Sygn. akt: KIO 1556/23

WYROK

z dnia 16 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 1556/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu" (numer referencyjny: O/PO.D-3.2421.28.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 156-447971. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust.1, 4, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego w sytuacji, gdy nie zdołał on obalić domniemania rażąco niskiej ceny, co wynika z analizy wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, który zwrócił się do wykonawcy o złożenie „wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować…", tymczasem złożone w odpowiedzi wyjaśnienia po pierwsze nie zawierają dostatecznych dowodów, a

przedstawione nie sposób uznać za wiarygodne, a przez co również nie potwierdzają wiarygodności złożonej przez Przystępującego oferty, po drugie wyjaśnienia nie zawierają w istocie żadnych obliczeń w zakresie istotnych części składowych podanych przez Zamawiającego, a co niejako a priori świadczy o braku wypełniania obowiązku udzielenia wyjaśnień w zakresie wezwania Zamawiającego – a zatem wyjaśnienia są gołosłowne i lakoniczne, a dalej nie stanowią adekwatnej odpowiedzi na wezwanie, a w konsekwencji czego nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz ją potwierdzają;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego, a która to oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co w szczególności wynika z wyjaśnień złożonych przez PBD co do istotnych części składowych (w tym takich jak: grupa I: 3.1; 5.1; 7.1; grupa II: 4.1; 4.2; grupa III: 6.2; grupa IV: 4.1; 5.1; 5.4; 7.2; 9.1; 20.1; grupa VI: 3.11; 6.2; 7.4; grupa VII: 3.4; 7.1; 7.3; 7.5; 13.1; grupa VIII: 9.8), z uwagi na:

a. nieprzedstawienie założeń i kosztów w zakresie, w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować zamówienie (a do czego był zobowiązany – co wprost wskazał Zamawiający);

b. nierzetelne wyliczenia w zakresie kosztów pracowniczych oraz zabezpieczenia społecznego (na co wprost wskazał Zamawiający);

c. nieprzedstawienie dowodów w zakresie adekwatnym do wezwania Zamawiającego, przy jednoczesnym oparciu o ogólnikowe twierdzenia (wskazując wielokrotnie, że „cena jest trudna do wyliczenia"),

d. z kolei przedstawione dowody nie sposób uznać za wiarygodne, gdyż wykonawca przedstawił takie dokumenty jak:

i. oferty - nieadresowane bezpośrednio do niego;

ii. oferty bez wskazania okresu ich obowiązywania;

iii. dokumenty bez podpisów;

iv. oferty z okresu od 28 listopada 2022 r. do 2 grudnia 2022 r. Tymczasem termin na składanie ofert został określony na 28 października 2022 r. – co prowadzi do wniosku, że faktury czy oferty podwykonawcze zostały de facto przygotowane specjalnie pod wyjaśnienia – Przystępujący nie dysponował nimi na dzień składania ofert, a co za tym idzie nie jest wiadome w jaki sposób skalkulował w tamtym momencie swoje ceny jednostkowe;

e. oparcie się jedynie na zapewnieniu ww. wykonawcy o rzekomym doświadczeniu, co w żaden sposób nie dowodzi o prawidłowości oferty, nadto złożone wyjaśnienia są lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości przyjętych cen i kosztów

w konsekwencji czego wykonawca nie obalił domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a co za tym idzie doszło do nieuzasadnionego zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz istotnych części składowych ceny.

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego pomimo niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny, co potwierdzają wprost złożone przez Przystępującego 4

wyjaśnienia – w których Wykonawca wielokrotnie stwierdza, że cena jest „trudna do wyliczenia", a co więcej pomija składowe elementy kosztów danych cen jednostkowych i kwestię zysku, co świadczy o tym, że cena za jednostkę wykonawcy nie obejmuje wszystkich składników kosztów i innych czynności opisanych w SST – gdy tymczasem z warunków zamówienia wprost wynika konieczność dokładnego, precyzyjnego skalkulowania poszczególnych cen, tj. z następujących zapisów:

a. SWZ - cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (z SWZ cz. IV), a Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy (17.2, SWZ cz. I), nadto Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje (17.3, SWZ cz. I), jak również, że cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia (17.5, SWZ cz. I);

b. Projektowanych Postanowień Umownych, tj.: § 4 ust. 2, 5, 6 PPU),

w konsekwencji czego oferta jest niezgodna z ww. warunkami umownymi, a zatem winna zostać odrzucona, bowiem nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania lub zakłada jej zmienność w zależności od warunków

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i rzekomo niepodlegającej odrzuceniu, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu (lub pominięciu) wartości poszczególnych elementów cenotwórczych – co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać

zamówienie, czego nie można uznać za uczciwą konkurencję, a co wątpliwości, czy wykonawca zakłada w ogóle zysk w poszczególnych pozycjach, gdy tymczasem winien on założyć zysk w każdej z pozycji

a w konsekwencji

5. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego.

Uzasadniając zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, iż wyjaśnień Przystępującego nie sposób jest uznać za adekwatną odpowiedź na otrzymane wezwanie do wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że czynność zwrócenia się o wyjaśnienia powoduje, że aktualizuje się wówczas domniemania rażąco niskiej ceny po stronie wykonawcy. Odwołujący przywołał fragmenty wezwania, podnosząc, że Przystępujący przedstawił wyjaśnienia w sposób lakoniczny i hipotetyczny, bez podjęcia inicjatywy dowodowej – nie obalając domniemania rażąco niskiej ceny, co jednoznacznie potwierdza treść złożonych wyjaśnień. Co więcej, Przystępujący podał m.in. że: „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów", dalej „kosztów materiałów nie można dokładnie określić". Dalej wskazuje, że przedstawiane wyjaśnienia ujmują wyjaśnienie sposobu kalkulacji „w miarę możliwości", a co znalazło swoje odzwierciedlenie w dalszej części wyjaśnień, np.: „Cena wbudowania jest trudna do wyliczenia…" (s.1); „Koszt wykonania robót jest trudny do wyliczenia…" (s. 1); „koszt tej pozycji jest trudny do oszacowania…" (s. 5); „Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia (…) skalkulowaliśmy szacunkowy koszt.."; „ceny poszczególnych elementów barier nie przekraczają zaproponowanych przez nas cen jednostkowych" (s. 5). Zdaniem Odwołującego Wykonawca przedstawił Zamawiającemu zatem pozorne wyjaśnienia treści ofert, opierające się na fikcyjnych założeniach.

Odwołujący wskazał na kwestię braków dowodowych i niewiarygodnych dokumentów. Podkreślił, że Wykonawca winien przedłożyć wyjaśnienia wraz z dokumentami w zakresie wskazanych istotnych części składowych – a któremu to obowiązkowi nie sprostał, nie przedstawiając żądnego dowodów lub dołączając dokumenty niewiarygodne. Co więcej, Zamawiający wprost wskazał, na konieczność przedstawienia obliczeń w zakresie podanych przez siebie pozycji – tymczasem Wykonawca w większości pozycji nie podaje żadnych obliczeń albo wskazując, że cena jest „trudna do wyliczenia" czy też podaje wartości w oparciu o „doświadczenia". Odwołujący zauważył, że w wezwaniu Zamawiający zaakcentował obowiązek przedstawienia dowodów, jednak Przystępujący do wyjaśnień załączył dokumenty, które jedynie potwierdzają brak wiarygodności złożonych wyjaśnień, a co z tym idzie nierzetelność oferty. Po pierwsze wskazał, że dołączone dowody nie sposób przyjąć za prawidłowe, gdyż Wykonawca nie mógł nimi dysponować w momencie sporządzania oferty. Termin na składanie ofert został określony na 28 października 2022 r. Wobec tego już w tym momencie wykonawca winien dysponować poszczególnymi dowodami, na podstawie których przygotował ofertę. Tymczasem znaczna część dokumentów jest opatrzona po dacie otrzymania wezwania do wyjaśnień – a zatem po dniu 24 listopada 2022 r. Co więcej, część niektóre z dołączonych dokumentów nie zawierają nawet daty. Mianowicie, Przystępujący przedstawił: - oferty bez daty ich sporządzenia (zob. załączniki do wyjaśnień PBD: nr 2, 5, 7); - oferty z okresu od 28 listopada 2022 r. do 2

grudnia 2022 r., tj. po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego (zob. załączniki do wyjaśnień: nr 3, 4, 6, 9, 10, 11). To z kolei prowadzi do wniosku, że faktury czy oferty podwykonawcze zostały de facto przygotowane specjalnie pod wyjaśnienia – Przystępujący nie dysponował nimi na dzień składania ofert, a co za tym idzie nie jest wiadome w jaki sposób skalkulował w tamtym momencie swoje ceny jednostkowe. Tymczasem termin na składanie ofert został określony na 28 października 2022 r. - co prowadzi do wniosku, że faktury czy oferty podwykonawcze zostały de facto przygotowane specjalnie pod wyjaśnienia – Przystępujący nie dysponował nimi na dzień składania ofert, a co za tym idzie nie jest wiadome w jaki sposób skalkulował w tamtym momencie swoje ceny jednostkowe. Po drugie Odwołujący wskazał, iż, przedstawionych dowodów nie można przyjąć za wiarygodne również z tego powodu, że są to dokumenty obarczone wadami takimi jak brak wskazania do jakiego podmiotu są adresowane, brak podania okresu obowiązywania czy brak ilości jaka ma być oferowana. Tym samym są to oferty nierealistyczne, nie gwarantujące możliwości ich realizacji na rzecz Przystępującego, w zakresie określonym przedmiotem zamówienia. Mianowicie, Przystępujący przedstawia: - oferty - nieadresowane bezpośrednio do niego (zob. załączniki do wyjaśnień: nr 2; 4; 7;10); - wydruki ze stron internetowych – nieadresowane do Przystępującego, bez podania ilości czy okresu obowiązywania ofert (zob. załączniki do wyjaśnień: nr 4; 7); - oferty bez wskazania okresu ich obowiązywania zob. załączniki do wyjaśnień 2-11); - dokumenty bez podpisów (zob. załączniki do wyjaśnień: nr 4; 6; 7; 10); W odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia. Z kolei nie sposób przyjmować dokumentów przygotowanych de facto „pod wezwanie" (co potwierdzają w szczególności daty sporządzenia) jako wiarygodnych dowodów, na których konieczność wskazał Zamawiający. Brak wykonania powyższego stanowi o tym, że wyjaśnienia są gołosłowne i powinny skutkować odrzuceniem oferty, której dotyczą.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że dokumenty przedstawione przez Wykonawcę w żaden sposób nie odnoszą się do wyliczenia ceny (na których konieczność przedłożenia wskazał sam Zamawiający w wezwaniu), w tym cen, kosztów i przyjętych założeń (których to tez Wykonawca nie przedstawia – o czym dalej), a tym bardziej nie potwierdzają ich wiarygodności i rynkowości. W konsekwencji dokumenty te nie znajdują odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach. Podkreślił, że Przystępujący w treści wyjaśnień w żaden sposób nie wyjaśnia w jaki sposób skalkulował cenę poszczególnych elementów oferty w oparciu o przedstawiane dowody i czy oferty dają gwarancję chociażby wykonania części zamówienia. W nawiązaniu do powyższego Odwołujący powołał się na orzecznictwo. Zaznaczył, że Przystępujący nie przedłożył jakichkolwiek realnych ofert czy innych

dokumentów, którymi miałby dysponować na moment składania oferty, a które jednocześnie potwierdzałby, że jest on w stanie wykonać zamówienie – co mogłoby w jakikolwiek sposób choćby uprawdopodabniać zaoferowane kwoty. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego, który wzywał do złożenia wyjaśnień. Przystępujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu w tym zakresie – przez co już chociażby z tej przyczyny, niejako a priori – wyklucza możliwość uznania złożonych wyjaśnień za wiarygodne. Z analizy złożonych do wyjaśnień dokumentów wynika bowiem, że żaden ze złożonych dokumentów nie można uznać za wiarygodny – gdy tymczasem Zamawiający żądał dowodów w zakresie wskazanych przez siebie części istotnych.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień w zestawieniu do treści wezwania, w ocenie Odwołującego nie sposób przyjmować, by treść złożonych wyjaśnień odpowiadała treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Odwołujący przedstawił tabelę, która obrazuje odniesienie się do przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień w rozbiciu na poszczególne pozycje wskazane wprost przez Zamawiającego.

W zakresie Grupy prac 1 poz. 3.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie podaje obliczeń dot. składowych elementów wykonania danej pozycji, brak informacji o zakładanym zysku, brak informacji co wchodzi w zakres wykonania tych prac oraz jakie są ujęte tutaj części składowe ceny jednostkowej. Co więcej, brak informacji czy założeń dot. ujęcia kosztów pracodawcy w wynagrodzeniach pracowników; Ponadto, brak ujęcia kosztów zabezpieczenia robót/oznakowania - a co stanowi wymóg zawarty w specyfikacji szczegółowej SST. Przystępujący nie wskazał też kosztów pośrednich - podano kalkulację samego wytworzenia materiału do wykonania prac (a zatem Przystępujący zdaje się ich nie ujmować).

W zakresie Grupy prac 1 poz. 5.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie przedstawia żadnych wliczeń dotyczących składowych elementów wykonania danej pozycji, tj. brak jest chociażby wartości procentowej przyjętej na robociznę czy koszty pracodawcy (Wykonawca sam podaje koszty składowe, ale nie wskazuje ich udziału czy jakiejkolwiek wartość procentowej: „skalkulowaliśmy koszt wbudowania masy z recyklera na poziomie 500 zł/Mg (robocizna, recykler, samochód dostawczy z oznakowaniem, sprzęt drobny do zagęszczenia)”. Tymczasem Zamawiający wskazał na konieczność dołączenia wyliczeń, co wyszczególnił w wezwaniu. Dodatkowo, brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

W zakresie Grupy prac 1 poz. 7.1 oraz Grupy prac 2 poz. 4.1 Odwołujący wskazał, iż w przypadku obu tych prac, Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów - opierając się na zapewnieniu o rzekomym „doświadczeniu”. Wykonawca podał, by za niższe ceny wykonywał takie prace w 2022 roku, co w żaden sposób nie potwierdza wiarygodności i prawidłowości oferty. Przede wszystkim nie sposób wywieść, czy jest to cena rynkowa i czy

w obecnych realiach gospodarczych, wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie. Dodatkowo, Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy Wykonawca zakłada tutaj zysk (nie jest wiadome, czy prace z 2022 r. były wykonane "na plusie" czy "na minusie", jak ma to mieć miejsce obecnie – Przystępujący nie odniósł się w żaden sposób do zysku). W zakresie Grupy prac 2 poz. 4.2 Odwołujący wskazał, iż Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji, obliczeń. Nie dołączono ofert ewentualnych podwykonawców. Wykonawca nie podejmuje się również żadnego rozbicia na składowe elementy ceny jednostkowej - Wykonawca podaje zaledwie składowe ceny jednostkowej, ale nie podaje na jakim poziomie kształtują się cenowo/procentowo poszczególne części składowe ceny jednostkowej (Przystępujący z jednej strony dostrzega elementy składowe, a z drugiej nie przedstawia żadnych wyliczeń w tym zakresie – a do czego był zobowiązany: „Cena obejmuje koszt robocizny, koszt środków transportu do wywiezienia urobku, koszt zabezpieczenia robót, uporządkowanie terenu”). Ponadto, brak informacji o tym, by zakładał jakikolwiek zysk.

W zakresie Grupy prac 3 poz. 6.2 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący podał, że grunt zgromadził na własnym placu z wykonywania innych robót - jednak nie podaje żadnych informacji dotyczących ilości zgromadzonego gruntu, również brak jest obliczeń (których konieczność wynika z wezwania).

W zakresie Grupy prac 4 poz. 4.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie przedstawia obliczeń dot. składowych elementów wykonania danej pozycji, brak informacji co wchodzi w skład tej pozycji. Nie sposób zakładać, by Wykonawca zakładał realizację wszystkich prac albo choćby jakąś część prac koniecznych do ujęcia i wyceny tej pozycji. Przystępujący powołuje się na przykładową ofertę podwykonawczą - jednak brak w niej informacji o tym jakie są choćby ogólne założenia wykonania tej roboty, jaka ilość i czy są zgodne z SST.

W zakresie Grupy prac 4 poz. 5.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie podaje obliczeń dot. składowych elementów wykonania danej pozycji - zatem nie sposób wnioskować, w jaki sposób wyliczył cenę jednostkową, a dalej idąc - czy zakłada tutaj zysk.

W zakresie Grupy prac 4 poz. 5.4 i 7.2 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie podaje obliczeń dot. składowych elementów wykonania danej pozycji, brak informacji o zakładanym zysku, brak informacji co wchodzi w zakres wykonania tych prac oraz jakie są ujęte tutaj części składowe ceny jednostkowej (oferta podwykonawcza również nie zawiera informacji o tym, jakie są ujęte koszty). W konsekwencji Zamawiający nie miał nawet możliwości weryfikacji, czy w tej cenie są ujęte wszystkie założenia zawarte w SST - przy czym Przystępujący winien to wykazać, zgodnie z treścią wezwania samego Zamawiającego.

W zakresie Grupy prac 4 poz. 9.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący przestawia ofertę za materiał użyty do wykonania tej roboty, która została wygenerowana ze strony internetowej -wygenerowano 28.11.2022 r., brak informacji o zakresie ilości, nie jest adresowana do PBD. Wykonawca nie przedstawia też żadnych obliczeń.

W zakresie Grupy prac 4 poz. 20.1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie przedstawia dowodów, brak obliczeń o poziomie części składowych zaproponowanej ceny, brak dowodów na cenę za zakup materiału.

W zakresie Grupy prac 6 poz. 3.11 Odwołujący wskazał na ofertę podwykonawczą. Wskazał na brak informacji czy robocizna uwzględnia przepisy dot. kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego. Przystępujący napisał o wcześniejszych ustaleniach telefonicznych -Zamawiający nie wie jakie to są ustalenia i czy zawierają one odpowiednią specyfikę wykonania prac; brak daty sporządzenia oferty - czy ona jest aktualna, na jaki dzień jest ona ważna.

W zakresie Grupy prac 6 poz. 6.2 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie podaje obliczeń dot. składowych elementów wykonania danej pozycji, brak informacji o zakładanym zysku, brak informacji co wchodzi w zakres wykonania tych prac oraz jakie są ujęte tutaj części składowe ceny jednostkowej. W szczególności Wykonawca nie podaje czy cena zawiera zabezpieczenie/oznakowanie robót; Wykonawca przedstawia oferty wygenerowane ze strony internetowej - brak daty na ofercie, z kolei oferta na PEO PCV - ważna była do 05.12.2022 r. (natomiast wyjaśnienia przez Przystępującego złożone były w dn. 09.12.2022 r. - zatem oferta już nie była ważna na dzień składania wyjaśnień).

W zakresie Grupy prac 6 poz. 7.4 Odwołujący wskazał, iż powołanie się na "doświadczenie" - przy jednoczesnym braku jakichkolwiek dowodów czy kalkulacji. W prosty sposób Wykonawca podaje cenę, w oparciu o rzekome doświadczenie.

W zakresie Grupy prac 7 poz. 3.4, 7.1, 7.3, 7.5 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie przedstawia obliczeń. Brak wskazania w wyjaśnieniach czy w cenie jednostkowej są ujęte wszystkie prace zgodnie w SST. Przystępujący wskazuje, że elementy barier kupuje od innego podmiotu – przy czym oferta nie odnosi się również do warunków stawianych w SST (Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że materiały spełniają wymagania SST w czasie realizacji robót. Zastosowane materiały muszą spełniać wymagania Ustawy o wyrobach budowlanych z dn. 16.04.2004 r., (Dz. U. z 2020 r. poz. 215, 471) oraz posiadać dokumenty dopuszczające do ich wbudowania na rynku Polskim (…). Przystępujący odnosi się tylko do zakupu elementów barier. Przy czym nie odnosi się do innych kosztów składowych, jak np. robocizna (montaż) czy inne koszty pośrednie. Można zadać zatem pytanie, czy wkalkulował je w podaną cenę jednostkową? Co więcej, z wyjaśnień można wywieść wniosek, że Wykonawca nie zakłada tutaj zysku - sam wskazał, że zakłada, iż "wartość materiału z montażem nie przekroczy zaproponowanych w cenach jednostkowych wartości" - a co rodzi pytanie, w jaki sposób Wykonawca ma tutaj zakładać zysk, skoro zakłada jedynie pokrycie kosztów (czego też nie jest w stanie wykazać).

W zakresie Grupy prac 7 poz. 13.1 Odwołujący podniósł, iż Przystępujący złożył ofertę Weldon - oferta sporządzona po składaniu ofert, a co więcej - jest to oferta niejednoznaczna, 10

ponieważ w treści oferty mailowej jest informacja, że proponują cenę za panele: 250 - 350 zł/m2 ; W związku z czym nie jest wiadomo, o które dokładnie elementy panelu chodzi. W konsekwencji Przystępujący nawet nie wyjaśnił, jaką ma propozycję cenową za materiał. W zakresie Grupy prac 8 poz. 9.8 Przedstawiona oferta podwykonawcza została sporządzona po terminie składania ofert. Przy czym Przystępujący nie przedstawia obliczeń/kalkulacji. Brak jest informacji w ofercie podwykonawczej o rodzaju prac ujętych w SST dla danej pozycji cenowej (np. zabezpieczenie/oznakowanie robót), jak również brak informacji w ofercie podwykonawczej czy koszty robocizny są zgodnie z przepisami dot. kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odwołujący podkreślił, że każdorazowo punktem wyjścia dla oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winna być treść samego wezwania. To wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Złożone wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólnikowy. Nie sposób jest uznać, by rozwiewały on wątpliwości Zamawiającego (a wręcz przeciwnie treść wyjaśnień rodzi kolejne wątpliwości), gdyż w zasadzie nie odnoszą się nawet do tych wątpliwości, które Zamawiający wskazał w wezwaniu, a co szczególnie istotne nie przedstawiono wymaganych obliczeń, jak również nie dołączono do nich wymaganych dowodów. W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego – adekwatnego do treści wezwania – udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że Przystępujący w znacznej mierze niejako „przerzuca” ciężar wyjaśnienia ceny na podwykonawców, jednocześnie nie podejmując się samodzielnej weryfikacji podanych kosztów – a co świadczyłoby o tym, że zweryfikował ich wartość pod kątem wiarygodności zaoferowanych cen. Przystępujący nie przedstawia zasadniczo żadnych obliczeń czy chociażby wyodrębnienia poszczególnych elementów składowych i ich przełożenia na zaoferowaną cenę jednostkową – gdy Zamawiający wyraźnie wskazał na taki obowiązek. Przy czym nie sposób uznać wyjaśnień za wiarygodnych w takiej sytuacji, gdyż nawet nie wiadomo w jaki sposób poszczególne ceny zostały wycenione. Odwołujący powołał się na orzecznictwo wskazujące, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a argumentacja co do realności zaoferowanej

ceny musi opierać się na materiale dowodowym w sposób niezbity i wyczerpująco wykazującym słuszność twierdzeń oferenta co do wysokości kosztów do poniesienia. Odwołujący podniósł, iż Wykonawca przedstawił oferty podwykonawcze, jednak nie są one poparte analizą czy kalkulacją – co mogłoby wówczas świadczyć o tym, że sam wykonawca przeanalizował oferty pod kątem ich wiarygodności. Przystępujący przedstawia oferty (abstrahując nawet w tym miejscu od ich braku wiarygodności), jednak nie obrazuje żadnej analizy tych ofert podwykonawczych czy też rozbicia przedstawionych kwot. W konsekwencji należy dojść do wniosku, że Wykonawca nie zweryfikował ich nawet pod kątem wiarygodności. Z uwagi na brak samodzielnej kalkulacji, nie sposób jest też wywnioskować jaki Wykonawca zakłada zysk – jeśli w ogóle go zakłada. Jak wskazano w tabeli Przystępujący nie przedstawia jakichkolwiek obliczeń czy kalkulacji, a co za tym idzie – nie sposób nawet czynić jakiekolwiek ustalenia co do zysku. Nadto, w zakresie niektórych

pozycji zdaje się wprost przyznawać, że nie zakłada on zysku przy dane cenie jednostkowej – chcąc się jedynie niejako „zmieścić" w cenie jednostkowej z kosztami.

Kolejno Odwołujący odniósł się do kosztów pracowniczych oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, na których konieczność wyjaśnienia wskazał wprost Zamawiający. Przystępujący podał w części jawnej wyjaśnień ogóle założenie – deklaracje – dotyczące kosztów robocizny tj.: co jednak nie znalazło żadnego odzwierciedlenia w ujawnionej części wyjaśnień. Nawet po ujawnieniu wyjaśnień, nie sposób jest odnieść się do argumentacji Przystępującego co do kosztów pracowniczych – gdyż w ogóle jej tam nie ma. To z kolei potwierdza wadliwość złożonych wyjaśnień – również w zakresie kosztów pracowniczych (a na które to wskazał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień). Obowiązkiem Przystępującego było wyjaśnienie tych kwestii, o które Zamawiający pytał – a zatem również w zakresie kosztów pracowniczych, z kolei Zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę winien zweryfikować, czy otrzymał przekonywujące wyjaśnienia. Nie można zatem uznać za prawidłowe działanie Zamawiającego, który to z jednej strony oczekuje wyjaśnień, w tym obliczeń, w zakresie zgodności z przepisami prawa pracy – a z drugiej przyjmuje wyjaśnienia (a zatem również ofertę) za prawidłową, w których to zawarto jedynie prostą deklarację o rzekomej „zgodności z przepisami" – z pominięciem chociażby podania założeń czy kalkulacji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona również jako niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny – a co potwierdzają złożone wyjaśnienia, z których to wynika, że cena za jednostkę Przystępującego nie obejmuje wszystkich składników kosztów i innych czynności opisanych w SST. Odwołujący wskazał na postanowienia pkt 17 SWZ oraz § 4 PPU, z których wynika, że Zamawiający w

sposób jasny i precyzyjny określił, iż rozliczenie w ramach przedmiotowego zamówienia (w ramach pozycji będących przedmiotem wyjaśnień) odbywać się będzie według cen jednostkowych za poszczególne kategorie usług i prac. Zamawiający wskazał na to w konstrukcji formularza ofertowego, jak i we wzorze umowy. Wezwanie do wyjaśnień kierowane do wykonawcy PBD również wskazywało na ceny jednostkowe, które to wykonawca winien był precyzyjnie skalkulować (na co wskazał Zamawiający również w wezwaniu do wyjaśnień). Odwołujący nie zgodził się, by wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podawał w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania. Takie założenie winno prowadzić do odrzucenia oferty -a brak takiego odrzucenia stanowi o naruszeniu Zamawiającego. Analiza SWZ i postanowień umownych oraz złożonej oferty wraz z wyjaśnieniami, prowadzi do wniosku, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym Odwołujący wskazał, że założenie o niezgodności z warunkami zamówienia było podnoszone już na podstawie wstępnej części wyjaśnień – a co jednoznacznie potwierdziła wprost treść dalszej części wyjaśnień Przystępującego. Ponadto, Przystępujący wprost wskazuje, że „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów" - we wstępnej części wyjaśnień, a co rodziło już podejrzenie co do prawidłowości oferty ze zgodnością zamówienia. Po ujawnieniu wyjaśnień, potwierdzono wprost brak objęcia w kosztorysie ofertowym wszystkich składników kosztów. Odwołujący dodał, że stwierdzenie wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce na podstawie treści wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę. Wycena oferty musi bowiem uwzględniać zakładany sposób realizacji zamówienia. Przystępujący sam aż trzykrotnie wskazuje, że cena/koszt jest „trudna do wyliczenia". Z kolei aż dziesięciokrotnie powołuje się na swoje „doświadczenie" w zakresie poszczególnych pozycji – zamiast przedstawić jakiekolwiek obliczenia i wiarygodne dowody. Powyższe winno budzić wątpliwości co do prawidłowości oferty, a co więcej stanowi oświadczenie Przystępującego, że oferta jest skalkulowana nieprecyzyjnie.

Odwołujący wskazał, iż w orzecznictwie KIO podkreśla się, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem treści merytorycznej oferty. Z analogiczną sytuacją, polegającą na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu, mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. cena ofertowa zaproponowana przez Przystępującego nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zamawiający wprost określił, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów, a także inne czynności opisane w SST. Jednocześnie, podkreśla się, że treść oferty wykonawcy musi w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia. Przystępujący złożył ofertę, z treści której nie wynika zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z dokumentacji postępowania. W szczególności z uwagi na niezgodność z wyżej cytowanymi zapisami odnoszącymi się do sposobu obliczania ceny, oferta winna zostać odrzucona jako wypełniająca hipotezę przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nadto, z powodu wady oferty zamawiający nie będzie w stanie ustalić de facto co zostało w niej zawarte. Niedopuszczalnym w świetle prawa zamówień publicznych i dyscypliny finansów publicznych byłoby przyjęcie, że wykonawca może wskazywać w wyjaśnieniach na brak precyzji czy też „trudności" w wyliczeniach cen jednostkowych (przy czym wykonawca ten jest przecież profesjonalistą), a dalej by taki brak dokładności akceptował Zamawiający. Odwołujący podniósł, iż przyznanie przez Wykonawcę, iż przedstawia on wyjaśnienia „w miarę możliwości" potwierdza jedynie prawidłowość odrzucenia takiej oferty. Skoro Przystępujący nie jest w stanie skalkulować kosztów, to taka sytuacja może oznaczać, iż z przyczyn braku środków zamówienie – nie będzie mogło zostać wykonane. Przyznanie przez Przystępującego, iż dokonał nieprecyzyjnej wyceny oznacza, że wykonawca ten również liczy się z możliwością konieczności poniesienia kosztów ponad uzyskane wynagrodzenie. Taka sytuacja oznaczać natomiast może, iż zamówienie z przyczyn braku środków nie będzie mogło zostać wykonane, a Zamawiającemu z pewnością zawsze zależy, by przedstawiona oferta była realna i wykonalna.

Odwołujący wskazał w dalszej kolejności, iż poprzez dokonanie kalkulacji z pominięciem założenia zysku przy każdej z pozycji (a co pośrednio wynikało już z przyznania, że Przystępujący nie skalkulował precyzyjnie kosztów), jak również braku dokonania przez Wykonawcę kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych, a co rodzi wątpliwość czy Wykonawca zamierza wykonać całe zamówienie – potwierdzono również złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania czy też podawanie w treści wyjaśnień informacji w sposób niepełny, obejmując te oświadczenia tajemnicą przedsiębiorstwa (co świadczy również o naruszeniu dobrych obyczajów). Odwołujący podkreślił, że Przystępujący podał m.in. że: - „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów", dalej „kosztów materiałów nie można dokładnie określić". Co więcej, dalej wskazuje, że przedstawiane wyjaśnienia ujmują wyjaśnienie sposobu kalkulacji „w miarę możliwości"; a co znalazło swoje odzwierciedlenie w dalszej części wyjaśnień, np.: - „Cena wbudowania

jest trudna do wyliczenia…" (s.1); - „Koszt wykonania robót jest trudny do wyliczenia…" (s. 1); - „koszt tej pozycji jest trudny do oszacowania…" (s. 5); „Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia (…) skalkulowaliśmy szacunkowy koszt.."; „ceny poszczególnych elementów barier nie przekraczają zaproponowanych przez nas cen jednostkowych" - pytanie: skoro nie przekraczają, to w jaki sposób miałby być ujęty tutaj zysk? (s. 5); Wykonawca przedstawił pozorne wyjaśnienia treści ofert, opierające się na fikcyjnych założeniach (co potwierdzają również daty z jakich przedłożył dokumenty, tj. z datami po złożeniu oferty- zob. pkt I ppkt 2) – nie dokonując tym samym analizy co do jej składowych kosztów. Z kolei brak precyzyjnej kalkulacji oraz założenia, by koszty miały „nie przekroczyć" podanej ceny jednostkowej oznacza, że Przystępujący zakłada, że w niektórych pozycjach nie osiągnie on zysku lub też w trakcie realizacji zamówienia, możliwe będzie przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami (czy też przekroczenie określonych w tabelach elementów rozliczeniowych kwot). To z kolei winno skutkować będzie odrzuceniem oferty. Jak wynika z warunków zamówienia (w szczególności zapis 17.3 SWZ), Zamawiający zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, a co oznacza, iż przewidziano, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Nadto, samo złożenie wyjaśnień w sposób niedbały stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, zmierzające do uzyskania zamówienia i nieuczciwego wyeliminowania konkurencji (co również zagraża interesowi Zamawiającego związanego z realizacją całego przedmiotu zamówienia). Odwołujący powołał się na orzecznictwo. Podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W konsekwencji zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Samo złożenie oferty przez Przystępującego z tak zaniżonymi cenami jednostkowymi stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. Nadto, Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty – która to zawierała rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości. W ramach argumentacji merytorycznej Zamawiający wskazał, iż Odwołujący oparł swój wywód o przewijające się w treści wyjaśnień fragmenty wskazujące na pewną trudność w dokładnym wycenieniu każdej z pozycji zarzucając ogólnikowość twierdzeń PBD Kalisz. W ocenie Zamawiającego ofertę należy analizować całościowo, z uwzględnieniem wszystkich informacji podanych w dokumentacji oferty łącznie z wyjaśnieniami oraz oświadczeniami, jakie padły w toku trwającego postępowania. Zamówienie „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu" obejmuje niemal sto czterdzieści kilometrów dróg krajowych, ma charakter głównie zleceniowy. Zamawiający określił część pozycji, które będą opłacane w sposób ryczałtowy co miesiąc, ale jednocześnie występuje też wiele pozycji, które będą zlecane w zależności do bieżących potrzeb według uznania Zamawiającego. Kwestia ta została szczegółowo opisana w dokumentach zamówienia. Katalog wszystkich robót i usług cząstkowych dla przedmiotowego kontraktu wynosi 431 pozycji. Zamawiający wskazał w kosztorysie ceny jednostkowe poszczególnych prac. Rzeczywista ilość wykonywanych prac może być jednak dużo niższa lub wyższa, zależna od zdarzeń losowych i konieczności wykonania związanych z tym interwencji. Przykładowo można wskazać konieczność wymiany barier energochłonnych po wypadkach komunikacyjnych niemożliwą do dokładnego oszacowania obecnie, a dopiero w chwili zajścia takiego zdarzenia. Podobnie można wskazać na wywóz odpadów związanych z wykonywaniem usługi czyszczenia separatorów. Sama usługa musi zostać wykonana systematycznie w odpowiednich interwałach czasowych. Jednakże ilość odpadów jest różna w zależności od sezonu i okoliczności naturalnie występujących w przyrodzie. Wycena takiej usługi musi zatem opierać się o pewien stopień ogólności. Stąd Zamawiający przyjął oświadczenie Przystępującego jako informujące, że niektóre pozycje muszą zawierać większy udział ryzyka przy wycenie (co znajduje odzwierciedlenie w kalkulacjach przedstawionych w wyjaśnieniach dotyczących RNC). Zamawiający podkreślił także, że w PPU wprost wskazano, że wynagrodzenie rozliczane będzie nie częściej niż raz w miesiącu na podstawie faktur VAT wystawianych w oparciu o protokoły odbioru prac (§ 5 ust. 1, 3 PPU). Wartość wynagrodzenia Wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w TER. (§ 5 ust. 4 PPU). Nadto, że wynagrodzenie jest wartością wyliczoną w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości (§4 ust. 5 PPU). W umowie uregulowano także sposób wyceny prac pomocniczych o których mowa w § 6 PPU, a przez które rozumie się prace objęte Przedmiotem Umowy, niezbędne do jego realizacji a nie wyspecyfikowane w TER. Prace te wykonywane są na pisemne zlecenie Zamawiającego, określającego 16

lokalizację i orientacyjny zakres prac oraz terminy ich rozpoczęcia i zakończenia oraz szacunkową wartość tych prac (§ 6 ust.1 PPU). Jeśli prace wynikające z polecenia nie mają odpowiednika w TER Wykonawca przedstawia kalkulację Zamawiającemu i dalsze uzgodnienie kosztów następuje wg reguł określonych w § 6 ust. 5-7 PPU. Zamawiający

wskazał, że szczególny charakter usług będących przedmiotem zamówienia powoduje konieczność zastosowania tak specyficznych rozwiązań i dokonania wyceny w sposób przedstawiony przez Przystępującego.

Zamawiający zauważył też, że Przystępujący wycenił wszystkie pozycje, które wyszczególnił Zamawiający, odpowiedział na wszystkie pytania, jakie wystosował Zamawiający w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Odpowiedzi i szczegółowe wyliczenia wraz z dowodami są znane wszystkim uczestnikom postępowania. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia, kalkulacje i dowody były wystarczające do obalenia domniemania, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Weryfikacji została poddana cena globalna ofert oraz cząstkowe pozycje kluczowe. Analizy dokonano w odniesieniu do ceny globalnej kosztorysu oraz średniej cen globalnych ze złożonych ofert dla postępowania. Adekwatnie badaniu poddano ceny asortymentu kluczowego (min. 68 pozycji). Uwzględnienie odniesienia cen do wartości średnich ze złożonych ofert dla danego postępowania miało na celu uwzględnienie dynamicznie zmieniających się w ostatnim czasie cen spowodowanych m.in. obecną sytuacją geopolityczną. W wyniku przeprowadzonej analizy stwierdzono, że w treści ofert nie wystąpiła rażąco niska cena w odniesieniu do ceny globalnej – w przypadku analizy pozycji kluczowych o wyjaśnienie RNC wystąpiono do: PBD Kalisz – o wyjaśnienie 12 pozycji względem KI oraz 19 pozycji względem ceny średniej ze wszystkich ofert (8 pozycji było wspólnych), Odwołującego – o wyjaśnienie 24 pozycji względem KI oraz 26 pozycji względem ceny średniej ze wszystkich ofert (18 pozycji było wspólnych). Wobec skutecznego złożenia rzeczowych wyjaśnień przez obu oferentów Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnej ze złożonych ofert jako zawierających rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do poruszonych w odwołaniu kwestii niewystarczających dowodów na uzasadnienie braku rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, a przedstawiały wystarczająco skonkretyzowane okoliczności wskazujące na realny charakter zaproponowanych cen. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia w zestawieniu z ofertą wyeliminowały wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do podejrzenia rażąco niskiej oferty. Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia dowodów na poparcie swych twierdzeń, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa jednak katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć

zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty ani ich szczególnych wymogów formalnych. Każdy zatem dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Brak też regulacji, które jednoznacznie wskazywałyby na obowiązek odrzucenia wyjaśnień czy eliminacji dowodów na poparcie wyjaśnień RNC z uwagi na to, że dowody te nie są podpisane, pochodzą ze strony internetowej, data ich sporządzenia jest późniejsza niż data złożenia oferty, czy, że nie są skierowane do zindywidualizowanego kontrahenta. Takie „wady" dostrzegł Odwołujący w dowodach dołączonych do wyjaśnień przez Przystępującego i wywiódł z tego wniosek o obowiązku nieuznania takich dokumentów przez Zamawiającego wobec braku ich wiarygodności.

Zamawiający wskazał, iż prowadzi postępowanie w myśl zasad określonych w Pzp. tj. z zachowaniem zasady równości, jawności, proporcjonalności. W ustawie brak szczegółowych wytycznych jakie dowody są dopuszczalne w procesie składania wyjaśnień RNC. Ustawodawca pozostawił to uznaniu Zamawiającego słusznie zakładając, że ograniczanie możliwości w tym względnie stanowiłoby nieproporcjonalne ograniczenie konkurencyjności. Każdy zatem dowód przedłożony przez Wykonawcę jest w takich warunkach dopuszczalny. Przedstawione przez Przystępującego dowody na poparcie możliwości realizacji przez niego zamówienia w zaoferowanej cenie, dla Zamawiającego były prawidłowe. Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta może być złożona przez każde zachowanie zdolne do wyrażenia zamiaru zawarcia umowy o określonej treści (w myśl art. 60 k.c.) . Ponadto w stałych stosunkach gospodarczych przyjęte jest przekazywanie ofert z mało sformalizowany sposób (dopuszcza to także art. 682 k.c.). Z doświadczenia Zamawiającego jako uczestnika rynku usług wynika, że Wykonawcy mając stały krąg podmiotów współpracujących posiadają aktualne oferty i stosownie do nich proponują ceny w składanych ofertach. Rynek świadczenia usług utrzymania dróg jest duży i występują na nim liczna grupa zamawiających - zarządców dróg gminnych, wojewódzkich, krajowych oraz liczne grono wykonawców. Biorąc pod uwagę, że jedynie jeden zarządca dróg jakim jest Zamawiający (1 z 16 oddziałów w kraju) jest zarządcą 8 Rejonów i ogłosił w ostatnim roku 9 przetargów na realizację usług utrzymania dróg to liczba ofert przetargowych składanych rocznie przez każdą z firm jest bardzo liczna. Trudno zatem oczekiwać, że wykonawca gromadzi zawczasu wszystkie potencjalne dowody na poparcie każdego ewentualnego zapytania o RNC zamawiających. Odwołujący podaje w wątpliwość rzetelność dokumentów Przystępującego nie przedstawiając jednak dowodów na poparcie swych twierdzeń a jedynie wątpliwości i przypuszczenia. Wykonawca miał przedstawić dowody na to, że jest możliwe

świadczenie usług w podanej cenie. Odwołujący skutecznie nie zakwestionował żadnego z dowodów w tym zakresie a jedynie poddał w ogólną wątpliwość ich rzetelność.

Zamawiający zaprzeczył, że Przystępujący nie przedstawił wyliczeń ceny. Odwołujący całkowicie pomija treść jawną wyjaśnień, w której Wykonawca wskazał jakie składowe stanowią elementy ceny jednostkowej i przyjął po prostu odmienną od Odwołującego formę wyliczeń. Przedstawił kwotę za jaką zamierza zrealizować określone zadanie i wskazał, że: „Różnica miedzy przedstawionymi w wyjaśnieniach wartościami kosztów jednostkowych na poszczególne pozycje a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie wynika z faktu, że do kosztów bezpośrednich dodano koszty pośrednie, zysk oraz współczynnik uwzględniający ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji." Ponadto w wyjaśnieniach ogólnych wykonawca oświadczył, że składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia (...) w cenie ofertowej zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z dostosowaniem się do wymogów zamówienia, wynikające z opisu zamówienia, przedmiaru, specyfikacji technicznej pod względem oraz pozostałe mające wpływ na kompletność zamówienia". Odnośnie kosztów pracy to podobnie informacja o charakterze ogólnym, w celu jej nie powielania i znalazła się na początku wyjaśnień. Wykonawca zapewnił, że wykonujące usługę osoby są zatrudnione na umowę o pracę a należne świadczenia są wypłacane terminowo i należycie z uwzględnieniem istniejących regulacji w tym zakresie.

Wyliczenia Przystępującego oraz Odwołującego odbiegają od siebie w zakresie formy, lecz nie są tak bardzo odmienne w zakresie przedstawionych cen, co pośrednio wskazuje na ich rzetelność.

Odnosząc się też do treści tabeli zamieszczonej w odwołaniu mającej wykazać rzekomą nieadekwatność wyjaśnień do treści wezwania, Zamawiający wskazał, że jej treść nie dowodzi niczego poza odmiennym rozumieniem pojęcia przedstawienia obliczeń przez Strony niniejszego postępowania. Odwołujący skupia się na braku obliczeń i można domyślić, się jedynie, że oczekiwał szczegółowego zestawienia każdej najmniejszej składowej ceny jednostkowej przedstawionej w ujęciu procentowym, kwotowym. Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że nie sformułował takich oczekiwań wobec Wykonawców. Co więcej także sam Odwołujący nie przedstawił tak rozumianych „obliczeń" w odpowiedzi na podobne wezwanie Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał przedstawienia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych. Zamawiający nie oczekiwał dokładnego raportu ekonomicznego a jedynie przedstawienia jak Wykonawca wyliczył cenę lub koszt poszczególnej czynności. Tytułem przykładu Zamawiający wskazał, że:

1) Remonty nawierzchni masami na zimo: Przystępujący wycenił prace na kwotę 72 zł, przy czym wskazał, że koszty z ich wykonania będą wynosić nie więcej niż 60 zł. Daje to zysk

na poziomie min. 12 zł w czym zawierają się zysk czy też inne dodatkowe koszty, np. zabezpieczenie prac itd.

2) Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznej – recykler: a. Oferta Przystępującego opiewa na kwotę 72 zł, oferta Odwołującego opiewa na kwotę 60 zł. – co potwierdza, że stawka jest o 20% wyższa niż Odwołującego. Podważając rzetelność zadeklarowanej przez Przystępującego ceny jako zaniżonej w rzeczywistości Odwołujący podważa jednocześnie wiarygodność swojej oferty. b. Odwołujący wskazuje na brak wyliczeń Przystępującego po czym sam przyznaje, że podane są wartości składowe tylko bez procentowego udziału. Wykonawcy mieli swobodę w przedstawieniu wyliczeń. Prezentacja w ujęciu procentowym nie była wymagana przez Zamawiającego, nie stanowi to zatem uchybienia formalnego wyjaśnień.

3) Frezowanie nawierzchni na głębokość: a. Oferta Przystępującego – 6,30zł, oferta Odwołującego – 7,00 zł. b. Przystępujący wskazał, że koszty nie przekroczą 5,00 zł, więc logicznym wnioskiem jest, że pozostałe 1,30 zł przewidziano na pozostałe składowe ceny; c. Przystępujący wykazał, że realizował tego typu prace dla Zamawiającego w 2022 r. wg stawek wykazanych w wyjaśnieniach, co Zamawiający potwierdza na podstawie posiadanych dokumentów wewnętrznych. Informacje te nie są też niedostępne dla Odwołującego, jako że dotyczą stawek zaoferowanych w ramach poprzednich zamówień publicznych. d. Odwołujący we własnych wyjaśnieniach przy tej pozycji potwierdził, że w cenie 7,00 zł jego zysk wynosi 3,35 zł, co potwierdza jedynie, że prace te można wykonać za kwoty podobne do wykazanych w wyjaśnieniach Przystępującego tj. robotę zrealizuje za 3,65 zł.

4) Uzupełnienie skarp: a. Oferta Przystępującego w tym asortymencie opiewa na kwotę 44zł, oferta Odwołującego opiewa na kwotę 30zł – co potwierdza, że stawka Przystępującego jest o 40% wyższa niż Odwołującego. W tej sytuacji trudno mówić o rażąco niskiej cenie. W konsekwencji Odwołujący kwestionując tę pozycję jednocześnie podważa wiarygodność swojej oferty. b. Posiadanie własnego materiału obniża koszty realne świadczenia usługi.

5) Udrożnianie i oczyszczenie przepustów o śr. 80cm: a. Oferta Przystępującego opiewa na kwotę 38 zł, oferta Odwołującego opiewa na kwotę 33 zł – co ponownie potwierdza, że stawka Przystępującego est tu wyższa, a Odwołujący w tym zakresie kwestionując rzetelność ceny jednocześnie podważa wiarygodność swojej oferty. b. Odwołujący, mimo że zaoferował cenę niższą od Przystępującego to przewidział poziom zysku w wysokości 10,71 zł, zatem można wnioskować że oferta Przystępującego nie zawiera RNC, skoro nawet wykonawca proponujący cenę niższą jest w stanie wygenerować zysk.

6) Oczyszczanie wpustów deszczowych: a. Oferta Przystępującego to 38,00 zł, na co składa się wykonanie za kwotę 30,00 zł oraz 8,00 zł zysku. Oferta Odwołującego to 20

odpowiednio – 40,00 zł na co składa się wykonanie w kwocie 6,93 zł a zysk 33,07 zł. Jak wynika z porównania ofert jest tu znikoma różnica w cenie jednostkowej ujętej globalnie. Duża różnica przejawia się w zestawieniu kwoty przyjętego zysku. Zysk Odwołującego w koszcie zaoferowanym to 33,07 zł co oznacza, że usługę da się wykonać już za 7 zł. W konsekwencji Odwołujący podważając rzetelność wyliczeń Przystępującego w tej pozycji niejako podważa swoją ofertę.

7) Wykonanie sezonowych przeglądów separatorów: a. Pozycja w której wykonawcy korzystają z inżynierii kosztorysowej wiedząc, że wykonanie przeglądów jest niezbędne – oferty w tej pozycji wahają się od stawki 237,50 zł do 2.100,00 zł (średnia z ofert 776,85zł); b. Przystępujący przedstawił ofertę firmy podwykonawczej, która jest wiarygodna w ocenie Zamawiającego, ponieważ Zamawiający w ramach odrębnej bieżącej umowy na świadczenie takich usług ma zapewnione rzeczywiste stawki ok. 100zł/ szt. c. Zamawiającemu wystarczyło potwierdzenie, że wykonawca wykona prace za zadeklarowaną kwotę, co przedstawiona oferta potwierdza;

8) Wymiana zamontowanie punktowych elementów odblaskowych: a. Przystępujący zaoferował kwotę – 35,20 zł, Odwołujący – 30,00zł, b. Z opisu elementów składowych wynika, że Przystępujący określił, że koszt jednostkowy dla tej pozycji to ok 20 zł, a cena kosztorysowa to ponad 35,00 zł, co jednocześnie potwierdza duży margines rezerwy na pozostałe elementy kosztotwórcze.

Zamawiający podkreślił, że uzasadnienie odwołania jest ogólnikowe i sprowadza się do kwestionowania sposobu prezentacji wyliczeń, który odbiega od formy przyjętej przez Odwołującego. Odwołujący zarzuca brak konkretów w wyjaśnieniach, jednocześnie nie prezentując konkurencyjnych wyliczeń procentowych, kwotowych, które mogłyby

wykazać nieadekwatności cen Przystępującego. Taka konstrukcja uzasadnienia odwołania nie wzbogacona w żadne nowe szczegóły stosunku do wcześniejszego odwołania w sprawie KIO 623/23, co ponownie dowodzi, że Odwołujący prowadzi jedynie polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego, Przystępującego oraz stanowiskiem Izby zawartym w ww. wyroku. Odwołujący nie wykazał, że ceny zaoferowane przez Przystępującego zostały skalkulowane na zaproponowanym poziomie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zamawiający wskazał, iż uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe. W gospodarce rynkowej bowiem zasadą jest swoboda ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców wyrażona w treści art. 353^1 k.c., jak i rzeczywistości gospodarczej. Zamawiający powołał się na orzecznictwo oraz wskazał, iż naczelna zasada zamówień publicznych dotycząca dopuszczalnej i pożądanej konkurencyjności mieści w sobie akceptację dla swobodnego (rynkowego czy umownego) ustalania cen i znaczenia

konkurencji cenowej (walki cenowej) w gospodarce rynkowej. W takich okolicznościach sprzedaż poniżej kosztów własnych jest również dopuszczalna i to zarówno w sposób jawny (np. wyprzedaż posezonowa, wyprzedaż towarów, na które nie ma popytu), jak i ukryty (np. zachowanie ceny mimo wzrostu jakości towaru lub usługi). Jest ono bowiem typowym instrumentem konkurencji. W wyniku walki cenowej zyskują przede wszystkim konsumenci. Zaniżanie cen (walka cenowa) może więc być uznane za nieuczciwe utrudnianie tylko w wyjątkowych okolicznościach. Ustawa wprost wskazuje, że czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie zaniżania cen można dokonać jedynie w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dozwolona jest w konsekwencji sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, dokonywana w innym celu niż eliminacja tych przedsiębiorców – w takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony. Mając na uwadze powyższe, w zakresie zarzutów naruszenia ustawy Pzp oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający wskazał, na ich nieadekwatność do stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Przystępujący w dniu 13 czerwca 2023 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania w szczególności podkreślił, że różnica pomiędzy ceną PBD a ceną Konsorcjum to niecały ~1%: cena oferty PBD: 59.176.230,43 zł, cena oferty Odwołującego 59.718.194,74 zł. Ze względu na minimalną różnicę w cenie oraz typowy przedmiot zamówienia zasadnym jest porównywanie ofert Odwołującego złożonych na poszczególne Rejony Dróg Krajowych. Nie można np. uznać za zasadny zarzut przyjęcia przez Przystępującego niepewnych założeń kosztorysowych, skoro w innych postępowaniach na inne Rejony ceny tożsamych rzeczowo pozycji kosztorysowych, Odwołujący skalkulował w sposób, który może świadczyć o całkowitym braku założeń kosztorysowych. Ceny tych samych pozycji różnią się od siebie w sposób istotny – jest to próba – w ocenie Przystępującego – manipulowania ceną. Przystępujący podał przykłady takich sytuacji. Dalej Przystępujący zauważył, że Odwołujący kwestionuje nie tyle cenę jako taką, ale jej elementy składowe o wartości niecałych 3% ceny oferty, nie dowodzi jednak, że są to istotne części składowe w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem nie wskazuje podstawy faktycznej swego żądania. Odwołujący

koncentruje się na kwestionowaniu zasadności złożonych wyjaśnień, jednak nie przedstawił wiarygodnego dowodu, iż za wskazane kwoty wykonanie zamówienia nie jest możliwe, a zatem nie udowodnił RNC. Przystępujący zauważył, że w sprawie nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia ceny, gdyż cena nie jest niższa o min. 30% ani od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego ani od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Wyjaśnieniu podlegały części składowe kosztorysu ofertowego w zakresie 23 pozycji (wszystkich pozycji w 15 kosztorysach ofertowych jest 439). Wartość pozycji, co do których należało złożyć wyjaśnienie to ~ 1,37mln netto, czyli 2,85% wartości oferty. Wyjaśnienie zostały udzielone w takim zakresie, w jakim wymagał Zamawiający. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia dotyczące pozycji kosztorysu ofertowego wyszczególnionych przez Zamawiającego. Skalkulował koszty wykonania całego zamówienia przy założonych - na podstawie kilkudziesięcioletniego doświadczenia w bieżącym utrzymaniu dróg krajowych - warunkach wykonania, a warunki te wynikają w SWZ. Nie oznacza to, braku kalkulacji kosztów lecz ich kalkulację w ściśle założonych warunkach z czym akurat Odwołujący winien się zgodzić, gdyż w wielu przypadkach podane przez niego ceny są niższe niż ceny PBD. Przykładowo Przystępujący wskazał: Grupa prac 3 – poz. 6.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem: cena PBD 44 zł/m3, cena Odwołującego 30 zł/m3 – co stanowi 68% ceny PBD; Grupa prac 4 – poz. 4.1 Udrożnienie i oczyszczenie przepustów średnica do 80 cm: • cena PBD 38zł/mb – cena Odwołującego, cena Odwołującego 33 zł/mb – co stanowi 87% ceny PBD; Grupa prac 7 – poz. 14.1 Zabezpieczenie pojazdów na drodze zgodnie z SST 10.10.01 pkt.5.6 ust. 17: cena PBD 450zł/szt., cena Odwołującego 400 zł/szt. – co stanowi 89% ceny PBD..

Dalej Przystępujący wskazał na pkt 17 SWZ, podnosząc, że cena podana przez PBD została ustalona zgodnie z ww. zasadami. Ponadto Przystępujący zdeklarował, że „składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zgodnym z opisanym w specyfikacji warunków zamówienia oraz dokumentacji projektowej, w cenie ofertowej zostały uwzględnione wszelkie koszty związane z dostosowaniem się do wymogów zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, przedmiaru, specyfikacji technicznej oraz pozostałe mające wpływ na kompletność zamówienia.” Ponadto stawki płac pracowników Przystępującego nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przystępujący terminowo i prawidłowo wypłaca wynagrodzenie, płaci składki na ubezpieczenia społeczne każdemu zatrudnionemu, zapewnia bezpieczne i higieniczne warunki pracy, w tym nieodpłatnie środki ochrony indywidualnej, odzież i obuwie robocze, itd. – okoliczność ta nie jest podważana przez Konsorcjum. Deklaracja ta dotyczy wszystkich pozycji ofertowych. Istotne dla rozstrzygnięcia odwołania jest zdaniem Przystępującego

także uwzględnienie wynikających z umowy zasad ustalenia i zapłaty wynagrodzenia. Przystępujący wskazał na §4 Projektowanych Postanowień Umowy. Wyjaśnił, iż przyjęta metoda obliczania wynagrodzenia wynika ze specyfiki zamówienia. Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg wykonywane jest na zlecenie Zamawiającego w zależności od bieżących potrzeb. Pod większością kosztorysów, których wypełnienia Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu znajduje się zapis: „Podane obmiary w kolumnie ilość stanowią szacunkowy zakres prac na czas trwania kontraktu czyli 38 miesięcy i mogą ulec zmianie." Zlecenia GDDKiA dotyczyć będą różnych lokalizacji, różnych ilościowo zakresów robót w pojawiać się będą w długim okresie. Ponadto część pozycji ofertowych opisana jest w sposób, który uzależnia sposób wykonania od warunków zastanych w terenie w momencie wykonywania zlecenia, np. „remonty nawierzchni o głębokości wybojów do… (określonej grubości)" lub wariantowe zastosowanie materiału w zależności od rodzaju uszkodzenia (przykładowa pozycja kosztorysu ofertowego - umocnienie dna rowu płytą/ściekiem). W tych okolicznościach wskazywanie, że precyzyjna kalkulacja – w tym znaczeniu, że SWZ nie określa precyzyjnie ilości robót i ich rodzaju a zatem oferta odzwierciedla konsekwencje postanowień SWZ - jest niemożliwa, jest uzasadnione i nie świadczy o wadliwej kalkulacji ceny.

Dalej Przystępujący wskazał, iż Odwołujący stwierdza, iż dołączone dowody nie sposób przyjąć za prawidłowe – ustawa Pzp nie zawiera zamkniętej listy dowodów, a Zamawiający nie wprowadził takiej definicji do SWZ czy też do wezwania. Nie jest prawdą, iż dowodami wykonawca musi dysponować w momencie sporządzania oferty. Oczywistym jest ze dowód jest wtórny do stawianego pytania/tezy. Wykonawca, musiałby znać treść pytania przed złożeniem oferty – to zaś sugeruje wprost niedopuszczalne relacja na linii inwestor – wykonawca. Odwołujący kwestionuje złożone dokumenty, jednak nie wskazuje przepisów, z którymi dowody te nie byłyby zgodne. Jest to oczywiste, bo przepisów takich nie ma. Nie istnieje zamknięty katalog środków dowodowych. Złożone dowody są dowodami stosownymi do okoliczności i potwierdzają rzeczywisty stan rzeczy. Stawianie hipotezy, że wyjaśnienia są gołosłowne, pomimo, że poparte są dowodami jest niezasadne i wewnętrznie sprzeczne. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dokumentami (dowodami), które są spójne i wzajemnie się uzupełniają, a przywołany w odwołaniu wyrok Sądu wskazuje, że wykonawca nie złożył w ogóle dokumentów, a zatem jest to sytuacja istotnie różna od przedstawionej KIO do rozpoznania. Przystępujący poparł własne wyjaśnienia dowodami takimi jak oferty podwykonawców na wykonanie robót, oferty na materiały niezbędne do wykonania pozycji kosztorysowych – w przypadku samodzielnego wykonania robót, kalkulacji produkcji własnej – podkreślić należy, że PBD posiada własną Wytwórnię Mas Bitumicznych. Podwykonawcy, współpracują z PBD od lat – są to zatem stałe stosunki

gospodarcze w rozumieniu art. 68 2 – dlatego, nie zawsze złożenie lub przyjęcie oferty było na bieżąco potwierdzane w formie pisemnej. Podwykonawcy ci uczestniczą w realizacji zadań aktualnie wykonywanych przez Przystępującego – ustalenia zapadały podczas spotkań i rozmów telefonicznych niejako przy okazji innych zadań. Praktyka taka – wedle wiedzy PBD – jest stosowana także przez Odwołującego. W tych okolicznościach nie jest zaskoczeniem, że oświadczenia (ich część) potwierdzające wcześniejsze ustalenia zostały przedstawione dopiero w związku z wezwaniem Zamawiającego. Wycena w zakresie materiałów została dokonana także z wykorzystaniem ogólnodostępnych cenników. Kalkulacje własne obejmują całość produkowanych przez Przystępującego mas bitumicznych, a dla potrzeby postępowania została wyceniona konkretna mieszanka mineralno-bitumiczna do pozycji, której wyjaśnienia wymagał Zamawiający.

Przystępujący wskazał, iż Odwołujący także był wzywany do wyjaśnień w zakresie ceny jednak nie przedstawił dokumentów potwierdzających realności wyceny wartości materiałów przyjętych do kalkulacji poszczególnych pozycji ofertowych. Cena jednostkowa rozbita jest na grupy – robocizna, materiały, sprzęt, inne koszty, koszt pośredni, zysk – a wartość jest sumą tych elementów. Jest to tylko działanie arytmetyczne – wartość materiałów często jest nieadekwatna do cen rynkowych, a wartość robocizny i sprzętu nie wynika z nakładów niezbędnych do wykonania jednostki obmiarowej. Przykładowo: a. koszt jednostkowy materiału – masy bitumicznej do wykonania remontu cząstkowego nawierzchni grubości 4 cm został wykazany jako 34 zł/m2 a koszt materiału – masy bitumicznej typu WMS grubości 5cm – 22,50 zł/m2. Tymczasem masy typu WMS są droższe ze względu na rodzaj stosowanego asfaltu. Nie ma możliwości wyprodukowania ich za deklarowaną stawkę 180zł/Mg; b. cena materiałów do wykonania wzmocnienia nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal wykazana jako 17zł/m2 choć sama siatka (element niezbędny dla wykonania zamówienia w tej technologii) kosztuje niemal 40zł/m2 nie wspominając o samej warstwie klejącej. C. Slurry Seal to cienkie warstwy bitumiczne układane na zimno. Rozwiązanie to stosuje się do naprawy powierzchniowej poprzez nałożenie na nierówności półpłynnej mieszanki mineralno-emulsyjnej wytworzonej w specjalistycznym kombajnie. Technologia służy do napraw powierzchniowych o grubości do ~2 cm warstwy i m.in. z tego powodu wymaga przestrzegania reżimów technologicznych wykonania i ułożenia mieszanki. Technologia ta jest skuteczna i trwała a czas naprawy drogi i czas wstrzymania ruchu są relatywnie krótkie. Odwołujący wycenia wykonanie w-wy ścieralnej ze Slurry Seal na cenę jednostkową 20 zł/m2 podczas gdy wzmocnienie siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal za cenę jednostkową 22 zł/m2. Różnica nie pokrywa kosztu zakupu siatki.

Odnosząc się do wyceny poszczególnych pozycji Przystępujący wskazał:

GRUPA I – NAWIERZCHNIE – poz. 3.1 Remont nawierzchni masami na zimno przy głębokości wyboju do 4 cm - cena ofertowa 72 zł/m2 a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC składowe wykonania tej pozycji przy założeniu grubości 4cm – materiał – 39,18zł/m2, robocizna i sprzęt w tym koszt zabezpieczenia robót – 20zł//m2 – razem 59,18zł/m2. b. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA I – NAWIERZCHNIE – poz. 5.1 Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej z użyciem recyklera o głębokości do 5 cm – cena ofertowa 72 zł/m2 a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 60zł/m2. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Odwołujący deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 60 zł/m2 w tym 22,94zł/m2 zysku. W wyjaśnieniu RNC Konsorcjum nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

Brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

GRUPA I – NAWIERZCHNIE – poz. 7.1 Frezowanie nawierzchni na głębokość do 4 cm z odwiezieniem frezów na składowisko – cena ofertowa 6,30 zł/m2 a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 5zł/m2. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Konsorcjum w swojej ofercie deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 7 zł/m2 w tym 3,35zł/m2 zysku. W wyjaśnieniu RNC nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

GRUPA II – Pobocza i pas rozdziału – poz. 4.1 Mechaniczne ścięcie zawyżonych poboczy/ pasa rozdziału / pasa zieleni - średnia ilość 0,1 m3 na 1 m2 – cena ofertowa – 4,75 zł/m2. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 3,5zł/m2. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk

GRUPA II – Pobocza i pas rozdziału – poz. 4.2 Ręczne ścięcie zawyżonych poboczy -średnia ilość 0,1 m3 na 1 m2 – cena ofertowa – 5,70 zł/m2. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 5,0zł/m2. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA III – KORPUS DROGI – poz. 6.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem – cena ofertowa – 44 zł/m3. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 30,0zł/m3. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. PBD posiada stały zapas ziemi pozyskanej z wykonywanych robót w ilości znacząco przekraczającej 1 tys. m3. Szacowana przez Zamawiającego ilość do wbudowania wynosi 70m3. b. Konsorcjum w swojej ofercie deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 30 zł/m3 w tym 4,14zł/m3 zysku. W wyjaśnieniu

RNC nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 4.1 Udrożnienie i oczyszczenie przepustów średnica do 80 cm – cena ofertowa – 38 zł/mb a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 30,0zł/mb. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Konsorcjum w swojej ofercie deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 33 zł/mb w tym 10,71zł/mb zysku. W wyjaśnieniu RNC Konsorcjum nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 5.1 Oczyszczenie ścieków betonowych, kamiennych, skarpowych i kaskad w ilości 0,05 m3 na 1 mb – cena ofertowa – 4,75 zł/mb. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 4,0zł/mb. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 5.4 Oczyszczenie i udrożnienie studzienki wpustowej – cena ofertowa – 38 zł/szt a. PBD przedstawia w wyjaśnieniu RNC ofertę podwykonawcy na kwotę 30zł/szt. Posiadamy też własny sprzęt do wykonywania tego typu czynności i nasze doświadczenie pozwala nam szacować koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania robót na kwotę 30,0zł/szt. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Konsorcjum w swojej ofercie deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 40 zł/szt. w tym 33,07zł/szt. zysku co jest niewiarygodne W wyjaśnieniu RNC Konsorcjum nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

GRUPA IV – ODWODNIENIE - poz. 7.2 Wykonanie sezonowego przeglądu separatora – cena ofertowa – 237,50 zł/szt. PBD przedstawia w wyjaśnieniu RNC ofertę podwykonawcy na kwotę 200 zł/szt. b. Podwykonawca deklaruje, że uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją tej pozycji. Jest to firma, z którą współpracujemy od 2007 roku i zawsze wywiązywała się z powierzonych zleceń. c. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 9.1 Wymiana / wykonanie umocnienia dna rowu płytą/ ściekiem – cena ofertowa – 66,50 zł/mb. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC składowe wykonania tej pozycji przy założeniu umocnienia rowu korytkiem ściekowym – materiał – 40zł/mb (w wyjaśnieniu RNC załączono przykładową ofertę ze strony internetowej w celu potwierdzenia realności tej kwoty – dostawca, który zaproponuje najkorzystniejszą ofertę wybrany zostanie po otrzymaniu zlecenia) b. PBD wskazało, że robocizna i sprzęt w tym koszt zabezpieczenia robót – 18zł/mb – razem 58zł/mb. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 20.1 - Regulacja wysokości studzienki rewizyjnej, kratki ściekowej, zasuwy wodociągowej, gazowej, studni teletechnicznej – cena ofertowa 427,50 zł/szt. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu i materiału niezbędnego do wykonania w wysokości 350,0zł/szt. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Opis tej pozycji jest bardzo szeroki, cenę skalkulowano proporcjonalnie przy założeniu regulacji różnego typu urządzeń.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 3.11 - Wymiana / zamontowanie słupków pasa

drogowego – cena ofertowa 158,40 zł/szt. a. PBD przedstawia w wyjaśnieniu RNC ofertę podwykonawcy na kwotę 135 zł/szt. Podwykonawca deklaruje, że uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją tej pozycji. Jest to firma, z którą współpracujemy od dawna na dużą skalę przy budowach nowych odcinków dróg i zawsze wywiązywała się z powierzonych zleceń. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b.

Wykonawcy tworzący Konsorcjum w tej pozycji zastosowali różne ceny dla różnych rejonów zarządzanych przez Zamawiającego. Zakres robót jest taki sam, wymagania są takie same, różnice wynikające z lokalizacji są pomijalne a mimo to zaproponowano różne ceny Rejon Kalisz to 300 zł/szt, Rejon Konin to 100zł/szt.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 6.2 - Wymiana / zamontowanie punktowych elementów odblaskowych o odbłyśniku barwy białej i czerwonej w jezdni – cena ofertowa 35,20 zł/szt. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC składowe wykonania tej pozycji – materiał – 16zł/szt. (w wyjaśnieniu RNC załączono przykładową ofertę ze strony internetowej oraz przykładową fakturę w celu potwierdzenia realności tej kwoty – dostawca który zaproponuje najkorzystniejszą ofertę wybrany zostanie po otrzymaniu zlecenia) robocizna i sprzęt w tym koszt zabezpieczenia robót – 10zł/szt. – razem 26 zł/szt. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Konsorcjum w swojej ofercie deklaruje wykonanie tej pozycji za cenę 35 zł/szt. w tym 19,48zł/szt. zysku. W wyjaśnieniu RNC Konsorcjum nie ma wyliczeń uwzględniających wydajność wykonywanych prac, jest tylko rozbicie ceny jednostkowej na składowe.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 7.4 - Usuwanie oznakowania poziomego

cienkowarstwowego – cena ofertowa 17,60 zł/m2. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC koszt robocizny i sprzętu niezbędnego do wykonania w wysokości 10,0zł/m2. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. b. Wartość skalkulowano na podstawie ceny sprzętu własnego i wydajności uzyskiwanych przy wykonywaniu usuwania oznakowania.

GRUPA VII – URZĄDZENIA BRD – poz. 3.4 Wymiana / zamontowanie barier ochronnych skrajnej bezprzekładkowej (słupki co 4 m) – cena ofertowa 162 zł/mb, poz. 7.1 Wymiana/ zamontowanie elementów barier ochronnych - prowadnica (4 m) – cena ofertowa – 405 zł/szt, poz. 7.3 Wymiana / zamontowanie elementów barier ochronnych – słupek – cena 28

ofertowa – 135 zł/szt, poz. 7.5 Wymiana / zamontowanie elementów barier ochronnych -zakończenie, łącznik skośny, łącznik kątowy – cena ofertowa – 180 zł/szt a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC na podstawie oferty firmy MEISER koszt materiału używanego do wykonania poszczególnych pozycji: poz. 3.4 - 311zł za 4m to jest 77,75 zł/mb prowadnicy, 200zł za 2 słupki to jest 50zł/mb, co razem daje 127,75zł. Pozostała kwota różnicy między ceną ofertową a kosztem materiału pokrywa koszt robocizny, sprzętu, koszty pośrednie i zysk, poz. 7.1 – 311 zł/szt. - pozostała kwota różnicy między ceną ofertową a kosztem materiału pokrywa koszt robocizny, sprzętu, koszty pośrednie i zysk, poz. 7.3 – 100 zł/szt. -pozostała kwota różnicy między ceną ofertową a kosztem materiału pokrywa koszt robocizny, sprzętu, koszty pośrednie i zysk, poz. 7.5 – 162,60 zł/szt. (przy założeniu najdroższego z wymienionych w pozycji ofertowej łączników) pozostała kwota różnicy między ceną ofertową a kosztem materiału pokrywa koszt robocizny, sprzętu, koszty pośrednie i zysk. Konieczność wymiany barier energochłonnych występuje wyłącznie w wyniku wypadków komunikacyjnych. Ilość i rodzaj wymiany możliwe będą do określenia po wystąpieniu zdarzenia.

GRUPA VII – URZĄDZENIA BRD – poz. 13.1 - Wymiana / zamontowanie segmentu ekranu akustycznego (typu zielona ściana, ekrany drewniane) – cena ofertowa 270 zł/m2. a. PBD podaje w wyjaśnieniu RNC na podstawie oferty firmy WELDON montującej ekrany typu zielona ściana oraz przykładowego cennika ekranów drewnianych firmy DREWNAR koszt materiału wraz z montażem wykonanym przez dostawcę ekranów na poziomie 250zł/m2. b. Koszt wymiany segmentu zależy od rodzaju materiału i zakresu robót zleconych do realizacji. Stąd wartość 250zł/m2 jako wypadkowa przy założeniu realizacji różnego typu ekranów. c. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk.

GRUPA VIII – ESTETYKA – poz. 9.8 - Ścinanie drzew i frezowanie pnia o obwodzie od 174 cm wraz z odwiezieniem dłużycy i gałęzi oraz uporządkowaniem terenu – cena ofertowa 550 zł/szt. a. PBD przedstawiło w wyjaśnieniu RNC ofertę podwykonawcy na kwotę 450 zł/szt. Podwykonawca deklaruje, że uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją tej pozycji. Jest to firma z którą współpracujemy od dawna przy robotach utrzymaniowych i zawsze wywiązywała się z powierzonych zleceń. Różnica w stosunku do ofertowej ceny jednostkowej pokrywa koszty pośrednie i zysk. Także w tym przypadku wykonawcy tworzący Konsorcjum w tej pozycji zastosowali różne ceny dla różnych rejonów zarządzanych przez Zamawiającego. Zakres robót jest taki sam, wymagania są takie same, różnice wynikające z lokalizacji są pomijalne a mimo to zaproponowano różne ceny: • RDK Kalisz 800zł/szt., RDK Środa Wlkp. – 250 zł/szt.

Odnosząc się do oferty podwykonawczych Przystępujący wskazał, iż przedstawił oferty podwykonawcze firm z którymi współpracuje od lat. Wszystkie potwierdziły swą

wiarygodność poprzez wspólnie realizowane kontrakty. Przystępujący funkcjonując na rynku robót utrzymaniowych od początku obowiązywania tego systemu robót na terenie naszego kraju posiada wiedzę pozwalającą na weryfikację ofert podwykonawców pod względem ich wiarygodności cenowej. Weryfikacja cen odbywa się m.in. p poprzez skierowanie stosownych pytań do dwóch lub większej liczby podwykonawców. Zamówienie jest kierowane do przedsiębiorcy, który zapewnia wymagana jakość, w określonym czasie za korzystną cenę. Przy wycenie robót nie poprzestajemy na ofercie jednego podwykonawcy. Wybieramy ofertę najkorzystniejszą pod wieloma aspektami, nie tylko cenowo. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach RNC nie przedstawia analizy ofert podwykonawców, jedynie rozbija kwoty jednostkowe na elementy składowe w żaden sposób nie udowadniając realności tych elementów składowych nawet pod kątem możliwości zakupienia materiałów za deklarowane kwoty. Odnosząc się do kwestii kosztów pracowniczych Przystępujący wskazał, iż jasno zadeklarował zgodność oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia co do kosztów pracowniczych przykładowa kalkulacja zawarta jest np. w poz. 14.1 Grupa VII i poz. 1.1 GRUPA 12.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności z warunkami zamówienia Przystępujący wskazał, iż złożył ofertę zawierająca wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych w ilościach oszacowanych przez Zamawiającego. Kosztorysy

ofertowe przygotowane przez Zamawiającego opatrzone są uwagą: cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m. in. KP, KZ, Zysk, itp.) a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót). Kosztorysy przedstawione Zamawiającemu są zgodne z tym oświadczeniem. Wyjaśnienia złożone w ramach odpowiedzi RNC potwierdza, że ceny jednostkowe obejmują wszystkie składniki kosztów i innych czynności opisanych w SST.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazał, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z zaleceniami GDDKiA i w taki też sposób, zgodnie z SWZ został wyceniony. Przystępujący nie zakłada, że w niektórych pozycjach nie osiągnie zysku - wszystkie pozycje kalkulowane są z zyskiem, co potwierdza wyjaśnienie RNC. Cytowane przez Odwołującego fragmenty zdań dotyczące obiektywnych czynników utrudniających kalkulację kosztów nie oznaczają w żaden sposób zaniechania precyzyjnej kalkulacji kosztów poszczególnych pozycji ofertowych według informacji zamieszczonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Utrudnienia w kalkulacji są faktem - dotyczącym zapewne w różny sposób wszystkich wykonawców – oświadczenie w tym zakresie nie jest podstawą dla wywiedzenia przesłanek do odrzucenia oferty. Koszty skalkulowano precyzyjnie na podstawie przyjętych i zgodnych z SWZ założeń, ceny jednostkowe są stałe, uwzględniają ryzyka związane z realizacją zamówienia i podlegają

zmianie na warunkach określonych w projekcie umowy. Brak podstaw do przyjęcia, iż cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Oferta nie została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Kaliszu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 4 ustawy Pzp wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

1. odwołanie musi być wniesione przez tego samego odwołującego co wcześniejsze odwołanie,

2. oba odwołania dotyczyć muszą tego samego postępowania,

3. wcześniejsze odwołanie musi być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę (przez rozstrzygnięcie należy tu rozumieć wydanie orzeczenia, tj. wyroku lub postanowienia w sprawie),

4. okoliczności podniesione w odwołaniu są wyłącznie takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania.

Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili w swoich wnioskach o odrzucenie odwołania szczegółowej analizy, czy w rozpoznawanym przypadku zaistniały łącznie wszystkie ww. przesłanki. Ocena dokonana przez Izbę wskazuje zaś, iż odpowiedź na tak zadane pytanie jest negatywna – nie można bowiem uznać, aby okoliczności podniesione w obecnie wniesionym odwołaniu były wyłącznie takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 623/23. Podkreślić tutaj należy słowo „wyłącznie", gdyż na kanwie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało odrzucone w całości, pomiędzy okolicznościami faktycznymi i prawnymi w odwołaniach

wnoszonych przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu musi zachodzić pełna tożsamość przedmiotowa. Takiej pełnej tożsamości przedmiotowej w rozpoznawanym przypadku nie ma. Wynika to z faktu, że dopiero na skutek wyroku Izby z dnia 20 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 623/23 Odwołujący powziął wiedzę o konkretnych elementach cenotwórczych i sposobie kalkulacji poszczególnych pozycji cenowych przez Przystępującego. Dopiero dysponując tą wiedzą Odwołujący mógł zestawić przyjęte przez Przystępującego wartości i założenia z zakresem przedmiotu zamówienia i przedstawić analizę wykazującą, że wartości te są zbyt niskie. Okoliczności faktyczne wynikające z ujawnionej części wyjaśnień nie były i de facto nie mogły być przedmiotem wcześniejszego odwołania, gdyż nie były Odwołującemu wówczas znane. Na powyższe zwrócono uwagę w uzasadnieniu wyroku KIO 623/23, gdzie wielokrotnie podkreślono, że skoro Odwołujący nie miał do dostępu do informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień, to nie mogły one stanowić podstawy faktycznej zarzutu. Izba w uzasadnieniu ww. orzeczenia oceniając kwestię wpływu na wynik zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego wprost wskazała, iż „z uwagi na udostępnienie Odwołującego treści wyjaśnień nie można mówić o tożsamości faktycznej. Wykonawca dysponuje nowymi okolicznościami faktycznymi, które potencjalnie mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Uznanie przez Izbę, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania stanowiłoby niezasadne ograniczenie możliwości skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej."

Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, iż Odwołujący powoływał się wyłącznie na te same okoliczności, co w sprawie o sygn. akt KIO 623/23, a jedynie w inny sposób ich dowodził. Dopiero w efekcie ww. wyroku i następczych działań Zamawiającego, Odwołujący pozyskał wiedzę o pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w tym o ich zasadniczej, istotnej części merytorycznej – a zatem o okolicznościach, o których wiedzy wcześniej nie mógł mieć i które nie mogły stanowić podstawy faktycznej zarzutów. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż brak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny w tym zakresie Jeżeli zaniechanie udostępnienia żądanych dokumentów było niezgodne z ustawą Pzp, to wykonawca powinien mieć możliwość wniesienia środka ochrony prawnej w oparciu o podstawy faktyczne, które ujawnią się po poznaniu bezprawnie utajnionych informacji. Dodać należy, iż jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21 (Konsorcjum: Antea Polska S.A., Pectore-Eco Sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie) w takiej sytuacji bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

W dalszej kolejności Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty swojego konkurenta, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca całorocznym kompleksowym (letnie i zimowe) utrzymaniu dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu o długości 139,6 km. Usługa obejmuje wykonywanie prac całorocznego, w tym zimowego i bieżącego utrzymania dróg, w szczególności: utrzymania nawierzchni dróg, utrzymania poboczy i pasów rozdziału, utrzymania korpusu drogi, utrzymania odwodnienia, utrzymania chodników i ścieżek rowerowych, utrzymania oznakowania, utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu, utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego, utrzymania urządzeń wspomagających, zimowego utrzymania dróg, zarządzania Kontraktem, utrzymania czystości na obiektach inżynierskich. prace pomocnicze Zakres i sposób wykonywania usługi określono w dokumentach: istotnych warunkach umowy - opis przedmiotu zamówienia (OPZ), specyfikacjach technicznych (SST). Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania przedmiotu Umowy w okresie od dnia 01.04.2023 roku do dnia 01.06.2026 roku. Jeżeli umowa zostanie podpisana po dniu 01.04.2023 roku to będzie ona obowiązywać od dnia zawarcia Umowy do dnia 01.06.2026 roku, przy czym, maksymalny łączny okres obowiązywania Umowy, wraz z prawem opcji, o którym mowa w § 1 ust. 8 umowy, nie może przekroczyć 48 miesięcy.

W Rozdziale XVII SWZ Zamawiający określił sposób obliczenia ceny w następujący sposób:

> 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.
>
> 17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny

zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ - IDW.

> 17.3. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.
>
> 17.4. Wykonawca powinien wyliczyć cenę Oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo.
>
> 17.5. Cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia.
>
> 17.6. Ceny ryczałtowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia.
>
> 17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w kosztorysie ofertowym, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w kosztorysach ofertowych.
>
> 17.9. Wartość netto dla Grupy 11 (Zarządzania Kontraktem) nie może wynosić więcej niż 12% łącznych cen

netto Grup 1 do 10 i Grupy 12. Jeśli wartość ta zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci ofertę, jako niezgodną z warunkami zamówienia.

W załączniku nr 2 do SWZ Zamawiający przekazał Kosztorys ofertowy – Zbiorcze zestawienie kosztów. Zamawiający wyszczególnił 13 grup prac, wymagając podania przez wykonawcę wartości brutto i netto prac. Dla każdej grupy prac Zamawiający przygotował Tabele Elementów Rozliczeniowych wymagając od wykonawcy podania ceny jednostkowej za wyszczególnione prace. Zamawiający wskazał w tabelach przewidywany zakres prac.

W załączonych do SWZ projektowanych postanowieniach umowy („PPU") w § 4 ust. 2 wskazano, iż rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem § 7 ust. 5. Zgodnie z ust. 3 Wykonawca oświadcza, że przy przygotowywaniu Oferty uwzględnił, a w cenach jednostkowych zawartych w TER skalkulował, koszty związane z przejazdem pojazdów wykorzystywanych do realizacji przedmiotu Umowy, w tym odcinkami dróg objętych oraz nowowprowadzanych do systemów poboru opłat, które Wykonawca będzie ponosił w trakcie trwania Umowy W ust. 5 wskazano, iż wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wartością wyliczoną w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Wykonawcy nie

przysługuje wobec Zamawiającego żadne roszczenie w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w wysokości, o której mowa w ust. 1 z zastrzeżeniem § 24 ust. 6. W ust. 6 wskazano, że rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 5, § 6 i § 7 niniejszej Umowy.

Wartość szacunkową zamówienia (podstawowego) określono na 59 837 681,97 zł netto. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert: Przystępującego z ceną brutto za zakres podstawowy 59 176 230,43 zł, Odwołującego z ceną brutto za zakres podstawowy 59 718 191,74 zł oraz trzech innych wykonawców z cenami brutto za zakres podstawowy 64 277 568,41 zł, 76 121 401,68 zł, 88 808 219,42 zł.

Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2022 r. zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, wskazując:

„Wzywamy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: 1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować, uwzględniając wymagania opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych, wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego w ramach zadeklarowanych w Ofercie cen jednostkowych; 2. zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 3. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W treści wezwania wskazano na poszczególne pozycje grupy: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 12 (łącznie 23 pozycje). Jednocześnie Zamawiający wskazał: Powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń."

Przystępujący pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. złożył wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnić i udostępnić złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przekazał

Odwołującemu pełną treść wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny. W wyjaśnieniach tych wskazano: [część jawna]

„Atutem sprzyjającym oferowaniu niższej ceny w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia są szczególne warunki realizacji i oszczędności metody wykonania zamówienia, takie jak posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych o wydajności 240 Mg/godz. Ponadto produkcja mieszanek mineralno-bitumicznych będąca w ostatnich kilku latach na poziomie 150 – 200 tys. Mg rocznie po-zwala nam na obniżenie jednostkowego kosztu wytworzenia masy bitumicznej w stosunku do kosztu produkcji masy w wytwórniach mas bitumicznych, w których nie ma tak dużej produkcji rocznej. Obniżenie kosztu wytworzenia masy bitumicznej uzyskujemy również poprzez produkcję własnej energii elektrycznej (nie korzystamy z dużo droższej energii przesyłowej). Ponadto poprzez modernizację systemu odpylania wytwórni mas bitumicznych, zmniejszone zostały koszty korzystania ze środowiska (mniejsza emisja pyłów), co również ma wpływ na koszt wytworzenia masy bitumicznej.

Kolejnym atutem mającym wpływ na wysokość naszych cen jednostkowych jest posiadanie nowoczesnej wytwórni betonu cementowego, która (tak jak wytwórnia masy bitumicznej) zasilana jest z własnego źródła energii elektrycznej. Nie korzystamy z dużo droższej energii przesyłowej. Woda będąca składnikiem stabilizacji czy betonów pozyskiwana jest przez nas z własnej studni głębinowej, a jej koszt jest nieporównywalnie niższy niż koszt wody z ujęcia wodociągowego.

Duża produkcja budowlana w latach ubiegłych oraz terminowe płatności za materiały (asfalty, emulsje asfaltowe, kruszywa, materiały brukarskie) pozwalają nam od dostawców uzyskać upusty ceno-we. Utrzymywana płynność finansowa pozwala nam na regulowanie naszych zobowiązań finansowych bez konieczności zaciągania kredytów i

ponoszenia kosztu kredytu.

Informujemy, że dysponujmy dużym parkiem maszynowym. Posiadamy własną bazę sprzętową wyposażoną w sprzęt do drogowych robót budowlanych (rozkładarki masy min. asfaltowej – 8 szt., walce statyczne, ogumione, wibracyjne – razem 16 szt., frezarki – 3 szt., ładowarki, koparko-ładowarki – razem 8 szt., skrapiarki – 5 szt., kombajn do cienkich dywaników na zimno – 4 szt., równiarki, i inne), sprzęt do bieżącego w tym zimowego utrzymania dróg (solarki – 24 szt., pługi – 75 szt., ciągniki, samochody ciężarowe).

Stawki płac naszych pracowników nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10). Podkreślamy, że wszystkie osoby przewidziane do realizacji przedmiotowego zamówienia bezpośrednio na terenie wykonywania robót i usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg 36

krajowych, jak również wszystkie pozostałe osoby składające się na kompletność wykonania zamówienia (wytwórnia mas bitumicznych, laboratorium, magazyn, warsztaty, dyspozytornia sprzętem, zarząd) zatrudnieni są na umowę o pracę. Wypełniamy wszystkie związane z powyższym obowiązki – m.in. terminowo i prawidłowo wypłacamy wynagrodzenie, płacimy składki na ubezpieczenia społeczne każdemu zatrudnionemu, zapewniamy bezpieczne i higieniczne warunki pracy, w tym nieodpłatnie środki ochrony indywidualnej, odzież i obuwie robocze, itd.

Oświadczamy, że składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zgodnym z opisanym w specyfikacji warunków zamówienia oraz dokumentacji projektowej, w cenie ofertowej zostały uwzględnione wszelkie koszty związane z dostosowaniem się do wymogów zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, przedmiaru, specyfikacji technicznej oraz pozostałe mające wpływ na kompletność zamówienia.

Należy zaznaczyć, że kalkulacja zamówienia, którego przedmiotem jest inwestycja drogowa zlokalizowana w konkretnym miejscu, określona projektem budowlanym – opis techniczny, przedmiar robót, rysunki techniczne, jest zdecydowanie odmienna od kalkulacji robót i usług składających się na tzw. całoroczne bieżące utrzymanie dróg (krajowych) na określonym wyodrębnionym administracyjnie obszarze – Rejony w GDDKiA O/ Poznań. Dla przedmiotowego zamówienia, z uwagi na brak jednoznacznie określonych zakresów robót do wykonania w danej zleceniem w jednostce czasu, w tym m.in. braku znajomości stanu naprawianych w przyszłości elementów drogi, odwodnienia itp., nie można precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dla części ujętych zamówieniem pozycji kosztorysowych, również kosztu materiałów nie można dokładnie określić. Jednakże odpowiadając na Państwa wezwanie, w części wyjaśnień objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, przedstawiamy w miarę możliwości szczegółowe wyjaśnienie sposobu kalkulacji każdej z wyszczególnionych przez Państwa pozycji kosztorysowych wraz z dowodami na potwierdzenie naszych wyliczeń."

[Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, odtajniona wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 623/23]

„Wartość pozycji o których cen wyjaśnienie nas Państwo prosicie wynosi około 1,37mln netto tj. 2,85% wartości oferty. Pozycje te mają znikomy wpływ na ostateczną wartość oferty. Poniżej przedstawiamy szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji wyszczególnionych przez Państwa pozycji wraz z dowodami na potwierdzenie naszych wyliczeń.

GRUPA I – NAWIERCHNIE – poz. 3.1 Remont nawierzchni masami na zimno przy głębokości wyboju do 4 cm - cena ofertowa 72 zł/m2. Masę na zimno produkujemy w naszej wytwórni mas bitumicznych. Koszt wytworzenia wynosi 391,80 zł/Mg (nie więcej niż 39,18 zł/m2 – kalkulacja w załączeniu). Cena wbudowania jest trudna do wyliczenia ze względu na charakter robót – brak wiedzy na etapie składania ofert co do zakresów i lokalizacji zleceń.

Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt wbudowania masy na zimno na poziomie 200 zł/Mg (robocizna, środek transportu – samochód dostawczy, sprzęt drobny do zagęszczenia) czyli nie więcej niż 20zł/m2. Koszt wykonania remontu będzie zmienny w zależności od głębokości wyboju, lecz nie przekroczy 60 zł/m2 (wyboje do 4cm).

GRUPA I – NAWIERZCHNIE – poz. 5.1 Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej z użyciem recyklera o głębokości do 5 cm – cena ofertowa 72 zł/m2. Koszt wykonania robót jest trudny do wyliczenia bez znajomości lokalizacji i zakresu zlecenia. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt wbudowania masy z recyklera na poziomie 500 zł/Mg (robocizna, recykler, samochód dostawczy z oznakowaniem, sprzęt drobny do zagęszczenia) czyli nie więcej niż 60zł/m2. Koszt będzie zmienny w zależności od głębokości wyboju lecz nie przekroczy 60zł/m2. Założyliśmy zgodnie z SST D-05.03.17d powtórne użycie mieszanki mineralno-asfaltowej odzyskanej z nawierzchni.

GRUPA I – NAWIERZCHNIE – poz. 7.1 Frezowanie nawierzchni na głębokość do 4 cm z odwiezieniem frezów na składowisko – cena ofertowa 6,30 zł/m2 Zaproponowana przez PBD SA Kalisz cena jednostkowa nie odbiega od obecnych cen rynkowych. Dla przykładu w 2022 roku realizowaliśmy dla Państwa dwie roboty, w których zakres wchodziło frezowanie nawierzchni na głębokość do 4cm gdzie ceny były dużo niższe: - remont DK 25 odc. Modła – Posada – cena frezowania 3,79 zł/m2 - remont DK 12 odc. Łobez – Góra – cena frezowania 3,12 zł/m2. Na takim poziomie kształtują się obecnie rynkowe ceny tej pozycji. Oczywiście ostateczny koszt wbudowania zależeć będzie od zakresu i miejsca wykonania zlecenia oraz zleconej grubości frezowania, co na etapie składania ofert nie jest wiadome. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania oraz modernizacji dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań przyjęliśmy, że koszt frezowania nie przekroczy 5 zł/m2. Koszt obejmuje pracę frezarki, robociznę, środki transportowe do wywozu destruktu, oczyszczenie nawierzchni, zabezpieczenie robót. PBD SA Kalisz posiada własne frezarki do wykonania przedmiotowych robót.

GRUPA II – Pobocza i pas rozdziału – poz. 4.1 Mechaniczne ścięcie zawyżonych poboczy / pasa rozdziału / pasa zieleni - średnia ilość 0,1 m3 na 1 m2 – cena ofertowa – 4,75 zł/m2. Zaproponowana przez PBD SA Kalisz cena jednostkowa nie odbiega od obecnych cen rynkowych. Dla przykładu w 2022 roku realizowaliśmy dla Państwa dwie roboty, w których zakres wchodziło ścinanie poboczy na głębokość do 12cm gdzie ceny były następujące: - remont DK 25 odc. Modła – Posada – cena ścinania poboczy 2,33 zł/m2 -remont DK 12 odc. Łobez – Góra – cena ścinania poboczy 8,66 zł/m2. Ceny są różne w 38

zależności od zakresu i lokalizacji robót. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania oraz modernizacji dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy szacunkowy koszt wykonania ścinki poboczy na grubość 10cm jako 3,50 zł/m2. Cena obejmuje koszt pracy ścinarki, koszt środków transportu, robociznę, koszt zabezpieczenia robót, uporządkowanie terenu. PBD SA Kalisz posiada własną ścinarkę poboczy, którą wykonywane będą roboty.

GRUPA II – Pobocza i pas rozdziału – poz. 4.2 Ręczne ścięcie zawyżonych poboczy -średnia ilość 0,1 m3 na 1 m2 – cena ofertowa – 5,70 zł/m2. Koszt wykonania tej pozycji zależeć będzie w dużej mierze od lokalizacji i zakresu zlecenia. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania oraz modernizacji dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt wykonania tego asortymentu robót na poziomie 50 zł/m3 to jest 5 zł/m2. Cena obejmuje koszt robocizny, koszt środków transportu do wywiezienia urobku, koszt zabezpieczenia robót, uporządkowanie terenu.

GRUPA III – KORPUS DROGI – poz. 6.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem – cena ofertowa – 44 zł/m3. Koszt realizacji zależeć będzie w dużej mierze od lokalizacji i zakresów poszczególnych zleceń. Cena jednostkowa zaproponowana przez PBD SA Kalisz jest stosunkowo wysoka. Materiał w postaci gruntu z wykopu zgromadzony mamy na naszym placu z robót ziemnych wykonywanych przez naszą firmę na zadaniach związanych z budową i przebudową dróg, których realizacja jest podstawą funkcjonowania naszej firmy. Koszt dowozu i wbudowania będzie zmienny w zależności od otrzymywanych zleceń. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania oraz modernizacji dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt dowozu i wbudowania gruntu w skarpę korpusu drogi na poziomie 30zł/m3. Koszt obejmuje wbudowanie gruntu, jego zagęszczenie oraz zabezpieczenie robót.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 4.1 Udrożnienie i oczyszczenie przepustów średnica do 80 cm – cena ofertowa – 38 zł/mb. Koszt realizacji zależeć będzie od specyfiki poszczególnych zleceń. Zmienna może być w szczególności ilość zalegającego osadu do usunięcia. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt jednostkowy oczyszczenia przepustu na poziomie 30 zł/mb. Również firmy podwykonawcze, które wykonują dla PBD SA Kalisz tego typu zlecenia proponują stawkę 30zł/mb. Przykładowa oferta w załączeniu.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 5.1 Oczyszczenie ścieków betonowych, kamiennych, skarpowych i kaskad w ilości 0,05 m3 na 1 mb – cena ofertowa – 4,75 zł/mb. Koszt realizacji zależeć będzie od zakresu i lokalizacji zleceń. PBD SA Kalisz posiada własny sprzęt do realizacji tego typu zleceń (zamiatarki, szczotki mechaniczne). Na 39

podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt jednostkowy wykonania tego zabiegu na 4 zł/mb. Założony koszt jest stosunkowo wysoki ze względu na brak możliwości przewidzenia ilości zlecanych robót, które będzie trzeba wykonać ręcznie – w cenę jednostkową wkalkulowano ryzyko z tym związane. Koszt zawiera robociznę, pracę sprzętu, wywóz odpadów, zabezpieczenie robót.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 5.4 Oczyszczenie i udrożnienie studzienki wpustowej – cena ofertowa – 38 zł/szt. Zaproponowana stawka nie odbiega od cen rynkowych. Oczywiście ostateczny koszt wykonania zależał będzie od stanu studzienek ujętych w zleceniu, ich lokalizacji i zakresu zlecenia. Firmy podwykonawcze, które wykonują dla PBD SA Kalisz tego typu zlecenia proponują stawkę 30zł/szt. Przykładowa oferta w załączeniu.

GRUPA IV – ODWODNIENIE - poz. 7.2 Wykonanie sezonowego przeglądu separatora – cena ofertowa – 237,50 zł/szt. W zakresie przeglądów separatorów współpracujemy od wielu lat z firmą SADEKO. Firma ta zaproponowała nam stawkę za sezonowy przegląd separatora w wysokości 200 zł/szt. co było podstawą do przyjęcia naszej ceny jednostkowej zaoferowanej w przetargu. W załączeniu przedstawiamy ofertę firmy SADEKO potwierdzającą wcześniejsze ustalenia telefoniczne.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 9.1 Wymiana / wykonanie umocnienia dna rowu płytą / ściekiem – cena ofertowa – 66,50 zł/mb. Opis pozycji nie określa szczegółowo rodzaju materiału, który będzie potrzebny do jej wykonania. Dane te pojawią się dopiero w konkretnym zleceniu. Do kalkulacji przyjęto jako materiał korytka ściekowe, które kupujemy poniżej 20 zł/szt. długości 0,5m. W załączeniu przykładowa oferta ze strony internetowej. Zapas materiałów brukarskich w tym korytek ściekowych mamy obecnie na stanie magazynowym. W kalkulacji ujęto koszt podsypki pod ściek. Przyjęto, że cena wykonania – robocizna i sprzęt oraz zabezpieczenie robót nie przekroczy 18 zł/mb. Razem koszt wykonania nie przekroczy 58zł/mb. Oczywiście ostateczny koszt wykonania zależeć będzie od lokalizacji i zakresu zlecenia oraz użytego materiału.

GRUPA IV – ODWODNIENIE – poz. 20.1 - Regulacja wysokości studzienki rewizyjnej, kratki ściekowej, zasuwy wodociągowej, gazowej, studni teletechnicznej – cena ofertowa 427,50 zł/szt. Koszt wykonania regulacji poszczególnych elementów uwzględnionych w przedmiotowej pozycji ofertowej znacząco się różni w zależności od rodzaju urządzeń do regulacji. Na podstawie naszego wieloletniego doświadczenia przy realizacji bieżącego utrzymania oraz modernizacji

dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Poznań skalkulowaliśmy koszt wykonania regulacji na poziomie 350 zł/szt. Cena obejmuje koszt niezbędnego materiału do regulacji, koszt robocizny, sprzętu drobnego, środków

transportowych oraz zabezpieczenia robót. Ostateczny koszt zależał będzie od elementów zawartych w poszczególnych zleceniach.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 3.11 - Wymiana / zamontowanie słupków pasa drogowego – cena ofertowa 158,40 zł/szt. Te elementy robót wykonuje dla nas geodeta, który na stałe na szeroką skalę współpracuje z nami przy budowach, przebudowach i modernizacjach, które wykonujemy również na drogach krajowych. Geodeta wycenił nam zamontowanie słupka pasa drogowego na kwotę 130 zł/szt. co było podstawą do skalkulowania naszej ceny ofertowej. Oferta potwierdzające wcześniejsze ustalenia telefoniczne w załączeniu.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 6.2 - Wymiana / zamontowanie punktowych elementów odblaskowych o odbłyśniku barwy białej i czerwonej w jezdni – cena ofertowa 35,20 zł/szt. Cena nie odbiega od cen rynkowych. Koszt materiału PEO nie przekracza 10 zł/szt. Koszt kleju do montażu w przeliczeniu na sztukę to około 6zł. Oferta od firmy znakbig.pl od której kupujemy kocie oczka PEO PVC i przykładowa oferta ze strony internetowej w załączeniu. PBD SA Kalisz posiada własny sprzęt do wykonania oznakowania poziomego i samodzielnie montuje elementy odblaskowe. Koszt montażu nie przekracza 10zł/szt. Całkowity koszt jednostkowy tej pozycji to około 20zł/szt.

GRUPA VI – OZNAKOWANIE – poz. 7.4 - Usuwanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego – cena ofertowa 17,60 zł/m2. PBD SA Kalisz posiada własny sprzęt do usuwania oznakowania poziomego w postaci specjalistycznej frezarki. Usuwamy znaczące ilości oznakowania poziomego przed wykonaniem zabiegów typu slurry seal w których się specjalizujemy. Na podstawie naszego doświadczenia wiemy, że koszt usunięcia oznakowania cienkowarstwowego nie przekracza 10 zł/m2. W cenie uwzględniono koszt frezarki, pracę operatora oraz koszt zabezpieczenia robót.

GRUPA VII – URZĄDZENIA BRD – poz. 3.4 Wymiana/zamontowanie barier ochronnych skrajnej bezprzekładkowej (słupki co 4 m) – cena ofertowa 162 zł/mb, poz. 7.1 Wymiana/ zamontowanie elementów barier ochronnych - prowadnica (4 m) – cena ofertowa – 405 zł/szt, poz. 7.3 Wymiana/zamontowanie elementów barier ochronnych – słupek – cena ofertowa – 135 zł/szt, poz. 7.5. Wymiana / zamontowanie elementów barier ochronnych -zakończenie, łącznik skośny, łącznik kątowy – cena ofertowa – 180 zł/szt. W zakresie wymiany barier na realizowanych dla Państwa zamówieniach dotyczących bieżącego utrzymania dróg krajowych współpracujemy z firmą MEISER Road Safety od której kupujemy elementy barier. W załączeniu oferta wyżej wymienionej firmy potwierdzająca, że ceny poszczególnych elementów barier nie przekraczają zaproponowanych przez nas cen jednostkowych. Koszt montażu zależeć będzie od zakresu i lokalizacji zlecenia, ale zakładamy, że wartość materiału z montażem nie przekroczy zaproponowanych w cenach jednostkowych wartości.

GRUPA VII – URZĄDZENIA BRD – poz. 13.1 - Wymiana/zamontowanie segmentu ekranu akustycznego (typu zielona ściana, ekrany drewniane) – cena ofertowa 270 zł/m2. Ze względu na brak precyzyjnego określenia rodzaju segmentów oraz nieznajomość zakresów i lokalizacji zleceń w szczególności wymiarów paneli do wymiany koszt tej pozycji jest trudny do oszacowania. Dla potrzeb kontraktu przyjęliśmy koszt metra kwadratowego segmentu ekranu akustycznego z montażem na poziomie 250 zł/m2 jako średnią cen ekranów typu zielona ściana i ekranów drewnianych. W załączeniu szacunkowa oferta na panele typu zielona ściana od firmy WELDON oraz wydruk ze strony internetowej firmy DREWNAR oferującej ekrany drewniane. Ostateczny koszt zależeć będzie od zakresu i dokładnej specyfikacji ekranów do wymiany.

GRUPA VII – URZĄDZENIA BRD – poz. 14.1 - Zabezpieczenie pojazdów na drodze zgodnie z SST 10.10.01 pkt.5.6 ust. 17 – cena ofertowa 450 zł/szt. Koszt tej pozycji zależeć będzie od lokalizacji i czasu trwania zabezpieczenia. Dla potrzeb określenia ceny jednostkowej tej pozycji przyjęliśmy: - dojazd 50km x 2 zł/km = 100zł, - robocizna – 2 ludzi po 4 godz. Ze stawką 30 zł/godz. = 240zł. Razem koszt jednostkowy 340 zł/godz. Cena obejmuje ustawienie oznakowania zgodnie ze schematami zatwierdzonymi przez Zamawiającego. Koszt utrzymania brygady patrolowo-interwencyjnej skalkulowany został w grupie robót 11 – Zarządzanie Kontraktem. Ewentualne przekroczenia zakładanego czasu pracy przy zabezpieczeniu pojazdów ujęte są w wycenie tej grupy robót.

GRUPA VIII – ESTETYKA – poz. 9.8 - Ścinanie drzew i frezowanie pnia o obwodzie od 174 cm wraz z odwiezieniem dłużycy i gałęzi oraz uporządkowaniem terenu – cena ofertowa 550 zł/szt. Przy realizacji robót związanych z utrzymaniem zieleni korzystamy głównie z usług firmy MARPOL. Firma ta wyceniła przedmiotowe roboty na kwotę 450 zł/szt. Oferta potwierdzająca wcześniejsze ustalenia telefoniczne w załączeniu.

GRUPA XII – CZYSTOŚĆ NA OBIEKTACH INŻYNIERSKICH – poz. 1.1 - Mycie

obiektu inżynierskiego – cena ofertowa 1,43 zł/m2. Do kalkulacji ceny ofertowej przyjęliśmy mycie przy wykorzystaniu myjki ciśnieniowej oraz częściowo ręcznie przy użyciu ciepłej wody z mydłem. Koszt użycia myjki ciśnieniowej wykorzystywanej w naszej firmie wynosi 50zł/godz. Wydajność mycia przyjęliśmy na poziomie 65 m2/godz. Co daje koszt jednostkowy na poziomie 0,77zł/m2. Dodatkowo robocizna (ewentualne mycie ręczne, usuwanie zabrudzeń) przy stawce 30 zł/godz. daje 0,46 zł/m2. Koszt wody 5zł daje dodatkowe 0,08 zł/m2. Co razem daje stawkę 1,31 zł/m2. Kalkulacja jest szacunkowa, rzeczywiste koszty zależeć będą od jednostkowych zleceń – ich zakresów i specyfiki poszczególnych obiektów inżynierskich. Rzeczywiste koszty jakie poniesiemy na realizację wskazanych przez Państwa pozycji nie będą miały znaczącego wpływu na wynik finansowy całego zadania. Kalkulacja poszczególnych pozycji obarczona jest ryzykiem ze względu na ich nieokreśloność na etapie składania ofert. Koszt tego ryzyka wliczony jest do ogólnej 42

wartości oferty jako część naszej marży na zadaniu. Różnica między przedstawionymi w wyjaśnieniach wartościami kosztów jednostkowych na poszczególne pozycje a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie wynika z faktu, że do kosztów bezpośrednich dodano koszty pośrednie, zysk oraz współczynnik uwzględniający ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji."

Do wyjaśnień załączono następujące dokumenty: 1. Kalkulacja ceny masy na zimno, 2. Oferta na czyszczenie urządzeń odwodnienia – oferta od Usługi Transportowe, Ślusarskie, Asenizacyjne i Ogólnobudowlane C. W. Młynisko, 3. Oferta na przegląd separatora – oferta od PPHU SADEKO M. N. Piotrów, 4. Przykładowa oferta ze strony internetowej na płytkę ściekową korytkową, 5. Oferta na stabilizacje słupków pasa drogowego –oferta od Pracownia Geodezyjno-Projektowa A. B., Opatówek, 6. Oferta na wymiana/zamontowanie PEO – oferta od Znak BIG Oznakowanie Dróg M. K., Niesłabin, 7. Przykładowa oferta ze strony internetowej na elementy PEO, 8. Oferta na elementy BRD – oferta MEISER Road Safety,, 9. Oferta na wykonanie paneli ekranu akustycznego – mail od T. G. Weldon Sp. z o.o., Brzezówka, 10. Informacja poglądowa nt. paneli akustycznych ze strony DREWNAR Ekrany Drewniane, 11. Oferta na ścinanie drzew i frezowanie pni – oferta PHU MAR-POL M. M.

Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2023 r. zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty nr 1 i 2 odwołania, tj. zarzuty naruszenia art. 224 ust.1, 4, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odnoszące się do problematyki rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 4 tego przepisu w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ust. 6 stanowi zaś, że

odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodzić należy się z Odwołującym, iż skierowanie wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Niemniej w ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego w piśmie z dnia 9 grudnia 2022 r. były wyjaśnieniami rzetelnymi i adekwatnymi do treści wezwania, jakie skierował do wykonawcy Zamawiający, a ich treść wraz z dowodami pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny, że cena oferty Przystępującego – mimo, że była niska, to nie stanowiła ceny rażąco niskiej.

W ocenie Izby treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego odpowiadała stopniowi szczegółowości wezwania, jakie do Przystępującego skierowano. Odwołujący zdawał się oczekiwać przedstawienia przez Przystępującego szerszych informacji niż wymagał tego sam Zamawiający. Izba zważyła, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że pewne informacje – które zdaniem Odwołującego powinny zostać przedstawione - nie wynikały z treści wyjaśnień, że nie zawarto pewnych danych czy obliczeń. Odwołujący pominął jednak okoliczność, że sposób prezentacji wyjaśnień i kalkulacji ceny pozostaje w gestii konkretnego wykonawcy i fakt, że odbiegają one od oczekiwań Odwołującego, nie powoduje, że wyjaśnienia nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miał fakt, iż Odwołujący – mimo, że na skutek wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 623/23 uzyskał pełny dostęp do szczegółowych informacji o sposobie kalkulacji określonych pozycji cenowych przez Przystępującego i przyjętych przez niego założeniach - nie zakwestionował w sposób merytoryczny tej kalkulacji i założeń, a jedynie od strony formalnej próbował podważyć kompletność wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił twierdzeń i dowodów, które mogłyby chociażby podać w wątpliwość fakt, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia. Odwołujący ani nie zakwestionował poszczególnych wyliczeń dotyczących pozycji cenowych przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach, ani nie odniósł się do wskazanych tam kosztów czy założeń co do sposobu realizacji zamówienia. Odwołujący jedynie twierdził, że podano zbyt mało informacji albo posiłkowano się niewiarygodnymi dowodami, nie referując w ogóle do ceny oferty i do cen spornych pozycji kosztorysowych. Tymczasem dokonując oceny

prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Argumentacja odwołania od tego celu abstrahuje.

Odwołujący nie odniósł się w ogóle do kwestii, czy cena oferty Przystępującego jako całość może być uznana za cenę rynkową, czy też nie. Odwołujący pominął przy tym fakt, iż cena jego oferty i oferty Przystępującego była bardzo zbliżona (cena brutto za zakres podstawowy Odwołującego - 59 718 191,74 zł Przystępującego - 59 176 230,43 zł). Również kwoty wskazywane przez obu wykonawców w poszczególnych pozycjach cenowych były podobne. Co więcej, Odwołujący wskazywał na rażąco niski charakter pozycji cenowych podlegających wyjaśnieniu nawet w sytuacji, gdy sam zaoferował ceny niższe, na co zwracali uwagę Zamawiający i Przystępujący (przykładowo Grupa prac 1 poz. 5.1, Grupa prac 3 poz. 6.2, Grupa prac 4 poz. 5.4, Grupa 6, poz. 6.2, Grupa prac 7 poz. 14.1). Za niewiarygodne Izba uznała podnoszone w tym zakresie na rozprawie twierdzenia Odwołującego, jakoby sytuacja rynkowa obu wykonawców miałaby różnić się na tyle, aby można było uznać, że ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych zaoferowane przez Przystępującego były rażąco niskie, a niższe od nich ceny Odwołującego już takiego charakteru nie miały. Twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne i nie znajdowały żadnego uzasadnienia. Odwołujący pominął także okoliczność, iż wartość wszystkich wyjaśnianych przez Przystępującego pozycji nie stanowiła nawet 3% wartości oferty. Tym samym analiza przedstawiona przez Odwołującego była wybiórcza i nie uwzględniała szeregu aspektów, które miały znaczenie z perspektywy oceny rynkowego charakteru ceny oferty Przystępującego.

Izba stwierdziła ponadto, iż wyłącznie formalny charakter miało kwestionowanie przez Odwołującego załączonych do wyjaśnień Przystępującego dowodów (ofert partnerów handlowych). Odwołujący wskazywał jedynie, że część ofert była datowana po upływie terminu składania ofert lub nie była w ogóle opatrzone datą. Z powyższego Odwołujący wywodził, że oferty te nie mogą potwierdzać prawidłowości kalkulacji cenowej. W ocenie Izby powyższa okoliczność nie podważa ani wiarygodności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, ani realności przyjętej ceny. Trudno także uznać, aby wiarygodność załączonych do wyjaśnień dowodów podważał fakt, że nie wskazano w nich adresata oferty czy okresu obowiązywania oferty. Nie budzi wątpliwości Izby, że zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący posiadają pewne wypracowane, długotrwałe relacje handlowe z podwykonawcami czy dostawcami materiałów, na podstawie których są w stanie ustalić

przewidywany poziom kosztów kalkulując cenę oferty. Nie zawsze te ustalenia przyjmują sformalizowaną postać. Przedstawione wraz z wyjaśnieniami oferty partnerów handlowych stanowią dokumenty potwierdzające przyjęte podczas kalkulacji ustalenia. Przystępujący wyjaśnił tę kwestię w piśmie procesowym (str. 15 i 16 pisma). Odwołujący nie odparł twierdzeń Przystępującego, podobnie jak nie podjął polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie (str. 6-7 odpowiedzi na odwołanie).

Jednocześnie Odwołujący w ogóle nie podważył rynkowego charakteru cen wskazanych w ofertach partnerów handlowych Przystępującego, trudno zatem uznać, aby dowody te nie mogły zostać uznane za uzasadniające cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Poza lakonicznym wskazaniem w odwołaniu, że oferty załączone do wyjaśnień nie znajdują odzwierciedlenia w tych wyjaśnieniach, brak jest jakichkolwiek wywodów, które prowadziłyby do podważenia prawidłowości przyjętych przez Przystępującego na podstawie tych ofert założeń i kosztów. Twierdzenie, że Przystępujący nie złożył jakichkolwiek realnych ofert czy innych dokumentów, które potwierdzałyby, że jest w stanie wykonać zamówienie, stanowi wyłącznie gołosłowną hipotezę, nieznajdującą odzwierciedlenia w rzeczywistości. W ocenie Izby brak było podstaw do podważenia wiarygodności załączonych do wyjaśnień dokumentów, a dokumenty te służyły potwierdzeniu poszczególnych kosztów opisywanych w wyjaśnieniach. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby wyjaśnienia Przystępującego były niepoparte dowodami. Odwołujący dysponując konkretnymi informacjami o poziomie przyjętych kosztów i ofertach, mających potwierdzać zasadność tych kosztów, nie podważył ich prawidłowości.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego jakoby udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia były nieadekwatne do treści skierowanego do niego wezwania. Z całokształtu argumentacji przedstawionej w tabeli na str. 12-16 odwołania można wywieść wniosek, że Odwołujący wyraża coraz to dalej idące, oderwane od treści wezwania, oczekiwania co do tego, co jego zdaniem powinno się w wyjaśnieniach Przystępującego znaleźć. Tymczasem stopień szczegółowości udzielonych wyjaśnień był adekwatny do stopnia szczegółowości wezwania skierowanego do Przystępującego. Za słuszne należy uznać stanowisko Zamawiającego, który odnosząc się do treści tabeli zamieszczonej w odwołaniu mającej wykazać nieadekwatność wyjaśnień do treści wezwania, wskazał, że „jej treść nie dowodzi niczego poza odmiennym rozumieniem pojęcia przedstawienia obliczeń przez Strony niniejszego postępowania. Odwołujący skupia się na braku obliczeń i można domyślić, się jedynie, że oczekiwał szczegółowego zestawienia każdej najmniejszej składowej ceny jednostkowej przedstawionej w ujęciu procentowym, kwotowym. Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że nie sformułował takich oczekiwań wobec Wykonawców. Co więcej także sam Odwołujący nie przedstawił tak rozumianych „obliczeń”

w odpowiedzi na podobne wezwanie Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał przedstawienia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych. Zamawiający nie oczekiwał dokładnego raportu ekonomicznego a jedynie przedstawienia jak Wykonawca wyliczył cenę lub koszt poszczególnej czynności.” Ponadto w ocenie Izby Odwołujący dokonał analizy treści wyjaśnień Przystępującego w sposób wybiórczy, bez odniesienia się do pełnej treści wyjaśnień, a jednocześnie bez podważenia wysokości kosztów przyjętych przez Przystępującego. Odwołujący zamiast skupić się na faktycznym wykazaniu, że nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego, powoływał się wyłącznie na aspekty o charakterze formalnym, nie mające zasadniczego przełożenia na ocenę złożonych wyjaśnień. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, iż „uzasadnienie odwołania jest ogólnikowe i sprowadza się do kwestionowania sposobu prezentacji wyliczeń, który odbiega od formy przyjętej przez Odwołującego. Odwołujący zarzuca brak konkretów w wyjaśnieniach, jednocześnie nie prezentując konkurencyjnych wyliczeń procentowych, kwotowych, które mogłyby wykazać nieadekwatności cen Przystępującego.”

Za całkowicie chybione należy uznać powoływanie się w odwołaniu na sformułowania stosowane przez Przystępującego w treści wyjaśnień, odnoszące się do braku możliwości precyzyjnego skalkulowania określonych kosztów. Odwołujący

wywodził z powyższego pozorność wyjaśnień, podczas gdy Przystępujący zgodnie z obiektywnym stanem rzeczy uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia poinformował Zamawiającego, których kosztów precyzyjnie określić się nie da i jakie wartości w tym zakresie przyjął, aby zagwarantować należytą realizację zamówienia. Odwołujący nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, którzy uzasadniali, z czego wynika brak możliwości przyjęcia konkretnych wartości czy ilości. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał też, że kalkulacja poszczególnych pozycji obarczona jest ryzykiem ze względu na ich nieokreśloność na etapie składania ofert, ale koszt tego ryzyka wliczony jest do ogólnej wartości oferty jako część marży na zadaniu. Chybione są także twierdzenia o tym, że Przystępujący nie założył zysku czy też nie ujął w poszczególnych pozycjach określonych kosztów, np. kosztów pośrednich. Przystępujący w treści wyjaśnień wprost wskazał, iż różnica między przedstawionymi w wyjaśnieniach wartościami kosztów jednostkowych na poszczególne pozycje a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie wynika z faktu, że do kosztów bezpośrednich dodano koszty pośrednie, zysk oraz współczynnik uwzględniający ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji. Na powyższą okoliczność wskazywał

Zamawiający i Przystępujący, Odwołujący jednak ją przemilczał, a stanowiska jego przeciwników procesowych nie odparł.

Nie zasługują na aprobatę ponadto twierdzenia Odwołującego, jakoby w wyjaśnieniach nie zawarto informacji na temat kosztów pracowniczych. Przystępujący wskazał, iż stawki płac pracowników nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10). Podkreślił, że wszystkie osoby przewidziane do realizacji przedmiotowego zamówienia bezpośrednio na terenie wykonywania robót i usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych, jak również wszystkie pozostałe osoby składające się na kompletność wykonania zamówienia (wytwórnia mas bitumicznych, laboratorium, magazyn, warsztaty, dyspozytornia sprzętem, zarząd) zatrudnieni są na umowę o pracę. Przystępujący oświadczył, że wypełnia wszystkie związane z powyższym obowiązki – m.in. terminowo i prawidłowo wypłaca wynagrodzenie, płaci składki na ubezpieczenia społeczne każdemu zatrudnionemu, zapewnia bezpieczne i higieniczne warunki pracy, w tym nieodpłatnie środki ochrony indywidualnej, odzież i obuwie robocze, itd. Ponadto Przystępujący przedstawił koszt wykonania poszczególnych elementów prac (z uwzględnieniem robocizny), Odwołujący zaś w odniesieniu do żadnej pozycji nie zakwestionował prawidłowości założeń co do przyjętych kosztów. Odwołujący nawet nie podjął próby podania w wątpliwość tego, że przyjęte koszty nie umożliwiają pełnego pokrycia kosztów pracy.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, jakoby Przystępujący w piśmie procesowym uzupełnił wyjaśnienia złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący pomija fakt, iż informacje prezentowane w piśmie procesowym stanowiły odpowiedź Przystępującego na wątpliwości Odwołującego zakomunikowane w wezwaniu. Jednocześnie były one spójne z danymi wskazanymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Tym samym nawet jeśli w piśmie procesowym zaprezentowano informacje dodatkowe w stosunku do treści wyjaśnień, to powyższe nie jest równoznaczne z tym, że udzielone na wezwanie wyjaśnienia nie były dostatecznie wyczerpujące i rzetelne, aby uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny. Z tego względu przedstawione przez Odwołującego na rozprawie zestawienie, mające wykazać fakt uzupełnienia wyjaśnień, nie miało zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Nie umknęło także uwadze Izby, że Odwołujący w zasadzie nie odniósł się do informacji przedstawionych przez Przystępującego w piśmie procesowym – poza powoływaniem się na rzekome rozszerzanie zakresu informacji względem treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący w sposób merytoryczny twierdzeń Przystępującego odnoszących się do poszczególnych Grup prac nie odparł.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji z tabeli przedstawionej w odwołaniu, pełną aktualność zachowuje powyższe stanowisko Izby. Dodatkowo w zakresie Grupy prac 1 poz. 3.1 i 5.1 Izba podkreśla, że Odwołujący oczekuje podania szczegółowych informacji dotyczących sposobu ujęcia składników ceny, mimo iż Zamawiający tak szczegółowego rozbicia kosztów nie oczekiwał. Jednocześnie Odwołujący w ogóle nie podważa, że przyjęte w tych pozycjach założenia są błędne, a poziom kosztów nieadekwatny. Przystępujący opisał koszt wytworzenia mas bitumicznych i koszt wbudowania mas na zimno czy koszt wbudowania masy z recyklera, Odwołujący prawidłowości tych założeń nie kwestionował. W tym stanie rzeczy wskazywanie, że Przystępujący powinien przedstawić bardziej szczegółowe wyliczenia czy dowody, nie może być uznane za podważające przedstawioną kalkulację, skoro Odwołujący nawet nie poddał w wątpliwość przyjętych przez Przystępującego kosztów. Ponadto Odwołujący przedstawia wybiórczą analizę – powołuje się na brak opisania kosztów pracy w sytuacji, gdy Przystępujący podaje wysokość przyjętej stawki robocizny, czy na brak przedstawienia zysku czy poziomu kosztów pośrednich, kiedy z wyjaśnień Przystępującego wprost wynika, że zysk i koszty pośrednie zostały ujęte (w różnicy między ceną wskazaną w wyjaśnieniach a ceną zawartą w ofercie). Odwołujący przemilczał także fakt, że cena jego oferty w poz. 5.1 była niższa od ceny Przystępującego.

W odniesieniu do Grupy prac 1 poz. 7.1 oraz Grupy prac 2 poz. 4.1 Odwołujący wskazał wyłącznie na brak przedstawienia dowodów potwierdzających przyjęte koszty, podczas gdy sam nie podważył prawidłowości dokonanych przez Przystępującego wyliczeń. Nie budzi wątpliwości Izby, iż Odwołujący jako profesjonalista był w stanie poddać analizie i ocenić, jaki minimalny poziom kosztów gwarantuje należytą realizację prac opisanych w danej pozycji cenowej, a w przypadku założenia przez Przystępującego kosztów na niższym niż minimalny poziomie, przedstawić twierdzenia i dowody potwierdzające powyższe. Odwołujący tego nie uczynił, brak jest zatem jakichkolwiek podstaw, aby podważyć wiarygodność wyliczeń zaprezentowanych przez Przystępującego w wyjaśnieniach. W odniesieniu do kwestii zysku - z wyjaśnień Przystępującego wprost wynika, że zysk został ujęty (w różnicy między ceną wskazaną w wyjaśnieniach a ceną zawartą w ofercie). Analogiczne uwagi tyczą się Grupy prac 2 poz. 4.2. Odwołujący oczekiwał podania szczegółowych informacji dotyczących sposobu ujęcia składników ceny, mimo iż sposób prezentacji kalkulacji ceny oferty i przyjętych założeń pozostawiony jest w gestii wykonawcy, który składa wyjaśnienia. Skoro Odwołujący nie podważył, że przyjęte w ww. pozycji założenia są błędne, a poziom kosztów nieadekwatny, to poprzestanie na twierdzeniu, że Przystępujący powinien był przedstawić więcej informacji nie pozwala na powzięcie wątpliwości co do

realności przyjętych kosztów.

W odniesieniu do Grupy prac 3 poz. 6.2 Odwołujący domaga się podania przez Przystępującego informacji o ilości zgromadzonego gruntu, podczas gdy w świetle skierowanego do Przystępującego wezwania brak było takiego obowiązku. Odwołujący przedstawił informacje, na jakim poziomie skalkulował koszt dowozu i wbudowania gruntu w skarpę korpusu drogi, a poziomu tego kosztu Odwołujący nie zakwestionował. Podobnie nie została zakwestionowana cena całej poz. 6.2. Sam Odwołujący zaś wycenił tę pozycję na kwotę niższą niż Przystępujący. W odniesieniu do Grupy prac 4 poz. 4.1, 5.1, 5.4, 7.2 stanowisko Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że Przystępujący nie przedstawił oczekiwanych przez Odwołującego obliczeń, podczas gdy Odwołujący nie odniósł się w ogóle do tych wyliczeń, które w wyjaśnieniach opisano. Wskazywanie, że Przystępujący powinien przedstawić bardziej szczegółowe wyliczenia czy dowody, nie może być uznane za wystarczające do podważenia kalkulacji, skoro Odwołujący nawet nie spróbował poddać w wątpliwość przyjętych kosztów. Ponadto w odniesieniu do poz. 5.4 to cena przyjęta przez Odwołującego była niższa niż Przystępującego. W dodatku Odwołujący sam przyjmując w tej pozycji bardzo wysoki poziom zysku, potwierdził, że pozycję tę można wykonać taniej niż założył to Przystępujący. Analogiczne stanowisko jak powyżej należy zająć w odniesieniu do Grupy prac 4 poz. 9.1 i 20.1, przy czym dodać należy, że nie ma racji Odwołujący kwestionując załączony przez Przystępującego dowód – ofertę pochodzącą ze strony internetowej. Wiarygodność założeń i kosztów przyjętych podczas kalkulacji ceny ofertowej wykonawca może wykazać za pomocą wszelakiego rodzaju dowodów, nie tylko dedykowanych, zindywidualizowanych ofert. Skoro powszechnie dostępne źródła (tj. informacje zawarte w Internecie) potwierdzają zasadność przejętych przez Przystępującego kosztów, to trudno uznać koszty te za nierynkowe.

W odniesieniu do Grupy prac 6 Odwołujący podważa m.in. rzetelność załączonej do wyjaśnień oferty podwykonawczej, co należy uznać za bezzasadne. Izba w tym zakresie odsyła do przedstawionej wcześniej argumentacji odnoszącej się kwestii wiarygodności załączonych do wyjaśnień przez Przystępującego dowodów. Wskazywanie na datę oferty, uprzedni kontakt telefoniczny Przystępującego z jego partnerem handlowym czy ważność oferty, pozostaje bez znaczenia dla oceny wyjaśnień Przystępującego, skoro Odwołujący nawet nie podjął próby podważenia cen przyjętych przez Przystępującego, na potwierdzenie realności których te dowody złożono. Przystępujący dla każdej wyjaśnianej pozycji z Grupy 6 przedstawił konkretne założenia i poziom przyjętych kosztów, których Odwołujący nie zakwestionował. Ponadto w zakresie poz. 6.2 to cena oferty Odwołującego jest niższa niż Przystępującego. W odniesieniu do Grupy prac 7 aktualność zachowują poczynione wyżej uwagi. Odwołujący wskazał wyłącznie na brak przedstawienia obliczeń czy informacji o poziomie zysku, podczas gdy nie podważył prawidłowości dokonanych przez

Przystępującego wyliczeń. W odniesieniu do kwestii zysku – jak wskazano powyżej, z wyjaśnień Przystępującego wprost wynika, że zysk został ujęty. Argumentacja Odwołującego stanowiła nic innego jak polemikę ze sposobem prezentacji danych w treści wyjaśnień, a nie wykazanie, że wyjaśnienia te były nierzetelne i nie uwiarygadniały zaoferowane ceny. Nie jest zasadne w ocenie Izby także kwestionowanie wiarygodności oferty firmy Weldon. Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, fakt, że oferta pochodzi z późniejszej daty niż termin składania ofert nie przekreśla tego, że koszt został skalkulowany na prawidłowym poziomie. Z kolei twierdzenie przez Odwołującego, że oferta ta jest niejednoznaczna (wobec podania przedziału cenowego za panele akustyczne), nie świadczy o tym, że Przystępujący błędnie wycenił koszt poz. 13.1 – Przystępujący szacował ten koszt nie tylko w oparciu o ofertę Weldon, ale i informacje pochodzące ze strony internetowej firmy Drewnar, Odwołujący zaś w ogóle nie kwestionował, że przyjęta w tym zakresie na poziomie 250zł/m2 uśredniona cena nie jest ceną rynkową. Cena ta mieściła się też w ofercie firmy Weldon.

W zakresie Grupy prac 8 Odwołujący również nie zakwestionował opisanych przez Przystępującego kosztów, a jedynie próbował podważyć wiarygodność oferty podwykonawczej jako sporządzonej po terminie składania ofert, co jednak nie zasługiwało na aprobatę z przyczyn omówionych już powyżej. Odwołujący po raz kolejny domagał się przedstawienia przez Przystępującego szczegółowych obliczeń, co więcej domagał się ich zawarcia w ofercie podwykonawczej, niemniej trudno uznać stanowisko takie za uzasadnione w sytuacji, gdy było oparte ono jedynie o subiektywne oczekiwania Odwołującego, który nie zadał sobie nawet trudu, aby zakwestionować poziom cen wynikających z oferty podwykonawczej i przyjętych przez Przystępującego. Odwołujący próbował w swojej argumentacji wskazać, że Przystępujący zaniechał szczegółowej analizy ofert podwykonawczych i opisania, jak przełożyły się one na cenę oferty, podczas gdy sam nie przedstawił żadnych twierdzeń i dowodów, które prowadziłyby chociaż do powstania wątpliwości, czy Przystępujący faktycznie takiej analizy dokonał i skalkulował ceny poszczególnych pozycji w sposób należyty.

Mając na uwadze wszystko powyższe, analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, z uwzględnieniem stanowisk procesowych Stron i Uczestnika oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, doprowadziła Izbę do przekonania, iż brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Dodać przy tym należy, iż szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania

zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Tymczasem dokonana przez Odwołującego analiza stanu faktycznego sprawy była wybiórcza i skupiała się na aspektach formalnych, zamiast na merytorycznym podważeniu przyjętych przez Przystępującego do kalkulacji ceny założeń.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia,

wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom.

Argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadzała się wyłącznie do twierdzenia, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z określonymi treścią SWZ i PPU warunkami odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny. Odwołujący wywodził powyższe z użytych w wyjaśnieniach sformułowań Przystępującego wskazujących, że cena jest „trudna do wyliczenia". Izba wskazuje, iż kwestia ta została już częściowo poddana ocenie w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt KIO 623/23, w którym Izba wskazała m.in., iż „Wykonawca PBD wskazał, co wynika z postanowień SWZ oraz oświadczeń Zamawiającego, że nie jest znany jednoznacznie zakres robót składających się na zamówienie, a zatem słusznie przyjął, że finalny koszt robocizny nie jest znany. Zdaniem Izby w treści złożonych wyjaśnień Wykonawca PBD wyjaśnił z jakich przyczyn mogą ulec zmianie koszty realizacji poszczególnych pozycji kosztorysu i ogólne oświadczenie Wykonawcy PBD zakwestionowane przez Odwołującego musi być ocenione łącznie z oświadczeniami szczegółowymi zawartymi w treści wyjaśnień. (…) Zgodzić się należy z Zamawiającym, że przedmiotowe zamówienie obejmuje niemal sto czterdzieści kilometrów dróg krajowych, ma charakter głównie zleceniowy. Zamawiający określił część pozycji, które będą opłacane w sposób ryczałtowy co miesiąc, ale jednocześnie występuje też wiele pozycji, które będą zlecane w zależności do bieżących potrzeb. Katalog wszystkich robót i usług cząstkowych dla przedmiotowego kontraktu wynosi 431 pozycji. Rzeczywista ilość wykonywanych prac może być jednak dużo niższa lub wyższa, zależna od zdarzeń losowych i konieczności

wykonania związanych z tym interwencji. Słusznie zatem przyjął Zamawiający, że oświadczenie PBD jest informacją, że niektóre pozycje muszą zawierać większy udział ryzyka przy wycenie (co znajduje odzwierciedlenie w kalkulacjach przedstawionych w zastrzeżonej części wyjaśnień dotyczących RNC)."

Aktualnie argumentacja Odwołującego została uzupełniona o informacje wynikające z wyjaśnień udostępnionych Odwołującemu po ww. wyroku Izby (a zatem w tym zakresie podlega ona rozpoznaniu), niemniej również ta uzupełniona argumentacja okazała się bezzasadna. Odwołujący twierdził, że w utajnionej wcześniej części wyjaśnień potwierdzono wprost brak objęcia kosztorysem ofertowym wszystkich składników kosztów, co jednak w ocenie Izby nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Jak wskazano we wcześniej części uzasadnienia użycie przez Przystępującego w wyjaśnieniach pewnego rodzaju sformułowań wskazujących na trudności w wycenie kosztów wynikało ze specyfiki przedmiotu zamówienia, a Przystępujący w wyjaśnieniach poinformował Zamawiającego, których kosztów precyzyjnie określić się nie da i jakie wartości w tym zakresie przyjął, aby zagwarantować należytą realizację zamówienia. Przystępujący w wyjaśnieniach wprost wskazał, że kalkulacja poszczególnych pozycji obarczona jest ryzykiem ze względu na ich nieokreśloność na etapie składania ofert, ale koszt tego ryzyka wliczony jest do ogólnej wartości oferty jako część marży na zadaniu. Odwołujący okoliczność tę pominął. Jednocześnie Odwołujący nie zanegował cen przyjętych w konkretnych pozycjach kosztorysu, a tym bardziej nie wykazał, że nie zostały w tych pozycjach ujęte koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Jak wskazano już powyżej, Odwołujący jedynie od strony formalnej próbował wykazać, że wyjasnienia nie są dostatecznie wyczerpujące, prawidłowości przyjętych założeń jednak nie podważył. W oparciu o twierdzenia Odwołującego nie jest możliwe wywiedzenie, jakich konkretnie kosztów rzekomo Przystępujący miał w ofercie nie ująć. Tym samym bezzasadne jest twierdzenie, że cena oferty Przystępującego tylko częściowo uwzględnia koszty wykonania zamówienia.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie

niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

Odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkowi dowodowemu nie sprostał. Odwołujący swoje stanowisko opierał na twierdzeniu, że Przystępujący nie uwzględnił zysku w każdej pozycji cenowej, co było niezgodne z treścią wyjaśnień Przystępującego, w których wprost wskazano, iż różnica między przedstawionymi w wyjaśnieniach wartościami kosztów jednostkowych na poszczególne pozycje a cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie wynika z faktu, że do kosztów bezpośrednich dodano koszty pośrednie, zysk oraz współczynnik uwzględniający ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji. Argumentacja Odwołującego została oparta jedynie na przypuszczeniach, które nie zostały uwiarygodnione. Nie sposób upatrywać także złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w tym, że wykonawca posługiwał się w wyjaśnieniach stwierdzeniami o trudnościach w oszacowaniu poszczególnych kosztów, czy ofertami datowanymi na moment późniejszy niż termin składania ofert. Pełną aktualność w tym zakresie zachowują wywody przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia. Odwołujący w żaden sposób nie podważył prawidłowości przyjętych przez Przystępującego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej założeń i kosztów, tym samym nie sposób uznać, aby wykazał on,

że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powoływanie się na ewentualne przenoszenie kosztów między pozycjami czy zakładanie realizacji prac bez zysku, to nic innego jak niczym nie poparte przypuszczenia Odwołującego, nie znajdujące uzasadnienia w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……