

WYROK
z dnia 12 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 września 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2016r. przez:

A. Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10

B. Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie, ul. Sokratesa 15**
przy udziale wykonawcy **PORR Polska Infrastructure Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1596/16 i KIO 1604/16 po stronie zamawiającego
przy udziale wykonawcy **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1604/16 po stronie zamawiającego

orzeka :

1A. uwzględnia odwołanie Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie,

1B. uwzględnia odwołanie Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

1

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie, ul. Sokratesa 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

A. Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10

B. Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9
tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie, ul. Sokratesa 15** na rzecz **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie : dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i zastępstwa prawnego,

2.3. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie, ul. Sokratesa 15** na rzecz **Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie : dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1596/16
KIO 1604/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. budowa ul. Nowolazurowej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym zadanie C odcinek od ul. Sterniczej do Górczewskiej zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 076-133040.

W dniu 16 sierpnia 2016r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wykonawcy PORR Polska Infrastructure Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A (dalej przystępujący PORR) oraz o odrzuceniu oferty Skanska SA z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9 (dalej odwołujący Skanska) i o odrzuceniu oferty Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 (dalej odwołujący Strabag) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż w ocenie zamawiającego wyjaśnienia obu tych wykonawców złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy nie przekonały zamawiającego, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez tych wykonawców za podaną cenę będzie możliwe. Wykonawcy nie udowodnili jednoznacznie, że cena ofertowa jest realna, wiarygodna i będzie wystarczająca, aby wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz.

Sygn. akt KIO 1596/16

W dniu 26 sierpnia odwołujący Strabag wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 sierpnia 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 26 sierpnia 2016r. Odwołujący zarzucił, że zamawiający swoim działaniem i zaniechaniem naruszył przepisy ustawy, a w szczególności:

1. art. 89 ust. i pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez;

a. niewłaściwe zastosowanie wskazanych wyżej przepisów, z uwagi na odrzucenie oferty Strabag pomimo, nie stwierdzenia przez zamawiającego, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3

b. odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co Strabag wykazał w wyjaśnieniach złożonych na etapie procedury dotyczącej rażąco niskiej ceny,

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Strabag wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Oferta odwołującego oraz oferta firmy Skanska S.A., zawierają dwie najkorzystniejsze ceny spośród wszystkich złożonych ofert. Jednocześnie obie oferty zostały przez zamawiającego odrzucone. W sytuacji korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia i uwzględnianiu zarzutów wskazanych w niniejszym odwołaniu, tj. unieważnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Strabag i dokonaniu ponownej oceny ofert, to oferta Strabag Sp. z o.o. (wobec odrzucenia

oferty firmy Skanska S.A. - zawierającą najkorzystniejszą cenę) zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co umożliwi odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Odwołujący Strabag podniósł, że w trakcie postępowania zamawiający przeprowadził procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Pierwsze wezwanie zostało skierowane przez zamawiającego do Strabag pismem z dnia 1 lipca 2016 roku, kolejne wezwanie - w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych wyjaśnień - zostało skierowane przez zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2016 roku. Odwołujący udzielił odpowiedzi na obydwie wezwania, wskazując w nich odpowiedzi na pytania zadane przez zamawiającego odnośnie kalkulacji ceny oferty, jak również dowody na potwierdzenie informacji zawartych w wyjaśnieniach. Pomimo powyższych wyjaśnień, które zdaniem Strabag, w sposób wyczerpujący i prawidłowy wykazywały, iż cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rynkową, pozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty i zgodny ze sztuką budowlaną, zamawiający odrzucił ofertę Strabag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 90 ust. 3 pzp, co zdaniem odwołującego było bezpodstawne.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował wskazane powyżej przepisy ustawy, z uwagi na okoliczność, podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Strabag pomimo nie stwierdzenia - w sposób wymagany przepisami ustawy - że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący Strabag powołał treść art. 90 ust. 1 – 3 ustawy. W ocenie odwołującego dyspozycje tych przepisów każdorazowo nakazują przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny przeprowadzenie procedury jej wyjaśnienia, w ramach której zamawiający ma obowiązek wystosowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień, a następnie skrupulatnej i obiektywnej ich oceny. Zdaniem odwołującego Strabag

4

w tym konkretnym przypadku zamawiający nie dokonał takiej rzetelnej weryfikacji wyjaśnień Strabag, co więcej decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego podjął pomimo tego, że weryfikacja ta nie pozwoliła na stwierdzenie, że cena zaoferowana przez odwołującego jest faktycznie rażąco niska. Wniosek powyższy wynika z następujących okoliczności.

Zgodnie z treścią pisma zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 roku, znak ZMID-ZP.26.16.2016.MFE, zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty Strabag. Zamawiający w przedmiotowym piśmie wskazał, że: „Wykonawca nie udowodnił jednoznacznie, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ”. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wskazał, jakichkolwiek dodatkowych informacji, argumentów, odnośnie podstaw swojej decyzji. Nie wskazał, które konkretnie wyjaśnienia zdecydowały o takiej decyzji zamawiającego, dlatego jego zdaniem Strabag nie wykazał rynkowości ceny swojej oferty.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, polegało na podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty Strabag, pomimo, że sam zamawiający nie stwierdził, iż treść złożonych wyjaśnień potwierdza, że cena jest rażąco niska, a tylko taki wniosek będący następstwem rzetelnie przeprowadzonej analizy złożonych wyjaśnień może być zdaniem odwołującego podstawą odrzucenia oferty, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowisko to wynika, z treści art. 90 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego Strabag, dyspozycja wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, że uprawnienie zamawiającego do odrzucenia oferty powstaje, w sytuacji, w której po dokonanej ocenie ofert i treści wyjaśnień, Zamawiający powziął pewność, iż cena wskazana w ofercie Strabag jest rażąco niska. W niniejszym postępowaniu takiej pewności zamawiający nie miał, co sam stwierdził w piśmie z dnia 16.08.2016 roku.

Stanowisko odwołującego dotyczące przesłanek odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – tak wyrok KIO z dnia 23.12.2014 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 2615/14, z dnia 23.11.2015 roku, KIO 2409/25. Odwołujący Strabag podkreślił dopuszczalność skierowania wielokrotnych wezwań do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dopuścił sam zamawiający, co wynika, z faktu skierowania do Strabag w tym celu dwóch wezwań. Zdaniem odwołującego odrzucenie oferty Strabag, w sytuacji, w której nie zmaterializowały się ku temu przesłanki w postaci negatywnej oceny skierowanych do zamawiającego wyjaśnień, świadczy o przeprowadzeniu

przez zamawiającego procedury wyjaśnienia rażąco niskiej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Nie stwierdzenie przez zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty

5

powinno skutkować pozostawieniem oferty w Strabag w procedurze oceny i wyboru ofert, ewentualnie skierowanie do Strabag kolejnego wezwania do doprecyzowania wyjaśnień. Odwołujący oświadczył, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i zawiera rzetelną i prawidłową wycenę wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez Strabag na etapie weryfikacji i oceny ofert. Analiza przedmiotowych wyjaśnień, w żaden sposób nie pozwalała stwierdzić - co zamawiający po części sam w wskazał w piśmie z dnia 16 sierpnia 2016 roku - iż cena zaoferowana przez odwołującego jest rażąco niska. Tym samym brak było przesłanek/podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. 90 ust. 3 pzp. Zamawiający skierował do wykonawcy dwa wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pierwsze wezwanie z dnia 1 lipca 2016 roku, było wezwaniem ogólnym. Zamawiający nie wskazał w nim szczegółowych pytań dotyczących konkretnych elementów oferty odwołującego. Zamawiający przykładowo podał czynniki, które powinny być w wyjaśnieniach uwzględnione. Zgodnie z treścią przedmiotowego wezwania, zamawiający wskazał, że wykonawca powinien wskazać informacje oraz dowody dotyczące tych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dotyczących obiektywnych okoliczności, takich jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Ponadto zamawiający, wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać konkretne uwarunkowania i czynniki towarzyszące realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej cen.

Na tak skierowane wezwanie, Strabag udzielił odpowiedzi, w których wskazał uwarunkowania i czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2016 roku Strabag wskazał, że decydujący wpływ na wysokość ceny jego oferty miała branża drogowa, która stanowiła 53,02 % wartości oferty wykonawcy. Odwołujący Strabag wyjaśnił, że wskazane roboty wykona siłami własnymi. Jednocześnie przedstawił założenia przyjęte do kalkulacji przedmiotowych robót, wskazane w załączniku - Dowód nr 1, w której wskazał, stawkę roboczogodziny, wskaźnik kosztów pośrednich, wskaźnik zysku przyjęty do kalkulacji. W kalkulacji kluczowych pozycji wskazana została również ilość robót przyjętych przez wykonawcę. Strony odwołania od 6 – 10 i dołączony do nich załącznik zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wskazując na przyjęte przez siebie i wycenione rozwiązania oraz szczególnie sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia, zawarł także wyjaśnienie powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powołał przy czym załącznik nr 4 objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś pozostałe dowody w postaci oferty i kosztorysu branży drogowej na zadanie D i informacji o wyborze oferty Strabag w tym zadaniu załączył do części jawnej odwołania.

6

W dniu 29 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 30 sierpnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący PORR wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą wybranym, a uwzględnienie odwołania może spowodować u niego szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 sierpnia 2016r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 sierpnia 2016r.

W dniu 7 września 2016r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i uznania przedstawionych w nim zarzutów jako bezprzedmiotowych. Zamawiający podkreślił, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który tę ofertę złożył. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia ceny

rażąco niskiej, gdyż zaoferowana cena była o 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający w celu ustalenia wartości szacunkowej bazował na analogicznym postępowaniu z 2015r., które było realizowane w 2016r. tj. w zakresie zadania D. Zakres prac był zbliżony, a 8 złożonych w tym postępowaniu ofert stanowiło dla zamawiającego wymierny, obiektywny, rynkowy i aktualny poziom cen dla tego typu robót budowlanych. Zamawiający wziął pod uwagę, że zadanie D dotyczyło odcinka czterokrotnie krótszego, było rozliczane kosztorysowo i obejmowało jedynie wykonanie robót budowlanych, a zatem nie obejmowało kosztu wykonania dokumentacji projektowej ok. 1 100 000zł., a także, że zadanie C obejmuje budowę magistrali wodociągowej (koszt ok. 1 700 000zł.) Zamawiający porównał cenę odwołującego z ceną za odcinek D wynikającą z umowy powiększoną 4 krotnie i cena odwołującego to 71,95% tak ustalonej ceny, następnie z ceną faktycznie zapłaconą za odcinek D też 4 krotnie powiększoną i cena oferty odwołującego to 55,63%, dalej zamawiający ustalił średnią arytmetyczną ofert złożonych w postępowaniu na odcinek D i ponownie ją pomnożył przez 4 krotność i uznał, że cena oferty odwołującego stanowi 56,99% tak ustalonej wartości i w końcu odniósł cenę oferty odwołującego do 4 krotności wartości szacunkowej zamówienia na odcinek D i ustalił, że w tym przypadku, cena oferty odwołującego stanowi 43,53% tej wartości. Wskazał jak należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny, podał orzecznictwo Izby w tym zakresie (sygn. akt KIO 2604/10, KIO/UZP 2338/10, KIO/UZP 1663/10 i KIO/UZP 1126/09). Z powyższych powodów zamawiający doszedł do przekonania, że oferta odwołującego Strabag jest ofertą z ceną rażąco niską w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zamawiający uznał, że czynniki powodujące obniżenie ceny ofertowej na odcinku D miały też zastosowanie w postępowaniu

7

na odcinek C, a pozostałe czynniki wymienione w pismach wyjaśniających nie są na tyle istotne, że powodują tak dużą różnicę w cenach zaoferowanych przez odwołującego w stosunku do oferty złożonej na odcinek D. Jako dowód zamawiający powołał wyjaśnienia odwołującego dla odcinka D i wskazał, że zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zatem szczegółowe odniesienie się do nich i analiza może być dokonana tylko po wyłączeniu jawności rozprawy. Zamawiający wskazał na wspólne dla odcinka Ci D czynniki powodujące wg. odwołującego Strabag obniżenie cen tj. samodzielne wykonanie robót drogowych, zawarte umowy ramowe, zaplecze sprzętowe i organizacyjne, laboratorium oraz kadra, sprzyjające warunki wykonania prac, posiadanie wytwórni mas bitumicznych, co powoduje zdaniem zamawiającego, że badanie ceny oferty odwołującego Strabag przez pryzmat cen wynikających z kontraktu na odcinek D jest zasadne. Zamawiający w dalszej kolejności powołał fragment postanowień pkt. 2.1. PFU i podniósł, że ani zamawiający, ani wykonawcy nie są w stanie przewidzieć jakie wytyczne odnośnie zabezpieczeń akustycznych będzie ona zawierać, dlatego wykonawcy winni założyć ryzyko wykonania ekranów akustycznych zgodnie ze wskazaniem zamawiającego pkt. 1.1.2.1, 1.1.2.11, 1.1.2.19 tiret 3 PFU. Zamawiający wskazał też na rozbieżności w cenach oferty odwołującego Strabag na odcinek C i D w odniesieniu do ekranów akustycznych oraz na to, że odwołujący wycenił w ofercie 245 mb ekranów zamiast 2215mb, co powoduje, że wykonawca może ponieść stratę w wysokości 4 784 026,80zł.

Przystępujący PORR złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w uzasadnieniu wskazał na konieczność składania nieogłoszonych wyczerpujących wyjaśnień – sygn. akt KIO 730/10. Zdaniem przystępującego zamawiający wykazał podstawę faktyczną i prawną, przy czym faktyczna polegała na nieudowodnieniu jednoznacznie realności ceny. Wskazał na rozkład ciężaru dowodu przy badaniu ceny rażąco niskiej oraz na powstawanie domniemania ceny rażąco niskiej na skutek wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Powołał w jego ocenie ogólnikowe argumenty odwołującego Strabag zawarte w jawnej części wyjaśnień i ocenił je jako niewystarczające. Podkreślił, że wezwania do wyjaśnień miały konkretny charakter, a odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, które miałyby doniosłość merytoryczną i znaczenie w kontekście wykazania realności ceny.

Sygn. akt KIO 1604/16

W dniu 26 sierpnia odwołujący Skanska wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 sierpnia 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do

ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z uchwałą nr 5/2/2016r. oraz odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 26 sierpnia 2016r.

Odwołujący Skanska podniósł, że jego oferta zawierała najkorzystniejszy bilans kryterium ceny i pozostałych kryteriów, co oznacza, że przy prawidłowym dokonaniu oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Z powodu naruszenia przez zamawiającego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy doszło do naruszenia interesu odwołującego Skanska w uzyskaniu zamówienia oraz naraziło na szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący, zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy:

- 1) przepisu art. 90 ust. 3 ustawy w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Skanska, mimo iż wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, potwierdziły, iż cena nie jest ceną rażąco niską;
- 2) przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy przez nie podanie uzasadnienia faktycznego dotyczącego odrzucenia oferty Skanska i nie wskazanie przyczyn odmowy wiarygodności wyjaśnień wykonawcy, co znacznie utrudnia odwołującemu obronę jego oferty;
- 3) w konsekwencji naruszenia powyższych przepisów, naruszenie również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skanska;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, w tym ewentualne wystąpienie do Skanska o dodatkowe wyjaśnienia;
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności podnoszonych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołujący Skanska podniósł, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. budowa ul. Nowolazurowej na odcinku od Al.

Jerozolimskich do trasy AK, w tym zadanie C. odcinek od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej. W dniu 3 czerwca 2016 roku Skanska złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która zajęła pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert. W dniu 1 lipca 2016 roku zamawiający wezwał Skanska na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W dniu 8 lipca 2016 roku Skanska złożyła pismo zawierające wyjaśnienia w zakresie ceny, do którego załączyła również dowody potwierdzające przywołane w wyjaśnieniach okoliczności i kalkulacje. W dniu 9

sierpnia 2016 roku zamawiający skierował do Skanska wezwanie do doprecyzowania wyjaśnień w zakresie zawartego w wezwaniu pytania zamawiającego dotyczącego tego, czy wykonawca w kalkulował zastosowanie innych niż przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2016 roku rozwiązań. Na pismo to Skanska odpowiedziała pismem z dnia 10 sierpnia 2016 roku.

W dniu 16 sierpnia 2016 roku zamawiający poinformował Skanska o dokonanych odrzuceniu oferty Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał jedynie, że wyjaśnienia Skanska złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy nie przekonały zamawiającego, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy za zaoferowaną cenę będzie możliwe. Zamawiający wskazał jedynie, że wykonawca nie udowodnił jednoznacznie, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i że będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Jednocześnie zamawiający poinformował odrębnym pismem o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez PORR Polska Infrastructure S.A.

Odnosząc się zatem do samego powiadomienia o odrzuceniu oferty Skanska, odwołujący powołał art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy wskazujący na konieczność podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanego odrzucenia. Zdaniem odwołującego Skanska

zamawiający nie dokonał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. Ani z powiadomienia, ani z protokołu postępowania nie wynika, aby zamawiający przeprowadził merytoryczną i zindywidualizowaną ocenę wyjaśnień Skanska. Zamawiający nie nawiązał do treści wyjaśnień. W konsekwencji odwołujący Skanska podniósł, że takie postępowanie zamawiającego w znacznym stopniu utrudnia mu obronę swojej oferty, gdyż mimo obszernej argumentacji popartej załączonymi dowodami, odwołujący nie jest w stanie ustalić, co w rzeczywistości nie przekonało zamawiającego. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący powołał wyrok KIO sygn. akt KIO 810/13.

Odnosząc się do podstawy prawnej odrzucenia odwołujący Skanska wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany przez PFU oraz posiadaną przez zamawiającego dokumentację projektową z 2009 r. -opracowaną przez firmę Baks sp. z o.o.

W ramach obowiązków projektowych wykonawcy zobowiązani byli m.in. do aktualizacji dokumentacji projektowej budowy ul. Nowolazurowej na odcinku od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej opracowanej w 2009 roku, która obejmowała w szczególności:

- 1) wykonanie inwentaryzacji urządzeń podziemnej i naziemnej infrastruktury technicznej,
- 2) wykonanie aktualizacji branżowych projektów wykonawczych z uwzględnieniem wykonanej inwentaryzacji infrastruktury,
- 3) opracowanie rozwiązań zamiennych w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji zmieniającej decyzję o pozwoleniu na budowę (jeżeli zajdzie taka konieczność).

10

Ponadto do obowiązków wykonawcy należy uzyskanie nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w tym opracowanie karty informacyjnej przedsięwzięcia, raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko (jeżeli będzie wymagany). Wykonawca winien na potrzeby pozyskania decyzji wykonać analizę akustyczną w ramach, której oczekiwane jest zaproponowanie zastosowania alternatywnych form zabezpieczeń akustycznych w stosunku do przewidzianych w zatwierdzonym projekcie budowlanym, umożliwiających rezygnację z budowy ekranu dźwiękochłonnego na całym odcinku drogi lub na części odcinka drogi), poprzez np. zastosowanie nawierzchni ulicy o korzystniejszych walorach akustycznych, zastosowanie ekranu ziemnego, gabionów i w miarę możliwości terenowych zieleni izolacyjnej (str. 14 PFU).

Odczytując oczekiwania wyrażone w PFU należało zdaniem odwołującego Skanska w składanej ofercie zaproponować rozwiązania zamiennie do tych przewidzianych dokumentacją projektową. Takie oczekiwania zamawiającego były również potwierdzane w odpowiedziach na pytania w trakcie procedury przetargowej np. w odpowiedziach na pytanie nr 7, nr 11, nr 64 udzielonych pismem z dnia 24 maja br. W tych odpowiedziach zamawiający podkreślał - iż należy zaproponować alternatywne formy zabezpieczeń akustycznych w stosunku do przewidzianych projektem, umożliwiających rezygnację z budowy ekranów akustycznych np. przez zastosowanie nawierzchni ulicy o korzystniejszych walorach akustycznych, zastosowanie ekranu ziemnego, gabionów i w miarę możliwości zieleni izolacyjnej.

W konsekwencji powyższego Skanska przygotowała swoją ofertę z uwzględnieniem rozwiązań spełniających zamierzone przez zamawiającego efekty. Było to możliwe dzięki przeprowadzeniu szeregu badań na czele z analizą akustyczną przedmiotowego obszaru. Najistotniejsze w kontekście wyceny oferty Skanska założenia związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, odwołujący załączył do odwołania. Treść tych załączników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a uzasadnienie utajnienia odwołujący zawarł w załączniku nr II Odwołujący Skanska podniósł, że w wyjaśnieniach odniósł się do poszczególnych zakresów przedmiotu zamówienia wskazując na okoliczności uzasadniające poziom wyceny oraz załączyła dowody na poszczególne asortymenty cenotwórcze. W obliczu ogólnego wezwania odwołujący podniósł, że odniósł się do zakresów, co do których mogłyby się pojawić u zamawiającego wątpliwości. Podkreślił, że konsekwencje przyjętej formuły realizacji inwestycji (zaprojektuj i wybuduj) oraz ryczałtowego charakteru wynagrodzenia zamawiający wielokrotnie podkreślał w swoich odpowiedziach na pytania np. odpowiedź nr 60, 61, 63 z dnia 24 maja br. Skanska oświadczyła, że dokonała kalkulacji kosztów z uwzględnieniem własnego potencjału, doświadczenia i możliwości realizacji zamówienia, przyjmując też własną strategię realizacji inwestycji i budowy ceny w zakresie

11

dotyczącym rozwiązań pozwalających na wykonanie inwestycji zgodnie z przepisami, a jednocześnie optymalnie kosztowo.

Przywołał m.in. dokonane w trakcie pracy nad przygotowaniem oferty analizy akustyczne, dla zamawiający nie wzywał do ich przedstawienia, a odwołujący skupił się w swoich wyjaśnieniach na elementach cenotwórczych i sposobie budowania ceny jako całości.

Wyjaśnienia Skanska przekazane zamawiającemu pokazywały wartości, za jakie zrealizuje zadanie we wszystkich rzeczowych zakresach. Zamawiający nie wskazał, w którym dokładnie aspekcie oferta Skanska złożona w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na cenę oderwaną od realiów rynkowych.

Zamawiający wybrał ofertę Porr, odrzucając wszystkie trzy pozostałe oferty, zdaniem odwołującego zatem nie sposób pominąć kwestii podnoszonych w wyjaśnieniach Porr. Na podstawie wyjaśnień Porr w pierwszej kolejności odwołujący założył, że wykonawca ten nie podjął wystarczających starań w celu znalezienia innych niż wskazane w wyjściowej dokumentacji, rozwiązań, które pozwoliłyby na spełnienie oczekiwań zamawiającego w zakresie rozwiązań zamiennych oraz alternatywnych zabezpieczeń akustycznych wskazanych w PFU. Porr przyjmując do wyceny wprost założenia wynikające z wyjściowej dokumentacji, a zatem nie wymagające w zasadzie wykonania dokumentacji zamiennej, wskazał jednocześnie w swojej ofercie cenę za prace projektowe w kwocie znacznie przekraczającej przyjęte na rynku poziomy cen w tym zakresie. Zdaniem odwołującego wyrażonym w oparciu o znane mu rynkowe ceny za usługi projektowe Porr sztucznie zawyżył koszt tej pozycji w celu zaliczkowania realizacji zamówienia. Porr wyraźnie zaznaczył, iż przyjął założenia z wyjściowego projektu budowlanego jako podstawę realizacji swoich robót, a jednocześnie na prace projektowe zakłada tak znaczącą kwotę, co tym bardziej uwiadamia rażąco wysoki poziom tej ceny.

Odnosząc się do oczekiwań zamawiającego wobec wykonawców odnośnie wykonania analiz pozwalających na alternatywne formy zabezpieczeń akustycznych, należy uznać, że oczekiwanie takie jest w pełni uzasadnione. Nie ulega bowiem dla odwołującego Skanska wątpliwości, że wymagania w zakresie dopuszczalnego poziomu hałasu uległy zmianie w stosunku do stanu prawnego obowiązującego w czasie opracowywania wyjściowej dokumentacji projektowej przekazanej w postępowaniu przez zamawiającego.

Skanska nie ma zatem podstaw, aby w świetle obowiązujących obecnie przepisów w tym zakresie oraz okoliczności związanych z tą konkretną realizacją, zakładać wykonanie ekranów akustycznych, szczególnie w skali, w jakiej uczynił to Porr. Jest to w ocenie odwołującego Skanska szczególnie nieuprawnione, jeśli weźmie się pod uwagę, wyraźnie sprecyzowane przez zamawiającego w PFU oczekiwanie, aby wykonawcy uwzględnili przeprowadzenie analizy akustycznej, w ramach której należy zaproponować zastosowanie alternatywnych form zabezpieczeń akustycznych w stosunku do przewidzianych w

zatwierdzonym projekcie budowlanym, umożliwiającym rezygnację z budowy ekranu dźwiękochłonnego. Skanska opracowała analizę akustyczną już na etapie przygotowywania oferty (analiza w załączeniu), aby zweryfikować słuszność przyjętych założeń. W ocenie Skanska, argumenty przywołane przez Porr dotyczące braku możliwości rezygnacji z ekranów są przejawem braku dokonania przez tego wykonawcę rzetelnej analizy. Wnioski opisane przez Porr pozwalają zdaniem odwołującego Skanska na przypuszczenie, że analiza Porr nie uwzględniła również zmiany układu komunikacyjnego w rejonie przedmiotowej inwestycji. Poprawna i rzetelna analiza powinna uwzględnić uwarunkowania studiów i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz innych dokumentów planistycznych uwzględniających nowopowstałe i planowane inwestycje drogowe w tym rejonie. Tym samym uwzględnić najbardziej realny rozkład ruchu w obszarze planowanej inwestycji. Również PFU wyraźnie wskazuje materiały wyjściowe w postaci wymienionych tam opracowań dotyczących analizowanego obszaru, jakie należy uwzględnić w trakcie realizacji projektu. Należy również mieć na względzie, iż układ komunikacyjny w obszarze przedmiotowej inwestycji a co za tym idzie - rozkład ruchu, również znacznie się zmienił, co ma niewątpliwie wpływ na kwestie związane z akustyką. Odniesienie do powyższego oraz jego wpływu na wyniki analizy akustycznej przedstawiono w załączeniu. Oferta Skanska uwzględnia m.in. wszystkie te dane, co szczegółowo przedstawiono w załączonych informacjach. Analiza akustyczna przywołana w załączeniu wykonana przez odwołującego zakłada prędkość pojazdów równą 50km/h i już przy tej prędkości wykazuje się redukcję

hałasu na wymaganym poziomie.

Założenie, że rozwiązania przedstawione w projekcie budowlanym z 2009 r. są optymalne również na dzień dzisiejszy, jest zdaniem odwołującego niepoprawne. Odwołujący podniósł, że od daty projektowania normy hałasu stanowiące punkt wyjścia przy sporządzaniu takiego projektu uległy bowiem zmianie po wejściu w życie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 1 października 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku (t.j. Dz.U.2012.1109 z dnia 2012.10.08)

Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie zmian w wartościach dopuszczalnych poziomach hałasu, z podziałem na określone w Rozporządzeniu obowiązującym na dzień składania przedmiotowej oferty (Tabela nr 1) oraz w Rozporządzeniu obowiązującym w czasie przygotowywania dokumentacji, stanowiącej załącznik do oferty (Tabela nr 2)

W ramach przygotowania oferty odwołujący oświadczył, że wykonał własne pomiary natężenia ruchu i popisał w jaki sposób dokonywał tych pomiarów oraz w oparciu o jakie dane. Tak przygotowana analiza, w ocenie odwołującego potwierdza, że zastosowanie alternatywnych środków ochrony przed hałasem jest możliwe. Podkreślił, że analizy równoważnego poziomu dźwięku (A) dokonano metodą zalecaną przez ISO 9613-2 oraz według francuskiego standardu: NMPB - Routes (SETRA-CERTU-LCPC-CSTB). Obliczenia

13

zostały wykonane na wys. 4m ponieważ odnoszą się do terenów chronionych tj. działek na których stoją budynki mieszkaniowe. Wyniki nie wskazują przekroczeń dopuszczalnych poziomów hałasu. Obliczeń dokonano na podstawie Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie wymagań w zakresie prowadzenia pomiarów poziomów substancji lub energii w środowisku przez zarządzającego drogą, linią kolejową, linią tramwajową, lotniskiem lub portem (Dz.U.2011.140.824).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w innych przypadkach, gdzie przekroczenia występują poza granicą działki ekran akustyczny o wysokości 4, 6 czy 8m będzie zabezpieczeniem nieskutecznym dla osób przebywających na 4. piętrze, ponieważ fala akustyczna zagina się na krawędzi panelu ekranującego. Odwołujący Skanska zauważył, że podejście do ekranów akustycznych jako formy zabezpieczenia przed hałasem uległo zmianie w powszechnym odbiorze na niekorzyść tego rozwiązania. Zdaniem odwołującego potwierdzają to informacje zawarte na stronie Najwyższej Izby Kontroli

W świetle powyższego zdaniem odwołującego, odrzucenie oferty Skanska i wybór oferty Porr, powoduje niegospodarne wydatkowanie pieniędzy publicznych. Zaproponowane rozwiązanie przez Skanska pozwoli w racjonalny sposób wydatkować pieniądze publiczne przy jednoczesnej zgodności realizacji z przepisami prawa. Jednoznaczne wyniki analiz odwołującego, prowadzą do wniosku, że Porr nie dołożył należytych starań w celu wypełnienia zobowiązania z PFU dotyczącego alternatywnych rozwiązań w tym zakresie. Podkreślił, że z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia rezygnacja w toku wykonywania umowy z ekranów nie będzie powodować obniżenia wynagrodzenia, a nadto będzie to zmiana istotna. Wskazał, że rezygnacja z ekranów jest wysoce prawdopodobna z uwagi na protesty społeczne wywołane były właśnie budową ekranów akustycznych. W ostatnim czasie prowadzi się wiele dyskusji o negatywnym wpływie takich budowli na komfort życia mieszkańców, ich bezpieczeństwo czy wreszcie krajobraz i architekturę w mieście. Jako przykład odwołujący powołał rozbudowę ulicy Wołoskiej zleconą właśnie przez Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie. Jako dowód powołał w tym zakresie artykuł z Gazety Wyborczej. Inwestycję tę zrealizowano ograniczając hałas przy pomocy właśnie cichej nawierzchni, zakładając że pojazdy będą poruszać się na tym odcinku drogi z prędkością 50km/h.

Odwołujący podjął polemikę z wyjaśnieniami wykonawcy Porr dotyczącymi terminu realizacji, gdyż z jednej strony w swoim piśmie z dnia 11 sierpnia 2016 roku Porr wskazuje, że termin wykonania zamówienia (16 miesięcy) przewidziany w SIWZ, jest bardzo krótki i w ocenie Porr w praktyce może on uniemożliwić uzyskanie nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a z drugiej zaś strony w swoich wcześniejszych wyjaśnieniach wskazuje, że kalkulując cenę oferty założył ukończenie realizacji robót w czasie o dwa miesiące krótszym. Odwołujący Skanska wskazał także na to, że Strabag w swoich wyjaśnieniach z

14

dnia 8 lipca 2016 roku podniósł, że „sporządzając ofertę wziął również pod uwagę

sprzyjające warunki wykonania prac, tj. długi okres realizacji...".

Podkreślił, że uzyskanie nowej decyzji środowiskowej, a zatem przejście całej ścieżki proceduralnej, zgodnie z zapisami PFU, jest dla wykonawcy w każdym wypadku obligatoryjne, gdyż pkt. 2.1 PFU zawiera wyraźnie postawione przez zamawiającego wymaganie w tym zakresie.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że stworzono model terenu uwzględniający niweletę drogi oraz teren przyległy wraz z sąsiadującymi budynkami. Założono, że pojazdy będą poruszać się z prędkością 50 km/h na obojczykach w/w ulicach. Dla powyższych danych wyjściowych, za próg nożowa no natężenie hałasu dla 10-letniego horyzontu czasowego tj. 2026 roku W wyniku przeprowadzonych obliczeń uzyskano prognozowane natężenia hałasu na terenie wymagającym potencjalnej ochrony (między innymi budynki sąsiadujące). Oferta Skanska uwzględniała bowiem zastosowanie nawierzchni cichej jako najbardziej optymalnego rozwiązania, a dla upewnienia się o słuszności podjętych założeń, Odwołujący przeprowadził szczegółowe analizy i badania. Zabezpieczenia akustyczne zostały uwzględnione z uzasadnionych względów w zakresie drogowym, gdyż stanowią nierozdzielalną część tych robót.

Odwołujący podkreślił, że mimo droższej nawierzchni, Skanska osiągnęła niższą cenę w tym zakresie również dzięki założeniom, których szczegółowy opis został zawarty w załączniku do odwołania. Jednocześnie wskazał, że przyjął niższe ilości mas mieszanek mineralno-bitumicznych, niż przyjął to Porr, co opisał w załączniku do odwołania zawierający załączniku przyjęte założenia.

Podkreślił, że może wykazać się pomyślnym wykonaniem dróg o „cichej” nawierzchni na obszarze województwa Małopolskiego. I dotyczy to dróg

"Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich - DW 774 w m. Kryspinów z zastosowaniem nawierzchni redukującej hałas "

"Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich - DW 773 Skala - Iwanowice z zastosowaniem nawierzchni redukującej hałas "

"Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich - DW 780 na odcinku Libiąż-Chelmek z zastosowaniem nawierzchni redukującej hałas"

"Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich - DW 780 na odcinku Liszki-Kaszów z zastosowaniem nawierzchni redukującej hałas"

Z uwagi na fakt, że przywołane w niniejszym odwołaniu informacje są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, istotna część poszczególnych zakresów omówiona została w załączeniu do niniejszego pisma.

Polemizując dalej z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty Skanska, odwołujący odniósł się do wyceny dokonanej przez Porr dotyczącej przebudowy sieci wodociągowej.

15

Zdaniem odwołującego wycena dokonana przez Porr jest zdecydowanie zawyżona w porównaniu do innych oferentów. Porr wskazał na konieczność przebudowy istniejącej sieci wodociągowej, jednak takiego zakresu nie ma w SIWZ, PFU ani w projekcie. W ocenie Skanska wycena nie powinna obejmować przebudowy wodociągów w zakresie szerszym niż zakłada to projekt ponieważ:

a) Warunki techniczne, na które powołuje się Porr mówią o przewodach biegnących pod krawężnikiem, a w przedmiotowym projekcie mamy do czynienia z obrzeżem chodnika, o których warunki nic nie mówią.

b) W przywołanych warunkach technicznych nie ma wzmianek odnośnie „nawierzchni nierozdzielalnej” na co powołuje się Porr;

c) Projekt został uzgodniony protokołem ZUDP nr 143/2009 z dnia 18.06.2009, który uwzględnia warunki techniczne wydane przez MPWIK pismem TW/TK-660-840/2406/40/09 z dnia 23.01.2009r.

Skanska oświadczyła, że wyceny powyższego zakresu dokonała na podstawie projektu biura projektowego BAKS Sp. z o.o. w oparciu o oferty pozyskane bezpośrednio od czołowych producentów materiałów w zakresie sieci wodociągowej, przygotowanych indywidualnie dla oferowanego przetargu oraz koszty sił i sprzętu własnego. Prawdopodobnie kalkulacji potwierdzają zdaniem Skanska ceny dla przedmiotowego zakresu przedstawione przez pozostałych wykonawców.

Niemniej jednak w ocenie odwołującego wycena Porr wpływa to na negatywną ocenę oferty Skanska przez zamawiającego, a biorąc pod uwagę, że stwierdzenia Porr nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach faktycznych odnoszących się do przedmiotowego

zamówienia, działa to w sposób niekorzystny nie tylko dla Skanska, ale także dla zamawiającego, który będzie na ten cel wydatkował pieniądze publiczne. Jednocześnie, bezpodstawnie przyjmując takie wyjaśnienia Porr jako właściwe, prowadzi to do odrzucenia wykonawcy, który dokonał rzetelnej analizy oraz w konsekwencji konkurencyjnej i korzystnej wyceny.

Odnosząc się natomiast do wyceny przebudowy sieci gazowej Skanska również w tym zakresie zawarła w niej wszystkie koszty niezbędne do realizacji zadania wraz z zakładaną marżą. Z uwagi na wysoce specjalistyczny charakter robót związanych z przebudową sieci gazowej wycenę tej branży odwołujący oparł na projekcie biura projektowego „BAKS: Sp. z o.o. załączonego do SIWZ oraz ofercie doświadczonej firmy branży gazowej, którą załączył do odwołania. Ponadto, zgodnie z Protokołem Nr 47/22/2009 z posiedzenia Komisji Oceny Technicznej O/Zakładu Gazowniczego Warszawa z dnia 20.10.2009 koniecznym jest wykorzystanie zamkniętym specjalistycznym sprzętem i *by passu* w celu zachowania ciągłości dostawy gazu do odbiorców. W związku z tym roboty związane z przebudową sieci gazowej

16

należy wykonywać na czynnym gazociągu co wyraźnie wpływa na koszty, które zostały przewidziane w ofercie Skanska.

W świetle powyższych argumentów, zdaniem odwołującego, nie ma podstaw do uznania również w tym zakresie ceny za rażąco niską.

Analogicznie Skanska podeszła do wyceny Budowy magistrali wodociągowej DN 300mm na odcinku ul. Człuchowska - ul. Górczewska. Wycenę oparto o oferty producentów i dostawców rur i kształtek żeliwnych, armatury wodociągowej oraz producentów i dostawców komór żelbetonowych. Oferty na powyższy zakres odwołujący załączył do odwołania. Koszty robocizny wyceniono na podstawie wieloletniego doświadczenia w realizacji podobnych kontraktów, które to koszty wskazano w załączeniu do odwołania.

Podobnie zakres odwodnienia, zdaniem odwołującego, nie daje podstaw do wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Cena za ten zakres nie odbiega od cen Strabag i Barzola. Jedną z głównych składowych wycenionych przez odwołującego kosztów budowy odwodnienia są koszty pozyskania materiałów, z których najbardziej cenotwórcze są rury i kształtki GRP oraz prefabrykaty betonowe (studnie i wpusty uliczne). Koszty związane z zakupem materiałów wyceniono na podstawie aktualnych ofert pozyskanych bezpośrednio od czołowych producentów przygotowanych indywidualnie dla oferowanego przetargu.

Długoletnia współpraca z kontrahentami oraz atrakcyjne warunki handlowe pozwoliły osiągnąć bardzo konkurencyjne oferty na materiały. Odwołujący podkreślił, że wycena uwzględnia jedynie materiały zgodne z PFU. Kolejną składową kosztów związanych z wykonaniem tego zakresu jest robocizna oraz niezbędny sprzęt. Roboty w tym zakresie Skanska zamierza w części wykonać zarówno z pomocą firm podwykonawczych, jak również siłami własnymi przy użyciu sprzętu, który ma w zasobach Skanska S.A. i te okoliczności uwzględniła w dokonanej przez siebie wycenie. Zdaniem odwołującego Skanska wyceny Strabag i PORR w tym zakresie zbyt znacząco odbiegają od poziomu rynkowego.

Przechodząc do kolejnego zakresu dotyczącego murów oporowych, projekt załączony przez zamawiającego wymaga aktualizacji również ze względu na istniejące obecnie zagospodarowanie terenu, co przekłada się na wycenę tego zakresu. Konsekwencją zmiany istniejącego zagospodarowania jest wykonanie dodatkowych pasów relacji skrajnych, co pociąga za sobą konieczność budowy zabezpieczeń korpusu drogowego w postaci murów oporowych. Na etapie przygotowania oferty odwołujący Skanska przeprowadził analizę zastosowania innych możliwych sposobów zabezpieczenia korpusu drogowego z jednoczesnym zachowaniem kształtu granic pasa drogowego jednak z uwagi na ograniczania szerokości działki drogowej inne rozwiązania trudne byłyby do zastosowania. W odniesieniu do przebudowy sieci energetycznej wyjaśnienie zaistniałej różnicy odwołujący uważa, że zawarł w wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2016 roku, a dotyczyły one przyjęcia sygnalizacji świetlnej w koszcie pozycji stałej organizacji ruchu. Z doświadczenia

17

sygnalizację świetlną odwołujący potraktował jako element stałej organizacji ruchu i zdaniem odwołującego jest to uzasadnione. Pozostali wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem uwzględnili ten element w przebudowie sieci energetycznej, co tłumaczy zaistniałą różnicę.

Odwolujący Skanska porównał także ceny wszystkich wykonawców za projekty i roboty elektryczne. Zdaniem odwołującego Skanska jego oferta zasadniczo odbiega od konkurencji jedynie w pozycjach Stała organizacja ruchu i Przebudowa sieci energetycznych. W tej pierwszej cena Skanska jest kilkukrotnie wyższa od pozostałych wycen, co wynika z umieszczenia w tej pozycji sygnalizacji świetlnej. Analogicznie, Przebudowy sieci energetycznych w naszej ofercie są znacząco niższe od konkurencji z powodu przesunięcia sygnalizacji do Stałej organizacji ruchu. Rozpatrując te pozycje sumarycznie widać, że wycena Skanska tych zakresów jest porównywalna z ofertami pozostałych firm biorących udział w postępowaniu i nie odbiega od cen funkcjonujących na rynku.

Zdaniem odwołującego nie ma podstaw do uznania, że cena Skanska jest rażąco niska. Niewątpliwym jest zdaniem odwołującego fakt, że wycena zamawiającego była wyceną przeszacowaną i nie mającą żadnego odniesienia ani do warunków rynkowych obecnie panujących ani do formuły tej realizacji jaką jest „zaprojektuj i wybuduj”. Każdy z wykonawców został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Różnice natomiast pomiędzy wykonawcami również nie wskazują na jakąś prawidłowość, która pozwoliłaby jednoznacznie uznać, że Skanska złożyła ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Ceny poszczególnych zakresów każdego z wykonawców faktycznie niejednokrotnie od siebie odbiegają, ale to zarówno w górę, jak i w dół w odniesieniu do oferty Skanska. To świadczy o tym, że każdy z wykonawców przyjmował swój indywidualny sposób budowania ceny i nie można zdaniem odwołującego z góry założyć, że to świadczy, że oferta z kwotą wyższą jest pewniejsza niż z niższą. Zamawiający winien bowiem wziąć również pod uwagę aspekt finansowy i proporcjonalność celu, jaki ma osiągnąć daną inwestycją a kosztem jej wykonania. Zawsze można wykonać coś drożej i więcej niż jest to konieczne, ale czy w rzeczywistości takie podejście może znaleźć racjonalne uzasadnienie.

Ponadto dla odwołującego Skanska warte zauważenia jest również to, że doświadczenie niejednokrotnie pokazuje, że nawet w kontrakcie „wybuduj”, gdzie podstawą wyceny jest jednakowa dla wszystkich dokumentacja projektowa, oferty składane przez wykonawców w istotnym stopniu od siebie odbiegają, co jest oczywistym i zupełnie naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. W tym postępowaniu dochodzi dodatkowo element projektowania, na który składa się faktyczna inicjatywa wykonawcy, jego właściwe przygotowanie, dokonane analizy i zaangażowanie w zbudowanie konkurencyjnej oferty. To wszystko w jeszcze większym stopniu zwiększa konkurencyjność i może spowodować większe różnice w globalnej cenie poszczególnych ofert.

18

Zamawiający oczekiwał od wykonawców jedynie wskazania ceny za realizację zamówienia. Nie oczekiwał wykazania koncepcji, założeń. W efekcie nie można wykluczyć, że sposób prezentacji oczekiwań zamawiającego w PFU spowodował, że otrzymał oferty nieporównywalne. Przygotowanie tego postępowania było niewątpliwie odmienne od tradycyjnej formuły zaprojektuj i wybuduj. Z jednej strony zamawiający przekazał projekt budowlany, projekt wykonawczy i pozwolenie na budowę, z drugiej wskazywał na to, że przedmiotem zamówienia jest m.in. opracowanie rozwiązań zamiennych w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji postępowania przeprowadzonego przez zamawiającego w taki sposób. Odwołujący dołożył bardzo dużych starań w celu przeanalizowania możliwości przedstawienia oferty konkurencyjnej i zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego i wynikiem tego, jest oferta, która w rankingu zajęła pierwsze miejsce.

W ocenie Skanska, złożone wyjaśnienia czyniły zadość żądaniu zamawiającego, szczególnie, że zamawiający nie sprecyzował, które elementy winny podlegać szczególnemu wyjaśnieniu, a jako powód swojego wezwania wskazał spełnienie przesłanki zaoferowania ceny oferty niższej o 30% od wartości zamówienia. Warty zauważenia jest zdaniem odwołującego fakt, że ww. przesłanka spełniła się w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, co jednoznacznie wskazuje, że to budżet zamawiającego był ustalony na zbyt wysokim poziomie, podczas gdy złożone oferty odzwierciedlały ceny rynkowe. Dodatkowo wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić fakt, że, pomimo, iż zamawiający przekazał w ramach dokumentacji przetargowej, dokumentację projektową, przedmiotowe zamówienia określone zostało w formule „zaprojektuj i buduj”. Miało to niewątpliwie wpływ na sposób przygotowania przez Skanska oferty, tak, aby oferta ta pozostała w zgodzie z wymaganiami PFU i pozwalała na realizację zamówienia przy

założeniu optymalnych dla zamawiającego rozwiązań zgodnych z aktualnym stanem prawnym. Odwołujący z uwagi na ogólną treść wezwania do wyjaśnień w odpowiedzi odniósł się do elementów cenotwórczych, które w jego odczuciu mogłyby budzić wątpliwości. Z tego też względu nie odnosił się zatem obszernie do wyjaśnienia elementów, które co do zasady odpowiadały poziomowi cen konkurencji. Niemniej jednak z uwagi na fakt, że zamawiający odrzucił ofertę Skanska i po raz kolejny nie wskazał z jakich konkretnie powodów uznał, że cena Skanska jest rażąco niska, z daleko idącej ostrożności, w odwołaniu odwołujący podniósł również okoliczności i dowody, których potrzeby wprowadzania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie dostrzegał.

W ocenie odwołującego zamawiający winien zatem ponowić czynność badania i oceny oferty odwołującego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami. W ramach badania i oceny zamawiający może ponownie skierować wezwania do złożenia przez Skanska wyjaśnień na podstawie art.

19

90 ust. 1 ustawy, precyzując i ukierunkowując swoje wątpliwości wobec ceny ofertowej odwołującego i przyjętych założeń projektowych i realizacyjnych.

W dniu 29 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 sierpnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący PORR wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą wybranym, a uwzględnienie odwołania może spowodować u niego szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 sierpnia 2016r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 sierpnia 2016r.

W dniu 30 sierpnia 2016r. postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący Strabag wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż wniósł własne odwołanie kwestionujące czynność odrzucenia jego oferty z postępowania, zaś oddalenie odwołania Skanska umożliwi przystępującemu Strabag uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 sierpnia 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została zamawiającemu i odwołującemu przekazana w dniu 30 sierpnia 2016r.

W dniu 7 września 2016r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i uznania przedstawionych w nim zarzutów jako bezprzedmiotowych. Zamawiający podkreślił, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który tę ofertę złożył. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, gdyż zaoferowana cena była o 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający w celu ustalenia wartości szacunkowej bazował na analogicznym postępowaniu z 2015r., które było realizowane w 2016r. tj. w zakresie zadania D. Zakres prac był zbliżony, a 8 złożonych w tym postępowaniu ofert stanowiło dla zamawiającego wymierny, obiektywny, rynkowy i aktualny poziom cen dla tego typu robót budowlanych. Zamawiający wziął pod uwagę, że zadanie D dotyczyło odcinka czterokrotnie krótszego,

20

rozliczane kosztorysowo i obejmowało jedynie wykonanie robót budowlanych, a zatem nie obejmowało kosztu wykonania dokumentacji projektowej ok. 1 100 000zł., a także, że zadanie C obejmuje budowę magistrali wodociągowej (koszt ok. 1 700 000zł.) Zamawiający porównał cenę odwołującego z ceną za odcinek D wynikającą z umowy powiększoną 4 krotnie i cena odwołującego to 66,33% tak ustalonej ceny, następnie z ceną faktycznie zapłaconą za odcinek D też 4 krotnie powiększoną i cena oferty odwołującego to

50,36%, dalej zamawiający ustalił średnią arytmetyczną ofert złożonych w postępowaniu na odcinek D i ponownie ją pomnożył przez 4 krotność i uznał, że cena oferty odwołującego stanowi 52,54% tak ustalonej wartości i w końcu odniósł cenę oferty odwołującego do 4 krotności wartości szacunkowej zamówienia na odcinek D i ustalił, że w tym przypadku, cena oferty odwołującego stanowi 40,13% tej wartości. Wskazał jak należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny, podał orzecznictwo Izby w tym zakresie (sygn. akt KIO 2604/10, KIO/UZP 2338/10, KIO/UZP 1663/10 i KIO/UZP 1126/09). Z powyższych powodów zamawiający doszedł do przekonania, że oferta odwołującego Strabag jest ofertą z ceną rażąco niską w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zamawiający uznał, że czynniki powodujące obniżenie ceny ofertowej na odcinku D miały też zastosowanie w postępowaniu na odcinek C, a pozostałe czynniki wymienione w pismach wyjaśniających nie są na tyle istotne, że powodują tak dużą różnicę w cenach zaoferowanych przez odwołującego w stosunku do oferty złożonej na odcinek D. Jako dowód zamawiający powołał wyjaśnienia odwołującego dla odcinka D i wskazał, że zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zatem szczegółowe odniesienie się do nich i analiza może być dokonana tylko po wyłączeniu jawności rozprawy. Zamawiający wskazał na wspólne dla odcinka Ci D czynniki powodujące wg. odwołującego Strabag obniżenie cen tj. centralna polityka zakupowa, polityka zarządzania ryzykiem w projekcie, model minimalnych kosztów zarządu, doświadczenie i wizja lokalna, uwzględnienie minimalnego wynagrodzenia za pracę, własna wytwórnia mas bitumicznych, własny sprzęt – system 3D, co powoduje zdaniem zamawiającego, że badanie ceny oferty odwołującego Strabag przez pryzmat cen wynikających z kontraktu na odcinek D jest zasadne. Zamawiający w dalszej kolejności powołał fragment postanowień pkt. 2.1. PFU i podniósł, że ani zamawiający, ani wykonawcy nie są w stanie przewidzieć jakie wytyczne odnośnie zabezpieczeń akustycznych będzie ona zawierać, dlatego wykonawcy winni założyć ryzyko wykonania ekranów akustycznych zgodnie ze wskazaniem zamawiającego pkt. 1.1.2.1, 1.1.2.11, 1.1.2.19 tiret 3 PFU. Co do cytatu NIK, to zdaniem zamawiającego odwołujący Skanska manipuluje informacją, co wynika z pełnego artykułu NIK. Odwołujący nie potwierdził jednoznacznie, że przewidział wykonanie ekranów akustycznych w ramach zadania będącego przedmiotem zamówienia, co może spowodować, że cena na etapie realizacji okaże się niewystarczająca.

21

Przystępujący PORR złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w uzasadnieniu wskazał na konieczność składania nieogłoszonych wyczerpujących wyjaśnień – sygn. akt KIO 730/10. Zdaniem przystępującego zamawiający wykazał podstawę faktyczną i prawną, przy czym faktyczna polegała na nieudowodnieniu jednoznacznie realności ceny. Wskazał na rozkład ciężaru dowodu przy badaniu ceny rażąco niskiej oraz na powstawanie domniemania ceny rażąco niskiej na skutek wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Powołał w jego ocenie ogólnikowe argumenty odwołującego Skanska zawarte w jawnej części wyjaśnień i ocenił je jako niewystarczające. Podniósł, że jego oferta nie jest kwestionowana w odwołaniu, stąd porównania nietrafne. Przedstawił protokół konieczności z dnia 25 maja 2016r. dot. budowy ul. Wołoskiej, w którym tylko warunkowo wyłącza się realizację ekranów akustycznych. Podkreślił, że wezwania do wyjaśnień miały konkretny charakter, a odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, które miałyby doniosłość merytoryczną i znaczenie w kontekście wykazania realności ceny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, ofert odwołującego Strabag, Skanska, Porr, Balzola, wezwań do wyjaśnień skierowanych do tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2016r. i wyjaśnień udzielonych przez odwołujących Skanska i Strabag oraz wezwań skierowanych do wykonawców z dnia 9 sierpnia 2016r. i wyjaśnień udzielonych przez odwołujących Skanska i Strabag, informacji o wyniku postępowania, dowodów dołączonych do obu odwołań, dowodów dołączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołania, dowodów przedłożonych w toku rozprawy.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy oceniła, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia mają wezwania zamawiającego z dnia 1 lipca i 9 sierpnia 2016r. oraz informacja o wyniku postępowania. Pozostałe dowody nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, a to z tego względu, że w odwołaniach obu odwołujących pojawił się zarzut

nie przedstawienia przez zamawiającego podstawy faktycznej odrzucenia każdego z odwołujących z postępowania. Odwołujący Strabag powołał na stronie 4 – połowa strony, stan faktyczny wynikający z informacji o wyniku postępowania oraz stwierdził, że zamawiający nie wskazał żadnych dodatkowych informacji, argumentów odnośnie podstaw swojej decyzji. Nie wskazał, które konkretnie wyjaśnienia zadecydowały o decyzji zamawiającego, dlaczego zdaniem zamawiającego Strabag nie wykazał rynkowości ceny swojej oferty. W ocenie Izby taki stan faktyczny pozwala na subsumpcję jako zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego czynności zamawiającego odrzucenia oferty Strabag. Odwołujący Skanska wprost sformułował zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie podania

22

uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Skanska. W ocenie Izby ocena prawidłowości dokonania przez zamawiającego czynności poinformowania wykonawców o motywach decyzji zamawiającego o odrzuceniu ich ofert musi mieć pierwszeństwo przed rozpoznaniem zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy (wspólnych u obu odwołujących). Takie stanowisko wynika wprost z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt C-406/08 w sprawie Uniplex, w myśl którego w istocie cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeżeli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy nie zna podstawy odrzucenia odwołania z powodu jego przedwczesności (art. 189 ust. 2 pkt. 3 stanowi o odrzuceniu odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie), zatem odwołanie w tym zakresie musi zostać rozpatrzone z uwzględnieniem jednak skuteczności obrony, jaką w takiej sytuacji może podjąć wykonawca. Izba wzięła pod uwagę treść informacji o odrzuceniu obu odwołujących z postępowania i przytoczyła je w rysie historycznym rozstrzygnięcia. Jednocześnie wzięła pod uwagę, że odwołujący Strabag w swoim odwołaniu skarżył prawidłowość oceny przez zamawiającego co do obu złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej, co znajduje się na str. 5 - 8 odwołania odwołującego powołując dowody dotyczące wszystkich zakresów robót i branż jak choćby formularz ofertowy i kalkulacje cenowe dotyczące odcinka D, zaś odwołujący Skanska tak w części jawnej i tajnej odwołania odnosił się do wyjaśnień złożonych tak na pierwsze i drugie wezwanie, przedstawiał dowody na poparcie swoich twierdzeń dotyczące wszystkich zakresów i branż. Również przystępujący PORR nie ograniczył się w swoim stanowisku do pozycji zabezpieczenia ekologiczne, ale w np. odniesieniu do oferty Strabag podnosił nierealność i nierentowość skalkulowanej stawki roboczo-godziny, zaś w odniesieniu do Skanska kwestionował całość oferty, jako złożenie różnych ofert składanych w różnych postępowaniach. W ocenie Izby przeczy to twierdzeniu zamawiającego przedstawionemu na rozprawie, że obaj odwołujący mieli świadomość, że zamawiający jako nierealną i nierynkową oraz niegwarantującą wykonania zamówienia za skalkulowaną cenę uważa ceny ofert Strabag i Skanska w odniesieniu do pozycji

23

zabezpieczenia ekologiczne. Izba nie dała także wiary oświadczeniom zamawiającego, że odwołujący mieli świadomość jak zamawiający rozumiał pkt. 2.1. PFU i jak oczekiwał skalkulowania oferty przez wykonawców.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w wezwaniach z 1 lipca 2016r. wskazał i praktycznie dosłownie przytoczył treść art. 90 ust. 1 ustawy oraz wskazał, że wymaga wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego jak i finansowego) na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia

miały mieć na celu ocenę możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający wskazał nadto, że kalkulacja winna obejmować wszystkie elementy zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania. Wymagane było także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Zamawiający wskazał także, iż na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana przez zamawiającego ocena przedłożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zatem wezwanie nie odnosiło się do głównych elementów składających się na ofertę, zamawiający nie wskazał branż czy zakresów, które budzą jego wątpliwości. Wykonawcy w odpowiedzi na to wezwanie złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami. Jak wynika z przebiegu rozprawy, to na rozprawie odwołujący dowiedzieli się, że zamawiający pierwszych wyjaśnień nie kwestionował. Wezwanie z dnia 9 sierpnia 2016r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zobowiązał odwołujących do doprecyzowania wyjaśnień w zakresie czy wykonawca wyceniając ofertę w niniejszym postępowaniu wkalkulować zastosowanie innych niż przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej rozwiązań, w sytuacji, gdyby stały one w sprzeczności z pozyskanymi decyzjami/uzgodnieniami, o których mowa w pkt. 2.1. PFU np. wybudowanie ekranów akustycznych na całym odcinku drogi, mimo, że wykonawca zakłada ich ograniczenie w zamian za zastosowanie nawierzchni ulicy o korzystniejszych walorach akustycznych. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest:

- aktualizacja dokumentacji projektowej budowy ul. Nowolazurowej na odcinku od ul. Sterniczej do ul. Górczewskiej
- uzyskanie nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w tym opracowanie karty informacyjnej przedsięwzięcia, raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko (jeżeli będzie wymagany)
- opracowanie dokumentacji projektowej dla dowiązania projektowanych rozwiązań ul. Nowolazurowej (od granicy uzyskanego pozwolenia na budowę) do granicy rozwiązań

24

docelowych wybudowanego skrzyżowania Górczewska – Łazurowa wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej realizację robót.

Zamawiający zobowiązał do udzielenia odpowiedzi na pytanie, które ostatecznie wyznacza rozwiązanie mające zastosowanie podczas wykonywanych w ramach zamówienia robót budowlanych.

W ocenie Izby takie wezwanie nie ograniczało wbrew twierdzeniom zamawiającego na rozprawie obowiązku wyjaśnień wyłącznie co do rozwiązań w ramach zabezpieczeń ekologicznych, gdyż podkreślenia wymaga, że ten element zamawiający podał wyłącznie przykładowo, a odwołał się do całego pkt. 2.1., jak i wskazał na aktualizację dokumentacji oraz opracowania nowej dokumentacji. Zatem wezwanie nie ograniczało się do problemu ekranów akustycznych, a wskazać należy, że odwołujący Skanska załączył do części tajnej odwołania dowody na to, że zaproponował również rozwiązania zamiennie w innym zakresie niż zabezpieczenie akustyczne, tym samym, w ocenie Izby treść wezwania z dnia 9 sierpnia 2016r. nie przesądzała, że dla odwołujących było jasne, że powodem odrzucenia ich ofert, jest w ocenie zamawiającego nierentowność kalkulacji zabezpieczeń ekologicznych, a w szczególności nie skalkulowanie ryzyka wykonania zabezpieczeń akustycznych w postaci ekranów w sposób wynikający z dokumentacji projektowej z 2009r.

Biorąc to pod uwagę Izba ustaliła, że zamawiający nie przedstawił stanu faktycznego, który legł u podstaw odrzucenia ofert odwołujących, ani odwołujący nie mogli powziąć o tych podstawach wiedzy ze sformułowanych do nich wezwań. W konsekwencji Izba oceniła pozostałe złożone dowody, jako nie służące udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dopiero poznanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego motywów decyzji zamawiającego pozwala odwołującym na gwarancję obrony swoich praw w tym przez przedstawienie dowodów na odparcie stanowiska zamawiającego. Dopóki to stanowisko nie jest znane, postępowanie dowodowe jest obarczone wadą. Nadto Izba nie może na etapie postępowania odwoławczego zastępować zamawiającego w podaniu podstawy faktycznej jego decyzji o odrzuceniu oferty, gdyż w rzeczywistości takie działanie pozbawiałoby odwołujących możliwości weryfikacji czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu dwuinstancyjnym. Podkreślić należy,

że zakresem kognicji Izby objęte są z mocy art. 180 ust. 1 ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechania przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Oznacza, to że Izba w przypadku podniesienia zarzutu zaniechania przedstawienia uzasadnienia faktycznego w informacji o odrzuceniu oferty, ma obowiązek badać to czego dokonał lub zaniechał zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie może sanować zaniechań zamawiającego na podstawie wyników postępowania odwoławczego, w którym zamawiający próbował brak uzupełnić. Zakaz takiego działania wynika co najmniej z dwóch przyczyn: po pierwsze równy

25

jest krąg adresatów: czynność lub zaniechanie zamawiającego wywiera skutek w sferze wszystkich wykonawców, natomiast Izba rozstrzyga dany spór w sposób wiążący tylko dla stron i uczestników postępowania. Przyjęcie zatem, że Izba ma prawo tworzyć pewną rzeczywistość za zamawiającego prowadziłoby do potencjalnej możliwości pozbawienia środków ochrony prawnej niektórych wykonawców. W drugiej kolejności należy wskazać, że oświadczenia zamawiającego w toku postępowania odwoławczego są wynikiem przyjętej przez niego strategii procesowej i niekoniecznie muszą odzwierciedlać rzeczywistą wolę zamawiającego, stąd dokonywanie przez Izbę oceny czynności niedokonanej może prowadzić do sytuacji, w której Izba podejmie za zamawiającego decyzje, których podjąć nie chciał. Izba powyższych ustaleń dokonała biorąc również pod uwagę wypracowaną linię orzecniczą tj wyroki: z dnia 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10; z dnia 4 lipca 2012 sygn. akt 1284/12, z dnia 18 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1159/12), z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10), z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Opozycje nie były formułowane.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia któregośkolwiek z odwołań w myśl art. 189 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu zamówienia, oraz, że mogą ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy są w obu odwołaniach wspólne i zostaną rozpoznane łącznie.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Izba na podstawie ustalonego stanu faktycznego uznała za zasadny. Przepis art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wobec ustalenia przez Izbę, że w informacji o wyniku postępowania zamawiający nie podał podstawy faktycznej, która pozwalałaby wykonawcom na poznanie motywów odrzucenia ich ofert, tj., że zaoferowali w ocenie zamawiającego rażąco niską ceną za wykonanie zabezpieczenia ekologicznego i nie wkalkulowali ryzyka montażu ekranów akustycznych zgodnie z projektem z 2009r., to należało uznać, że zamawiający nie wypełnił

26

ciążącego na nim obowiązku podania uzasadnienia faktycznego swojej decyzji. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny pozwala na subsumpcję pod normę art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy i stwierdzenie, że zamawiający tej normy zaniechał zastosować. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyslać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do wyeliminowania wadą. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych czynności

(tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

Obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych w postępowaniu czynnościach określony w art. 92 ust. 1 ustawy stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte czynności odrzucenia ofert - pozbawił odwołujących możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego i adekwatnego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności odrzucenia ofert odwołujących, może mieć istotny wpływ na jego wynik w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy, stanowiącego, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie byli bowiem w stanie sformułować w złożonym odwołaniu - wyczerpujących zarzutów kwestionujących prawidłowość odrzucenia ich ofert działając nie jako po omacku - z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy.

Brak wystarczającego uzasadnienia kwestionowanych czynności przesądził o uwzględnieniu odwołania - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych - dotyczących oceny podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

27

Przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp upoważnia Izbę jedynie do nakazania unieważnienia czynności i do nakazania wykonania, powtórzenia czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu. Skoro zamawiający zaniechał rzetelnego, wszechstronnego i wyczerpującego podania uzasadnienia skarżonej decyzji - w przebiegu postępowania przetargowego - na co wskazuje treść przedstawionego uzasadnienia przesłana wykonawcom w zakresie odrzucenia ich ofert - nie miał podstaw oczekiwać, iż to Izba w toku postępowania odwoławczego ustali przesłanki upoważniające go zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Izba w tej sprawie, *a priori* nie mogła zająć stanowiska, że zachodzą podstawy do odrzucenia ofert odwołujących Strabag i Skanska, ani tego niniejszym wyrokiem nie przesądza. Wyrok ma ten skutek, że zamawiający jest zobowiązany powtórzyć swoje działania, od powzięcia czynności o unieważnieniu postępowania. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy. W tym zakresie w całości Izba popiera i uznaje za własny wywód prawny poczyniony w wyroku Izby z dnia 6 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1114/16.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2, 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego i nakazując zamawiającemu zwrot kosztów uiszczonych wpisów obu odwołującym oraz zwrot kosztów zastępstwa prawnego odwołującemu Strabag, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

28