URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Departament Odwołań

Warszawa 30.12.2015 r.

UZP/DO/DN/Przy/ 27706 /15
Dot. KIO 2631/15, KIO 2636/15

Szanowna Pani
Anita Elżanowska
Reprezentująca
Konsorcjum Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A.
Ul. Postępu 18
02-676 Warszawa

Szanowna Pani Mecenas

Urząd Zamówień Publicznych przesyła w załączeniu odpis orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2631/15, KIO 2636/15).

Z poważaniem

W załączeniu:
1. odpis orzeczenia KIO sygn. akt: KIO 2631/15, KIO 2636/15

02-676 Warszawa, ul. Postępu 17a; tel. (0-22) 458 78 01, fax (0-22) 458 78 03

Sygn. akt: KIO 2631/15
KIO 2636/15

Odpis wyroku

WYROK

z dnia 18 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**
Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 3 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (sygn. akt KIO 2631/15)**

B. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt KIO 2636/15)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków - granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej - granica woj. podlaskiego od km533+145,50 do km 562+542,07, o długości ok. 9,40 km"* (nr postępowania O/BI.D-3.241.1D.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców:

A. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Contrucciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Contrucciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** (sygn. akt KIO 2631/15)

– po stronie odwołującego

B. **Polaqua sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2631/15, KIO 2636/15)

C. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (sygn. akt KIO 2636/15)

D. **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Contrucciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Contrucciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** (sygn. akt KIO 2636/15)

– po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołujących** – w sprawie o sygn. akt KIO 2631/15 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, a w sprawie o sygn. akt KIO 2636/15 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt 2631/15 kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 2636/15 od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** na rzecz **zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych**

i Autostrad – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku kwotę **2767 zł 50 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt 2636/15 kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

2.4. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 2636/15 od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi** na rzecz **zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** kwotę **2767 zł 50 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Paweł Trojan

Na oryginale w aktach pozwu.
Za zgodność

Sygn. akt: KIO 2631/15
KIO 2636/15

Uzasadnienie

{KIO 2631/15, KIO 2636/15}

Zamawiający: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku {dalej również: „GDDKiA"} prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków – granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej – granica woj. podlaskiego od km533+145,50 do km 562+542,07, o długości ok. 9,40 km* (nr postępowania O.BI.D-3.241.1D.2015)

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 lutego 2015 r. pod nr 2015/S_024-039167, z tym że 30 stycznia 2015 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.gddkia.gov.pl). Zamawiający przekazywał wykonawcom dopuszczonym do udziału w przetargu specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z.}, a także zmiany i wyjaśnienia jej treści.

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

23 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: Polaqua sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Polaqua"}, a także o ofertach sklasyfikowanych na kolejnych miejscach w rankingu ofert, w tym: na drugim miejscu – Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku {dalej również: „Konsorcjum Trakcja"}, na trzecim miejscu – Aldesa Contrucciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Contrucciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii {dalej również: „Konsorcjum Aldesa"}, na czwartym miejscu – Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Konsorcjum Mosty"}.

{KIO 2631/15}

3 grudnia 2015 r. Odwołujący: Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania), „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Polaqua.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez bezpodstawne uznanie, że złożenie przez Polaqua oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i zaniechanie odrzucenia tej oferty.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Polaqua odpowiada treści specyfikacji i zaniechanie odrzucenia tej oferty.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 – przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Polaqua jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Polaqua.
3. Powtórnego dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Odwołujący wywiódł, że analizując łącznie przepisy art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {których brzmienie zostało uprzednio przytoczone w odwołaniu} trzeba dojść do wniosku, że każde działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jest czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę prawną do określenia czynu nieuczciwej konkurencji {w odwołaniu powołano się na to, że tak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 22 października 2007 r. (sygn. akt III CKN 271/01), a w taki sam sposób wypowiedziała się Krajowa Izba odwoławcza w wyrokach wydanych: 20 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2819/11), 26 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1225/12, 1229/12) czy 22 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2046/14).

Odwołujący zarzucił, że Polaqua złożyła ofertę, dzięki której uzyska nieuprawnioną bezwarunkową zaliczkę w kwocie co najmniej 24.765.934,68 zł na skredytowanie robót w ramach przedmiotowego zamówienia, gdyż drastycznie zawyżyła ceny jednostkowe dla wielu pozycji kosztorysowych obejmujących czynności wykonywane w początkowej fazie realizacji zamówienia.

Odwołujący sprecyzował, że zarzucane zawyżenie dotyczy w szczególności następujących pozycji:

Kosztorys ofertowy nr 1 – Wymagania ogólne:

– poz. nr 1 – Koszt dostosowania się do wymagań warunków kontraktu i wymagań ogólnych zawartych w STWIORB DM 00.00.00 – zryczałtowana cena jednostkowa Polaqua {dalej w skrócie: „cena Polaqua"} wynosi 24.952.880,00 zł, średnia cena wyliczona z wszystkich pozostałych ofert dla tej pozycji {dalej w skrócie: „średnia cena"} wynosi 7.011.926,36 zł, cena jednostkowa Polaqua jest zawyżona 3,56-krotnie {dalej w skrócie: „zawyżenie"}, różnica wynosi 17.940.953,64 zł, co stanowi wartość zawyżenia dla tej pozycji {dalej w skrócie: „wartość zawyżenia};

– poz. nr 6 – Koszt inwentaryzacji i oceny stanu technicznego budynków narażonych na oddziaływanie robót oraz naprawę wyrządzonych szkód – cena Polaqua wynosi - 368.865,36 zł, średnia cena wynosi 113.019,52 zł, 3,26-krotne zawyżenie, wartość zawyżenia wynosi 255.845,84 zł;

– poz. nr 13 – Wykonanie, dostarczenie i zainstalowanie tablic informacyjnych (12 szt.) – cena Polaqua za 1 szt. wynosi 33.800,00 zł, średnia cena za 1 szt. wynosi 2.956,06 zł,11,43-krotne zawyżenie, wartość zawyżenia wynosi 370.127,28 zł (12 x 30.834,94 zł); Odwołujący dodał, że poz. dotyczy zwykłych tablic informacyjnych o prowadzeniu robót budowlanych, podobnych jak ustawione na wszystkich innych budowach, może trochę większych dla zwiększenia czytelności.

Kosztorys ofertowy nr 2 – Roboty drogowe:

– poz. nr 3 – Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych przy liniowych robotach ziemnych (drogi) w terenie równinnym (trasa drogi serwisowej) – na długości 17,67 km – cena jednostkowa Polaqua wynosi 93.600,00 zł za km, średnia cena wynosi 24.537,07 zł za km netto, zawyżenie 3,81-krotne, wartość zawyżenia wynosi 1.220.341,97 zł (17,67 x 69.062,93 zł);

– poz. nr 4 – Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych przy liniowych robotach ziemnych (drogi) w terenie równinnym (trasa łącznice) – na długości 4,15 km, – cena Polaqua wynosi 93.600,00 zł za km, średnia cena wynosi 36.926,92 zł za km, zawyżenie 2,53-krotne; wartość zawyżenia wynosi 235.193,28 zł (4,15 x 56.637,08 zł);

– poz. nr 18 – Rozebranie wysp z elementów gumowych – na powierzchni 57 m^2 – cena Polaqua wynosi 832,00 zł za m^2, średnia cena wynosi 13,72 zł za m^2, zawyżenie 60,64-krotne, wartość zawyżenia wynosi 46.641,96 zł (57 x 818,28 zł);
– poz. nr 96 – Frezowanie bitumicznych warstw istniejącej nawierzchni na grubości od 4 cm do 7 cm – na powierzchni 399 m^2 – cena Polaqua wynosi 104,00 zł za m^2; średnia cena wynosi 14,27 zł za m^2; zawyżenie 7,28-krotne; wartość zawyżenia 35.802,27 zł (57x89,73 zł).

Odwołujący podsumował, że łącznie wartość zawyżenia w prezentowanych pozycjach wynosi 20.134.906,24 zł netto, co po dodaniu kwoty podatku VAT wg stawki 23% daje podaną na wstępie kwotę.

Odwołujący zastrzegł, że w odwołaniu zaprezentował wyłącznie pozycje o drastycznie zawyżonych wartościach, natomiast w ofercie Polaqua znajdują się także ceny jednostkowe zawyżone w stosunku do średniej z pozostałych ofert od 30% do 150% {do odwołania załączono dodatkowo tabelaryczne zestawienie zawyżonych cen jednostkowych z średnimi cenami z wszystkich pozostałych ofert dla poszczególnych pozycji kosztorysowych}.

Odwołujący zauważył, że co prawda Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zaliczki na realizację prac w wysokości od 5% do 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, płatnej w jednej racie po przedłożeniu dokumentów określonych w Subklauzuli 14.2 [Płatność zaliczkowa] (wniosek o płatność zaliczkową oraz zabezpieczenie dla udzielanej zaliczki w formie określonej w art. 148 ust. 1 i 2 pzp), co oznacza, że przy cenie oferty wynoszącej 248.894.162,03 zł, Polaqua może w ramach umownej zaliczki otrzymać kwotę 24.889.416,20 zł. Odwołujący zarzucił, że w związku z opisaną powyżej alokacją kosztów, Polaqua zapewniła sobie, oprócz możliwości uzyskania takiej zaliczki, dodatkową zaliczkę niemal w tej samej wysokości, bez ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów na jej zabezpieczenie.

Odwołujący zarzucił, że opisane powyżej działanie Polaqua jest naganne, narusza dobre obyczaje oraz interesy innych wykonawców, którzy nie uzyskają tej dodatkowej zaliczki, gdyż rzetelnie wycenili poszczególne zakresy prac, i podjęte zostało w celu poprawienia własnej sytuacji przy realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powyższe działanie narusza również interes innych przedsiębiorców, którzy nie złożyli ofert, choć zostali zaproszeni do tego przez Zamawiającego.

Odwołujący zrelacjonował, że w tym postępowaniu prowadzonym trybie przetargu ograniczonego wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 24 wykonawców, do dalszego etapu (składania ofert) zostało zakwalifikowanych 20 z nich, a oferty złożyło tylko 8 wykonawców.

Zdaniem Odwołującego powodem zrezygnowania przez 12 przedsiębiorców ze złożenia ofert mogły być postawione w SIWZ trudne warunki realizacji zamówienia, w szczególności możliwość uzyskania stosunkowo niewysokiej zaliczki, bo w wysokości 10% wynagrodzenia, obarczonej dodatkowo kosztownym zabezpieczeniem Według Odwołującego wykonawcy oczekiwali, że Zamawiający udzieli zaliczki w wysokości powyżej 20% wysokości wynagrodzenia, ewentualnie, że przy niższej zaliczce albo w przypadku nie będzie żądał zabezpieczenia, na co pozwala mu art. 151a ust. 5 i 6 pzp. Przepisy te stanowią, że jedynie gdy zaliczka przekracza wartość 20% wynagrodzenia, to obowiązkowo musi być przez wykonawcę zabezpieczona. Odwołujący dodał, że: *zamówienie jest drogie i bez kredytu nie sposób je wykonać, a nie wszystkich stać na koszty kredytu.* Ponadto wysokość kwoty zaliczki zabezpieczonej gwarancją bankową lub ubezpieczeniową zalicza się do poziomu zadłużenia firmy i ogranicza lub uniemożliwia pozyskanie kredytu bankowego na realizację tego czy innego zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że aby wygrać przetarg Polaqua nie mogła poprzestać na zawyżeniu pozycji kosztorysowych dla czynności podejmowanych na początku realizacji zamówienia, stąd dla zapewnienia atrakcyjności ceny całej ofert, przez drastyczne zaniżenie cen jednostkowych pozycji kosztorysowych obejmujących swoim zakresem czynności podejmowane w późniejszej fazie realizacji zamówienia, zaniżyła wartości tych pozycji. Odwołujący wyliczył, że łączna wartość zaniżenia kosztów wykonania niektórych robót wynosi 35.421.004,74 zł.

Odwołujący domniemywa, że zamiarem Polaqua było zapewnienie sobie w takiej właśnie wysokości nieuprawnionej zaliczki, gdyż wydaje się, że brakującą kwotę zawyżenia w wysokości 10.665.070,06 zł uzbierałoby się, gdyby skrzętnie zliczyć wszystkie występujące w ofercie Polaqua zawyżenia cen jednostkowych, także te mniej wyraziste, czego jednak w odwołaniu nie sposób dokonać.

Odwołujący zastrzegł, że na czyn nieuczciwej konkurencji składają się łącznie działania Polaqua zarówno w sferze zawyżania cen w niektórych pozycjach kosztorysowych, jak i zaniżania w innych pozycjach. Ponieważ zaniżenie cen jednostkowych do nierealnego poziomu oznacza również, że treść oferty Polaqua nie odpowiada treści SIWZ, okoliczności te zostały uszczegółowione w części uzasadnienia dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący podsumował, że konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, winna cechować się uczciwymi praktykami i zwyczajami po stronie przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne. Natomiast Polaqua przez złożenie oferty o treści naruszającej interesy innych wykonawców, poprawiła w sposób nieuprawniony swoją

pozycję względem tych wykonawców, zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w innych przyszłych postępowaniach o zamówienia publiczne i nie tylko, gdyż nie biorąc kredytu na wykonanie przedmiotowego zamówienia i w ten sposób nie pogarszając swojej zdolności kredytowej, może pozyskiwać i realizować inne zamówienia. Postąpiła więc nieuczciwie względem innych przedsiębiorców, a taka praktyka musi być piętnowana.

{ad pkt 2 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Odwołujący zarzucił, że drastyczne zaniżenie cen występuje w szczególności w kosztorysach dotyczących wykonania obiektów mostowych, przez co doszło do obniżenie cen za wykonanie:

– wiaduktu WS-26 (kosztorys nr 8) – o 9.500.448,99 zł w stosunku do średniej ceny wyliczonej z wszystkich pozostałych ofert {dalej w skrócie: „średnia cena"} wynoszącej 21.168.784,76 zł, przy cenie Polaqua wynoszącej 11.668.335,77 zł;

– przejścia dla zwierząt WD-27 (kosztorys nr 9) – o 5.772.111,17 zł w stosunku do średniej ceny wynoszącej 10.437.754,01 zł, przy cenie Polaqua wynoszącej 4.665.642,84 zł;

– przejścia dla zwierząt WD-27a (kosztorys nr 10) – o 1.959.730,91 zł w stosunku do średniej ceny 3.067.636,94 zł wyliczonej z wszystkich pozostałych ofert. Cena Polaqua wynosi 1.107,906,03 zł netto;

– przejścia dla zwierząt WD-29 (kosztorys nr 12) – o 6.697.221,22 zł w stosunku do średniej ceny wynoszącej 12.081.987,12 zł, przy cenie Polaqua wynoszącej 5.384.165,90 zł;

– przejścia dla zwierząt WD-29a (kosztorys nr 13) – o 2.361.175,73 zł w stosunku do średniej ceny wynoszącej 3.714.384,83 zł, przy cenie Polaqua wynoszącej 1.353,209,10 zł netto;

– przejścia dla zwierząt WD-29b (kosztorys nr 14) – o 2.329.546,28 zł w stosunku do średniej ceny wynoszącej 3.701.054,16 zł, przy cenie Polaqua wynoszącej 1.371.507,88 zł netto.

Następnie Odwołujący zaprezentował rozkład skrajnie zaniżonych cen w poszczególnych pozycjach kosztorysów.

Kosztorys nr 2 – Roboty drogowe:

– poz. nr 51 – Wykonanie umocnienia skarp nasypów i wykopów gwoździami gruntowymi o nośności 150 kN, gwoździe gruntowe długości średniej L=7,5 m 2232 sztuki, płyty oporowe betonowe 0,5x0,5x0,3 2232 sztuki, beton C 25/30 335 m^3, stal zbrojeniowa AIIIN 44640 kg – długość 16.740 m – cena jednostkowa Polaqua {dalej w skrócie: „cena Polaqua"} wynosi 28,08 zł za m; średnia cena jednostkowa wyliczona z wszystkich pozostałych ofert dla tej pozycji {dalej w skrócie: „średnia cena"} wynosi 79,96 zł za m netto, Cena jednostkowa

Polaqua została zaniżona 2,84-krotnie {dalej w skrócie: „zawyżenie"}, Wartość zaniżenia wynosi 868.471,20 zł (16.740 x 51,88 zł).

– poz. nr 52 – Wykonanie umocnienia skarp nasypów i wykopów gwoździami gruntowymi o nośności 150 kN, gwoździe grutnowe długości średniej L=7,5 m 2008 sztuk, płyty oporowe betonowe 0,5x0,5x0,3 2008 sztuk, beton C 25/30 302 m^3, stal zbrojeniowa AIIIN 4160 kg – długość 15.060 m – cena Polaqua wynosi 31.72 zł za m, średnia cena wynosi 90,86 zł za m, zaniżenie 2,86-krotne, wartość zaniżenia wynosi 890.648,40 zł (15.060 x 59,14 zł);

– poz. nr 109 – Zabezpieczenie antykorozyjne rowów i skarp drogi ekspresowej – polietylenowa siatka przestrzenna gr. 2 cm – powierzchnia 124.213,88 m^2 – cena Polaqua wynosi 1,33 za m^2, średnia wynosi 6,82 zł za m^2, zaniżenie 5,12-krotnie, wartość zaniżenia wynosi 681.934,20 zł (124.213,88 x 5,49 zł);

– poz. nr 110 – Polietylenowa siatka antyerozyjna – siatka przestrzenna gr. 2 cm – powierzchnia 19.332,00 m^2, cena Polaqua wynosi 1,33 za m^2, średnia cena wynosi 6,36 zł za m^2; zaniżenie 4,78-krotne, wartość zaniżenia wynosi 73.074,96 zł (19.332,00 x 3,78 zł);

– poz. nr 154 – Płotki naprowadzające pełne z laminatu – Typ B – długość 1.143,00 m – cena Polaqua wynosi 26,00 za m, średnia cena wynosi 133,52 zł za m, zaniżenie 5,13-krotne; wartość zaniżenia wynosi 122.895,36 zł (1.143,00 x 107,52 zł).

Kosztorys ofertowy nr 8 – Wiadukt WS-26:

– poz. nr 22 – Konstrukcja stalowa ustroju niosącego ze stali S355M – waga 643 Mg – cena Polaqua wynosi 520 zł za Mg; średnia cena wynosi 7.302,88 zł za Mg, zaniżenie 14,04-krotne, wartość zaniżenia wynosi 4.361.391,84 zł (643 x 6.782,88 zł);

– poz. nr 23 – Konstrukcja stalowa ustroju niosącego ze stali S355M J2-J-N – waga 424 Mg – cena Polaqua wynosi 520 zł za Mg netto, średnia cena wynosi 7.159,67 zł za Mg, zaniżenie 13,77-krotne, wartość zaniżenia wynosi 2.815.220,08 zł (424 x 6.639,67 zł); Odwołujący dodał, że w kosztorysie nr 17 dla identycznej poz. nr 18 cena jednostkowa Polaqua wynosi 8.112,00 zł netto za Mg;

– pozycja nr 24 - Konstrukcja stalowa ustroju niosącego ze stali S355 ML – waga 25 Mg – cena Polaqua wynosi 520 zł za Mg, średnia cena wynosi 7.530,70 zł za Mg, zaniżenie 14,48-krotne, wartość zaniżenia wynosi 175.267,50 zł (25 x 7.010,70 zł);

– poz. nr 26 – Zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych powłokami malarskimi – powierzchnia 10.486 m^2 – cena Polaqua wynosi 1,04 zł za m^2, średnia cena wynosi 75,45 zł za m^2 netto, zaniżenie 72,55-krotne, wartość zaniżenia wynosi 780.263,26 zł (10.486 x 74,41 zł); Odwołujący dodał, że w kosztorysie o nr 17 dla identycznej pozycji nr 20 cena jednostkowa Polaqua wynosi 67,40 zł netto za m^2;

– poz. nr 27 – Zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych przez metalizację –

powierzchnia 10.486 m^2 – cena Polaqua wynosi 1,04 zł za m^2, średnia cena wynosi 78,82 zł za m^2, zaniżenie 75,79- krotne, wartość zaniżenia wynosi 815.601,08 zł (10.486 x 77.78 zł); Odwołujący dodał, że w kosztorysie nr 17 dla identycznej poz. cena jednostkowa Polaqua wynosi 85,28 zł netto za m^2.

Kosztorys ofertowy nr 9 - Przejście górne dla zwierząt dużych WD-27

– poz. nr 9 – Zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN – waga 708.288 kg – cena Polaqua wynosi 0,27 zł za kg, średnia cena wynosi 2,42 zł za kg, zaniżenie 8,96-krotne, wartość zaniżenia wynosi 1.522.819,20 zł (708.288 x 2,15 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 7, K11 – 6, K15 – 7, K16 – 8, K17– 6, K18 –6, K19 - K 24 – 6) cena jednostkowa Polaqua wynosi 2,72 zł za m ^{2};

– poz. nr 11 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 460 m^3 –cena Polaqua wynosi 58,86 zł za m^3, średnia cena wynosi 505,87 zł za m^3, zaniżenie 8,59-krotnie, wartość zaniżenia wynosi 205.624,60 zł (460 x 447,01 zł);

– poz. nr 12 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 3.571 m^3 – cena Polaqua wynosi 90,06 zł za m^3 netto, średnia cena wynosi 869,25 zł za m^3, zaniżenie – 9,65-krotne, wartość zaniżenia wynosi 2.782.487,49 zł (3.571 x 779,19 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 13, K16 –14) cena jednostkowa Polaqua wynosi 900,64 zł netto za m^3;

– poz. nr 13 – Beton klasy C30/37 (B35) – objętość 90 m^3 – cena jednostkowa Polaqua wynosi 89,44 zł za m^3 netto, średnia cena wynosi 796,42 zł za m^3 netto, zaniżenie 8,90-krotne, wartość zaniżenia wynosi 63.628,20 zł (90 x 706,98 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 14, K11 – 11, K16 –15) cena jednostkowa Polaqua wynosi 894,40 zł netto za m^3.

Kosztorys ofertowy nr 10 – Przejście górne dla zwierząt dużych WD-27a:

– poz. nr 7 – Zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN – waga 259.092 kg – cena Polaqua wynosi 0,27 zł za kg; średnia cena wynosi 2,42 zł za kg, zaniżenie 8,96-krotne, wartość zaniżenia wynosi 557.047,80 zł (259.092 x 2,15 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 7, K 11 – p.6, K15 – 7, K16 – 8, K17 - K22 – 6, K23 - K24 – 7) cena jednostkowa Polaqua wynosi 2,72 zł netto za m^2;

– poz. nr 8 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 203 m^3 – cena Polaqua wynosi 58,86 zł za m^3, średnia cena wynosi 505,87 zł za m^3, zaniżenie 8,59-krotne, wartość zaniżenia wynosi 90.743,03 zł (203 x 447,01 zł);

– poz. nr 9 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 1.715 m^3, cena Polaqua wynosi 90,06 zł za m^3, średnia cena wynosi 871,35 zł za m^3, zaniżenie 9,68-krotne, wartość zaniżenia wynosi 1.339.912,35 zł (1.715 x 781,29 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach

dla identycznej poz. (K8 – 13, K16 – 14) cena jednostkowa Polaqua wynosi 900,64 zł netto za m^3;

– poz. nr 10 – Beton klasy C30/37 (B35) – objętość 60 m^3 – cena Polaqua wynosi 89,44 zł za m^3, średnia cena wynosi 772,61 zł za m^3, zaniżenie 8,64-krotne, wartość zaniżenia wynosi 40.990,20 zł (60 x 683,17 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 –14, K11 – 11, K16 – 15) cena jednostkowa Polaqua wynosi 894,40 zł netto za m^3.

Kosztorys ofertowy nr 12 – Przejście górne dla zwierząt dużych WD-29:

– poz. nr 10 – Zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN – waga 867.363 kg – cena Polaqua wynosi 0,27 zł za kg, średnia cena wynosi 2,42 zł za kg, zaniżenie 8,96-krotne, wartość zaniżenia wynosi 1.864.830,45 zł (867.363 x 2,15 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 –7, K11 – 6, K15 – 7, K16 –8, k17 - K22 – 6, K23 - 24) cena jednostkowa Polaqua wynosi 2,72 zł netto za m^2.

– poz. nr 12 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 581 m^3 – cena jednostkowa Polaqua wynosi 58,86 zł za m^3, średnia cena wynosi 505,87 zł za m^3, zaniżenie 8,59 krotne, wartość zaniżenia wynosi 259.712,81 zł (581 x 447,01 zł);

– poz. nr 13 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 4.500 m^3, cena jednostkowa Polaqua wynosi 84,86 zł za m^3 netto, średnia cena wyliczona z wszystkich pozostałych ofert dla tej pozycji wynosi 867,23 zł za m^3, zaniżenie 10,22-krotne, wartość zaniżenia wynosi 3.520.665,00 zł (4.500 x 742,59 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 –13, K16 – 14) cena jednostkowa Polaqua wynosi 900,64 zł netto za m^3.

– poz. nr 14 – Beton klasy C30/37 (B35) – objętość 79 m^3– cena Polaqua wynosi 8,94 zł za m^3, średnia cena wynosi 781,55 zł za m^3, zaniżenie 87,42-krotne, wartość zaniżenia wynosi 61.036,19 zł (79 x 772,61 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8- 14, K11 – 11, K16 –15) cena jednostkowa Polaqua wynosi 894,40 zł netto za m^3.

Kosztorys ofertowy nr 13 – Przejście górne dla zwierząt dużych WD-29a:

– poz. nr 7 – Zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN – waga 321.903 kg – cena Polaqua wynosi 0,27 zł za kg netto, średnia cena wynosi 2,42 zł za kg, zaniżenie 8,96-krotne, wartość zaniżenia wynosi 692.091,45 zł (321.903 x 2,15 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 7, k11 – 6, K15 –7, K16 –8, K17 - 22 – 6, K23 –7, K24 –7) cena jednostkowa Polaqua wynosi 2,72 zł netto za m^2.

– poz. nr 8 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 256 m^3, cena Polaqua wynosi 58,86 zł za m^3 netto, średnia cena wynosi 495,09 zł za m^3, zaniżenie 8,26-krotne, wartość zaniżenia wynosi 111.674,88 zł (256 x 436,23 zł);

– poz. nr 9 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 2,036 m^3 – cena Polaqua wynosi 84,86 zł za m^3, średnia cena wynosi 870,21 zł za m^3 netto, zaniżenie 10,25-krotne, wartość zaniżenia wynosi 1.598.972,60 zł (2.036 x 785,35 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 –13, K16 – 14) cena jednostkowa Polaqua wynosi 900,64 zł netto za m^3;

– poz. nr 10 – Beton klasy C30/37 (B35) – objętość 86 m^3 – cena Polaqua wynosi 89,44 zł za m^3, średnia cena wynosi 772,57 zł za m^3 netto, zaniżenie 8,64-krotne, wartość zaniżenia wynosi 58.749,18 zł (86 x 683,13 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 –14, K11 – 11, K16 – 15) cena jednostkowa Polaqua wynosi 894,40 zł netto za m^3.

Kosztorys ofertowy nr 14 – Przejście górne dla zwierząt dużych WD-29b

– poz. nr 7 – Zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN – waga 320.415 kg – cena jednostkowa Polaqua wynosi 0,27 zł za kg, średnia cena wynosi 2,42 zł za kg, zaniżenie – 8,96 krotne, wartość zaniżenia wynosi 688.982,25 zł (320.415 x 2,15 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 7, K11 – 6, k15 – 7, K16 – 8, K17 - K22 – 6, K23 - K24 – 7) cena jednostkowa Polaqua wynosi 2,72 zł netto za m^3;

– poz. nr 8 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 256 m^3 – cena Polaqua wynosi 58,86 zł za m^3, średnia cena wynosi 495,14 zł za m^3, zaniżenie 8,41-krotne, wartość zaniżenia wynosi 111.687,68 zł (256 x 436,28 zł);

– poz. nr 9 – Beton klasy C35/45 (B45) – objętość 2.036 m^3 – cena Polaqua wynosi 90,06 zł za m^3, średnia wynosi 871,00 zł za m^3, zaniżenie 9,67-krotne, wartość zaniżenia wynosi 1.589.993,84 zł (2.036 x 780,94 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 13, K16 – 14) cena jednostkowa Polaqua wynosi 900,64 zł netto za m^3;

– poz. nr 10 – Beton klasy C30/37 (B35) – objętość 75 m^3, cena jednostkowa Polaqua wynosi 89,44 zł za m^3, średnia cena wynosi 772,61 zł za m^3, różnica wynosi 683,17 zł, wartość zaniżenia wynosi 51.237,75 zł (75 x 696,09 zł); Odwołujący dodał, że w innych kosztorysach dla identycznej poz. (K8 – 14, K11 –11, K16 – 15) cena jednostkowa Polaqua wynosi 894,40 zł netto za m^3.

Odwołujący podsumował, że łączna wartość zaniżenia wynikająca ze wskazanych wyżej pozycji kosztorysowych dla robót drogowych i obiektów mostowych wyniosła 28.797.564,83 zł, co po dodaniu kwoty podatku VAT wg stawki 23% daje wartość zaniżenia wynoszącą 35.421.004,74 zł {dodatkowo tabelaryczne zestawienie prezentowanych wyżej zaniżonych cen jednostkowych zostało załączone do odwołania}.

Odwołujący przytoczył, że zgodnie z pkt 1.2 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych TOM IV – Wymagania ogólne *Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych stosowane są jako dokument przetargowy i kontraktowy przy zlecaniu i realizacji robót, które zostaną wykonane w ramach Kontraktu wymienionego w niniejszej STWiORB DM.00.00.00 „Wymagania ogólne" pkt 1.1.* Odwołujący stwierdził, że postanowienie to jednoznacznie przesądza, że STWiORB jest dokumentem przetargowym koniecznym do stosowania przez wykonawców podczas przygotowywania oferty przetargowej.

W STWiORB w rozdziale 9 – Podstawa płatności Zamawiający zawarł informacje na temat podstawy płatności, jaką jest cena jednostkowa. Zgodnie z tym postanowieniem STWiORB: *Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu. Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w ST i w dokumentacji projektowej.*

Zdaniem Odwołującego czytając powyższe wymagania stawiane przez Zamawiającego cenom ryczałtowym i cenom jednostkowym pozycji kosztorysowych, nie sposób nie poddać poważnej refleksji wysokość i jakość ustalenia cen jednostkowych w prezentowanych powyżej pozycjach kosztorysowych.

Odwołujący zarzucił, że cena jednostkowa konstrukcji stalowej ustroju niosącego ze stali S355M w wysokości 520 zł za Mg, czyli 0,52 zł za kg, nie obejmuje składników ceny jednostkowej wskazanych w pkt 9.2 specyfikacji technicznej M.14.01.03 Konstrukcja stalowa ustroju niosącego ze stali S355 – TOM IV Roboty mostowe, gdyż zgodnie z tym: postanowieniem *Podstawą płatności jest cena jednostkowa, która obejmuje: a) w zakresie wytwarzania konstrukcji: – dostarczenie wszystkich czynników produkcji i wykonanie konstrukcji; –wykonanie próbnego montażu; – sporządzenie wszystkich wymaganych dokumentów i oznakowań elementów; – wykonanie wszystkich wymaganych badań i pomiarów; – dostarczenie konstrukcji na miejsce montażu wraz z kompletem łączników; – usunięcie uszkodzeń powstałych w transporcie. b) w zakresie montażu konstrukcji na budowie: – odebranie konstrukcji od Wytwórcy; – dostarczenie pozostałych czynników niezbędnych montażu oraz montaż konstrukcji; – wykonanie wszystkich urządzeń pomocniczych (m.in. podpór montażowych, rusztowań, podestów roboczych) wraz z projektami roboczymi; – sporządzenie wszystkich wymaganych dokumentów i oznakowań elementów; – wykonanie wszystkich wymaganych badań; – wykonanie, rozbiórkę i usunięcie*

poza pas drogowy rusztowań i koniecznych urządzeń pomocniczych; –zapewnienie bezpieczeństwa osób, które mogą znaleźć się w obszarze prac montażowych; – usunięcie ewentualnych uszkodzeń zabezpieczenia antykorozyjnego. Cena jednostkowa obejmuje również: – koszty uzyskania atestów; – koszty związane z odbiorem materiałów; – koszt sporządzenia rysunków roboczych, programu wytwarzania konstrukcji w wytworni, technologii spawania, programu montażu na miejscu scalania, projektu organizacji robot oraz harmonogramu robot. Odwołujący dodał, że wykonanie 1 kg konstrukcji stalowej ze stali wysokiej jakości nie może kosztować 0,52 zł, gdyż wyższa jest nawet cena złomu stalowego dobrej jakości.

Odwołujący zarzucił, że podobnie jest z konstrukcją stalową ustroju niosącego ze stali S355M J2+N i konstrukcją stalową ustroju niosącego ze stali S355ML, gdzie również Polaqua przypisała ceny jednostkowe w wysokości 520 zł za Mg, czyli po 0,52 zł za kg, a dla tych pozycji robót zastosowanie ma to samo postanowienie wyżej cytowanej specyfikacji.

Odwołujący zarzucił, że zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych powłokami malarskimi i zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowej przez metalizację w cenach po 1,04 zł za m^2 jest niepoważnym potraktowaniem niezwykle poważnego zamówienia, gdyż przygotowanie stali do malowania i metalizacji oraz samo malowanie i metalizacja są niezwykle kosztownymi czynnościami. Odwołujący postawił retoryczne pytania, gdzie w tej cenie jest cena materiałów, wartość pracy sprzętu, kosztów pośrednich, zysk kalkulacyjny i ryzyko.

Odwołujący podniósł również, że w kosztorysie nr 17 Polaqua dla zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowych powłokami malarskimi przypisała cenę jednostkową 67,60 zł za m^2, a dla zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej przez metalizację przypisała cenę jednostkową 85,28 zł za m^2. W rezultacie dla takich samych pozycji kosztorysowych przypisano skrajnie rozbieżne ceny jednostkowe.

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z pkt 9.2 specyfikacji technicznej M.13.07.01 – Zabezpieczenie konstrukcji betonowych powłokami malarskimi elastycznymi o grubości >1 mm – TOM IV Roboty mostowe, cena jednostkowa obejmuje: – *sporządzenie Programu Zapewnienia Jakości wg pkt 5.2 wraz z uzyskaniem akceptacji Inżyniera, – zakup, dostawę i magazynowanie materiałów, konstrukcji lub wyrobów potrzebnych do wykonania robót, – wykonanie, rozbiórkę i odwóz rusztowań, pomostów roboczych, użycie urządzeń pomocniczych niezbędnych do wykonania lub zabezpieczenia robot prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym lub kolejowym, – przygotowanie podłoża, – wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonu powłoką akrylową, – zabezpieczenie terenu przed zanieczyszczeniem środowiska, – wykonanie wymaganych badań, –*

uporządkowanie miejsca pracy wraz z odwozem i utylizacją zbędnych materiałów, odpadów i śmieci.

Odwołujący zarzucił, że cena jednostkowa 1,04 zł za m^2 nie zawiera ww. składników. Zawiera może koszt uporządkowania miejsca pracy wraz z odwozem i utylizacją materiałów, odpadów i śmieci, a może nie zawiera nawet tych wszystkich kosztów.

Odwołujący skonstatował, że beton konstrukcyjny fundamentowy w deskowaniu klasy C35/45 (B45) został wyceniony w wymienionych wyżej kosztorysach przez Polaqua po 58,86 zł za m^3, natomiast średnia cena jednostkowa wyliczona ze wszystkich pozostałych ofert wynosi 497,46 zł za m^3, co stanowi ogromną różnicę.

Odwołujący przywołał, że zgodnie z pkt 9.2 specyfikacji technicznej M.13.01.05 - Beton ustroju niosącego układany w deskowaniu – TOM IV Roboty mostowe, podstawą płatności jest cena jednostkowa, która obejmuje: – sporządzenie Programu Zapewnienia Jakości (PZJ) wgp. 5.2 ST.U.13.OL00 wraz z uzyskaniem akceptacji Inżyniera, – koszty związane z obsługą geodezyjną, wytyczenie, inwentaryzacja, kontrola osiadań, rektyfikacja rusztowań, – wykonanie zabezpieczeń w przypadku betonowania w nocy, w czasie opadów, w okresie niskich temperatur, – zakup i dostarczenie niezbędnych materiałów, – przedłożenie Inżynierowi dokumentów określających parametry zastosowanych materiałów łącznie z określeniem miejsca ich pozyskania, – badanie kontrolne nośności podłoża pod rusztowanie, – wykonanie deskowania i rusztowania wraz z akceptacją Inżyniera, o ile koszty te nie zostały ujęte w DM. 00,00.00 „Wymagania ogólne", – badanie mieszanki i przedstawienie Inżynierowi wyników, – utrzymanie deskowań i rusztowań w okresie wymaganym dojrzewaniem betonu, – koszty związane z wykonaniem spadków, wypukłości, konstrukcji złącz, otworów rurowych, stopni, itp., – przygotowanie, transport i ułożenie mieszanki betonowej z zagęszczeniem, wykończeniem powierzchni i pielęgnacją, – rozbiórkę deskowania i rusztowania wraz z wywozem, – koszty badań i pomiarów zgodnie z Dokumentacją Projektową i Specyfikacją, – oczyszczenie miejsca robot z odpadów stanowiących własność Wykonawcy oraz śmieci wraz z odwozem i ich utylizacją.

Odwołujący zarzucił, że cena jednostkowa 58,86 zł za m^3 betonu nie zawiera ww. składników, gdyż zawiera wyłącznie cenę kruszywa użytego do produkcji betonu.

Odwołujący skonstatował, że beton konstrukcyjny ustroju niosącego układany w deskowaniu klasy C35/45 (B45) we wskazanych wyżej kosztorysach został wyceniony przez Polaqua na 90,06 zł za m^3 i 84,86 zł za m^3, natomiast w kosztorysach nr 8 i 16 – 900,64 zł za m^3.

Odwołujący zarzucił, że o ile cena jednostkowa zawarta w kosztorysach nr 8 i nr 16 jest ceną rynkową, o tyle ceny 90,06 zł i 84,86 zł za m^3 betonu nie zawiera w sobie

składników wymienionych w specyfikacji technicznej wskazanej wyżej.

Odwołujący skonstatował, że beton konstrukcyjny ustroju niosącego bez deskowania klasy C30/37 (B35) został wyceniony przez Polaqua na 89,44 zł za m^3 i 8,94 zł za m^3, natomiast w kosztorysach nr 8, 11 i 16 – na 900,64 zł za m^3.

Odwołujący zarzucił, że o ile cena jednostkowa zawarta w kosztorysach nr 8, 11 i 16 jest ceną rynkową, o tyle ceny 89,44 zł i 8,94 zł za m^3 betonu nie zawiera w sobie składników wymienionych w specyfikacji technicznej wskazanej wyżej, przy czym cena 8,94 zł za m^3 może zrekompensować jedynie koszt wykonania deskowania.

Odwołujący skonstatował, że cena za zbrojenie betonu stalą klasy AIIIN we wskazanych wyżej kosztorysach została ustalona w wysokości 0,27 zł za kg. Odwołujący zarzucił, że cena ta nie obejmuje nawet ceny materiału, bo stal zbrojeniowa tej klasy klasy to nie złom stalowy, który w lepszej jakości kosztuje nawet 0,52 zł za kg.

Odwołujący podsumował, że ponieważ ceny jednostkowe nie wypełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego w rozdziale 9 STWiORB i w branżowych specyfikacjach technicznych, które są częścią SIWZ – treść oferty Polaqua nie odpowiada treści SIWZ i z tego powodu oferta ta powinna być przez Zamawiającego odrzucona.

Ponadto Odwołujący, rozpatrując układ cen jednostkowych zaniżonych w niektórych kosztorysach i porównując z nimi ceny rynkowe przypisane dla takich samych pozycji kosztorysowych w innych kosztorysach, rozważył, czy przy wypełnianiu kosztorysów ofertowych wykonawca Polaqua nie popełniła omyłki przestawienia przecinka w lewo o jedno lub dwa miejsca.

W rezultacie przeprowadzonej w odwołaniu analizy Odwołujący doszedł do wniosku, że Zamawiający nie mógłby dokonać takiego poprawienia, gdyż przesunięcie przecinka o jedno lud dwa miejsca w prawo w zaniżonych cenach jednostkowych treść oferty uległaby istotnej zmianie, gdyż cena oferty wzrosłaby o 32.191.500,00 zł, czyli o 12,93%, a wówczas cena oferty wynosiłaby 281.085.662,00 zł i Polaqua zajęłaby 7, przedostatnie miejsce w rankingu ofert.

Odwołujący doszedł do wniosku, że takich rozważań należy zaniechać, gdyż z opisanego powyżej sposobu ukształtowania cen wynika zamierzone zastosowanie tzw. inżynierii cenowej dla poprawienia pozycji Polaqua względem innych wykonawców i nie może być mowy o omyłce.

{ad pkt 2 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – inne okoliczności}

Odwołujący wywiódł, że oferta Polaqua zasługuje również na odrzucenie z powodu

powyżej opisanej skrajnej rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowym wskazywanymi w kosztorysach na taki sam zakres robót wykonywanych według tej samej specyfikacji technicznej. Zdaniem Odwołującego przez to oferta Polaqua jest wewnętrznie sprzeczna w sposób niemożliwy do usunięcia (o czym powyżej), co z kolei oznacza, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Według Odwołującego owe różnice cen jednostkowych powodują, że nie jest możliwe zlecenie Polaqua wykonania z wolnej ręki ewentualnych robót dodatkowych lub uzupełniających, których zlecenie w tym trybie, zgodnie z obowiązującymi w przedmiotowym postępowaniu Ogólnymi Warunkami Kontraktowymi FIDIC, jest możliwe w przypadku wystąpienia takiej potrzeby, gdyż według tych regulacji stosuje się wówczas ceny jednostkowe zawarte w Wycenionym Przedmiarze Robót, czyli w kosztorysie ofertowym danego wykonawcy realizującego zamówienie. Odwołujący zapytał retorycznie, które ceny wykorzysta wtedy Polaqua i Zamawiający jako właściwe.

{KIO 2636/15}

Również 3 grudnia 2015 r. Odwołujący: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polaqua, a także od zaniechania odrzucenia tej oferty oraz dwóch kolejnych ofert sklasyfikowanych wyżej niż oferta Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 51 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja, pomimo że oferta ta została złożona przez konsorcjum w składzie odbiegającym od składu ubiegającego się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co powinno skutkować jej odrzuceniem jako złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.
2. Art. 87 ust. – przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały podstawy do żądania wyjaśnień oferty złożonej przez Konsorcjum Trakcja, która, jako złożona w jednoznaczny sposób przez podmioty niezaproszone do złożenia oferty (inny skład konsorcjum), powinna zostać odrzucona.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 – przez ich niezastosowanie, pomimo że istniały

bezsporne podstawy uzasadniające wszczęcie procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty złożonej przez Polaqua, *co powinno skutkować jej odrzuceniem.*

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego niezastosowanie, pomimo że oferta Konsorcjum Aldesa nie jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem powinna zostać odrzucona.
5. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polaqua, podczas gdy przy poprawnej ocenie ofert, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polaqua.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Trakcja, Polaqua oraz Konsorcjum Aldesa oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
3. Ewentualnie – w odniesieniu do oferty złożonej przez Polaqua – wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Trakcja}

Odwołujący podał, że w skład Konsorcjum Trakcja nie weszło Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o., na co wskazuje treść formularza ofertowego, w którym trzykrotnie wskazano (w rubryce identyfikującej oferenta na stronie tytułowej, w polu przeznaczonym na podanie nazwy wykonawcy oraz przy określeniu w czyim imieniu występuje pełnomocnik podpisujący ofertę), że ofertę składa konsorcjum w składzie trzech pozostałych wykonawców.

Zdaniem Odwołującego nie ma natomiast znaczenia okoliczność poprawnego określenia składu Konsorcjum Trakcja w gwarancji wadialnej, gdyż tylko formularz ofertowy, jako zawierający oświadczenie woli wykonawców, utożsamiany być powinien z ofertą wykonawcy (pomimo braku legalnej definicji oferty). Na marginesie Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że wadium nie stanowi oferty.

Ponadto z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

– Zamawiający dokonał poprawienia jako omyłki wskazania w zawiadomieniu

o rozstrzygnięciu postępowania składu Konsorcjum Trakcja odpowiadającego tak rozumianej ofercie;

– poprzedzone to zostało wyjaśnieniami Konsorcjum Trakcja, że wystąpiła omyłka na etapie wypełniania formularza.

Odwołujący przywołał, że zgodnie z art. 51 ust. 1 pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego już literalna interpretacja tej normy pozwala wyprowadzić wniosek, że w przetargu ograniczonym oferty złożyć mogą jedynie ci wykonawcy (niezależnie od tego czy występują pojedynczo czy wspólnie), którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przeszli pierwszy etap, tj. badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że normę tę należy interpretować wąsko, co oznacza, że takim wykonawcą w przypadku konsorcjum jest tylko i wyłącznie konsorcjum w tym samym składzie, a za niedopuszczalne należy uznać zarówno zmiany uszczuplające, jak i rozszerzające skład konsorcjum. Odwołujący wskazał, że konsekwencją złożenia oferty przez wykonawcę niezaproszonego do złożenia oferty jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Odwołujący powołał się na to, że powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby. Odwołujący wskazał na wyrok z 18 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 684/12, KIO 686/12), w którym Izba doszła do wniosku, że *Zmiana składu przedstawicieli w konsorcjum jest jednoznaczną zmianą oferenta*. Odwołujący zwrócił uwagę, że w tamtej sprawie miało miejsce przekształcenie prawno organizacyjne jednego z wykonawców (przeniesienie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 § 1 kodeksu cywilnego), a zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę konsorcjum, mimo że istniały uzasadnione podstawy, aby twierdzić, że nowy członek konsorcjum jest następcą prawnym wykonawcy uczestniczącego w konsorcjum na etapie składania wniosków. Według Odwołującego dowodzi to jedynie jak restrykcyjnie interpretować należy wymóg tożsamości podmiotowej na etapie składania wniosku oraz oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący wymienił wyrok z 1 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1904/09), w którym Izba porównuje wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków do czynności wycofania oferty

Odwołujący podkreślił jednakże, choć na marginesie, że dla oceny tej sprawy zagadnienie ewentualnej dopuszczalności zmiany w składzie konsorcjum w trakcie postępowania dwuetapowego ma drugorzędne znaczenie.

Zdaniem Odwołującego w tej sprawie (podobnie jak w pierwszym z przywołanych powyżej wyroków) wykonawca nie wywiązał się z obowiązków informacyjnych wobec Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że ponieważ Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. miało udział w potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wiedzy i doświadczenia) na etapie analizy wniosków, na etapie badania ofert Zamawiającemu przyszło oceniać ofertę wykonawcy, który nie został zweryfikowany w kontekście spełnienia tych warunków, a tym samym nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wywiódł z tego, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do dociekania dopuszczalności takiej zmiany, a jedynie porównać musiał tożsamość podmiotów wskazanych we wniosku i ofercie, a następnie zastosować odpowiednie przepisy pzp.

Według Odwołującego nie powinno ulegać wątpliwości, że wobec zmiany składu Konsorcjum Trakcja, jego oferta powinna zostać odrzucona, jako złożona przez wykonawcę niezaproszonego do złożenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia ważności oferty bez znaczenia są działania podjęte przez Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił, że wadliwość określenia składu konsorcjum nie kwalifikowała się do skorzystania przez Zamawiającego z procedury wyjaśniania treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż skład konsorcjum składającego ofertę jest określony jednoznacznie, a próba ewentualnej zmiany w tym zakresie musi zostać zakwalifikowana jako niedozwolona modyfikacja oferty.

Odwołujący wywiódł, że rolą Zamawiającego jest dokonanie oceny, czy oferta w zmienionym składzie podmiotowym jest ważna, a nie ingerowanie w kształt konsorcjum składającego ofertę. Tym samym problemem, z którym winien zmierzyć się Zamawiający było nie omyłkowe niewymienienie właściwego składu konsorcjum w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania, lecz wadliwie skonstruowana oferta. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający się nie wywiązał się z obowiązku, błędnie posługując się procedurą wyjaśnień oferty, a w konsekwencji doprowadzając do jej modyfikacji.

{ad pkt 3 listy zarzutów – zarzut dotyczący oferty Polaqua}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności:

Zgodnie z klauzulą 12.3 warunków kontraktowych FIDIC, w oparciu o które realizowany ma być kontrakt zawarty na skutek postępowania, Cena Kontraktowa (zgodnie z klauzulą 14.1) ustalona zostanie w oparciu o obmiary, o których mowa w klauzulach 12.1 i 12.2. Przy czym Zamawiający w warunkach szczegółowych wprowadził w klauzuli 12.1 dodatkowe obostrzenie w postaci obowiązku prowadzenia rejestru obmiarów w Książce Obmiarów. Z kolei według klauzuli 14.3 Książka Obmiarów ma być podstawą wystąpienia

o Przejściowe Świadectwo Płatności. Zgodnie z klauzulą 14.1 lit. c Warunków Ogólnych *wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych (i) Robót, których wykonania wymaga się od Wykonawcy, ani (ii) dla celów Klauzuli 12 [Obmiary i wycena].*

Według Odwołującego z przywołanych postanowień kontraktowych jednoznacznie wynika, że ostateczna wysokość wynagrodzenia należna wykonawcy zostanie ustalona na bazie ilości faktycznie wykonanych prac przy uwzględnieniu cen wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu

Odwołujący zamieścił następujące zestawienie dla wybranych pozycji cen jednostkowych z oferty Polaqua w porównaniu do średnich cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców:

Lp.	Nr kosztorysu/nr pozycji	Cena z oferty Polaqua	Średnia cena z pozostałych ofert
1.	K8/22 wykonanie konstrukcji stalowych	520,00	7.228,00
2.	K8/23 wykonanie konstrukcji stalowych	520,00	7.085,00
3.	K8/24 wykonanie konstrukcji stalowych	520,00	7.456,00
4.	K8/25 konstrukcje stalowe – elementy pomocnicze	1,04	6,38
5.	K8/26 zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych	1,04	75,23
6.	K8/27 zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowych	1,04	78,67
7.	K9/8 stal zbrojeniowa	1,04	2,38
8.	K9/9 stal zbrojeniowa	0,27	2,38
9.	K9/11 beton konstrukcyjny	58,86	497,45
10	K9/12 beton konstrukcyjny	90,06	856,38
11.	K9/13 beton konstrukcyjny	89,44	783,65
12.	K10/7 stal zbrojeniowa	0,27	2,38
13.	K10/8 beton konstrukcyjny	58,86	497,46
14.	K10/9 beton konstrukcyjny	90,06	858,49
15.	K10/10 beton konstrukcyjny	89,44	759,83
16.	K12/9 stal zbrojeniowa	1,04	2,38
17.	K12/10 stal zbrojeniowa	0,27	2,38
18.	K12/12 beton konstrukcyjny	58,56	487,46
19.	K12/13 beton konstrukcyjny	84,86	855,10
20.	K12/14 beton konstrukcyjny	8,94	780,27
21.	Kl 3/7 stal zbrojeniowa	0,27	2,38
22.	K13/8 beton konstrukcyjny	58,86	486,68
23.	K13/9 beton konstrukcyjny	84,86	858,08
24.	K13/10 beton konstrukcyjny	89,44	759,79
25.	K14/7 stal zbrojeniowa	0,27	2,38
26.	K14/8 beton konstrukcyjny	58,86	486,73
27.	K14/9 beton konstrukcyjny	90,06	858,13
28.	K14/10 beton konstrukcyjny	89,44	759,82
29.	K16/9 cięgna sprężające	12,52	161,03

Odwołujący podał, że zgodnie z danymi zaczerpniętymi z SEKOCENBUDU za IV kwartał 2015 r. (pozycja nr 719) {wyciąg z zestawień stanowi załącznik nr 5 do odwołania} koszt jednej tony elementów konstrukcji stalowych wraz z robocizną, dostawą etc. (poz. nr 22, 23, 24 kosztorysu nr 8) wynosi średnio 8.118,23 zł, a minimalnie 7.067,03 zł, przy czym wartość materiałów oscyluje wokół kwoty 4.044,66 zł.

Pięciu na ośmiu wykonawców zaoferowało stawki wyższe od tej kwoty minimalnej, dwaj kolejni zaoferowali ceny niższe (Budimex 5.460,00 zł oraz Strabag odpowiednio 5.712,64 zł, 4.880,00 zł oraz 5.503,98 zł netto), ale powyżej ceny materiałów.

Polaqua zaoferowała cenę 520 zł, prawie ośmiokrotnie niższą od wartości samych materiałów.

Uwzględniając ogromną konkurencję, jaką cechują się przetargi drogowe, według Odwołującego uznać należy, że znacznie lepiej oddającą rzeczywistość jest kwota określana przez SEKOCENBUD jako minimalna.

Odwołujący stwierdził, że o ile powyżej ceny wymienionych powyżej dwóch powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, o tyle trudno na tym etapie wyrokować, czy powinny zostać uznane za rażąco niskie, gdyż być może więc wykonawcy ci są w stanie uzyskać tak korzystne ceny dzięki niskim kosztom robocizny, dostawy etc.

Odwołujący podniósł, że z zupełnie inną sytuacją mamy natomiast do czynienia w przypadku oferty Polaqua, gdyż niezależnie od korzystnych warunków, jakimi może się pochwalić w zakresie pozostałych aspektów związanych z wykonaniem konstrukcji stalowych, nie ulega wątpliwości, że zaoferowana cena ma wybitnie nierynkowy charakter.

Dodatkowo Odwołujący powołał się na ofertę swojego potencjalnego podwykonawcy w zakresie elementów stalowych, zgodnie z którą koszt jednej tony konstrukcji stalowych (w zależności od jej rodzaju) wielokrotnie przewyższa ceny wynikające z oferty Polaqua {załącznik nr 6 do odwołania objęty przez Odwołującego tajemnic przedsiębiorstwa}.

Według Odwołującego ta sama oferta podwykonawcy dowodzi rażąco niskich cen oferty Polaqua w poz. nr 25, 26 i 27 kosztorysu nr 8. W przypadku poz. nr 25 cena oferowana przez Polaqua jest od ok. czterech do prawie ośmiu razy niższa od cen oferowanych przez innych wykonawców. Jest też wielokrotnie niższa od ceny oferowanej przez podwykonawcę. W przypadku poz. 26 i 27 zachodzi drastyczne zaniżenie, gdyż cena Polaqua jest od ok. sześćdziesięciu do ponad stu trzydziestu razy niższa od cen pozostałych wykonawców. Podobnego rzędu różnice wynikają w zestawieniu z cenami podwykonawcy.

Według zestawienia SEKOCENBUDU {wyciąg stanowi załącznik nr 7 do odwołania} średnia cena za m^3 betonu wynosi od 157,43 zł do 335,42 zł, w zależności od mieszanki (poz. nr od 1579 do 1592), a minimalna cena najtańszej mieszanki wynosi 133 zł

W żadnej z kwestionowanych pozycji Polaqua nie zaoferowała nawet tej kwoty, pomimo że wielokrotnie oferowała mieszanki droższe.

Odwołujący przedstawił, że w szczegółach wygląda to następująco:

Lp.	Nr kosztorysu/ nr pozycji	Rodzaj betonu	Cena z oferty Polaqua	Średnia cena Sekocenbud	Minimalna cena Sekocenbud	Średnia cena pozostałych ofert
1.	K9/11	C35/45 (B45)	58,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	497,46 zł
2.	K10/8	C35/45 (B45)	58,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	497,46 zł
3.	K12/12	C35/45 (B45)	58,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	497,46 zł
4.	K13/8	C35/45 (B45)	58,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	486,67 zł
5.	K14/8	C35/45 (B45)	58,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	486,67 zł
6.	K9/12	C35/45 (B45)	90,06 zł	309,65 zł	255,00 zł	856,38 zł
7.	K10/9	C35/45 (B45)	90,06 zł	309,65 zł	255,00 zł	858,48 zł
8.	K12/13	C35/45 (B45)	90,06 zł	309,65 zł	255,00 zł	855,10 zł
9.	K13/9	C35/45 (B45)	84,86 zł	309,65 zł	255,00 zł	858,13 zł
10	K14/9	C35/45 (B45)	90,06 zł	309,65 zł	255,00 zł	858,13 zł
11.	K9/13	C30/37 (B35)	89,44 zł	252,31 zł	212,00 zł	783,64 zł
12.	K10/10	C30/37 (B35)	89,44 zł	252,31 zł	212,00 zł	759,82 zł
13.	K12/14	C30/37 (B35)	89,44 zł	252,31 zł	212,00 zł	780,27 zł
14.	K14/10	C30/37 (B35)	89,44 zł	252,31 zł	212,00 zł	759,82 zł

Odwołujący zarzucił, że podobna sytuacja, jak w przypadku poz. dotyczących konstrukcji stalowych, dotyczy oferowanych przez Polaqua kosztów betonu (kosztorys nr 9, poz. 11,12 i 13, kosztorys nr 10, poz. 8, 9 i10, kosztorys nr 12, poz. 12, 13 i 14, kosztorys nr 13, poz. 8, 9, 10, kosztorys nr 14, poz. 8, 9 i 10), gdyż w zakresie betonu konstrukcyjnego Polaqua zaniżyła koszty do poziomu niemożliwego do osiągnięcia.

W zakresie stali zbrojeniowej (kosztorys nr 9 – poz. 8 i 9, kosztorys nr 10 – poz. 7, kosztorys nr 12 – poz. 9 i 10, kosztorys nr 13 – poz. 7, kosztorys nr 14 – poz. 7)

. Polaqua zaoferowała dwie różne ceny zbrojenia betonu: 1,04 zł za kg oraz 0,27 zł za kg, przy czym ta druga dotyczy pięciu spośród siedmiu kwestionowanych pozycji.

Ceny te są odpowiednio od kilku do kilkunastu razy niższe od średniej oferowanej przez pozostałych oferentów.

Według ofertę podwykonawcy Odwołującego {załącznik nr 8 do odwołania objęty przez Odwołującego tajemnic przedsiębiorstwa} minimalna (oferta zawiera trzy rodzaje stali) cena za jedną tonę jest odpowiednio o kilkadziesiąt lub kilkaset procent wyższa od oferowanej przez Polaqua. Dodatkowo ceny zaoferowane w kosztorysie powinny uwzględniać także robociznę oraz transport, a oferta podwykonawcy wskazuje ceny za sam materiał.

W poz. 9 i 10 kosztorysu nr 16 Polaqua oferuje dostawę kabli wraz z ich zakotwieniem za cenę 25.400,64 zł.

Według oferty podwykonawcy Odwołującego {załącznik nr 9 do odwołania objęty

przez Odwołującego tajemnic przedsiębiorstwa} koszt rynkowy odnoszący się do tego zakresu dostaw i prac wynosi kilka razy więcej.

Odwołujący podniósł, że ponieważ w zdecydowanej większości zakwestionowane ceny zidentyfikowane zostały w tożsamych pozycjach dotyczących różnych obiektów, nie można mówić o pojedynczych błędach czy niedopatrzeniach na etapie tworzenia kosztorysu. W głównej mierze chodzi tu o pozycje odnoszące się do konstrukcji stalowych, stali zbrojeniowej oraz betonu konstrukcyjnego, które są wielokrotnie niższe od pozostałych wycen i nie pokrywają kosztów zakupu samych materiałów. Przy czym skala i znaczenie kwestionowanych rozbieżności są niebagatelne, gdyż całkowita wartość w skali projektu rozpatrywanych obiektów stanowi około 50% w porównaniu do pozostałych wycen.

Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez Polaqua powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, choć Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający nie był zobowiązany do wszczynania procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 pzp. Odwołujący świadomy jest również dominującego w orzecznictwie Izby stanowiska, zgodnie z którym w przypadku badania ceny rażąco niskiej odnieść należy się do ceny finalnej. Odwołujący, nie kwestionując tej generalnej reguły, podkreślił, że nie może mieć ona zastosowania do wszystkich postępowań, a po spełnieniu określonych warunków rażąco niska cena nie tylko może, ale wręcz musi, być badana przez pryzmat cen jednostkowych.

Odwołujący powołał się na to, że powyższego dowodzą najnowsze orzeczenia Izby, w pierwszej kolejności na szczególnie wnikliwie analizujący to zagadnienie wyrok z 14 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2734/14) . W ocenie Izby wypracowany w orzecznictwie pogląd dotyczący odnoszenia ceny rażąco niskiej do ceny całkowitej ma zastosowanie wówczas, gdy mamy do czynienia z ceną ryczałtową, a poziom cen jednostkowych zawartych w kosztorysie nie ma z punktu widzenia realizacji zamówienia żadnego znaczenia. Z całkowicie odmienną sytuacją mamy natomiast do czynienia w przypadku, gdy ceny jednostkowe, na zasadzie obmiaru powykonawczego, stosownie do rzeczywiście wykonanego zakresu zamówienia, będą decydować o wynagrodzeniu wykonawcy jako wyniku operacji matematycznych na bazie rzeczywistych ilości wykonanych robót oraz cen jednostkowych należnych z tego tytułu. W rzeczywistości cena jest bowiem w takim przypadku konkretyzowana dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

W wyroku z 26 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1934/12) Izba wprost wskazał, że taka forma wynagrodzenia obliguje zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej nie w oparciu o cenę całkowitą oferty, lecz poszczególne ceny jednostkowe.

Odwołujący przywołał również ponownie wyrok w sprawie o sygn. KIO 234/14,

w którym Izba dowodzi, że pojęcie ceny, w myśl art. 2 pkt 1 pzp, należy rozumieć w oparciu o brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z tym przepisem cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Wynika więc z tego przepisu, że ceną jest cena umowna, którą kupujący obowiązany jest do zapłaty za zakupiony towar bądź usługę. Jeżeli więc rzeczywistym przedmiotem operacji gospodarczej nie jest przedmiot zamówienia rozumiany jako zespół składników i czynności rozpatrywanych łącznie (przedmiot zagregowany), za który należy się stałe i niezmienne wynagrodzenie, lecz są nim poszczególne jednostki traktowane samodzielnie, mające istotny wpływ na rzeczywiście poniesione wydatki, to ceną, o której mowa w treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp są właśnie te poszczególne ceny jednostkowe.

Odwołujący powołał się również na to, że Izba wielokrotnie zwracała uwagę na zasadność porównywania cen ofertowych pomiędzy uczestnikami postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Np. w wyroku z 10 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2239/13, KIO 2240/13) Izba stwierdziła: „*W tym zakresie* {rażąco niskiej ceny – przyp. Odwołującego} *należy przyznać większą wiarygodność i znaczenie cenom oferowanym przez działających na tym rynku przedsiębiorcom. Innymi słowy: realna rynkowa wartość przedmiotu zamówienia to raczej średnia wynikająca z cen oferowanych w postępowaniu, a nie wartość ustalana przed wszczęciem postępowania przez Zamawiającego.*

{ad pkt 4 listy zarzutów – zarzut dotyczący oferty Konsorcjum Aldesa}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności:

– zgodnie z pkt 8.5 SIWZ wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w formularzach oraz wszystkie inne koszty, jakie zgodnie z warunkami kontraktu jest zobowiązany ponieść;

– według SIWZ w poz. tej powinny zostać wycenione wszystkie poniesione przez wykonawcę koszty, które nie są wymienione w kosztorysach, ale są potrzebne, aby wykonawca mógł dostosować się do wymagań Zamawiającego wg specyfikacji „DM.00.00.00 Wymagania Ogólne". M.in. powinna ona zawierać, oprócz wielu kosztów związanych z obsługą budowy, jakie będzie musiał ponieść wykonawca, koszty zakupu środków trwałych;

– jak opisuje pkt 1.5.23 na str. 20-23 STWiORB DM.00.00.00 w ramach Zaplecza Zamawiającego – Laboratorium Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany do: *dostarczenia, w terminie do 90 dni od daty podpisania Umowy z Zamawiającym do siedziby*

Wydziału Technologii-Laboratorium Drogowego Oddziału GDDKiA w Białymstoku w Kleosinie przy ul. Zambrowska 2, fabrycznie nowego sprzętu, kompletnego, niewymagającego dodatkowych nakładów i inwestycji oraz jego zainstalowania i uruchomienia m. in. wagi precyzyjnej, myjki ultradźwiękowe, aparatu do badania nośności podłoża za pomocą płyty statycznie obciążonej, sondy dynamicznej lekkiej (DPL) z napędem pneumatycznym;

– dodatkowo dostarczenie sprzętu specjalistycznego o znacznej wartości obciążone jest kosztami szkoleń dostaw obsługi serwisowej i gwarancyjnej;

–.w kosztorysie ofertowym nr 1 Konsorcjum Aldesa uzupełniło pozycję nr 1 wartością 0,00 zł.

Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez Konsorcjum Aldesa winna zostać odrzucona jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że konieczność ujęcia w kwestionowanej pozycji wszystkich kosztów niewymienionych w kosztorysach, a potrzebnych do realizacji zamówienia, była oczywista dla wszystkich pozostałych wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawcy ci wycenili owe koszty na niebagatelne kwoty – średnia wartość wskazywana w tej pozycji wyniosła ponad 10,5 mln zł.

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że przez pominięcie w swojej wyceny tej pozycji Konsorcjum Aldesa zadeklarowało, że *o ile uzyska zamówienie będące przedmiotem Postępowania, to nie zaoferuje wszystkich tych elementów, które kryją się pod tą właśnie pozycją, a więc nie zapewni całościowej realizacji przedmiotu Postępowania*. Tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący nie ma też wątpliwości, że owa niezgodność nie posiada nieistotnego, podlegającego poprawieniu przez Zamawiającego, charakteru, co wynika zarówno ze znacznej wartości tej pozycji w ofertach innych wykonawców, jak i *szerokiego oraz kluczowego z punktu widzenia realizacji zamówienia zakresu tych prac.*

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyłania się stanowisko, zgodnie z którym, jakkolwiek wskazanie wartości 0 zł w pozycji kosztorysu ofertowego nie musi obligatoryjnie oznaczać odrzucenia takiej oferty, niezbędne jest jednak dokonanie analizy okoliczności takiej sprawy, w tym postanowień specyfikacji oraz znaczenia danej pozycji kosztorysowej w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego na podstawie przywołanych powyżej postanowień specyfikacji nie powinno budzić wątpliwości, że intencją Zamawiającego było przypisane do każdej pozycji wskazanej w kosztorysie ofertowym określonej wartości. Natomiast wskazanie wartości równej 0 zł, *jakkolwiek nie obarczone wprost w treści SIWZ żadną negatywną konsekwencją*, powinno, biorąc pod uwagę sens postanowienia pkt 8.5, skutkować

odrzuceniem oferty, jako nieuwzględniającej obligatoryjnego elementu zamówienia, a tym samym niezgodnej z SIWZ.

{KIO 2631/15, KIO 2636/15}

4 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopie odwołań pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

7 grudnia 2015 r. wpłynęły do Prezesa Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony następujących wykonawców:

A. Aldesa Contrucciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Contrucciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 2631/15

– po stronie odwołującego:

B. Polaqua sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt KIO 2631/15 i KIO 2636/15

C. Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, COMSA S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, „INTOP WARSZAWA" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów" sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 2636/15

D. Aldesa Contrucciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Contrucciones S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 2636/15

– po stronie zamawiającego:

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

15 grudnia 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, w których podsumowaniu Zamawiający oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołań jako oczywiście bezzasadnych.

{KIO 2631/15}

Jednakże rozpoczynając prezentację swojego stanowiska Zamawiający oświadczył, że jego zdaniem zarzuty i żądania odwołania Konsorcjum Trakcja nie w całości zasługują

na uwzględnienie, co znalazło następujące rozwinięcie.

{ad pkt 2 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Zamawiający oświadczył, że nie może podjąć decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy w przypadku, gdy sprzeczność z postanowieniami SIWZ nie ma swojego odniesienia w jej treści, czyli brak jest faktycznych podstaw do podjęcia takiej decyzji. Ponadto sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców byłoby podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ ze względu na podstawę faktyczną, o jakiej Zamawiający poinformowałby wykonawców na tym etapie postępowania.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z częścią 8 IDW określił, co następuje:

8.2. Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 8.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Kosztorysach ofertowych.

8.3.Wyliczone w Kosztorysach ofertowych, o których mowa w pkt. 8.1, wartości netto Wykonawca powinien wpisać do Tabeli wartości elementów scalonych, której wzór stanowi Formularz 2.2., oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto. Obliczoną w ten sposób cenę oferty (wartość brutto) Wykonawca przeniesie do punktu 3 formularza OFERTA.

8.4 Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w Kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Formularzach oraz wszystkie inne koszty jakie zgodnie z Warunkami Kontraktu jest zobowiązany ponieść Wykonawca. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów ofertowych.

8.9 Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II- V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Kosztorysach ofertowych Przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Kosztorysach ofertowych - Przedmiarach robót. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.

Odnośnie pozycji 1 zawartej w kosztorysie ofertowym nr 1 „Koszt dostosowania się do Wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w STWiORB DM 00.00.00" Zamawiający podał, że pozycja ta obejmuje między innymi następujące koszty:

– sporządzanie przez wykonawcę niezbędnej dokumentacji (projekty warsztatowe i technologiczne);

– sporządzenie dokumentacji projektowej powykonawczej,

– ppracowanie programu gospodarowania odpadami niebezpiecznymi i złożenie wniosku o jego zatwierdzenie przed rozpoczęciem robót rozbiórkowych,
– dokumentacja fotograficzna i archiwalna dla wszystkich prowadzonych robót, w szczególności dla robót zanikających,
– sporządzanie PZJ,
– sprzęt pomiarowy,
– sprzęt do ważenia
– robociznę bezpośrednią wraz z kosztami towarzyszącymi,
– wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu,
wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami,
koszty wyłączenia linii ciągłych i z gotowością ruchową,
koszty wyłączeń i przełączeń oraz niedostarczenia mediów,
wykonanie układów przejściowych na czas budowy

Zamawiający podsumował, że koszty dostosowania się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych zawartych DM.00.00.00 obejmuje wszystkie warunki określone w ww. dokumentach, a nie wyszczególnione w kosztorysie, które powstają przez cały czas trwania kontraktu.

Zamawiający stwierdził, że rozliczanie tej pozycji (kosztorys ofertowy nr 1 poz. 1) będzie odbywało się sukcesywnie w zależności od upływu czasu i przerobu wykonawcy na kontrakcie (płatność nie następuje jednorazowo ani nie jest w całości dokonywana na początku kontraktu), na podstawie rozbicia przedmiotowej pozycji w oparciu o postanowienia subklauzuli 14.4.:

Wykaz Płatności będzie stanowił rozbicie wskazanych przez Inżyniera cen jednostkowych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z Kosztorysu Ofertowego, również pochodzących z rozbicia cen zagregowanych lub ryczałtowych. Takie rozbicie powinno zawierać:

1. Nakłady robocizny, tj. ilość rg
2. Nakłady (ilości np. m3, m2, mb, kg, szt. itd.
3. Nakłady pracy sprzętu i transportu tj. ilość mg poszczególnych jednostek sprzętowych i transportowych.
4. W rozbiciu cen jednostkowych należy również wykazać:
Stawkę za roboczogodzinę sprzętu S (w polskiej walucie), oraz

Ceny materiałów wraz z kosztami transportu, oraz wysokość kosztów pośrednich Kp Uczonych od R i S oraz

Wysokość kosztów pośrednich Kp liczonych od R i S oraz

Wysokość zysku Z liczonego od R+S+Kp

Wykonawca będzie dostarczać Inżynierowi kwartalne szacunki płatności, zwane Planami Płatności, przewidujące płatność w kolejnych miesiącach realizacji Kontraktu.

Plany Płatności będą opracowywane przez Wykonawcę w formie uzgodnionej z Inżynierem i Zamawiającym.

Pierwszy Plan Płatności zostanie przedłożony w terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia i powinien obejmować okres kolejnych trzech miesięcy.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że wszelkie rozbicia cen oraz wystąpienia wykonawcy o zatwierdzenia płatności m.in. dot. tej poz. są szczegółowo weryfikowane i zatwierdzane przez Inżyniera Kontraktu, o czym świadczy postanowienie w subklauzli 14.1 lit. d {*Wykonawca na każde żądanie Inżyniera dostarczy Wykaz płatności zgodnie z subklauzulą 14.4 [Wykaz Płatności i Plan Płatności]. Inżynier może wziąć pod uwagę ten Wykaz przy sporządzaniu Świadectw Płatności, ale nie będzie nim związany*} oraz postanowienia subkl. 14.6 Wystawianie Przejściowego Świadectwa Płatności.

Zamawiający oświadczył, że z jego dotychczasowego doświadczenia przy realizacji kontraktów przez Oddział GDDKiA wynika, że wykonawcy nie zgłaszali żadnych roszczeń z tytułu sukcesywnych płatności dotyczących poz. DM 00.00.00.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, że koszty zawarte w pozycji 1 kosztorysu nr 1 mają charakter ryczałtowy, a zostały wycenione przez Polaąua na poziomie blisko 2,5-krotnie wyższym od średniej arytmetycznej z wszystkich ofert, zdaniem Zamawiającego wskazane jest uzyskanie przez niego *uzasadnienia takiej wyceny właśnie na okoliczność czy kwota ta oprócz rzeczywistych kosztów wykonawcy o jakich mowa w DM 00.00.00. nie zawiera kwoty, którą wykonawca mógłby wykorzystać w formie zaliczkowania robót.*

Zamawiający podsumował, że w związku z powyższym, po zapoznaniu się zarzutami Odwołującego, uznaje, że koniecznym jest wezwanie wykonawcy Polaqua do wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp tych cen jednostkowych, na które wskazuje Odwołujący, w szczególności pozycji zawyżonych (tj. kosztów dostosowania do wymagań Zamawiającego określonych w STWiORB DM.00.00.00 „Wymagania ogólne"), a także zaniżonych (tj. cen stali i betonu). Zamawiający zastrzegł, że bez uzyskania odpowiedzi wykonawcy Polaqua, na obecnym etapie czynność odrzucenia oferty tego Wykonawcy zgodnie z żądaniem Odwołującego byłaby przedwczesna. Zamawiający oświadczył, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy badanie i ocenę ofert w celu uzyskania

powyższych wyjaśnień, a następnie podejmie dalsze czynności w zgodzie z ustawą pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Zamawiający ograniczył się do powtórzenia podsumowania stanowiska, które zaprezentował w związku z poprzednim zarzutem.

{KIO 2636/15}

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Trakcja}

Zdaniem Zamawiającego zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że z całokształtu okoliczności wynika, iż ofertę w tym postępowaniu złożyło konsorcjum czterech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie Trakcja PRKil S.A., Comsa S.A., INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. Oferta została podpisana przez lidera mającego umocowanie do działania w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum.

Zdaniem Zamawiającego brak wskazania Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o. o. wynikał z omyłki lidera konsorcjum i nie może być traktowany jako zmiana składu konsorcjum pomiędzy złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a złożeniem oferty.

Zamawiający podał, że omyłka ta została 9 listopada 2015 r. w oparciu o art. 87 ust.2 pkt 3 pzp poprawiona, a Konsorcjum Trakcja wyraziła zgodę na tę czynność Zamawiającego.

Zamawiający podał, że zarówno do wniosku, a następnie do oferty, załączone zostały pełnomocnictwa dla lidera tj. wykonawcy Trakcja PRKil S.A., które stanowiło, że podmiot ten jest uprawniony m.in. do *podpisania i złożenia w imieniu Konsorcjum wniosku i ofert wraz z załącznikami.*

Według Zamawiającego żaden przepis prawa nie obliguje wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia do wpisywania w formularzu ofertowym w miejscu przeznaczonym dla podania wykonawcy wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Jeżeli do oferty załączone zostało pełnomocnictwo wynikające z art. 23 ust. 2 pzp, za wystarczające można uznać wpisanie do formularza ofertowego nazwy lidera konsorcjum, skoro z treści samej oferty wynika, że działa jako lider konsorcjum.

W tym przypadku lider Konsorcjum Trakcja, dysponujący pełnomocnictwami udzielonymi mu przez pozostałych uczestników konsorcjum, może składać oświadczenia woli, w szczególności ofertę, w imieniu całego konsorcjum.

Zamawiający zauważył, że wszystkie dokumenty złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału oraz z ofertą, z wyjątkiem jedynie formularza ofertowego, posługują się określeniem wykonawców jako konsorcjum, a pełnomocnictwa załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału, okoliczność tę wyjaśniają.

Tym samym w myśl u art. 23 ust. 2 pzp oferta została złożona prawidłowo przez ustanowionego postępowaniu lidera konsorcjum. Według Zamawiającego mie sposób uznać za prawidłowe stanowisko, zgodnie z którym wpisanie niektórych tylko członków konsorcjum do formularza ofertowego skutkować by musiało niemożnością reprezentowania całości konsorcjum przez jego lidera.

Zdaniem Zamawiającego potwierdzeniem wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wszystkich członków Konsorcjum Trakcja w niezmienionym składzie w stosunku do etapu wniosków o dopuszczenie, jest również okoliczność przedłożenia wadium w postaci gwarancji przetargowej nr MT 090207KTG15 z dnia 20.10.2015 r. w kwocie 3 000 000,00 zł, które zostało wniesione w imieniu wszystkich członków Konsorcjum Trakcja i jest dla każdego z członków konsorcjum zobowiązujące.

Zamawiający podniósł, że formalizm postępowania nie może wykraczać poza cel, któremu służy, sprowadzający się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający stanął na stanowisku, że skorygowanie czy ustalenie, już po upływie terminu składania ofert, podmiotu w rzeczywistości składającego ofertę, w stosunku do jego oznaczenia w formularzu ofertowym, nie jest z góry wykluczone i jako takie mogłoby dokonać się w oparciu o art. 65 Kodeksu cywilnego. W sposób niebudzący wątpliwości wymagałoby to oparcia się na informacjach i okolicznościach dostępnych i wynikających z samej oferty czy też dokumentów lub materiałów do niej załączonych. Zamawiający oświadczył, że przychyla się do stanowiska wielokrotnie wyrażanego w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie którym źródło wiedzy o składzie konsorcjum stanowi nie tylko formularz oferty, ale również pozostałe złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty {wskazano na wyrok Izby z 7 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1099/09)}.

Zamawiający dodał, iż jakkolwiek w profesjonalnym obrocie czy przy wykonywaniu sformalizowanych czynności uregulowanych w pzp wymagane jest dołożenie należytej staranności, błędy czy pomyłki ludzkie są nieuniknione i poniekąd naturalne.

Zamawiający podsumował, że miał podstawy do uznania złożenia oferty przez tego samego wykonawcę, którego zaprosił do tego, jednakże z ostrożności zwrócił się dodatkowo o wyjaśnienie tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż nie mógł pominąć tej wątpliwości.

W związku z potwierdzeniem wątpliwości Zamawiającego przez Konsorcjum Trakcja, Zamawiający uznał, że dla zapewnienia przejrzystości dokumentacji postępowania, należy poprawić ofertę tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, pomimo faktu, że Izba prezentuje stanowisko o braku konieczności takiego działania, np.: *Nadto gdyby nawet uznać, że konieczne jest poprawienie oferty, w formularzu ofertowym, poprzez wpisanie członka konsorcjum lub sformułowania "Lider konsorcjum", przy czym w ocenie Izby tak czynność jest zbędna, to taka czynność jest dopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.* {Wskazano na wyrok Izby z 2 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 20129/15)}.

{ad pkt 3 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Polaqua}

Zamawiający oświadczył, że jego zdaniem zarzuty i żądania odwołania Konsorcjum Mosty nie w całości zasługują na uwzględnienie, co znalazło następujące rozwinięcie.

Zamawiający ponowienie przytoczył postanowienia z części 8 IDW.

Zamawiający oświadczył, że zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że oferta Polaqua nie wymagała wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający dodał, że potwierdziło to przeprowadzone przez niego badanie wstępne pod kątem, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego, czy w stosunku do tej oferty występuje podejrzenie rażącego zaniżenia ceny. Ofertę poddano badaniu porównawczemu z: po pierwsze – szacunkową wartością zamówienia wynoszącą 289.234.555,12 zł (netto), po drugie – średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert wynoszącą: 261.313.238,52 zł (brutto). Stwierdzono, że cena oferty Polaqua jest niższa o 13,95% od pierwszej i niższa o 4,75% od drugiej z tych wartości. Tym samym nie zachodziła konieczność badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego przy poprawnie skalkulowanej cenie ogólnej oferty, co do zasady nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie zaniżenia cen jednostkowych jako rażąco niskiej, wynika to z indywidualnej praktyki cenowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednakże Zamawiający w podsumowaniu oświadczył, że po zapoznaniu się zarzutami Odwołującego, a także zarzutami podniesionymi w odwołaniu o sygn. akt. KIO 2631/15, uznaje konieczność wezwania Wykonawcy Polaqua o wyjaśnienie w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp cen jednostkowych, jednakże bez odniesienia do badania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż wezwanie w trybie art. 90 ust 1 pzp nie jest zasadne. Zamawiający ponownie zastrzegł, że bez uzyskania odpowiedzi wykonawcy Polaqua, na obecnym etapie czynność odrzucenia oferty tego Wykonawcy zgodnie z żądaniem Odwołującego byłaby przedwczesna. Zamawiający dodał, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz powtórzy badanie i ocenę ofert w celu uzyskania powyższych wyjaśnień, a następnie podejmie dalsze czynności w zgodzie z ustawą pzp.

{ad pkt 4 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Aldesa}

Zamawiający oświadczył, że jego zdaniem zarzuty i żądania odwołania Konsorcjum Mosty nie w całości zasługują na uwzględnienie, co znalazło następujące rozwinięcie.

Zamawiający ponownie powołał się na swoje wymagania zawarte w części 8 IDW.

Zamawiający podniósł, że *sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o odrzuceniu oferty.*

Według Zamawiającego nie jest prawdą, że Konsorcjum Aldesa pominęło pozycję w kosztorysie nr 1 pozycję 1, gdyż dla dla tej pozycji przewidziało cenę jednostkową i wartość w wysokości 0 zł. Tym samym należy to odczytać w ten sposób, że Wykonawca zadeklarował wykonanie powyższej pozycji, nie oczekując za jej wykonanie odrębnego wynagrodzenia. Zdaniem Zamawiającego aczkolwiek wykonawcy winni unikać wyceny oferowanego zamawiającemu przedmiotu zamówienia na poziomie 0 zł, to w okolicznościach tej sprawy nie można powiedzieć, aby Konsorcjum Aldesa zaoferowało Zamawiającemu świadczenie nieodpłatne lub że nie zamierzało w ogóle nie realizować części tego świadczenia. Wartość 0 zł zaoferowano w jednej pozycji Kosztorysu ofertowego nr 1, który obejmował znacznie większą liczbę pozycji o określonej dla nich wartości, a skoro Konsorcjum Aldesa zadeklarowało, że pozycja ta zostanie zrealizowana, nie można wywodzić, że zamierza ono nie zrealizować objętych nią elementów dostaw.

Jednakże Zamawiający w podsumowaniu oświadczył, że po zapoznaniu się zarzutami Odwołującego, uznaje konieczność wezwania Konsorcjum Aldesa do wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp tych cen jednostkowych, na które wskazuje Odwołujący. Zamawiający ponownie zastrzegł, że bez uzyskania odpowiedzi Konsorcjum Aldesa, na obecnym etapie czynność odrzucenia oferty tego Wykonawcy zgodnie z żądaniem Odwołującego byłaby przedwczesna. Zamawiający dodał, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy badanie i ocenę ofert w celu uzyskania powyższych wyjaśnień, a następnie podejmie dalsze czynności w zgodzie z ustawą pzp.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła,

aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp

Izba uznała za bezzasadny zgłoszony na posiedzeniu przez Przystępującego Polaqua wniosek o odrzucenie odwołania Konsorcjum Trakcja na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, gdyż ofertę złożyło konsorcjum w składzie trzech wykonawców, a odwołanie konsorcjum w składzie czterech wykonawców, co oznacza, że Odwołujący nie może uzyskać zamówienia. W ocenie Izby zgłoszony wniosek zmierza de facto do przesądzenia bez przeprowadzenia rozprawy o zasadności jednego zarzutów odwołania Konsorcjum Mosty. Tymczasem Zamawiający sklasyfikował na drugim miejscu ofertę Konsorcjum Trakcja w składzie czterech wykonawców, a zatem na tym etapie stanowisko Przystępującego nie znajduje uzasadnienia.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Zamawiającego, Odwołujących i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli ważne oferty. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wyżej sklasyfikowanych ofert, a zatem mogą Odwołujących narażać na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

{KIO 2631/15, KIO 2636/15}

Na wstępie Izba zaznacza, że pomimo podzielenia dalszego wywodu na części dotyczące poszczególnych zarzutów, stanowisko odnośnie znaczenia określonych postanowień s.i.w.z. wyrażone przy okazji rozstrzygnięcia jednego z zarzutów należy uznać za aktualne również w kontekście pozostałych zarzutów. Odwołanie zostało zredagowane w taki sposób, że częściowo te same lub zbliżone okoliczności zostały poruszone w kontekście odrębnych kwalifikacji prawnych, a czasem kilkakrotnie powtórzone. Stąd rozstrzygnięcie powtarzających się kwestii zostało przede wszystkim zamieszczone przy okazji rozpoznawania zarzutu, dla którego w ocenie Izby mogły one mieć największe znaczenie.

{KIO 2631/15}

{ad pkt 2 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Jeden z dwóch zasadniczych zarzutów odwołania Konsorcjum Trakcja dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, które, po pierwsze – miałoby polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty, pomimo że w zakresie kluczowych pozycji kosztorysu jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z., a konkretnie przywołanymi w odwołaniu postanowieniami specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Zarzuty zawarte w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Z uwagi na specyfikę zarzutu sformułowanego w odwołaniu, w pierwszej kolejności rozważenia wymaga zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady –

porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść *explicite* wynikająca ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie treści oferty przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż[1] – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}.

Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Wreszcie nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym taka niezgodność konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami czy normami s.i.w.z.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, przy czym przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego. W takim przypadku przedmiot zamówienia jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1 pzp). Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w – wydanym na podstawie delegacji art. 31 ust. 4 pzp – rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129).

Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych {§ 6 ust. 1 rozporządzenia}. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi numer specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru, a także nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej {§ 10 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia}.

W przypadku gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia, istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu,

który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy czym w razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. W konsekwencji kosztorys ma rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z.

Elementem opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych są również specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych {skrótowiec „STWiORB"}, które w praktyce w skrócie nazywane są specyfikacjami technicznymi {skrótowiec „ST"}. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót {§ 12 powyższego rozporządzenia}. W szczególności STWiORB zawierają wymagania dotyczące: 2) właściwości wyrobów budowlanych; 3) sprzętu i maszyn niezbędnych lub zalecanych; 4) wymagania dotyczące środków transportu; 5) wymagania dotyczące wykonania robót budowlanych z podaniem sposobu wykończenia poszczególnych elementów, tolerancji wymiarowych, szczegółów technologicznych oraz niezbędne informacje dotyczące odcinków robót budowlanych, przerw i ograniczeń, a także wymagania specjalne; 6) opis działań związanych z kontrolą, badaniami oraz odbiorem wyrobów i robót budowlanych w nawiązaniu do dokumentów odniesienia; 7) wymagania dotyczące przedmiaru i obmiaru robót; 8) opis sposobu odbioru robót budowlanych; 9) opis sposobu rozliczenia robót tymczasowych i prac towarzyszących; 10) dokumenty odniesienia – dokumenty będące podstawą do wykonania robót budowlanych, w tym wszystkie elementy dokumentacji projektowej, normy, aprobaty techniczne oraz inne dokumenty i ustalenia techniczne {zob. § 14 ust. 1 pkt 2-10 powyższego rozporządzenia}.

Z takiego uregulowania wynika zatem, że specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót w ramach opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane służą określeniu wymaganego sposób wykonania przedmiotu zamówienia, a nie określeniu sposobu wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru czy sposobu obliczenia ceny za całość robót budowlanych (ten ostatni jest określany w zasadniczym dokumencie SIWZ lub w instrukcji dla wykonawców). W konsekwencji weryfikacja zgodność treści oferty z treścią STWiORB polegać może na porównaniu zgodności oferowanego i wymaganego sposobu realizacji robót budowlanych.

W ocenie Izby uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w odwołaniu Konsorcjum Trakcja sprowadza się *de facto* do założenia, że przy kosztorysowym rozliczeniu robót wycena każdej pozycji przedmiarowej stanowi niejako odrębną ofertę, której zgodność z treścią s.i.w.z. należy badać przez pryzmat tego, czy za taką cenę możliwe jest zrealizowanie zakresu prac objętych daną pozycją kosztorysową, przy uwzględnieniu wymaganych tzw. czynników cenotwórczych wynikających ze STWiORB – ogólnej i szczegółowych. W ślad za tym pozostała część uzasadnienia odwołania została poświęcona wskazaniu i wykazaniu, które pozycje z kosztorysu ofertowego wykonawcy Polaqua nie odpowiadają takiemu założeniu, gdyż ich wycena (cena jednostkowa, a w konsekwencji wartość dla podanej liczby jednostek miary) nie pozwala nawet na pokrycie kosztów realizacji danego elementu robót. Tak uszczegółowione zarzuty odwołania sprowadzają się z kolei do twierdzenia, że skoro według opisu sposobu obliczenia ceny oferty przy kalkulacji ceny danej pozycji robót należało uwzględnić koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące, a w STWiORB określono kategorie kosztów, które powinna obejmować cena jednostkowa, jeżeli wartość danej pozycji w ofercie nie pokrywa tych kosztów, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.

Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach sprawy przyjęte w odwołaniu rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który omówiono powyżej. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że – tak jak przy wynagrodzeniu ryczałtowym – oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Stąd oferta może zostać uznana za niezgodną z s.i.w.z. przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Tymczasem odwołanie nie zawiera takiego zarzutu w stosunku do oferty wykonawcy Polaqua.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska zmierzającego do traktowania każdej pozycji kosztorysowej jakby była odrębną ofertą, którą należy uznać za niezgodną z treścią s.i.w.z., jeżeli nie pokrywa kategorii kosztów wyszczególnionych w pkt 9 STWiORB ogólnej lub w pkt 9.2 STWiORB szczegółowych, co w konsekwencji miałoby prowadzić do uznania całej oferty za niezgodną z treścią s.i.w.z. Z uwagi na powyższe nie ma potrzeby rozstrzygania, czy cena

jednostkowa w objętych szczegółowymi zarzutami odwołania pozycjach kosztorysu ofertowego pokrywa koszty wykonania prac objętych tymi pozycjami, gdyż nawet wystąpienie takiej sytuacji nie przesądzałoby, że oferta Polaqua nie odpowiada treści s.i.w.z. Stąd zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie dowody, które miały dowodzić tezy zawarte w odwołaniu, są bez znaczenia dla tej sprawy.

W ocenie składu orzekającego Izby wykazywanie zaniżenia wyceny zamówienia może stanowić domenę zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp), ewentualnie zarzutu, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp), jeżeli pozwalają na to okoliczności sprawy. Niezwykle trudne jest bowiem uchwycenie i ustalenie, jaka konkretnie treść s.i.w.z., czyli jaka konkretnie minimalna wartość pieniężna, miałaby się kryć za wypunktowaniem nazw kategorii kosztów, które cena wykonania robót objętych daną pozycją przedmiarową powinna obejmować, czyli pokrywać. Ustalanie tak rozumianej treści s.i.w.z. prowadziłoby również do jej nieuchronnego zrelatywizowania przez pryzmat uwarunkowań właściwych dla danego wykonawcy, który może mieć inny poziom kosztów danej kategorii niż inny wykonawca. W praktyce jednoznaczne ustalenie tak rozumianej treści s.i.w.z. może okazać się wręcz niemożliwe.

W odwołaniu założono również, że zawarte w STWiORB ogólnej oraz szczegółowych wyliczenia kategorie kosztów odnosiły się wyłącznie do zakwestionowanych pozycji, podczas gdy w istocie odnoszą się one do wszystkich robót lub wszystkich robót danego działu, którego dotyczy dana STWiORB. W rzeczywistości zatem pozycji, których dotyczą te wyliczenia jest znacznie więcej niż pozycje zakwestionowane, co uwidoczniają zestawienia załączone do odpowiedzi na odwołanie. W rezultacie tym bardziej nie można jednoznacznie stwierdzić, które kategorie kosztów i w jakiej wysokości powinny być uwzględnione w danej pozycji działu, do którego się odnoszą, a tym bardziej, że akurat w pozycjach zakwestionowanych w odwołaniu.

W ocenie Izby Odwołujący zmierzając do wyeliminowania oferty, która okazała się być korzystniejsza niż jego własna (a przy tym nieznacznie tańsza: Wykonawca Polaqua – blisko 249 mln zł, Konsorcjum Trakcja – blisko 253,4 mln zł), bezskutecznie usiłuje *de facto* dopasować okoliczności tej sprawy pod rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15), który zapadł na tle zupełnie odmiennych okoliczności faktycznych. W tamtej sprawie ustalono, że choć ceny wszystkich czterech złożonych ofert oscylują na zbliżonym, choć bardziej zróżnicowanym poziomie (od blisko 20,5 do ponad 23,5 mln zł), w najtańszej z ofert wycena według ceny jednostkowej 1 gr trzydziestu rzeczywiście kluczowych pozycji kosztorysu na roboty drogowe spowodowała,

że wykonanie tego zasadniczego zakresu zamówienia zostało w tej ofercie wycenione na niespełna 3,4 mln zł, podczas gdy w pozostałych ofertach było to od niemal 17 do ponad 18,4 mln zł. Ponadto we wszystkich kosztorysach dotyczących 10 obiektów inżynierskich 4 pozycje zostały również wycenione według stawki 1 gr, czemu towarzyszyło jednak wycenienie w poz. dot. przepustów z blachy falistej wykonania 1 mb na poziomie blisko 82 tys. zł, podczas gdy u pozostałych wykonawców była to cena kilkadziesiąt razy niższa. W takich okolicznościach Izba uznała, że wycenę szeregu kluczowych pozycji na 1 gr nie można uznać za zgodną z treścią s.i.w.z. w zakresie precyzyjnie opisanych wymagań odnośnie czynności, jakie należy wykonać w ramach danych pozycji kosztorysu, a przede wszystkim jednocześnie stwierdziła wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei ponieważ w s.i.w.z. brak jest postanowienia, które nakazywałoby zastosowanie takiej samej ceny jednostkowej do analogicznych pozycji poszczególnych kosztorysów, za oczywiście bezzasadne należy uznać upatrywanie w odmiennej wycenie przez Wykonawcę Polaqua takich pozycji za niezgodność z treścią s.i.w.z. W konsekwencji nie ma podstaw, aby stwierdzić wewnętrzną sprzeczność oferty, która miałaby być podstawą jej odrzucenia. Nie zachodzą również trudności podnoszone w odwołaniu, gdyż znajdą zastosowanie takie ceny jednostkowe, jakie zostały wskazane w kosztorysie dotyczącym danego obiektu.

{ad pkt 1 listy zarzutów – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Drugi zasadniczy zarzut odwołania Konsorcjum Trakcja dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy[i] Polaqua, której złożenie miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zawarty w odwołaniu Izba uznała za niezasadny.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" lub „uznk"} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można

się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji, które zbiorczo zostały wymienione w art. 3 ust. 2 uznk. W zakresie rozważań ogólnych Izba podziela zatem wywody zawarte w odwołaniu, które w dużej mierze stanowią powtórzenie uzasadnienia wspomnianego powyżej wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15).

Z uzasadnienia odwołania wynika, że Polaqua miałaby dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji co prawda niestypizowanego, ale wypełniającego hipotezę klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk. Miałby on polegać na manipulowaniu stawkami kosztorysu przez ich zaniżenie w niektórych w pozycjach przy jednoczesnym zawyżeniu wyceny ryczałtowej niektórych pozycji dotyczących kosztów ogólnych, dzięki czemu przy utrzymaniu ceny oferty na zbliżonym poziomie do innych wykonawców, Polaqua zapewniła sobie nie tylko wyrównanie strat z pozycji zaniżonych, ale faktyczne dodatkowe w stosunku do dopuszczonego umową zaliczkowe wynagrodzenie, działając w ten sposób na szkodę innych wykonawców, którzy dokonali rzetelnej wyceny.

Argumentacja powyższego zarzutu polega na powieleniu rozważań poczynionych w uzasadnieniu wspomnianego powyżej wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15), który zapadł, jak już to przybliżono powyżej, w zupełnie odmiennych okolicznościach faktycznych. Na potrzeby rozstrzygnięcia tego zarzutu dodać należy, że w przeciwieństwie do sprawy, na której wzoruje się odwołanie, Odwołujący nie wykazał, że miała miejsce zarzucana manipulacja zmierzająca do kredytowania robót wykonywanych na późniejszym etapie wynagrodzeniem ryczałtowym za elementy objęte wymaganiami ogólnymi.

Przede wszystkim – Odwołujący nie wskazał żadnych postanowień s.i.w.z., które uzasadniałyby jego twierdzenie, że Polaqua może domagać się całości wynagrodzenia za czynności objęte poz. 1 kosztorysu wymagań ogólnych na samym początku realizacji zamówienia, jako tzw. bezwarunkową zaliczkę. Odwołujący od razu skupił się na obszernych rozważaniach dotyczących jej wysokości, natomiast zupełnie pominął konieczność wykazania, że możliwość jej wyegzekwowania znajduje oparcie w konkretnych postanowieniach s.i.w.z. Odwołujący błędnie przyjął, że kwestia ta nie wymaga udowodnienia, gdyż zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co stanowi na potrzeby postępowania odwoławczego emanację reguły ciężaru dowodu wyrażonej w art. 6 Kodeksu cywilnego. Ponieważ okoliczność ta nie została w toku rozprawy przyznana przez stronę przeciwną, wymagała udowodnienia zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu spoczywającym w tym przypadku na Odwołującym.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zwrócił uwagę na postanowienie Warunków Szczególnych Kontraktu zawarte w subklauzuli 14.1 Cena kontraktowa w lit. d.

Izba stwierdziła, że w tym zakresie Zamawiający zdecydował się na zastąpienie postanowienia Warunków Ogólnych Kontraktu, który brzmi następująco: *Jeżeli nie jest podane inaczej w Warunkach Szczególnych, to: w ciągu 28 dni po Dacie Rozpoczęcia Wykonawca dostarczy Inżynierowi proponowany podział każdej kwoty ryczałtowej zawartej w Wykazach. Inżynier może wziąć pod uwagę ten podział przy sporządzaniu Świadectw Płatności, ale nie będzie nim związany.* Przy czym według definicji zawartej w Postanowieniach Ogólnych {w pkt 1.1.1.7 subklauzuli 1.1} Warunków Ogólnych *Wykazy oznaczają dokumenty tak zatytułowane, wypełnione przez Wykonawcę i dostarczone wraz z Ofertą i włączone do Kontraktu. Dokumenty te mogą zawierać Przedmiar Robót, dane, spisy oraz wykazy stawek i/lub cen.* Zamawiający w Warunkach Szczególnych Kontraktu zmienił tę definicję przez dodanie, że mogą być to być nie tylko dokumenty dostarczone wraz z ofertą i włączone do kontraktu, ale i *sporządzone zgodnie z Kontraktem i włączone do Kontraktu* {pkt. 1.1.1.7 subklauzuli 1.1}. Natomiast brzmienie subklazuli 14.1 lit. d zostało zmienione na następujące: *Wykonawca na każde żądanie Inżyniera dostarczy Wykaz Płatności zgodnie z subklauzulą 14.4 [Wykaz płatności i plan płatności]. Inżynier może wziąć pod uwagę ten Wykaz przy sporządzaniu świadectw płatności, ale nie będzie nim związany.*

Istotne znaczenie ma również zastąpienie występującej w Warunkach Ogólnych subklauzuli 14.4 Wykaz Płatności subklauzulą 14.4 Wykaz Płatności i Plan Płatności, której brzmienie w całości zostało zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zdecydował się w tym przypadku na wprowadzenie zupełnie odmiennej regulacji. Po pierwsze – zdefiniowano wykaz płatności jako rozbicie wskazanych przez Inżyniera cen jednostkowych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, zastrzegając że dotyczy to również cen pochodzących z rozbicia cen zagregowanych lub ryczałtowych. Po drugie – szczegółowo uregulowano co powinno zawierać takie rozbicie – nakłady robocizny (z podaniem stawki roboczogodziny), materiałów (z podaniem ceny materiałów wraz z kosztami transportu) i pracy sprzętu (z podaniem stawki roboczogodziny), wysokość kosztów pośrednich oraz wysokość zysku. Natomiast plany płatności zostały zdefiniowane jako kwartalne szacunki płatności opracowywane przez wykonawcę.

Zamawiający wprowadził również zmiany do subklauzuli 14.6 Wystawianie Przejściowych Świadectw Płatności. Wprowadził postanowienie, że takie przejściowe świadectwo płatności zostanie przekazane wykonawcy jako podstawa do wystawienia faktury VAT zgodnie z subklazulą 14.7 Płatność. Pozostawiono jednak regułę, że *w ciągu 28*

dni od otrzymania każdego rozliczenia i dokumentów uzasadniających, Inżynier wystawi Zamawiającemu Przejściowe Świadectwo Płatności, podające kwotę, którą Inżynier sprawiedliwie określa jako należną, z uzasadniającymi szczegółowymi informacjami. Koresponduje to z subklazulą 14.3 Występowanie o Przejściowe Świadectwo Płatności, której brzmienie (po uwzględnieniu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego) w zakresie pierwszego akapitu jest następujące: *Po zakończeniu każdego miesiąca, Wykonawca przedłoży Inżynierowi, w sześciu egzemplarzach i w postaci zatwierdzonej przez Inżyniera, Rozliczenie wskazujące szczegółowo kwoty, do których otrzymania Wykonawca uważa się za uprawnionego, wraz z dokumentami uzasadniającymi, zawierającymi także raport o postępie pracy podczas tego miesiąca, zgodnie z Subklauzulą 4.21 [Raport o postępie pracy].*

Wobec tego stanowisko Zamawiającego (zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie), że również pozycje kosztorysu wymagań ogólnych będą rozliczane w miarę postępu robót, według stanu realizacji zadań związanych z dostosowaniem się do wymagań ogólnych określonych w D-M.00.00.00, znajduje oparcie w przywołanych postanowieniach. Podkreślić należy, że Zamawiający za pośrednictwem Inżyniera ma pełną kontrolę nad tym, czy i w jakiej wysokości będzie wypłacane wynagrodzenie z tytułu wycenionych ryczałtowo pozycji kosztorysu wymagań ogólnych. Skoro wykonawca ma obowiązek przedstawienia szczegółowej kalkulacji również cen jednostkowych zawartych w zagregowanych cenach ryczałtowych, wraz z dokumentami uzasadniającymi oczekiwane wynagrodzenie, tym samym musi wykazać, że wykonał określoną czynność objętą daną pozycją ryczałtową. W razie niewykazania zasadności przedstawionego przez wykonawcę rozliczenia, Zamawiający może podjąć decyzję o jego nieuwzględnieniu przy sporządzaniu świadectw płatności.

Izba stwierdziła ponadto, że sam Zamawiający przed wszczęciem postępowania oszacował poz. 1 kosztorysu nr 1 na kwotę 50 tys. zł. Tymczasem we wszystkich ofertach, z wyjątkiem Konsorcjum Aldesa, są to kwoty opiewające na miliony złotych (Budimex wycenił najniżej na blisko 2,5 mln zł, ale za to dostarczenie i urządzenie swojego zaplecza wycenił na ponad 13 mln zł), w przypadku Konsorcjum Trakcja jest to kwota blisko 9,3 mln zł. Nawet biorąc pod uwagę rozszerzenie i sprecyzowanie STWiORB DM.00.00.00 {zmiana nr 4 s.i.w.z.}, trudno przyjąć, że takie kwoty odpowiadają temu, czego spodziewał się Zamawiający.

Przypisanie czynu nieuczciwej konkurencji nie może opierać się na czystej spekulacji, a taką jest zakładanie przez Odwołującego, co uczyni Przystępujący na etapie realizacji zamówienia, a także domniemywanie przyczyn niezłożenia ofert przez innych wykonawców,

który zostali do tego zaproszeni.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przedstawione w odwołaniu argumenty nie świadczą o tym, że złożenie przez Polaqua oferty stanowiło zarzucany w odwołaniu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust.1 uznk.

{KIO 2636/15}

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Trakcja}

Zarzuty zawarte w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Izba ustaliła, że zawartość oferty Konsorcjum Trakcja prezentuje się tak, jak przedstawiono to w odpowiedzi na odwołanie.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w równolegle prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na inny odcinek drogi Konsorcjum Trakcja występowało w składzie trzech wykonawców, bez Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o.

Izba zważyła, że zarzuty odwołania opierają się na pominięciu lub nieuprawnionej interpretacji istotnych okoliczności faktycznych.

Po pierwsze – Odwołujący przemilczał, że wraz z ofertą zostały ponownie te same, co we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pełnomocnictwa dla Trakcji jako lidera konsorcjum od każdego z trzech pozostałych wykonawców, w tym od wspomnianego powyżej wykonawcy. W ocenie Izby nie sposób pominąć tego faktu, gdyż pełnomocnictwo to byłoby zbędne, gdyby oferta miała być złożona w tylko w imieniu trzech pozostałych członków Konsorcjum Trakcja.

Po drugie – odrębność charakteru prawnego wadium i oferty nie oznacza, że bez znaczenia jest okoliczność zamieszczenia wśród dokumentów składanych w ofercie (kopii) gwarancji przetargowej, w której treści jednoznacznie wskazano, że została ona wystawiona na zlecenie Trakcji działającego jako lider konsorcjum w składzie czterech wykonawców w związku ze złożeniem przez nie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach czynności podjęte przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp należy uznać za prawidłowe. Nieprzekonujące jest stanowisko Odwołującego, które sprowadza się do domagania się, aby Zamawiający kierował się skrajnym formalizmem i brał pod uwagę wyłącznie jeden spośród wielu dokumentów składających się na ofertę, czyli niczego nie badał i nie wyjaśniał wątpliwości. Izba podziela stanowisko uprzednio wyrażane w orzecznictwie Izby, które zostało zaprezentowane w

odpowiedzi na odwołanie.

Na marginesie Izba zauważa, że w odwołaniu na potrzeby uzasadniania stawianego zarzutu zagmatwano kolejność czynności podjętych przez Zamawiającego, który już po tym, jak poprawił oznaczenie składu wykonawców w formularzu ofertowym Konsorcjum Trakcja, w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania popełnił omyłkę, którą niezwłocznie sprostował.

{ad pkt 3 listy zarzutów – zarzut dotyczący oferty Polaqua}

Zarzut zawarty w odwołaniu Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, 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.

Na tle poprzedniego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp {*Zamawiajmy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*} w orzecznictwie i doktrynie wskazywano na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Dostrzegano jednocześnie że są to generalne i niewiążące wskazania, wprost niewynikające z art. 90 ust. 1 pzp ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. W szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) Izba zauważyła, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest* {na gruncie art. 90 ust. 1 pzp}

możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek", czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania *wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.* Analogiczne stanowisko pojawiło się również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/10) Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, co następuje: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Przy czym wspomniany wyrok zapadł na tle stanu faktycznego, w którym wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe od oszacowania dokonanego przez zamawiającego, jednocześnie cena najtańszej oferty odbiegała od pozostałych dwóch ofert nie więcej niż o 16%. Było to podstawą do uznania, że ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu w stosunku do oszacowania dokonanego przez zamawiającego, a różnice pomiędzy cenami złożonych ofert nie uzasadniają powstania wątpliwości co do rażącego zaniżenia ceny w wybranej ofercie.

W aktualnym stanie prawnym zmieniło się jedynie tyle, że wprowadzono sztywne kryteria 30% różnicy w stosunku do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego {co należy rozumieć w tym przypadku jako wartość uwzględniającą kwotę podatku od towarów i usług} lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – wystąpienie jednego z nich zostało podane jako przykład sytuacji, w której cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i ma wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co obliguje do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

W rozstrzyganej sprawie nie zachodzi żadne z przywołanych powyżej kryteriów. Oczywiste jest, że według aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp cena oferty złożonej przez

Polaqua nie wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie musiała budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. Również według zaostrzonych kryteriów przyjmowanych dotychczas w doktrynie i orzecznictwie nie ma podstaw do powstania takich wątpliwości – cena tej oferty odbiega o niespełna 5% od średniej arytmetycznej dla wszystkich złożonych ofert, a także o około 14% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego (przy uwzględnieniu kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia).

Zarówno ustawa pzp, jak również prawo unijne nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny". Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty, chyba że okoliczności dotyczące postępowania wskazują na szczególne znaczenie cen jednostkowych. W tym postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu {o czym szerzej poniżej}, skalkulowanie pewnych pozycji na znacznie niższym poziomie niż średnio w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Odwołujący nigdzie nie twierdzi w odwołaniu, że cena oferty Polaqua jest rażąco zaniżona w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, skupiając się wyłącznie na wybranych pozycjach, które jego zdaniem wpłynęły na zaniżenie wyceny wykonania wyszczególnianych przez niego obiektów. W tych okolicznościach bez znaczenia dla sprawy są zgłoszone przez Odwołującego dowody na potwierdzenie kształtowania się na rynku cen materiałów objętych pozycjami zakwestionowanymi jako zaniżone.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publiczne {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zachodzi wątpliwość co do możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Polaqua.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego upatrującego podstawy do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp w zaniżeniu niektórych cen jednostkowych, jest nieadekwatne w okolicznościach tej sprawy.

Argumentacja odwołania byłaby trafna, gdyby przedmiotem zamówienia było na przykład świadczenie usług zimowego lub letniego oczyszczania ulic czy usług utrzymania zieleni. W przypadku tego typu usług mamy zwykle do czynienia z przedmiotem zamówienia, który stanowi agregację szeregu odrębnych i niezależnych od siebie czynności, co do których nie ma pewności, czy i w jakiej skali wystąpią na etapie realizacji zamówienia. Stąd szczególne znaczenie cen jednostkowych dla poszczególnych czynności, które mogą być badane pod kątem zarówno rażąco niskiej ceny, jak i manipulowania wysokością poszczególnych cen dla uzyskania korzystnego bilansu w świetle kryteriów oceny ofert lub z uwagi na przewidywany faktyczny zakres realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest również, że zamówienie na tego typu usługi ma zwykle charakter tzw. umowy starannego działania.

W przypadku zamówienia na roboty budowlane, jak w tej sprawie, mamy zawsze do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie, przy czym cena oferty określa je ostatecznie (wynagrodzenie ryczałtowe) lub w sposób przybliżony, z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Jak już powyżej to wskazano, rezultat, który ma być osiągnięty, w reżimie zamówień publicznych musi być dokładanie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 pzp (z uwzględnieniem przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 pzp) i nie może ulegać zasadniczym zmianom, niezależnie od charakteru wynagrodzenia umownego. Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Rozliczenie kosztorysowe według cen jednostkowych nie oznacza zatem, że zakres ostatecznie zrealizowanych prac może znacząco odbiegać od zakresu przewidywanego na etapie udzielenia zamówienia.

Wobec tego oczywiście niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac

koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych. Co do zasady pewnym zmianom ulec może jedynie zakres ilościowy poszczególnych prac i tu objawia się znaczenie cen jednostkowych, które pozwalają na ich rozliczenie na etapie realizacji zamówienia.

W ocenie Izby kwestia robót dodatkowych czy uzupełniających nie pozostaje w żadnym związku z zarzutem odwołania. W pierwszym przypadku z istoty swej są to roboty nieobjęte zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się niezbędne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy dodatkowych obostrzeniach wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, udzielane jako odrębne zamówienie z wolnej ręki. Również roboty uzupełniające stanowi przedmiot odrębnego postępowania, a zamówienia może być udzielone po spełnieniu przesłanek określonych w art. art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp.

{ad pkt 4 listy zarzutów – zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Aldesa}

Zarzut zawarty w odwołaniu Izba uznała za oczywiście niezasadny.

Izba ustaliła następujące brzmienie trzech pierwszych akapitów pkt 9 Podstawa płatności:

Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu.

Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w ST i w dokumentacji projektowej.

Izba ustaliła również następujące brzmienie postanowienia pkt 9.2 Warunki umowy i wymagania ogólne ST DM.00.00.00:

Koszt dostosowania się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych zawartych w ST DM.00.00.00 obejmuje wszystkie warunki określone w ww. dokumentach, a nie wyszczególnione w kosztorysie.

Koszty związane z dostosowaniem się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych zawartych w ST DM.00.00.00, w tym, między innymi, koszt związany z zapewnieniem, utrzymaniem i likwidacją zaplecza Wykonawcy, koszt organizacji ruchu na czas budowy, koszt związany z zapewnieniem, utrzymaniem i usunięciem tablic informacyjnych Wykonawca ujmie w cenach jednostkowych wykonania robót budowlanych.

Izba ustaliła także, że kosztorys ofertowy wyszczególnia odrębnie następujące pozycje kosztorysowe objęte DM.00.00.00 Wymagania ogólne:

1) *Koszt dostosowania się do Wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w STWiORB DM.00.00.00;*
2) *Zapewnienie wszystkich elementów niezbędnych do czasowej organizacji ruchu wraz z oznakowaniem, barierami, oświetleniem, sygnalizacją świetlną, przejazdami i objazdami tymczasowymi;*
3) *Utrzymanie wszystkich niezbędnych elementów tymczasowej organizacji ruchu wraz z oznakowaniem, barierami, oświetleniem, sygnalizacją świetlną, przejazdami i objazdami tymczasowymi;*
4) *Usunięcie po zakończeniu Robót wszystkich niezbędnych elementów tymczasowej organizacji ruchu wraz z oznakowaniem, barierami, oświetleniem, sygnalizacją świetlną, przejazdami i objazdami tymczasowymi;*
5) *Koszt nadzoru archeologicznego i obserwacja archeologiczna podczas prowadzenia robót ziemnych;*
6) *Koszt inwentaryzacji i oceny stanu technicznego budynków narażonych na oddziaływanie robót oraz naprawę wyrządzonych strat;*
7) *Koszt nadzoru przyrodniczego;*
8) *Koszt wykonania geodezyjnej i budowlanej dokumentacji powykonawczej;*
9) *Koszt odminowania terenu;*
10) *Dostarczenie i urządzenie zaplecza Wykonawcy;*
11) *Utrzymanie zaplecza Wykonawcy;*
12) *Likwidacja zaplecza Wykonawcy;*
13) *Wykonanie, dostarczenie i zainstalowanie tablic informacyjnych;*
14) *Utrzymanie tablic informacyjnych;*
15) *Demontaż i usunięcie tablic informacyjnych w terminie do 6 miesięcy po zakończeniu robót;*
16) *Wykonanie, dostarczenie i zainstalowanie tablic pamiątkowych po zakończeniu robót.*

Przy czym dla wszystkich powyższych pozycji jednostkę miary określono jako ryczałt, (ewentualnie miesięczny ryczałt dla poz. dotyczących utrzymania lub nadzoru), z wyjątkiem poz. 13, 15 i 16, gdzie jednostki miary wyrażono w sztukach.

Uzupełniając i reasumując powyższe, Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu zawartego w odwołaniu:

– w STWiORB wyszczególniono rozłącznie dwa rodzaje wyceny pozycji kosztorysowych: pierwszy – ceną jednostkową, drugi – kwotą ryczałtową, a następnie wskazano, że koszty związane z dostosowaniem się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych tejże STWiORB wykonawca ma ująć w cenach jednostkowych wykonania robót budowlanych;

– wyszczególnione w kosztorysie ofertowym nr 1 pozycje, z nielicznymi wyjątkami, miały zostać wycenione kwotami ryczałtowymi, tzn. takimi, dla których, z wyjątkiem ryczałtów miesięcznych, kwota podana w kolumnie pn. *Cena jednostkowa* jest taka sama jak kwota podana w kolumnie pn. *Wartość*;
– w STWiORB wśród kosztów związanych z dostosowaniem się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych wymieniono kategorie kosztów, które w kosztorysie ofertowym wyszczególniono jak odrębne pozycje.

W pierwszej kolejności Izba odsyła do poczynionych powyżej rozważań co do zakresu zastosowania przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Izba stwierdziła, że z uwagi na przywołane powyżej postanowienia s.i.w.z., które nie są wewnętrznie spójne, nie sposób stwierdzić, aby wycena na 0 zł wyłącznie pierwszej pozycji kosztorysu ofertowego nr 1 mogła być uznana za sprzeczną z treścią s.i.w.z., która dopuszczała, aby wycena kosztów dostosowania się do wymagań ogólnych i warunków umowy została ujęta w cenach jednostkowych wykonania robót budowlanych, czyli w cenach pozycji innych kosztorysów niż kosztorys nr 1.

Należy zauważyć, że Odwołujący przemilczał powyżej przywołane postanowienia, w istocie nie wskazując żadnego postanowienia, z którym byłaby sprzeczna wycena przez Konsorcjum Aldesa na 0 zł poz. 1 kosztorysu nr 1. W szczególności zawarte w instrukcji dla wykonawców postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny nie zawierają żadnego postanowienia, z którym takie działanie byłoby sprzeczne (a nierzadko zamawiający umieszczają postanowienie wprost zakazujące wyceny jakiejkolwiek pozycji na 0 zł albo postanowienie wskazujące, że w takim przypadku prace nią objęte zostaną uznane za wycenione w ramach innych pozycji). Zamiast tego Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa za sprzeczność z intencją Zamawiającego, która nie została wyrażona tak, jak widzi to Odwołujący.

Reasumując w okolicznościach sprawy nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że oferta Konsorcjum Aldesa była sprzeczna z treścią s.i.w.z., a wnioski wyciągnięte przez Odwołującego co do braku zaoferowania całościowej realizacji przedmiotu zamówienia, są zbyt daleko idące i bezpodstawne.

{KIO 2631/15, KIO 2636/15}

Pozostałe zarzuty wyszczególnione w odwołaniach, wskazujące na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 lub art. 91 ust. 1 ustawy pzp mają charakter niesamoistny, a zatem należy je uznać za również niezasadne.

Sygn. akt: KIO 2631/15
KIO 2636/15

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając w pierwszej kolejności do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Kosztami postępowania odwoławczego w obu spawach zostali obciążeni odpowiednio: Odwołujący Konsorcjum Trakcja i Odwołujący Mosty, od których – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego, który złożył w tym zakresie odpowiednie rachunki do zamknięcia rozprawy, jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....

.....

.....

Na oryginale właściwe podpisy.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Paweł Trojan