obiektów inżynieryjnych Odwołujący podniósł, że różnica cen pomiędzy Konsorcjum TOTO a PORR wynosząca 42 073 688 PLN netto jest równa cenie Konsorcjum TOTO za wykonanie 12 spośród wszystkich 17 obiektów inżynieryjnych: WD-1, PG-2, WE-3, WD-4, MS-5, PG-8, WD-9, WD-10, WD-13, PZ-13A, WD-14, KP-15, których łączna cena w ofercie Konsorcjum TOTO wynosi 42 298 967 PLN netto.

W pkt 2) – wykopy pod fundamenty w gruncie wraz z zabezpieczeniem.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum TOTO w pozycji dotyczącej wykonania wykopów pod fundamenty w gruncie wraz z zabezpieczeniem, zaoferowała kwotę 11,90 PLN/m3 netto

dla każdego z obiektów inżynierskich. I tak dla Obiektów MS-5, MS-6, MS-7, Odwołujący w zestawieniu tabelarycznym przedstawił ilości, ceny jednostkowe oraz wartości robót dla wykonania wykopów dla w/w obiektów oferowanych przez TOTO.

Odwołujący wskzał następnie, że zgodnie z punktem 5.2.5 specyfikacji technicznej M. 11.01.01 *„... Zabezpieczenia* ścian *wykopów wykonać zgodnie z Dokumentacją Projektową",* a dla obiektów MS-5, MS-6, MS-7, dokumentacja projektowa obejmuje wykonanie wykopów w ściankach szczelnych. Powyższe oznacza, że wykonawca powinien ująć koszt tymczasowych ścianek szczelnych w cenie wykonania wykopu. Analiza cen zaoferowanych przez Konsorcjum TOTO za wykonanie wykopów dla wskazanych obiektów inżynierskich pozwaia uznać, iż wykonawca zaoferował cenę rażąco niską oraz nie uwzględnił w powyższej cenie wykonania całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową przygotowaną przez Zamawiającego, a więc jego oferta nie obejmuje wykonania całego przedmiotu zamówienia i jest tym samym niezgodna z SIWZ. Należy bowiem wskazać, iż swojej ofercie Konsorcjum TOTO nie zróżnicowało ceny wykonania wykopów pod fundamenty w zależności od konieczności zastosowania ścianek szczelnych i przyjęło jednolitą cenę za wykonanie wykopów na poziomie 11,90 zł/m3. Dodatkowo, podkreślenia wymaga fakt, iż wykonanie wykopu z zastosowaniem ścianek szczelnych za podaną w ofercie Konsorcjum TOTO cenę jest nierealne, co potwierdza, iż wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie wszelkich wymagań SIWZ.

W pkt 3) – Izolacja z Papy termozgrzewalnej

Odwołujący wskazał, że kolejnym asortymentem robót, w którym cena jednostkowa jest rażąco niska jest wykonanie izolacji grubej z papy zgrzewalnej z jednej warstwy. Odwołujący przedstawił zestawienie tabelarczyne z ilościami, cenami i wartościami zaoferowanymi przez Konsorcjum TOTO. Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe wykonanie wskazanego asortymentu robót za zaoferowaną cenę jednostkową 18,62 PLN/m2, ponieważ wskazana cena nie pozwala na pokrycie kosztów materiałów i robocizny. Powyższe potwierdza, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, a prace wycenione przez Konsorcjum TOTO nie obejmują całego zakresu zamówienia, a tym samym ofertę przygotowano niezgodnie z SIWZ.

W pkt 4) – Izolacja – nawierzchnia na kapach obiektu mostowego, Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez TOTO ceny jednostkowe potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz niezgodnej z SIWZ wyceny przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez TOTO cena nie obejmuje bowiem wykonania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, w tym nie pokrywa kosztów materiałów i robocizny, a powyższe oznacza, że wykonawca skalkulował ofertę niezgodnie ze specyfikacją. Jednocześnie Odwołujący przedstawił w

formie tabelarycznej zestawienie ilości powierzchni z papy termozgrzewalnej dla wszystkich obiektów oraz cen i wartości zaoferowanych przez Konsorcjum TOTO.

W pkt 5) – przepusty z blachy falistej, Odwołujący przytoczył wymogi zawarte w specyfikacji technicznej D.03.01.02, podkreślając, że analogicznie do przykładów wcześniejszych zaoferowane przez TOTO ceny jednostkowe potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz niezgodnej ze SIWZ wyceny przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił także w formie tabelarycznej zestawienie ilości, cen i wartości robót związanych z wykonaniem przepustów z blachy falistej wg oferty firmy TOTO.

W pkt 6) – podbudowa zasadnicza z kruszywa niezwiązanego, Odwołujący przytoczył ilości wymagane w specyfikacji technicznej D.04.04.02 pkt 2 oraz zestawienie ceny oferty TOTO, obejmujące dostawę materiału oraz jego wbudowanie zgodnie ze specyfikacją techniczną. Podkreślono, że w ocenie Odwołującego ceny te potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz niezgodnej ze SIWZ. W ocenie Odwołującego zaoferowana cena nie pozwala na zakup, dostarczenie i wbudowanie wymaganej ilości materiału.

W pkt 7) – ekarny akustyczne, Odwołujący przedstawił zestawienie cen zaoferowanych przez wykonawców, wskazując, że średnia cena wynosi 3.122.427 zł netto. Różnica pomiędzy ceną TOTO (1.771.515 zł netto) a średnią pozostałych ofert to 1.350.912

zł netto, czyli 43,26%. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę dostępność podmiotów zajmujących się wykonawstwem ekranów akustycznych oraz możliwości uzyskania rabatów nie jest prawdpobodobne uzyskanie tak dużego rabatu na wykonanie ekranów akustycznych, co dowodzi, że TOTO nie wycenił wszystkich prac koniecznych do wykonania w związku z tą pozycją kosztorysu, a jego cena jest rażąco niska.

W pkt 8 – przepusty żelbetowe, Odwołujący przedstawił zestawienie cen zaoferowanych przez wykonawców, wskazując, że porównanie ceny oferty TOTO z średnią z innych ofert wskazuje na różnicę na poziomie 61,39%.

W pkt 9) – pozostałe pozycje kosztorysu ofertowego, Odwołujący wyliczył pozycje, które w jego ocenie, są rażąco niskie, cena ofertowa nie pokrywa zakupu materiału, a co za tym idzie cena TOTO nie obejmuje wszystkich elementów zamówienia, co potwierdza tezę o niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ. Odwołujący wymienił następujące pozycje: 1) Roboty branżowe (1.1 pozycja kosztorysowa o Lp. 650 wykonanie biologicznej oczyszczalni ścieków, 1.2. przebudowa sieci gazowych wysokiego ciśnienia, 1.3. oświetlenie dróg); 2) Roboty mostowe (2.1 zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych podpór, 2.2 zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych ustroju nośniego, 2.3 wpusty mostowe żeliwne z odpływem prostym, 2.4 wpusty mostowe żeliwne z odpływem bocznym, 2.5 odwodnienie obiektów mostowych, 2.6 bariery ochronne H2/W3/A, 2.7 bariery ochronne

H2/W2/A (skrajne), 2.8 bariery ochronne H4b/W3/A zintegrowane z ekranem, 2.9 balustrada na gzymsach h=1100mm, 2.10 balustrady z płaskowników na obiektach mostowych, 2.11 konstrukcja stalowa obiektów KP-15 i wd-16), 3) Roboty drogowe (3.1 asfalt lany MA 11 – grubość 4.5 cm – warstwa wiążąca, 3.2 kostka betonowa wibroprasowana grubości 8 cm na podsypce, cementowo-piaskowej grubości 3 cm, 3.3 płyta ażurowa betonowa typu YOMB, 3.4 umocowanie skarp i dna rowu ściekiem korytkowym i płytami chodnikowymi, 3.5 osłony przeciwolśnieniowe U-19, 3.6 ogrodzenie z siatki stalowej wys. 2.5 m na słupach z rur stalowych, 3.7 krawężniki betonowe 20x30x100).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że powyższe okoliczności dowodzą, że cena oferty TOTO oraz składające się na nią poszczególne ceny jednostkowe są rażąco niskie. Ponadto, wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych wskazuje, że wykonawca nie wycenił realizacji całego przedmiotu zamówienia, ponieważ zaoferowane przez niego ceny nie uwzględniają wszelkich kosztów realizacji, tj. zakupu materiałów, robocizny, transportu, itp. Co więcej, biorąc pod uwagę fakt, że w kosztorysie ofertowym brak jest pozycji kosztów ogólnych, wykazane przez TOTO ceny jednostkowe winny być faktycznie jeszcze niższe, ponieważ wykonawca winien był uwzględnić w nich koszty ogólne związane z realizacją inwestycji.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że – jak zauważył Odwołujący – Zamawiajacy posiada doświadczenie w prowadzeniu i nadzorowaniu kontraktów znacznej wartości. Ma też możliwość porównania i wyciągnięcia wniosków biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia. Wskazano, że Zamawiający zawsze dokłada należytej staranności i w pierwszej kolejności przeprowadza badanie wstępne, pod kątem tego, czy nie zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kontekście rażąco niskiej ceny. Także w tym postępowaniu Zamawiający przeprowadził takie badanie i doszedł do wniosku, że nie zachodzą przesłanki określone w art 90 ust. 1 Pzp. Swoje wnioski Zamawiający oparł nie tylko na ścisłym wyliczeniu różnicy pomiędzy wartością oferty z najniższą ceną złożoną przez TOTO, a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ale również w porównaniu do dotychczasowych konkraktów o znacznej wartości realizowanych na terenie Oddziału. Zamawiający przedstawił też zestawienie dotychczas zrealizowanych kontraktów na roboty budowlane o wartościach powyżej 100 mln złotych. W formie tabelarycznej Zamawiający przedstawił wartość wybranych ofert w stosunku do wartości, na jaką Zamawiający oszacował dany kontrakt. Wszystkie wykazane kontrakty były realizowane

w takim samym systemie “buduj” jak i obecnie procedowany odcinek. Na podstawie sporządzonego zestawienia Zamawiający argumentował, że wartości kosztorysowe ofert

złożonych przez wykonawców do realizacji zamówienia oscylowały między 57% a 74% wartości, na jaką dane zamówienie oszacował Zamawiający. Wskazano, że obecnie rozpatrywana oferta ma wartość na poziomie 83% wartości szacunkowej, jest więc relatywnie wyceniona wyżej niż wszystkie dotychczas realizowane zadania na budowę dróg ekspresowych o znacznej wartości.

Wskazano, że Zamawiający rozpatrzył również i porównał konktrakty pod innym kątem, tzn. biorąc pod uwagę wartość za jaką firmy realizują budowę 1 km drogi na terenie Wielkopolski (biorąc pod uwagę tylko porównywalne z obecnym postępowaniem budowy dróg ekspresowych w systemie “buduj”). W formie tabelarycznej Zamawiający przedstawił wyliczenia dotyczące ceny za 1 km drogi, wskazując, że w obecnie rozpatrywanym kontrakcie koszt budowy 1 km drogi w ofercie TOTO wynosi 33,285 mln zł brutto, jest więc wyższy od cen za budowę 1 km drogi dla wszystkich pozostałych odcinków, które były realizowane na obszarze działania Oddziału.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 października 2014 r. W stanie prawnym odnoszącym się do tej sprawy art 90 ust. 1 Pzp upoważnia Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Dopiero powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości, co do realnego poziomu zaoferowanej ceny, uzasadnia skorzystanie z tej procedury. Co istotne przyczynkiem do takiej decyzji nie mogą być jedynie wątpliwości zgłaszane w tym zakresie przez innych wykonawców.

Zamawiający podkreślił także, że w celu ujednolicenia praktyki i wyeliminowania subiektywnego kryterium odnoszącego się do powzięcia wątpliwości, treść art 90 ust. 1 Pzp została znowelizowana. Jest to także cenną wskazówką interpretacyjną przy rozstrzyganiu niniejszego stanu faktycznego. Zamawiający wskazał, że okoliczności jakie zostały wyszczególnione w przedmiotowej nowelizacji nie występują w odniesieniu do oferty TOTO, której cena stanowi 82,76% wartości ustalonej przez Zamawiającego oraz 79,60% średniej arytmetycznej złożonych ofert. Podniesiono, że w tym postępowaniu różnica procentowa pomiędzy ceną najkorzystniejszą o kosztorysem inwestorskim Zamawiającego jest najmniejsza w porównaniu z wszytkimi wymienionymi w tabeli odcinkami, a ponadto koszt budowy 1 km drogi został wyceniony wyżej niż miało to miejsce w przypadku innych zrealizowanych odcinków.

Zamawiający argumentował ponadto, że Odwołujący w pkt 2.8 odwołania przedstawił porównanie nie mające odniesienia do ustawy Pzp. Sporządził bowiem zestawienie, z którego usunął ofertę najtańszą i trzy oferty z najwyższymi cenami, a następnie sformułował wnioski w stosunku do ofert pozostałych. Zamawiajacy wskazał, że oferty złożone w niniejszym postępowaniu oscylują w zakresie od 529.242.724,26 zł brutto do 798.444.500,49 zł brutto i wszystkie one stanowią ceny rynkowe. Różnice procentowe w stosunku do wartości określonej przez Zamawiającego wynoszą od – 17% do +24%, a nie jak w przypadku wyliczeń Odwołującego od -5,7% do +5,3%.

Podkreślono następnie, że dla uznania ceny za rażąco niską konieczne jest wykazanie, iż przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Zamawiający wskazał także na rozkład ciężaru dowodowego oraz to, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na stawiane tezy, w tym na okoliczność, że przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane za cenę zaoferowaną przez wykonawcę TOTO.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie nie pokrywa się z opisem przedmiotu zamówienia zawartym przez Zamawiającego w treści specyfikacji. Taka sytuacja bezsprzecznie tu nie zachodzi. Oferta TOTO zawiera w swojej treści oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie ze SIWZ. Również analiza treści dokumentów załączonych do oferty (Tabela wartości elementów scalonych oraz kosztorysy ofertowe) nie pozwala na sformułowanie wniosków, iż oferowane przez TOTO roboty budowlane nie odpowiadają wymaganiom określonym w treści specyfikacji.

Zamawiający zakwestionował zasadność dowodzenia przez Odwołującego tez zawartych w odwołaniu w oparciu o wyceny wybranych poszczególnych asortymentów robót lub wręcz poszczególnych pozycji kosztorysowych. Podkreślono, że również w stosunku do oferty Odwołującego można przedstawić takie porównanie, a tym samym wywodzić

zaoferowania rażąco niskiej ceny. Dla przykładu Zamawiajacy wskazał na pozycje z oferty Odwołującego, gdzie wycena stanowiła 77% (oznakowanie dróg i urządzeń BRD), 19% (zieleń drogowa), 20% (inne roboty), 15% (zagospodarowanie terenu na terenie MOP Wronczyn), 73% (obiekt mostowy WD-1-), 73% (obiekt mostowy WD-13), 61% (ekrany akustyczne), 54% (przepusty żelbetowe) – kwoty szacunkowej. Podkreślono, że Zamawiający w stosunku do Odwołującego, jak i TOTO zastosował takie same kryteria postępowania, co świadczy o równym traktowaniu wykonawców. Wskazano również, że Zamawiający sprawdzając oferty w rozmaitych postępowaniach ma do czynienia z bardzo różnym podejście wykonawców do wyceny przedmiotu zamówienia (inżynieria cenowa).

Zamawiający uwzględnia fakt różnego kształtowania kosztów i zysku na tak złożonych kontraktach, jak wielobranżowa budowa dróg ekspresowych, stosując te same kryteria oceny do wszystkich uczesntików postępowania.

W związku z faktem, że oferta wykonawcy TOTO nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz jej treść odpowiada SIWZ, Zamawiający wskazał na bezzasadność zarzutu naruszenia art 91 ust. 1 oraz art 7 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca konsrocjum TOTO. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W piśmie procesowym z dnia 10 maja 2015 r., Przystępujący wskazał m.in., że strategia odwołania sprowadzająca się do próby wykazania, iż cena oferty w poszczególnych pozycjach stanowi o rażąco niskiej cenie całej oferty jest wadliwa. Odwołujący porównuje bowiem jedynie kilka spośród setek pozycji kosztorysu ofertowego. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, w celu wykazania, iż cena zaoferowana przez wykonawcę ma charaker rażąco niski niezbędne jest odniesienie się do całkowitej ceny oferty, a nie jedynie do jej poszczególnych składników cenotwórczych, części składowych czy cen jednostkowych. Przystępujący wskazał przy tym, że Odwołujący przywołał w pkt. 3.2) – 9) pozycje kosztorysu, w przypadku których łączny koszt robót czy wartość materiałów nie przekracza 3% kwoty zaproponowanej w ofercie. Abstrahując od wadliwości twierdzeń Odwołującego wskazano, że nie sposób dostrzec, że Odwołujący nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku dowodowego. Wskazano jednocześnie, że ceny zaproponowane w przywołanych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu nie noszą znamion rażąco pozycji niskich, podkreślając ponadto, że kwestionowanie kilku kosztorysowych, których całkowita wartość względem wartości ceny ofertowej nie przekracza progu istotności niczego nie dowodzi.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji zakwestionowanych w treści odwołania Przystępującego wskazał, że:

W odniesieniu do obiektów inżynierskich – Przystępujący podniósł, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby z faktu stwierdzonych różnic cenowych można było wywieść teorię o nieracjonalności cen Przystępującego. Samo tylko przywołanie cen przypisanych do poszczególnych obiektów, niepoparte jakimikolwiek dowodami, czy szczegółową analizą dowodzącą wadliwości kalkulacji, nie zasługuje na uwzględnienie. Podniesiono następnie, że konsorcjum TOTO skalkulowało ofertę na poziomie gwarantującym satysfakcjonujący zysk. Jednocześnie, uwzględniając chęć zaistnienia na stosunkowo nowym rynku, jakim jest rynek

polski, kosorcjum zdecydowało o uwzględnieniu w ofercie zysku na poziomie gwarantującym satysfakcję biznesową, a przy tym dającym realną szansę na uzyskanie zamówienia. Takie założenie mieści się w ramach strategii wykonawców przystępujących do udziału w przetargach i jest elementem dopuszczalnej polityki biznesowej. O ile bowiem dla jednego wykonawcy celem może być uzyskanie maksymalnego zysku (przy dużym ryzyku nieuzyskania zamówienia) to dla drugiego wykonawcy najważniejsze może być uzyskanie zamówienia (zdobycie doświadczenia, zagwarantowanie ciągłości inwestycji, itd.), przy znacznie niższym poziomie zyskowności. Obie koncepcje, o ile gwarantują pokrycie wszystkich kosztów zamówienia, uznać należy za akcpetowalne i ich analiza wykracza poza zagadnienie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący złożył ponadto tabelę prezentującą ceny poszczególnych obiektów

mostowych oferowane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wskazano, że tabela ta różni się od zaprezentowanej przez Odwołującego tym, że zawiera również rubrykę wskazującą minimalne ceny poszczególnych obiektów oraz średnią wartość każdego z nich spośród wszystkich ofert. Podkreślono, że zsumowana wartość wszystkich obiektów z oferty Przystępującego jest niemal równa sumie najniższych cen poszczególnych obiektów zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu (różnica wynosi ok. 2 mln zł przy sumie równej ok. 200 mln zł). Dowodzi to dobitnie, że ceny zaoferowane przez Przystępującego w zakresie poszczególnych obiektów mostowych nie są rażąco niskie, a jedynie określone na konsekwentym poziomie cenowym. Podniesiono, że tożsamy wniosek płynie również z tabeli zawierającej porównanie nie tylko cen przypisanych do obiektów inżynierskich, ale i pozostałych kwot składających się na wartość oferty. W tabeli nr 2 Przystęujący wskazał, że wartość jego oferty przekracza o ponad 20 mln zł sumę najniższch wartości zaoferowanych w poszczególnych katergoriach robót przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto, Przystępujący argumentował, że z tabeli zawierającej ceny za poszczególne obiekty inżynierskie jednoznacznie wynika, że kształtują się one na bardzo zróżnicowanych poziomach, a poszczególni wykonawcy oferowali stosunkowo niższe ceny za poszczególne obiekty po to, by zaoferować wyższe w przypadku innych. Założeniem Przystępującego było natomiast przyjęcie jednolitego i konsekwentnego poziom cenowego w odniesieniu do wszystkich obiektów inżynierskich. Wskazano, że w wielu przypadkach cena zaoferowana przez Przystępującego była wyższa od cen innych wykonawców (obiekty PG-2, WE-3, MS-6, PG-8, WS-12, KP-15). Podano również przykład, że przy obiekcie PG-8 Odwołujący zaproponował cenę niższą od ceny Przystępującego.

W odniesieniu do pozycji – wykopy pod fundament w gruncie wraz z zabezpieczeniem, Przystępujący wskazał, że twierdzenia o nieuwzględnieniu w treści oferty ścianek szczelnych są niezasadne. Podkreślono, że obowiązkiem wykonawców było uwzględnienie w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji podanhych i opisanych w przedmiarach robót. Wobec treści przedmiaru w pozycji dot. robót ziemnych dla obiektów MS-5, MS-6, MS-7 niezbędne było jedynie wskazanie ceny wykopu za 1 m3, z czego Przystępujący się wywiązał. Wskazano także, że STWiORB w części dotyczącej wykopu pod fundamenty w gruncie wraz z zabezpieczeniem (M.11.01.01) w pkt 2.1. (umocnienie ścian wykopu) stanowi, że “do umocnienia wykopu, w razie potrzeby stosować bale drewniane lub typowe elementy stalowe umocnienia ścian”. Oznacza to, iż uwzględnienie ścianek szczelnych uzależnione było od zaistniałej konieczności (“w razie potrzeby”). Przystępujący podniósł również, że jedynie w zakresie obiektu MS-5 Zamawiający wymagał uwzględnienia w ofercie ścianek szczelnych. Podkreślono przy tym, że koszty ewentualnej konieczności instalacji ścianek szczelnych zostały przez Przystępującego ujęte w pozostałych pozycjach dotyczących prac ziemnych wykonywanych pod powierzchnią gruntu. Przytoczono, że w zakresie pozycji wchodzących w zakres prac ziemnych zachodzą znaczne różnice cenowe pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców – przykładowo w pozycji “pale wielkośrednicowe formowane w gruncie” cena Przystępującego znacznie przekracza cenę Odwołującego (13.898.232,11 zł – 8.968.004,50 zł). Jednocześnie, Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana cena wykopu za 1 m3 była ceną w jakikolwiek sposób odbiegającą od cen rynkowych.

W odniesieniu do pozycji – izolacja z papy termozgrzewalnej, Przystępujący podkreślił, że nie wykazano, by zaoferowane stawki miały charakter rażąco niski – nie przedstawiono żadnych dowodów na brak rynkowego charakteru stawek wskazanych w ofercie Przystępującego. Przystępujący przedłożył jednocześnie ofertę stanowiącą podstawę uwzględnionej w ofercie wyceny.

W odniesieniu do pozycji – izolacja – nawierzchnia na kapach obiektu mostowego, Przystępujący wskazał, że podstawę wyceny była również oferta podwykonawcy, którą złożył jako dowód w sprawie.

W odniesieniu do pozycji – przypusty z blachy falistej, Przystępujący także przedłożył ofertę podwykonawcy dla wykazania, że zaoferowana wycena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

W odniesieniu do pozycji – podbudowa zasadnicza z kruszywa niezwiązanego, Przystępujący ponownie podkreślił, że Odwołujący nie udowodnił, by zaoferowana cena miała charakter rażąco niskiej. Wskazano, że Odwołujący wyselekcjonował spośród wielu

pozycji kosztorysu ofertowego te, w przypadku których akurat oferta Przystępującego pozostawała najtańsza. Abstrahując od wadliwości metody Odwołującego, wskazano jednocześnie, że analiza pozostałych elementów oferty Przystępującego oraz ofert pozostałych wykonawców przeczy teorii Odwołującego. Po pierwsze prace zaliczane do robót ziemnych czy określane jako podbudowy charakteryzują się znacznymi różnicami cenowymi, na okoliczność którą Przystępujący przedłożył zestawienie tabelaryczne. Przytoczono m.in., że w pozycji 558 dwóch wykonawców proponowało ceny niższe od stawek Przystępującego, w pozycji 560 takich wykonawców było dziewięciu, w pozycji 561 sześciu, w pozycji 905 czterech, w pozycji 906 pięciu, w pozycji 907 sześciu, w pozycji 916 czterech, a w pozycjach 918 i 919 wszystkich jedenastu wykonawców zaoferowało stawki niższe. W pozycji 561 najtańszy wykonawca zaoferował stawkę prawie dziesięciokrotnie niższą od stawki Przystępującego, w pozycji 918 stawka była ponad osiemdziesięciokrotnie niższa od zaoferowanej przez Przystępującego, a w pozycji 919 osiemnastokrotnie. W pozycji 561 Odwołujący zaoferował stawkę ponad czterokrotnie niższą od stawki Przystępujacego, w pozycji 905 prawie pięciokrotnie niższą, w pozycji 906 ponad pięciokrotnie, w pozycji 907 dwudziestokrotnie niższą, w pozycji 918 osiemnastokrotnie, a w pozycji 919 ponad piętnastokrotnie niższą. Dodatkowo podkreślono, że zarówno w kategorii “roboty ziemne”, jak i “podbudowy” (zsumowane pozycje wchodzące w skład tych samych kategorii) oferta Przystępującego nie jest najtańsza (co więcej – w przypadku kategorii “podbudowy” oferta Przystępującego jest droższa od oferty Odwołującego).

W odniesieniu do pozycji – ekrany akustyczne, Przystępujący załączył, jako dowód ofertę podwykonawcy dla wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wskazano jednocześnie, że budowa ekranów jest bezpośrednio związana z montażem barier ochronnych, które są montowane równolegle do ekranów. Argumentowano, że o ile Przystępujący zaoferował cenę korzystniejszą dla ekranów to koszt wbudowania barier ochronnych przewidział w znacznie wyższej kwocie niż większość pozostałych wykonawców, na którą to okoliczność złożono zestawienie tabelaryczne, na podstawie którego Przystępujący wskazał, że całkowity koszt wykonania jest o 1,5 mln zł wyższy od średniej pozostałych pięciu najtańszych ofert, w tym o ponad 3,2 mln zł wyższy od kosztu zawartego w ofercie Odwołującego. Wynika to z faktu, że koszty prac ziemnych wykonywanych pod powierzchnią gruntu przygotowujących do montażu ekranów akustycznych zostały uwzględnione właśnie w części dotyczącej barier ochronnych. Wskazano przy tym, że prace związane z ekranami, jak i barierami ochronnymi muszą zostać wykonane w skoordynowany sposób, a ich uwzględnienie zarówno w pozycji odnoszącej się do barier ochronnych, jak i ekranów byłoby zupełnie nieuzasadnione. Przystępujący argumentował, że powyższe

stanowi jedynie potwierdzenie, iż Odwołujący wybiórczo operuje danymi z oferty Przystępującego, pomijając niekorzystne dla niego porównania pozostałych pozycji kosztorysowych.

W odniesieniu do pozycji – przepusty żelbetowe, Przystępujący załączył, jako dowód ofertę podwykonawcy dla wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wskazano, że z oferty tej wynika jednoznacznie, że Przystępujący zaoferował cenę pokrywającą wszystkie koszty podwykonawcy oraz zagwarantował sobie satysfkacjonujący zysk. Na marginesie podreślono, że Przystępujący przewidział, że przepusty żelbetowe zostaną przygotowane na placu budowy, co jest praktyką równie częstą, co dostawa gotowych elementów.

W odniesieniu do pozostałych pozycji wskazanych przez Odwołującego, Przystępujący stwierdził, że także te pozycje nie zawierają rażąco niskiej ceny. W toku postępowania Przystępujący argumentował przy tym, że Odwołujący nie podał w odwołaniu w zakresie tych pozycji żadnej argumentacji, ani podstaw faktycznych swoich twierdzeń. Z tego też względu okoliczności przedstawiane w tym zakresie na rozprawie wykraczały ponad zakres odwołania, a sposób postępowania Odwołującego uniemożliwił Przystępującemu podjęcie obrony tej części swojej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

19

Izba w pełni podzieliła argumentację i wywody Zamawiającego oraz Przystępującego, przedstawione w złożonych pismach procesowych oraz na rozprawie, przyjmując je za własne.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp – w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) – zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z dniem 19 października 2014 r., wskutek ww. nowelizacji, przepis ten otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów". Stosownie do art. 3 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej w art. 1".

Niniejsze postępowanie w sprawie zamówienia publicznego zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 30 października 2013 r. W świetle przytoczonego art. 3 ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia sprawy zastosowanie znajdowały w konsekwencji przepisy obowiązujące przed nowelizacją. Powyższe miało istotne znacznie także w kwestii rozkładu ciężaru dowodowego, który w tej sprawie spoczywał na Odwołującym (art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, w zw. z art. 3 ustawy nowelizującej, nie przenosił w tej sprawie ciężaru dowodowego na Przystępującego).

20

W ocenie Izby zarzut dotyczący zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił twierdzenia – które uczynił podstawą przedmiotowego zarzutu – iż cena oferty Przystępującego jest niewiarygodna i nierealistyczna, a w konsekwencji, że jest to cena rażąco niska, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca

przewidział tym samym, że dla zaistnienia rażąco niskiej ceny wyznacznikiem jest relacja tej ceny do przedmiotu zamówienia, a więc relacja całości ceny do całości przedmiotu zamówienia. W konsekwencji przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać, co do zasady, pod uwagę całość ceny, a nie opierać się jedynie na niektórych jednostkowych kosztach. Tym samym, choć zaniżenie określonych elementów kosztorysowych, jako argument za twierdzeniem o rażąco niskiej cenie, nie powinien być *a limine* odrzucany, to jednak niesporne jest, że podstawą jest ocena ceny ofertowej, jako całości (vide: wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 654/13).

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zostało wykazano zarówno to, że cena oferty, jako całość w relacji do przedmiotu zamówienia, nosi cechy rażącego zaniżenia, jak również Odwołujący nie udowodnił zaniżenia wyspecyfikowanych w odwołaniu pozycji kosztorysowych, w tym nie wykazał, by zależność między wyceną zakwestionowanych pozycji, a ceną jako ceną za całość realizacji zamówienia, miała tak znaczący wpływ, by można było uznać, iż niższa wycena tych pozycji uprawnia do wywodzenia wniosków w stosunku do całej ceny ofertowej – innymi słowy, że analiza i wnioski odnoszone przez Odwołującego do wyselekcjonowanych pozycji mogą jednocześnie przedstawiać obiektywny obraz i cechy ceny końcowej.

Szczególną ostrożność przy ocenie wniosków Odwołującego nakazywał już sam fakt – wykazany w ocenie Izby w sposób przekonujący zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego – że w zależności od tego, jakie pozycje uczyni się elementem porównania poszczególnych ofert oraz w jaki sposób przeprowadzi się ich analizę, to zaniżenie wyceny wybranych, jednostkowych pozycji w stosunku do wyceny konkurentów, bądź szacunków Zamawiającego można przypisać także innych ofertom, w tym ofercie Odwołującego. Przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przykłady, czy zestawienia tabelaryczne Przystępującego, okoliczność tą w sposób jednoznaczny potwierdziły. Przystępujący wskazał także szereg pozycji, gdzie jego oferta była wyżej wyceniona. W konsekwencji skupienie się w tej sprawie na wąskim zakresie zamówienia, w dodatku, gdy – jak wskazał Przystępujący pozycje zakwestionowane przez Odwołującego nie przekraczają

5% ceny ofertowej – i czynienie wyselekcjonowanych elementów kosztorysu podstawą dla uznania, że cena całej oferty jest rażąco niska, a tym samym, że nie jest możliwe, by w graniach tej ceny należycie wykonać zamówienie, prowadziłoby do wniosków obarczonych błędem i wypaczających rzetelność wyceny całości zamówienia.

Powyższe nakazywało uznanie, że przesądzenie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oferty, bądź przesądzenie o zaistnieniu podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, nie może osadzać się jedynie na niższej wycenie kilku czy kilkunastu pozycji kosztorysowych, spośród setek tego rodzaju pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym. Wnioskowanie o całej cenie oferty oparte na wąskim zakresie wyselekcjonowanych pozycji, w dodatku przy uwzględnieniu możliwości dojścia do różnych wniosków w zależności od przyjętego zakresu i metodyki porównywania cen, Izba uznała za działanie nieuprawnione i nie przedstawiające w sposób obiektywny rzeczywistego obrazu i cech ceny oferty Przystępującego. W szczególności Odwołujący nie wykazał w oparciu o wybrane pozycje, że cena oferty nosi znamiona rażącego zaniżenia, w tym nie przedstawiono dowodów, które potwierdzałyby, że nie jest możliwe wykonanie tego zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Zasadnie argumentował Przystępujący, że postawienie samej tezy o zaniżeniu jednostkowych wycen, czy odniesienie się do wycen konkurentów i wyliczeń cen uśrednionych, w tej sprawie nie tworzy jeszcze dowodu, który przesądzałby, że ceny te nie są cenami rynkowymi, a wykonawca nie jest w stanie tak zorganizować pracy i rozkładu kosztów, by wykonać te zadania za kwoty podane w kosztorysie ofertowym.

Następnie, należy wskazać, że twierdzenia o rażącym zaniżeniu ceny ofertowej zostały w dużej mierze uzasadnione w sposób blankietowy. Odwołujący jedynie w odniesieniu do 8 pozycji wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne uzasadniające, w jego ocenie, zarzuty odwołania. W odniesieniu do pozycji wyszczególnionych w pkt 3.19 odwołania (21 pozycji), Odwołujący poprzestał jedynie na ich wyliczeniu i ogólnym twierdzeniu, że ceny jednostkowe tych pozycji także zostały rażąco zaniżone. Nie zostały w tym zakresie wskazane żadne rzeczowe argumenty, ani okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wywodził tezę o rażącym zaniżeniu cen jednostkowych, a w dalszej kolejności rażącym zaniżeniu ceny oferty. Zgodnie z art 180 ust. 1 Pzp, odwołanie powinno zaś zawierać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania. W niniejszej

sprawie, w przypadku dowodzenia tezy głównej m.in. w oparciu o wycenę cen jednostkowych, odwołanie powinno w konsekwencji przedstawiać okoliczności faktyczne dotyczące także pozycji ujętych w pkt 3.19 odwołania. Samo wyspecyfikowanie tych pozycji, bez podania szczegółowych podstaw, które zdaniem Odwołującego, potwiedzały zarzut rażąco niskiej ceny, a tym samym bez podania okoliczności, które nie tylko wskazywałyby na

zaistnienie związku przyczynowo-skutkowego między tymi podstawami a postawionym Zamawiającemu zarzutem zaniechania zastosowania art 90 ust. 1 Pzp, ale również pozwalałyby Zamawiającemu na analizę tych kwestii i zajęcie stanowiska, co do zasadności tej części argumentacji Odwołującego, należało uznać za działanie wadliwe i nie odpowiadające wymogom, o których mowa w art 180 ust. 3 Pzp. Treść odwołania musi przedstawiać bowiem okoliczności faktyczne leżące u podstaw postawionych zarzutów. Blankietowa konstrukcja podstaw faktycznych tych zarzutów uniemożliwia zarówno zamawiającemu, jak i innym potencjalnym uczestnikom postępowania odwoławczego, w pierwszej kolejności – przeprowadzenie wszechstronnej analizy, co do zasadności zarzutów, a w konsekwencji, co do tego jakie stanowisko, w świetle wszystkich okoliczności sprawy, wydaje się zasadne i do obrony, w tym co do kierunku procedowania (żądania oddalenia odwołania, jego ewentualnego uwzględnienia, czy zgłoszenia przystąpienia po jednej ze stron sporu), po drugie – utrudnia w stopniu istotnym przygotowanie się do obrony swojego stanowiska, w tym zgromadzenie dowodów związanych ze sprawą. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że okoliczności faktyczne i argumenty przedstawione w odniesieniu do ww. pozycji dopiero w trakcie trwania postępowania odwoławczego nie stanowiły, zdaniem Izby, potwierdzenia zarzutów postawionych w treści odwołania. Koncentrowały się one głównie na fragmentarycznym i wybiórczym porównaniu wycen poszczególnych pozycji, co jak wskazano wcześniej, nie mogło stanowić przesądzającego dowodu przeciwko ofercie Przystępującego.

Co istotne w tej sprawie, to nawet w zakresie pozycji, co do których w odwołaniu przedstawiono szczegółową argumentację i okoliczności faktyczne, należało krytycznie ocenić twierdzenia Odwołującego o ich rażącym zaniżeniu. Odwołujący nawet dla wyselekcjonowanych pozycji kosztorysowych nie dowiódł bowiem, że w ramach tych wszystkich pozycji ceny zostały rażąco zaniżone. Złożone oferty podwykonawców Odwołującego nie były dowodami, które mogłyby zostać uznane za przesądzające o tym, jaki poziom cen można wyłącznie uznać za poziom rynkowy i wiarygodny. Złożone oferty podwykonawców Odwołującego mogły zostać uznane jedynie za dowody na wykazanie tego, w oparciu o jakie ceny to Odwołujący kalkulował swoją ofertę. Wyliczenia średnich cen dla wybranych pozycji także nie mogły być uznane za argument obiektywnie i jednoznacznie przesądzający o rażącym zaniżeniu ceny za całość przedmiotu zamówienia. Dowody te odnosiły się przy tym jedynie do niewielkiego zakresu pozycji kosztorysowych, co do których Przystępujący w istotnym zakresie przedłożył oferty swoich własnych podwykonawców, udowadniając rzetelność przyjętej wyceny. Nawet więc w wybranym przez Odwołującego zakresie nie zostało udowodnione by ceny te były cenami niewiarygodnymi. W ocenie Izby,

Odwołujący skoro podjął się postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny winien był przedstawić argumentację i dowody dla zdecydownie szerszego zakresu zamówienia i w odniesieniu do większej wartości. Dopiero wówczas, gdyby ciąg poszczególnych wycen jednostkowych wskazywał na ich rażące zaniżenie, można by wnioskować o rażącym zaniżeniu ceny końcowej. Z pewnością brak było możliwości do przyjęcia tego wniosku w niniejszej sprawie, gdzie Odwołujący nie tylko ograniczył się do wąskiego zakresu pozycji stanowiących niewielki procent wyceny całości oferty, ale również nie udowodnił, by w ramach wszystkich wyspecyfikowanych pozycji doszło faktycznie do rażącego ich zaniżenia.

Kluczowym dla kierunku rozstrzygnięcia sprawy było ustalenie i ocena, czy cena z oferty Przystępującego odnosząca się do całości przedmiotu zamówienia, powinna zostać uznana za cenę w sposób drastyczny odbiegającą od realiów rynkowych, cenę nierealistyczną i niewiarygodną, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia. Taka jest bowiem utrwalona wykładania pojęcia ceny rażąco niskiej.

W okolicznościach tej sprawy Izba nie znalazła podstaw, by cenie Przystępującego

przypisać powyższe cechy. Jest to cena niższa od cen pozostałych ofert, jak również od szacunków Zamawiającego, jednak zdaniem Izby nie jest to cena rażąco niska, bynajmniej Odwołujący nie udowodnił tej okoliczności. Różnice procentowe między ceną Przystępującego, a szacunkiem Zamawiającego i cenami innych wykonawców, nie są w tym postępowaniu tak drastyczne, by mogły one stanowić podstawę do uznania, że cena jako całość, jest niewiarygodna i że nie da się za nią należycie wykonać przedmiotu zamówienia. Należało przy tym krytycznie ocenić sposób prezentowania wyliczeń przez Odwołującego pomiający wszystkie oferty (najtańszą i najdroższe) i średnią wyliczoną jedynie w oparciu o niektóre, zbliżone, oferty czynić punktem wyjścia do dalszej argumentacji. Nie można także pominąć przy tej ocenie wskazówek ustawodawcy wprowadzonych przy okazji nowelizacij art 90 ust. 1 Pzp. To, że wobec tego postępowania stosuje się przepisy dotychczasowe nie oznacza, że przyjety kierunek nowelizacji należało całkowicie zignorować. Wprowadzona zmiana stanowi przecież wyraz oceny ustawodawcy, w jakich sytuacjach widzi możliwość zagrożenia zaoferowania ceny rażąco niskiej i jaki poziom odstępstw jest poziomem granicznym dla przyjęcie domniemania zaoferowania ceny odbiegającej od realiów rynkowych. Sam odwołujący wskazywał, że te wskazówki pojawiły się w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Zaistniałe różnice procentowe nie przekraczały natomiast w tym przypadku progu 30%.

Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę to, że Zamawiający przedstawił wiarygodne zestawienie porównawcze odnoszące się do wcześniejszych podobnych konktraktów o znacznej wartości, gdzie zaistniały odstępstwa na zdecydowanie wyższym poziomie, niż w tej sprawie, a kontrakty zostały zrealizowane. Ponadto, jeżeli przy innych tego rodzaju konkraktach ceny za 1 km drogi były zdecydowanie niższe niż cena wyliczona w tym postępowaniu dla oferty Przystępującego, a kontrakty te zostały zrealizowane, to okoliczność ta dodatkowo przemawiała za tym, by cenie tej przypisać walor wiarygodności i realności rynkowej. Sam Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że Zamawiający jest doświadczonym inwestorem w prowadzeniu tego typu budów i doskonale orientuje się w wskaźnikowych kosztach budowy dróg. Tym bardziej przedstawione przez Zamawiającego wskaźniki należało uznać za wiarygodny materiał porównawczy. Biorąc więc także pod uwagę aktualne realia rynku prac o podobnym zakresie i rodzaju, przedstawione przez Zamawiającego w sposób rzeczowy, jak również uwzględniając ceny ofertowe z niniejszego postępowania, Izba uznał, że ustalenia Zamawiającego o wysokości ceny oferty wybranej, jako nieodbiegające od stosowanych, są prawidłowe.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Również w zakresie tego zarzutu Izbie nie przedstawiono dowodów, które w sposób jednoznaczny przemawiałaby za stanowiskiem Odwołującego.

Należy ponadto stwierdzić, że to, iż wycena poszczególnych asortymentów lub jednostkowych pozycji kosztorysowych jest na poziomie niższym, czy to wobec szacunków Zamawiającego, czy wobec ofert konkurentów – co miało miejsce także w ofercie Odwołującego – nie świadczy automatycznie o tym, że wykonawca oferuje jedynie częściowe wykonanie zadań objętych tymi pozycjami, a więc, że jego zobowiązanie jest niepełne w stosunku do wymogów specyfikacji. Zastrzeżenia przedstawione przez Odwołującego nie dowodziły również, że Przystępujący nie ujął w zaoferowanej cenie kosztów wykonania całości zamówienia, w tym wszelkich kosztów towarzyszących – stosownie do postanowień z pkt 8 specyfikacji. Przystępujący objął swoim kosztorysem i tabelą wartości elementów scalonych całość przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie wykonawcy wynikające z treści oferty odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia i nie dochodzi tu do merytorycznej niezgodności. O niezgodności tej nie mogą świadczyć twierdzenia o zaniżeniu niektórych pozycji kosztorysowych utożsamiane z tym, że w ramach danej wyceny nie ujęto wszystkich kosztów i nie wyliczono ceny stosownie do wymogów

specyfikacji – a tym samym, że wykonawca oferuje jedynie częściowe wykonanie prac, co

ma czynić ofertę sprzeczną z treścią specyfikacji. Okoliczności charakterystyczne dla zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący starał się w istocie przenieść także na grunt art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezależnie od tego, że okoliczności te – jak wskazano powyżej – nie zostały udowodnione, to należy krytycznie odnieść się do założenia, iż niższa cena z oferty konkurenta może stanowić źródło dla tezy o niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Zasadnie podnosił Przystępujący, iż przy przyjęciu takiej optyki, każdej ofercie odbiegającej w mniejszym lub większym stopniu, czy to od szacunków zamawiającego, czy ofert konkurentów, można by stawiać zarzut niezgodnosci z treścią specyfikacji. W ocenie Izby, niższa wycena określonej pozycji, zwłaszcza gdy stanowi to element dopuszczalnej strategii budowania ceny końcowej, w tym innego od pozostałych wykonawców rozłożenia celów biznesowych przyświęcających chęci uzyskania zamówienia (chociażby akcentowany przez Przystępującego zamiar zdobycia doświadczenia na nowym rynku i odstąpienie na rzecz tej wartości od maksymalizacji oczekiwanego zysku) nie powinna być zrównywana z brakiem woli wykonania całości zamówienia, a tym samym z nieoferowaniem przedmiotu świadczenia w pełni odpowiadającego przedmiotowi zamówienia. Odwołujący oparł więc swoją argumentację na wadliwym, z gruntu rzeczy, założeniu.

Ponadto, w żaden sposób nie zostało wykazane konkretnie, jakie ewentualne prace, czy koszty im towarzyszące miałyby nie zostać zaoferowane przez Przystępującego. W szczególności nie zasługiwało na uwzględnienie twierdzenie – wywodzone z faktu zaoferowania takiego samego poziomu wyceny jednostkowej – że Przystępujący nie ujął w swojej ofercie kosztów tymaczasowych ścianek szczelnych. Przystępujący podał cenę wykopu za 1 m3, zgodnie z wymogami specyfikacji. Dodatkowo, zasadnie argumentował Zamawiający i Przystępujący, że uwzględnienie ścianek szczelnych uzależnione było od zaistniałej konieczności (“w razie potrzeby”), co siłą rzeczy może być weryfikowane dopiero na etapie realizacji zamówienia. Izba uznała jednocześnie argumentację Przystępującego, że koszty ewentualnej konieczności instalacji ścianek szczelnych zostały przez Przystępującego ujęte w pozostałych pozycjach dotyczących prac ziemnych wykonywanych pod powierzchnią gruntu. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodów, które mogłyby świadczyć przeciwko wyjaśnieniom Przystępującego. W odniesieniu do pozycji: izolacja z papy termozgrzewalnej, izolacja – nawierzchnia na kapach obiektu mostowego, przypusty z blachy falistej, ekrany akustyczne, przepusty żelbetowe, Przystępujący przedstawił rzeczowe argumenty i przedłożył wiarygodne dowody z ofert podwykonawców, nakazujące wniosek, że w zaoferowanej wycenie przewidziano realizację całości prac objętych tymi pozycjami, a tym samym potwierdzające zgodność oferty z treścią specyfikacji.

Przytoczona przez Przystępującego w piśmie procesowym okoliczność przygotowania przepustów żelbetowych na placu budowy – gdy specyfikacja wymagała dostawy gotowych prefabrykatów wytworzonych w certyfikowanym zakładzie – nie mogła ostatecznie świadczyć przeciwko ofercie Przystępującego. Kwestia ta nie była objęta przedmiotem odwołania, a ponadto Przystępujący w sposób przekonujący wskazał, że intencją tego argumentu było wykazanie jedynie dodatkowej, rozważanej ewentualności, wybudowania wytwórni na placu budowy po wcześniejszym skonsultowaniu tego z Zamawiającym – co praktykowane jest przy tego rodzaju kontraktach i co pozwala obniżyć koszty realizacji zadania. Powyższe nie mogło w konsekwencji świadczyć o tym, że Przystępujący zaoferował wykonanie zadania niezgodnie z treścią specyfikacji. Zadeklarowanie, iż wykonawca ten rozważa zastosowanie tego hipotetycznego rozwiązania, na etapie realizacji zadania, niezależnie od zobowiązania się do wykonania tego zadania w sposób przewidziany w specyfikacji, nie mogło prowadzić do przyjęcia takiej wykładni oświadczenia woli z jego oferty, która potwierdzałaby, że już pierwotnie Przystępujący nie przewidywał obowiązku dostawy gotowych prefabrykatów z certyfikowanej wytwórni. W żaden sposób niezgodność oferty z treścią specyfikacji nie została także udowodniona w odniesieniu do pozycji obiekty inżynieryjne. W tym zakresie, niezależnie od tego, że nie wykazano z jakimi konkretnie wymogami oferta miałaby pozostawać w sprzeczności, to Przystępujący w sposób rzeczowy wyjaśnił strategię i realność wyceny poszczególnych obiektów, a tym samym zaoferowanie wykonania całości zadań objętych tą pozycją. W sposób tożsamy należało także ocenić argumentację odniesioną dopiero na etapie rozprawy do pozycji jedynie zasygnalizowanych w treści odwołania.

W konsekwencji powyższej oceny, Izba nie znalazła także podstaw do uwzględnienia

zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzuty i okoliczności wskazane u ich podstaw nie dawały podstawy do uznania, by Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców oraz, by wybór oferty najkorzystniejszej był czynnością wadliwą i naruszającą przepisy ustawy Pzp. Reasumując, nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

27

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

28