

Sygn. akt: KIO 2945/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2024 r. przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie: ZUE S.A. Kraków

Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Energopol” sp. z o.o. Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie

Wodociągi Miasta Krakowa S.A. Kraków,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

SKANSKA S. A. Kraków

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

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

Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków) i

Wodociągi Miasta Krakowa Spółka Akcyjna Kraków (ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „ Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów w Krakowie” Numer postępowania: ZIM.ZP.262.2.17.2023 Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 29 grudnia 2023 r., Dz. U. S: 251/2023 pod numerem 00795458-2023 (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 15 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia ZUE S. A. Kraków (ul. K. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków) i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Energopol” sp. z o. o. Kraków (ul. Salwatorska 14, 30-109 Kraków) (dalej Odwołujący).

Po udostępnieniu w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w dniu 21 sierpnia 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia SKANSKA S.A Warszawa (Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa), którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej SKANSKA lub Przystępujący). Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA i zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną, ewentualnie zaniechaniu wezwania wykonawcy SKANSKA do złożenia dalszych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art.

16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy SKANSKA w sytuacji, gdy wykonawca ten wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie podołał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny i złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (w tym nie złożył w odpowiednim zakresie wymaganych wyjaśnień i dowodów) oraz na wypadek 2

nieuwzględnienia zarzutu pierwszego, naruszenie:

2. art. 224 ust. 1, ewent. art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy SKANSKA do złożenia dalszych wyjaśnień w ramach których wykazałby on (wraz ze stosownymi dowodami), że ilości prac przyjęte w wyliczeniach (w ramach ofert podwykonawczych wraz z dostawcami) są ilościami prac, jakie uzasadniałoby wówczas przyjętą w ofercie cenę (wykazywałoby, że ta cena nie jest rażąco niska)

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 6 sierpnia 2024 r., którą to czynnością za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy SKANSKA i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w tym odrzucenia oferty SKANSKA jako oferty z rażąco niską ceną, ewentualnie ponowne wezwanie wykonawcy SKANSKA do przedstawienia dalszych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia zawierałyby wyjaśnienia i dowody, wykazujące, że ilości prac przyjęte w ofertach podwykonawczych (w tym z dostawcami) zostały skalkulowane w sposób prawidłowy.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika oddaliła zarzuty wobec nie wykazania przez Odwołującego, że Przystępujący nie podolał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (w tym nie złożył w odpowiednim zakresie wymaganych wyjaśnień i dowodów) ani, że cena i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były takiego rodzaju, że uzasadniały obowiązek wezwania wykonawcy Skanska do złożenia dalszych wyjaśnień w ramach których wykazałby on (wraz ze stosownymi dowodami), że ilości prac przyjęte w wyliczeniach (w ramach ofert podwykonawczych wraz z dostawcami) są ilościami prac, jakie uzasadniałoby przyjętą w ofercie cenę (wykazywałoby, że ta cena nie jest rażąco niska).

Izba stwierdza, że odwołanie sprowadzało się do:

1. wskazania stosunku ceny ofertowej Skanska (33 754 711,70 zł brutto) do wartości zamówienia powiększonej o VAT (51 525 764,59 zł brutto) (niższej o ponad 30%) i do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niższej o ok 25%);
2. założenia nieprawidłowości przyjętej i wskazanej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez Przystępującego metody ustalania ceny ofertowej wobec;
 - a. wynikającego z SWZ i niespornego obowiązku określenia ceny ofertowej w oparciu o dokumentację projektową w tym także STWiORB, przy wyłącznie pomocniczym charakterze wartości z przedmiarów;
 - b. zgłaszanych przez wykonawców, i niespornych pomiędzy stornami zastrzeżeń do przedmiarów wobec zaniżania w nich wartości robót określanych w oparciu o ww. dokumentację

dwutorowo tj.:

- w oparciu o oferty podwykonawcze wskazujące na określenie ich cen z zastosowaniem przedmiarów, które były niedoszacowane względem rzeczywistych ilości robót wynikających z dokumentacji projektowej i wizji, także ustalonych przez Skanska i
- w oparciu o przedmiary skorygowane zgodnie z dokumentacją projektową i wizją przez Skanska także z uwzględnieniem szczególnych cech Skanska pozwalających na ocenę rzeczywistych zakresów prac i ich wycenę

wobec przedstawienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego wyłącznie szczegółowej kalkulacji wraz z dowodami dotyczącej określenia ceny ofertowej Skanska w oparciu o oferty podwykonawcze.

Jednocześnie Odwołujący dla wykazania powyższego przywołał treść wyjaśnień RNC oraz wycenę wybranych zakresów robót objętych przedmiarami a skalkulowanych przez Skanska w ramach wyjaśnień RNC w oparciu i z przywołaniem ofert trzech podwykonawców: Prodim, Hydrocop i K. . Tutaj Odwołujący przedstawił tabelę zawierającą zestawienie

wszystkich pozycji kosztowych wybranych podwykonawców z ich ofert ze wskazaniem ilości z oferty i ilości z przedmiaru Zamawiającego, które jak wynika z zawartej w tabeli kolumny różnica w zasadzie odpowiadają sobie.

Dalej Odwołujący wskazywał, że opierając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na ofertach podwykonawczych (ponad 96 %

robót) Przystępujący winien wykazać

prawidłowość kalkulacji cen podwykonawczych, czemu nie sprostął bowiem treści ich wskazuje na to, że wyliczone zostały w oparciu o przedmiary a te są zaniżone i zgodnie z SWZ nie mogły być podstawą kalkulacji ceny. Dalej Odwołujący wskazuje, że okoliczność ta

powinna być podstawą do wezwania do dalszych wyjaśnień, co jednak byłoby naruszeniem równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący nie kwestionował samej ceny ofertowej Skanska ani jej istotnej części składowej jako rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp. Nie wskazywał także ani nie wykazał, by cena ofertowa była nierynkowa, realizacja przedmiotu zamówienia za cenę ofertową zgodnie z warunkami zamówienia lub przepisami nie była możliwa.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentacji postępowania, w szczególności SWZ, ofertach, wezwaniach do wyjaśnień oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i w zakresie określonym powyżej w uzasadnieniu. Oceniając materiał dowodowy Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba stwierdza, że spór dotyczył uznania za prawidłowe i wystarczające w świetle przepisów Ustawy i wezwania do wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi przez Skanska wyjaśnień rażąco niskiej ceny i charakteru ceny ofertowej i jej części składowych jako wypełniających warunek rażąco niskiej ceny oraz ewentualnie zaistnienia podstaw wobec wątpliwości do żądania dalszych wyjaśnień.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, oferty, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny SKANSKA.

W zakresie dowodów przedłożonych dodatkowo w postępowaniu odwoławczym Izba stwierdziła, że Odwołujący przedłożył dodatkowo:

- a. zapytanie z dnia 12 lutego 2024 r. o wyjaśnienia SWZ wraz z tabelą zawierającą zestawienie ilości części robót z przedmiarów SWZ i ilości tych robót

zweryfikowanych na podstawie analiz dokumentacji projektowej SWZ opracowanych przez Skanska wraz z ich różnicami, w której to tabeli Odwołujący zaznaczył dwie pozycje z 20 oraz

- b. trzy oferty podwykonawcze Skanska (Hydrocop (odhumusowanie), Hyżbet (obrzeża betonowe trawnikowe – materiały) oraz M. K. (obrzeża betonowe trawnikowe – robocizna)), które m.in. załączone były do wyjaśnień RNC Skanska obejmujące roboty z tabeli opisanej powyżej, na których Odwołujący zaznaczył na kolorowo po jednej z kilkudziesięciu odpowiadających rodzajowo pozycjom zaznaczonym w ww. tabeli (dotyczącymi odhumusowania 50 cm, oraz obrzeży betonowych

trawnikowych(materiały/ robocizna),

- c. Zestawienie własne Odwołującego zawierające dane z ww. tabeli uzupełnione o ceny jednostkowe z ww. ofert podwykonawczych Skanska załączonych do wyjaśnień RNC, iloczyn tych wartości i ich sumę wskazujące na sposób wyliczenia różnicy z tezy do dowodu – patrz poniżej

na okoliczność, że Przystępujący znał właściwe ilości z pozycji przedmiarowych (odbiegające od ilości ujawnionych w przedmiarach) a mimo to w wyjaśnieniach RNC dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej przedstawił oferty podwykonawcze i skalkulował ilości z przedmiaru i że strata tylko na tych dwóch pozycjach wynosi 1 631 786,22 zł podczas gdy zysk i ryzyko kontraktu to jest kwota około 1,2 mln zł;

Izba stwierdza, że pozycje wskazane w dowodach nie są zawarte w zestawieniu kwestionowanych odwołaniem pozycji przedmiarów Zamawiającego i odpowiadających im pozycji z ofert podwykonawczych Skanska z wyjaśnień RNC, oraz, że dowód potwierdza, że; - 1. Skanska przed złożeniem oferty dokonała analizy robót objętych przedmiarami SWZ i skorygowała je do rzeczywistych w oparciu o dokumentację projektową i wizje;

- 2. Rzeczywisty zakres robót ustalony przez Skanska wymagał zarówno dokonywania korekt in plus jak i in minus w stosunku do ilości z przedmiarów SWZ;
- 3. W związku z przeprowadzoną weryfikacją przedmiarów Skanska i wielokrotnie

występowała do Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień szeregu pozycji przedmiaru SWZ jako niedoszacowanych w oparciu o przeprowadzone analizy i pozycje z przedmiarów SWZ;

- 4. W zakresie objętym zapytaniami kierowanymi do SWZ przez Skanska były pozycje przedmiarów SWZ niższe lub takie, które nie były w ogóle objęte przedmiarem SWZ
- 5. Skanska nie obejmowała zapytaniami o wyjaśnienia SWZ tych pozycji przedmiarów SWZ, które były dla niej niekorzystne w świetle ceny ryczałtowej, bo były nadszacowane;
- 6. kalkulując cenę i udzielając wyjaśnień RNC Skanska miała świadomość różnic pomiędzy danymi ilościowymi

wynikającymi z przedmiarów SWZ i rzeczywistymi, czemu dała wyraz w wyjaśnieniach RNC informując o dokonaniu szacunku ceny ofertowej dwutorowo;

- 7. niektóre z pozycji przedmiarów SWZ są wyższe od odpowiadających im pozycji z ofert podwykonawczych Skanska, podczas gdy inne niższe (np. pozycja zweryfikowana z 1. linijki tabeli załączonej do złożonego przez Odwołującego zapytania o wyjaśnienie SWZ Skanska z 12 lutego 2024r. i pozycja 1 z oferty podwykonawczej Chyżbet), niektóre pozycje z przedmiarów SWZ są równe odpowiadającym im pozycjom z ofert podwykonawczych Skanska a inne wyższe (np. pozycja zweryfikowania z tabeli z 11. Linijki i jest wyższa od przedmiaru i niższa od tej z oferty podwykonawczej Skanska Hydrokop z linijki 9.);

- (co Izba ustaliła biorąc pod uwagę dodatkowo inne, poza złożonym przez Odwołującego

dokumenty postępowania w tym inne zapytania o wyjaśnienia SWZ od Skanska, wyjaśnienia RNC Skanska wraz z tabelą i ofertami podwykonawczymi, potwierdzenie przeprowadzenia wizji przez Skanska a także przedłożone przez Przystępującego dodatkowo dowody (niżej przywołane) oraz wyjaśnienia Przystępującego zgodne z doświadczeniem życiowym i logiką);

- 8. Nieadekwatność ilości z przedmiarów SWZ do rzeczywistego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia jest okolicznością bezsporną w sprawie;

Przystępujący złożył dodatkowo:

- a. oświadczenie firmy Prodim z dnia 26.08.2024,
- b. oświadczenie firmy M. K. z 26.08.2024,
- c. oświadczenie firmy Hydrokop z 27.08.2024,

na okoliczność złożenia ofert w sposób ryczałtowy i skalkulowany w oparciu o dokumentację projektową;

Izba stwierdza, że dowody potwierdzają, że składający oświadczenie kalkulowali oferty w oparciu o całość dokumentacji projektowej a ceny miały charakter ryczałtowych; Odwołujący nie złożył w tym zakresie przeciwdowodów, a Izba uznała, że oświadczenia są wiarygodne także w świetle wyjaśnień Przystępującego, że rozliczenie tych robót w ramach wykonania zamówienia w Postępowaniu też ma charakter ryczałtowy i umowy zawierane z podwykonawcami, o ile Przystępujący nie zdecyduje się na samodzielną realizację robót w tym zakresie, będą w tym zakresie zawierały analogiczne rozwiązania;

- d. korespondencję e-mail pomiędzy Skanska a podwykonawcami

- od B. P. z 15.01.2024 (2 maile) do Elektryk branża elektryczna, oraz do Telekrak branża teletechniczna
- od K. W. z 12.01.2024 (2 maile) do Niwa-bis wycinka drzew i krzewów, do Markflor roboty zieleniarskie
- od Ł. C. z 19.01.2024 (1 mail) do MR-Kac ekrany akustyczne

na okoliczność, że zapytanie ofertowe do podwykonawców było konstruowane poprzez przesłanie podwykonawcy dokumentacji projektowej i zaznaczenia, że przedmiary stanowią materiał pomocniczy;

Izba stwierdza, że dowód wskazuje na przesyłanie podwykonawcom zapytań z żądaniem oferty skalkulowanej w oparciu o całość SWZ oraz dokumentacji projektowej i przedmiarów

- e. wyliczenia własne stanowiące uszczegółowienie tabeli stanowiącej załącznik do wyjaśnień RNC Skanska dla konkretnych 3 zakwestionowanych odwołaniem ofert czyli Prodim, K., Hydrokop o wskazanie w dodatkowych kolumnach ilości zweryfikowanych przez Skanska i ich przeliczenia według cen jednostkowych

wskazanych w ofertach podwykonawców, przy czym kalkulacje dotyczące Prodim, K. i Hydrokop obejmują wszystkie i tylko te pozycje, które wskazane zostały w odwołaniu

na okoliczność wskazania, że gdyby podwykonawcy kalkulowali ceny ofertowe na podstawie przedmiarów to sumarycznie oferta firmy Skanska byłaby niższa biorąc pod uwagę i kalkulując cenę w oparciu o cenę jednostkową podwykonawcy ale zweryfikowane ilości przedmiarowe przez Skanska

Dowody z litery e. wskazują na okoliczności wskazane przez Izbę przy dowodach złożonych przez Odwołującego powyżej.

Izba stwierdza też dodatkowo, że porównanie ceny z ofert podwykonawczych kwestionowanych odwołaniem z cenami wyliczonymi jako suma iloczynów cen jednostkowych z ofert podwykonawczych i ilości z przedmiarów SWZ zweryfikowanych przez Skanska na podstawie dokumentacji projektowej i wizji są niższe (cena za zakres podwykonawcy Prodim) od ceny uwzględniającej zweryfikowany przedmiar, lub wyższe (cena za zakres podwykonawcy Hydrokop, K.) od ceny uwzględniającej zweryfikowany przedmiar lub równa (cena za zakres K. – roboty rozbiórkowe) i łącznie cena za wszystkie zakresy robót objęte odwołaniem z wartości wg przedmiarów względem wartości według skorygowanych przedmiarów jest niższa o 94 961,87 zł;

f. przykład hybrydowej kalkulacji ceny na przykładzie podwykonawcy Maldroo a ilości Skanska

na okoliczność przyjmowania przez Skanska różnych metod kalkulacji ceny ofertowej określonej w tabeli stanowiącej załącznik do wyjaśnień RNC Skanska, w oparciu o dane przedmiarowe z korektą o wartości skorygowanego przedmiaru lub bezpośrednio w oparciu o ilości skorygowanego przedmiaru;

Izba stwierdza, że dowód wykazuje przyjęcie różnych metod wyliczania ceny ofertowej uwidocznionej w tabeli będącej załącznikiem do wyjaśnień RNC Skanska, w tym w oparciu o wartości przedmiarowe z zastosowaniem korekty lub ilości już skorygowane.

Dalej Izba opierając się na dokumentach postępowania ustaliła, że:

1. Zamawiający w Załączniku nr 9 do SWZ tj. w Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU) wskazał, w pkt. 3., że: „Przedmiot umowy, (...) został szczegółowo opisany w dokumentacji projektowej, której wykonawcą jest SAFEGE S.A.S. (...)”. Dodatkowo w Załączniku nr 10 do SWZ, wskazano wykaz dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, które dostępne były pod linkiem:

odcinek1,3,4.zip. W udostępnionych w ww. linku dokumentach, załączono przedmiary robót, jednak w treści SWZ Zamawiający zastrzegł, że: „Przedmiary udostępniane są tylko i wyłącznie w celach pomocniczych, a ich udostępnienie nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku skalkulowania oferty w oparciu o udostępnioną w postępowaniu dokumentację projektową, STWiORB oraz pozostałe udostępniane dokumenty, jak również uwzględnienia wszystkich innych kosztów niezbędnych do całościowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Przy sporządzaniu oferty, w sytuacji wystąpienia ewentualnych rozbieżności między danymi wskazanymi w dokumentacji projektowej, STWiORB a przedmiarami, Wykonawca jest zobowiązany oprzeć się o dane pochodzące z dokumentacji projektowej, STWiORB. Ewentualne rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, STWiORB a przedmiarami nie mogą stanowić podstawy do roszczeń Wykonawcy mających na celu podwyższenie wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotu zamówienia”. Zamawiający udostępnił więc przedmiary w celach poglądowych jednak podstawą do skalkulowania oferty jest dokumentacja projektowa; Zamawiający w nie zabraniał wykorzystania przedmiarów do celów roboczych;

2. Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe - w § 3 ust. 5 projektowanych postanowień umownych zawarł następujące postanowienie: „Wynagrodzenie Wykonawcy zawiera wszelkie koszty związane z wykonaniem Przedmiotu umowy, jak również innych prac koniecznych do jej wykonania. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, że Wykonawca nie może żądać podwyższenia

wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów wszystkich prac koniecznych do wykonania Przedmiotu umowy.”

3. Cena ofertowa Skanska (33.754.711,70 zł brutto) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT (51.525.764,59 zł brutto) ustalonej przed wszczęciem postępowania, co stanowiło podstawę wezwania Skanska do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zapytanie miało ogólny charakter i odpowiadało zakresem kwestiom przywołanym w Ustawie w art. 224 Pzp.

4. Skanska pismem z 3 lipca 2024 r. udzieliła wyjaśnień odnosząc się do kwestii określonych wezwaniem.

5. W wyjaśnieniach Skanska wskazała między innymi, że: „Wartość oferty została skalkulowana (...), na podstawie dokumentów udostępnionych w postępowaniu przetargowym (...) Wykonawca, z należytą starannością, wymagającą od podmiotu

profesjonalnego, przeanalizował tę dokumentację, odbył wizję lokalną na przyszłym placu budowy, pozyskał niezbędne oferty podwykonawcze, wyliczył koszty pośrednie, w tym koszty zarządu, należny Wykonawcy zysk i inne koszty ogólne budowy oraz koszty bezpośrednie”. Skanska wskazywała, że cena ofertowa bazuje na całej dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego, a nie tylko na przedmiarach; Wyjaśnienia zawierały, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego znak ZIM.ZP.262.2.17.2023 z dnia 20.06.2024 r., wyliczenia, przedstawione w formie tabelarycznej i uwzględniające: „1) wyliczenia ceny za wykonanie zadania 1 (np. w podziale na poszczególne branże) i zadania 2, 2) wysokości ryzyka i zysku jakie Wykonawca uwzględnił w cenie, 3) wartości jaką Wykonawca przyjął w wyliczeniu ceny za wykonanie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom (w tym dowody)”. Załącznik do wyjaśnień Skanska pn. TABELARYCZNE ZESTAWIENIE KOSZTÓW zawierał wszystkie ww. wymagania, w tym podział kosztów na Zadanie 1 i Zadanie 2, rozbieżności kosztów na branże oraz określenie wysokości zysku oraz ryzyka. Ponadto, w tabeli wskazano pozycje/branże w zakresie których możliwe, że Wykonawca będzie bazował na usługach podwykonawców. Jako dowody podano pozyskane oferty podwykonawców, zaktualizowane lub z przedłużoną ważnością na dzień składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W samych wyjaśnieniach, Wykonawca wskazał jednak, że: „(...) budując ofertę dla Zamawiającego działa dwutorowo. Z jednej strony wykonuje szczegółową kalkulację własną na podstawie aktualnie obowiązujących cen materiałów, sprzętu i robocizny, przy wykorzystaniu potencjału specjalistów każdej z branży działających w zespole przygotowania ofert, a z drugiej weryfikuje realność otrzymanych ofert od podwykonawców”. Dodatkowo na stronie 13 wyjaśnień z dnia 3.07.2024 r., Wykonawca ponownie podkreślił, że: „Budując cenę przetargową w ramach szczegółowej kalkulacji specjaliści ci bardzo dokładnie analizują wszystkie dokumenty opisujące przedmiot zamówienia tj. SWZ wraz ze wszystkimi udostępnionymi załącznikami, odpowiedzi i modyfikacje Zamawiającego, dokumentację projektową, a także zapisy zawarte we wzorze umowy wraz z odpowiedziami zmieniającymi treść wzoru umowy”. Co więcej, Wykonawca na 3 stronie wyjaśnień wskazał, że „...budując wycenę przedmiotu zamówienia, Wykonawca, przeprowadził analizę zadania i oszacowanie kosztów oparł na dokumentach przetargowych w tym projekcie technicznym i jego aktualizacji wynikającej z odpowiedzi na pytania Oferentów w toku postępowania przetargowego.” Zamawiający zwraca uwagę, że w wyjaśnieniach złożonych przez

Wykonawcę, Wykonawca wskazał, że do kalkulacji oferty przyjął w

zakresie kierowników robót różnych specjalności oraz kadry inżynierskiej zatrudnienie na pełny etat, na podstawie umowy o pracę. Ponadto, w zakresie zasobów sprzętowych Wykonawca powołał się na własny park maszynowy, który został wskazany szczegółowo w załączniku nr Z_wewn_04, co jednoznacznie wskazuje, że obok podwykonawców którymi Wykonawca może się posługiwać, Wykonawca posiada własny, ciężki sprzęt budowlany, co ma wpływ na kalkulację ceny. Również w pozostałym zakresie Wykonawca przedstawił konkretne twierdzenia i poparł je konkretnymi dowodami;

6. Skanska nie opierała się na zasobach podmiotów trzecich i jest zdolna zrealizować zamówienie samodzielnie (co Izba ustaliła opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego i Przystępującego);

7. Skanska kwestionowała szereg zapisów z przedmiaru wskazując, że są niezgodne z dokumentacją projektową i wizją, zadając w tym zakresie szereg pytań Zamawiającemu; okoliczność niezgodności przedmiarów i konieczność realizacji prac zgodnych jakościowo i ilościowo z dokumentacją projektową została uwzględniona przez Skanska przy wycenie oferty (co Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia Skanska, spójnym z wyjaśnieniami RNC a także zapytaniami do SWZ);

8. Przedmiary zawierały zarówno niedoszacowania jak i nadszacowania; Skanska zwracała Zamawiającemu w formie zapytań do SWZ uwagę wyłącznie na niedoszacowania z przedmiaru;

9. Wycena dokonywana była przez Skanska dwutorowo, samodzielnie w oparciu o dokumentację projektową oraz w oparciu o oferty podwykonawcze zweryfikowane co do cen poprzez uwzględnienie dodatkowych kosztów w odrębnym punkcie tabeli a także weryfikacji ich kosztów w oparciu o ceny jednostkowe i wartości skorygowanych przedmiarów;

10. Zamawiający nie kwestionował wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uznał je za wystarczające dla oceny ceny ofertowej Skanska jako nie będącej rażąco niską w rozumieniu art. 224 Pzp;

11. Wyjaśnienia RNC były adekwatne do wezwania do ich udzielenia, zawierały zapewnienie co do rynkowości ceny oraz szczegółową kalkulację cen, ze szczegółowym uzasadnieniem ich rynkowości w zakresie jednej z dwóch opisanych w wyjaśnieniach RNC przyjętych i zastosowanych przez Skanska metod kalkulacji ceny; w zakresie metody opartej na cenach rynkowych potencjalnych podwykonawców (tutaj Odwołujący nie kwestionował i tym bardziej nie przedłożył żadnych dowodów podważających oferty podwykonawcze, wskazujących na nierynkowość cen

jednostkowych ani nierynkowość ceny całkowitej danej oferty podwykonawczej) kalkulacje opierały się na szeregu załączonych ofert podwykonawczych potwierdzających, że cena ofertowa nie jest rażąco niska i że elementy ceny określone w tabeli będącej załącznikiem do wyjaśnień RNC są realne. W ocenie Izby realność ceny ofertowej potwierdza również jej skalkulowanie w oparciu o drugą z wskazywanych w wyjaśnieniach RNC metod, tj. własną kalkulację Przystępującego opartą na skorygowanych ilościach przedmiarów SWZ wobec wskazanej w tabeli z wyjaśnień RNC kwoty dodatkowej z pozycji 9 oraz zawarcia w pozycjach tabeli także skorygowanych ilości a także dodatkowo w oparciu o wskazywaną metodę przez Odwołującego tj. przez przemnożenie skorygowanych wartości przedmiaru przez ceny jednostkowe z ofert podwykonawczych załączonych przez Skanska do wyjaśnień RNC (tutaj w zakresie zakwestionowanym odwołaniem).

Reasumując Izba ustaliła, że Zamawiający nie określał metody wyceny ceny ofertowej. Różnice w przedmiarach SWZ określone przez Skanska powodują zarówno zwwyżki jak i zniżki w stosunku do globalnych/ ryczałtowych cen podwykonawczych i kalkulacji z tabeli z wyjaśnień RNC Przystępującego. Realizacja tych prac za ceny jednostkowe ofert podwykonawczych według ilości skorygowanych przedmiarów gwarantowałaby Przystępującemu oszczędność wykonania tego zakresu przedmiotu zamówienia. Oferty podwykonawcze zakwestionowanego zakresu prac były ofertami ryczałtowymi, co w przypadku skorzystania z nich przez Skanska pozwoli na ich zrealizowanie za łączną cenę ofertową.

Odwołujący nie wykazał, że któryś z elementów ceny ofertowej nie był adekwatny lub był nierynkowy w stopniu zagrażającym realizacji zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia lub przepisami prawa, ani, że wyjaśnienia RNC nie obejmowały skonkretyzowanej okoliczności, której wyliczenia zgodnie z Ustawą lub SWZ domagał się wezwaniem Zamawiający. Stanowisko sprowadzało się do wskazania nieprawidłowości przyjętego założenia wyceny w oparciu o oferty podwykonawcze skalkulowane z odwołaniem się do wartości przedmiarowych, czego nie zabraniał SWZ.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako dające podstawę do uznania ceny ofertowej za realną i dającą rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego oraz dowody na to, że zakwestionowane roboty mogą być zrealizowane, jeśli Skanska tak zdecyduje, przez podwykonawców w oparciu o umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym wynikającym ze złożonych ofert. Odwołujący nie wykazał, że oferty podwykonawców były nierynkowe, w tym też, ani że ceny jednostkowe

były nierynkowe, ani że za cenę odpowiadającą globalnej cenie oferty podwykonawczej nie będzie możliwe zrealizowanie prac w zakresie iloczynu cen jednostkowych i ilości ze skorygowanych przedmiarów.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. 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. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut opierał się na nieobaleniu domniemania rażąco niskiej ceny oferty przez Skanska wobec przyjęcia niewłaściwej metody jej wyliczenia i wyjaśnienia. W niniejszej sprawie, w świetle twierdzeń odwołania i zgromadzonego materiału dowodowego, brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnej części składowej i udzielonych na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzi również w kontekście zakresu wezwania a odwołanie nie sprostало wymogom ciężaru dowodowego. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może

poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy, choć oczywiście każda ze stron ponosi konsekwencje przyjętej strategii dowodowej. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu. Jednocześnie dowody przedłożone przez przeciwników procesowych potwierdziły rynkowość stawki ofertowej.

Izba wskazuje również, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac dokonuje analizy tego zakresu i określa swoje całkowite wynagrodzenie uwzględniając ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty, natomiast ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należytych wykonaniu przyszłej umowy. Tutaj Odwołujący w ogóle nie podnosił tej kwestii. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkutowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07,

wyroki Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21). W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa Skanska jest ceną nierynkową – nie przedstawił w tym zakresie dowodów. Nie wykazał również, by kwestionowane ceny były rażąco niskie, ani żeby ich wysokość zagrażała realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami. W tym zakresie odwołanie ograniczało się do zakwestionowania wyjaśnień wobec oparcia ich na ofertach podwykonawczych, które wskazywały na kalkulacje na podstawie przedmiarów z pominięciem pozostałych treści wyjaśnień. Odwołanie pomijało również fakt, że przedmiary odbiegały od rzeczywistych ilości określanych dokumentacją projektową zarówno w dół jak i wwyż. Tym samym ograniczenie zarzutu do prostego wskazania, że skalkulowanie ceny lub wyjaśnienia opierały się na przedmiarze, nie jest wystarczające dla wykazania, jaki miało to faktyczny wpływ na wycenę całości prac – w szczególności przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Odwołujący nie kwestionował także rynkowości cen jednostkowych stanowiących podstawę kalkulacji cen ofert podwykonawczych ani ceny ofertowej Skanska. Skoro tak, to na uwzględnienie zasługiwało stanowisko Przystępującego wskazujące, że skalkulowanie ceny kosztorysowo w oparciu o te ceny jednostkowe i zweryfikowane ilości przedmiarowe skutkować będzie oszczędnością Skanska – zwiększy się jego zakładany zysk.

Izba wskazuje, że w sytuacji udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i ich oceny jako prawidłowych przez zamawiającego, dla uznania zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny jako podstawy odrzucenia oferty w związku z art. 224 ust. 6 Pzp nie jest wystarczające samo podważenie metody kalkulacji ceny ofertowej (tutaj oparcia się o oferty podwykonawcze kalkulowane w części w oparciu o przedmiary z SWZ zamiast o przedmiary skorygowane w oparciu o dokumentację projektową) – konieczne jest bowiem również jednocześnie skuteczne podważenie ceny ofertowej (lub jej istotnej części składowej) jako nierzeczywistej i nierynkowej – nie gwarantującej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami i warunkami zamówienia, czemu odwołanie nie sprostało.

Skoro Odwołujący sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę wobec tego, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu i jednocześnie odwołaniem nie wykazał, by konkretna cena ofertowa lub jej istotna część składowa była rażąco niska to odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Odwołanie sprowadzało się do podważania treści wyjaśnień, z których wynikała dwutorowość kalkulacji ceny w oparciu o własne zweryfikowane przedmiary i kalkulacje oraz w oparciu o umowy podwykonawcze wskazujące na oparcie ich w części o przedmiary SWZ, które samodzielnie nie mogły stanowić wyceny ceny ofertowej (co wynikało z warunków zamówienia i faktu ich nierealności), przy jednoczesnym przedstawieniu szczegółowych kalkulacji i dowodów odnoszących się do wyceny w oparciu o oferty podwykonawcze. Izba uznała twierdzenia Odwołującego za niewystarczające dla wykazania zaniechania zastosowania normy art. 226 ust 1 pkt 8) Odwołujący nie wykazał, że cena oferty Przystępującego była nierealna i nie dająca możliwości wykonania zamówienia zgodnie z przepisami lub warunkami zamówienia, i że kwestionowana metoda wyceny, w jakikolwiek sposób wpłynęła na wysokość ceny ofertowej czyniąc ją rażąco niską.

Odwołujący nie wykazał również, by istniały podstawy do przyjęcia, że wyjaśnienia są takiego rodzaju że powinny budzić uzasadnione, obiektywnie wątpliwości, co do ceny co uzasadniałoby żądanie przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień. Dodatkowo Izba zwraca uwagę na wewnętrzną sprzeczność żądania zarzutu i jego uzasadnienie. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał żądania dalszych wyjaśnień z drugiej, że żądanie to naruszałoby zasadę konkurencyjności i równego traktowania.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...)”

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :