Sygn. akt: KIO 3317/24

KIO 3318/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 września 2024 r. przez wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3317/24;

B. w dniu 11 września 2024 r. przez wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3318/24;

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w imieniu i na rzecz zamawiającego – Województwa Kujawsko-Pomorskiego

przy udziale:

1. wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3317/24;

2. wykonawcy AMP CT A.P. P.B. spółka jawna z siedzibą w Elblągu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3318/24

orzeka:

KIO 3317/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy odwołującego wykonawcy TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

KIO 3318/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego wykonawcę TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy odwołującego wykonawcy TIOMAN GROUP spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia 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: …….....

Sygn. akt: KIO 3317/24

KIO 3318/24

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

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w imieniu Województwa Kujawsko-Pomorskiego (zwane dalej „Zamawiającym"), prowadzi w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), (zwanej dalej jako: „Pzp" lub „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Poprawa bezpieczeństwa na przejściach dla pieszych, na drogach wojewódzkich oraz w obrębie zatok i peronów przystankowych", w podziale na 6 części o numerze referencyjnym ZDW.N4.361.37.2024,(zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00387042.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 3317/24

W dniu 11 września 2024 r. TIOMAN GROUP Sp. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie w zakresie części 3 zamówienia zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk oraz AMP CT A.P. P.B. Sp. j. ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg, mimo iż złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia nie uzasadniły podaną w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez tych wykonawców jest ceną rażąco niską, mimo iż wykonawcy ci założyli wykonanie mniejszej ilości robót niż wynikają z dokumentacji projektowej, nie wycenili niektórych prac wynikających z dokumentacji projektowej w ogóle, oraz nie wykazali żadnego zysku z wykonania zadania;

2. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk oraz AMP CT A.P. P.B. Sp.j. ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg, mimo iż złożone przez tych wykonawców oferty i złożone wyjaśnienia wykazały, że oferty ich są niezgodne z treścią zamówienia, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji jako elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nieusuwalny i nie jest możliwe wyjaśnienie wątpliwości, gdyż wykonawcy ci założyli wykonanie

mniejszej ilości robót niż wynikają z dokumentacji projektowej, nie wycenili niektórych prac wynikających z dokumentacji projektowej w ogóle, oraz nie wykazali żadnego zysku z wykonania zadania.

3. naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w związku z art 226 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87 i wykonawcę AMP CT A.P. P.B. Sp.j. ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg, gdyż wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. zaoferował w kosztorysie załączonym do oferty przetargu, że wykona peron w cenie 85 365,00 zł netto, zaś z ich własnej kalkulacji przesłanej jako załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że koszt wyniesie 86 102,35 zł netto, co stanowi zmianę treści oferty niedopuszczalną w świetle przepisów ustawy, a wykonawca AMP CT A.P. P.B. Sp.j. załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofertę na zakup wiaty w cenie 14 787,75 zł netto, zaś w kalkulacji do oferty przyjmuje cenę materiału brutto 12 000,00 zł netto, co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim.

W związku z powyższym Odwołujący1 wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby ten dokonał:

1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych,

2) odrzucenia ofert wykonawców SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk na podstawie art 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp oraz AMP CT A.P. P.B. Sp.j. ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg na podstawie art 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego i uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jako wykonawca robót w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego, jednak na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego polegających na niewłaściwej ocenie ofert, Odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. W efekcie Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji wskazanego zamówienia. Jedyną możliwością uniknięcia wskazanej szkody po stronie Odwołującego jest wniesienie przedmiotowego odwołania Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, albowiem Odwołujący zaoferował taki sam okres gwarancji jak pozostali wykonawcy, a cena jaką zaoferował Odwołujący była ceną najniższą.

W uzasadnieniu Odwołujący na wstępie zaznaczył, że zarzuty nr 1 i 2 w przedmiotowej sprawie co do zasady będą opisywane łącznie albowiem błędy wykonawców SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk (dalej „SPIE") oraz AMP CT A.P. P.B. Sp.j.

ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg (dalej „AMP") w zakresie dokonywanej wyceny oferty nakładają się w przedmiotowej sprawie na to, że wskutek tych błędów, pominięć i nieuwzględnienia zakresu robót wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, zarówno co do zakresu ilościowego jak i zakresu rzeczowego doszło do sytuacji, w której jednocześnie cena podana przez tych wykonawców jest ceną 4

rażąco niską, jak i ich oferty nie są zgodne z przedmiotem zamówienia, co stanowi de facto jednocześnie podstawę do odrzucenia ich ofert z uwagi na rażąco niską cenę jak i na to że oferty ich są niezgodne z treścią zamówienia, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji jako elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zadanie w ramach przedmiotowego zamówienia jest realizowane w formule "zaprojektuj i wybuduj". Na etapie rozeznania cenowego Zamawiający rozesłał zapytania do wykonawców. Co szczególnie istotne, składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy SPIE oraz AMP posłużyli się arkuszem kalkulacyjnym, który Zamawiający rozsyłał na etapie rozeznania cenowego. Arkusz ten jednak nie był załączony do dokumentacji przetargowej, gdyż Zamawiający na etapie przetargu zwiększył zakres prac, więc sugerowanie się pierwotnym arkuszem (z rozeznania cenowego) powodowało po pierwsze zaniżenie wartości wycen z uwagi na ujęcie niższego (mniejszego) zakresu prac, jak i wobec faktu że Zamawiający w PFU zwiększył zakres prac oraz dołożył kolejne czynności, które potencjalny wykonawca ma zrealizować, spowodowało, że Wykonawcy ci dokonali wyceny ofert nie w takim zakresie jaki założył wykonawca – zaoferowali zatem inny, mniejszy zakres rzeczowy i ilościowy robót niż wymagany jest w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie, zgodnie z treścią rozdziału IX SWZ „Oferta", wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli złożyć Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ (odpowiednio dla właściwej części) - podpisany zgodnie z zasadami dla oferty. Zgodnie z treścią rozdziału X SWZ „Opis sposobu obliczania ceny" Wykonawca podaje cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego, obliczoną w oparciu o Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ (odpowiednio dla właściwej części). Każdy Wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. (...) Kosztorys ofertowy winien być wypełniony w każdej pozycji i podpisany przez Wykonawcę. Cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym zysk, koszty usług, dostaw, ubezpieczenia i wszelkie inne, które Wykonawca zobowiązany będzie ponieść w celu prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika w sposób jasny, iż kosztorys ofertowy jest częścią oferty, a zatem nie jest dopuszczalne uzupełnienie poszczególnych cen jednostkowych, gdyż Zamawiający nie może samodzielnie zaoferować ceny za Wykonawcę. Nie jest dopuszczalne również wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia kosztorysu, którego brakuje w ofercie.

W ocenie Odwołującego mimo zaznaczenia przez Zamawiającego, że cena ma charakter ryczałtowy, to w sytuacji, gdy wskazuje on jednoznacznie, że „Wykonawca podaje cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego, obliczoną w oparciu o Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ" to jest on częścią oferty. Odwołujący wskazał, że w takich wypadkach Izba uznała, że „Kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (obecnie 223 ust. 1 PZP). Kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 k.c. jako podstawa kalkulacji ceny oferty, tj. jednego z istotnych postanowień przyszłej umowy." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2009 r., KIO/UZP 866/09).

Zdaniem Odwołującego zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, ponieważ złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Należy podkreślić, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy będzie stanowić treść oferty, o ile zamawiający będzie żądać dołączenia kosztorysu ofertowego do formularza oferty – co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazywał, że w przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega wyceniony przedmiar robót budowlanych (w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego, lub

wynagrodzenia ryczałtowego o ile zamawiający zażądał dołączenia kosztorysu ofertowego do formularza oferty jako podstawy wykazania ceny), który ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2008 r., KIO/UZP 1119/08). Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji.

Jak wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2024 r., KIO 355/24 „Dla uznania niezgodności oferty z warunkami zamówienia konieczne jest przeanalizowanie treści całej oferty, w tym również jej załączników." Identycznie określa tę kwestię wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r., KIO 345/24 „Zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów innych niż wskazane w dokumentach zamówienia, ale jeżeli z jakichś powodów je otrzyma i ich treść będzie wskazywać na potencjalną niezgodność oferty z warunkami zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest zbadać taką sytuację, aby nie dopuścić do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli do udzielenia zamówienia wykonawcy nie wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy: zamawiający nie może zignorować przedstawionych mu dokumentów, z których wynika, że oferta może nie być zgodna z SWZ i poprzestać na badaniu wyłącznie dokumentów wymaganych w SWZ."

Odnosząc powyższe uwagi natury prawnej do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, wskazać należy w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę SPIE, to w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych (lokalizacji robót) Odwołujący wskazał, co następuje:

a) • Lokalizacja a5: firma SPIE założyła poszerzenie 5m2 zaś dokumentacja PFU wskazuje na 8m2

• Lokalizacja a16: firma SPIE założyła poszerzenie 5m2 zaś dokumentacja PFU wskazuje na 8m2

• Lokalizacja a23: firma SPIE nie wyceniła poszerzenia nawierzchni asfaltowej drogi dla rowerów do szerokości min 4,8m; wycenili natomiast poszerzenie drogi na pieszych – w standardowej cenie jak na innych lokalizacjach, gdzie stosuje się kostkę, firma SPIE założyła poszerzenie drogi na pieszych z kostki – 5m2

• Lokalizacja a2: firma SPIE nie wyceniła poszerzenia nawierzchni asfaltowej drogi dla rowerów do szerokości min 4m; wycenili natomiast pro szerzenie drogi na pieszych – w standardowej cenie jak na innych lokalizacjach, gdzie stosuje się kostkę, założyła poszerzenie drogi na pieszych z kostki – 5m2

• Lokalizacja a35: firma SPIE założyła poszerzenie 5m2 zaś dokumentacja PFU wskazuje na 8m2

• Lokalizacja a39: firma SPIE założyła poszerzenie 5m2 zaś dokumentacja PFU wskazuje na 8m2 b) W załączonych przez tego wykonawcę przykładowych ofertach cenowych brak jakiekolwiek oferty potwierdzającej zakres drogowych do wykonania (np. brak oferty na kostkę, brak wyceny prac, brak wyceny wykonania przepustów, brak oferty na kostkę polimerobetonową)

c) Brak oferty na wiatę, nie ma więc wyjaśnienia na jakiej podstawie wykonawca przyjął cenę 5,5 tys. zł, skoro np. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na zadaniu 1 wycenił identyczną wiatę na 6 tys z montażem za wiatę aluminiową

d) Brak pozycji odnośnie Inwentaryzacji drogi – informacja umieszczona w zmienionym PFU

e) Brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów projektowych)

f) Dodatkowo Odwołujący zauważył, że suma kosztów poszczególnych elementów (koszt robocizny + koszt materiałów + koszt pracy sprzętu) dała wartość oferty tego wykonawcy, co w ocenie Odwołującego wskazuje na pominięcie założenia minimalnego choćby zysku. W świetle powyższego Odwołujący poddał w wątpliwość oświadczenie w piśmie ogólnym wyjaśniającym rażąco niską cenę przez wykonawcę SPIE, że zakłada zysk na poziomie 10% oraz uwzględnia ryzyko wzrostu czynników cenotwórczych 8% w skali roku.

Odwołujący podniósł ponadto, że na podstawie obliczenia zawartego w dokumentach przedłożonych przez wykonawcę SPIE należy wskazać :

g) W kalkulacji wykonawcy SPIE występuje informacja „* W powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne." Jeżeli zatem kosztorys nie uwzględnia dokładnych ilości z PFU, to zdziwienie Odwołującego budzi fakt, że Zamawiający mógł uznać że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy SPIE są prawidłowe.

h) Na etapie pytań i odpowiedzi Zamawiający wskazał konieczność użycia płytek integralnych z polimerobetonu. Koszt płytek za m2 wynosi około 300zł netto. Wykonawca SPIE w kalkulacji założenie 20m2 przyjmuje cenę 150zł/m2 z robocizną.

Potwierdzenie stanowi oferta na sam materiał – załącznik nr 1

i) Firma SPIE wyceniła wiatę aluminiową za 6000 zł z montażem. Cena jest nierynkowa a wykonawca SPIE nie

załączył jakiegokolwiek wyjaśnienia ceny.

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawił ofertę jednego z producentów wiat przystankowych/ peronowych – załącznik nr 2

j) Firma SPIE w pozycji „Wymiana oznakowania pionowego (założenie 4szt)" przyjęła łączną cenę za materiał 1845 zł brutto. Pytania i odpowiedzi doprecyzowały, że 2 z 4 znaków mają być typu

aktywnego. Odwołujący wskazał że jako producent oznakowania aktywnego ma świadomość ceny, kosztów wytworzenia i dana cena jest nierealna.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił również ofertę innego producenta znaków aktywnych.

k) Peron Przystankowy A1 oraz A2 – Firma SPIE deklaruje w kosztorysie załączonym do przetargu, że wykona peron w cenie 85 365,00 zł netto, zaś z ich własnej kalkulacji przesłanej jako załącznik do wyjaśnień ceny wynika, że koszt wyniesie 86 102,35 zł netto co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) -Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim

W odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę AMP, to w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych (lokalizacji robót) Odwołujący wskazał co następuje:

a)

- lokalizacja a5 – AMP wycenił poszerzenie chodnika o 5m2, PFU wskazuje na 8m2

b) W wyjaśnieniach firmy AMP brak pozycji odnośnie inwentaryzacji drogi – informacja umieszczona

w zmienionym PFU, brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów projektowych)

c) Na etapie pytań i odpowiedzi Zamawiający wskazał konieczność użycia płytek integralnych z polimerobetonu. Koszt takich płytek za m2 wynosi zdaniem Odwołującego około 300zł netto, tymczasem wykonawca AMP w kalkulacji (założenie 20m2) przyjmuje cenę 97,50 zł/m2 z robocizną. Dodatkowo wykonawca ten załączył katalog z kostką, która jest niezgodna z wyjaśnieniami do przetargu i modyfikacją PFU. Powinna być polimerobetonowa, tymczasem wykonawca AMP załączył zwykłą betonową.

d) Wiata przystankowa – w zmodyfikowanym PFU punkt 6b Zamawiający wskazuje, że należy zastosować wiatę wykonaną z aluminium. AMP w wyjaśnieniach załącza wiatę stalową ocynkowaną ogniowo. Dodatkowo brakuje oparcia wskazanego w dokumentacji PFU. Załączona została oferta na zakup wiaty w cenie 14 787,75 zł netto, zaś w kalkulacji przyjmuje cenę materiału brutto 12 000,00 zł netto, co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim.

e) Załączona do wyjaśnień „oferta" na układanie kostki pobrana jest ze strony, która odnosi się do prac związanych z układaniem kostki na podjazdach i ścieżkach ogrodowych. Cena jest nierynkowa przy pracach pod ruchem drogowym. Dodatkowo na stronie jest informacja: „Ceny szacunkowe na podstawie ofert znalezionych w internecie. Nie stanowią oferty handlowej w rozumieniu kodeksu cywilnego i nie powinny być podstawą do jakichkolwiek dalszych analiz i obliczeń"

Ponadto powierzchnia 100m2 chodnika musi być obudowane krawężnikiem oraz obrzeżem. Biorąc pod uwagę założony koszt robocizny na poziomie 7500zł (75zł/m2) w ocenie Odwołującego nie został

wzięty pod uwagę koszt montażu obrzeży. Przedstawiamy ofertę na prace brukarskie „pod ruchem" – załącznik nr 4

f) Wykonawca AMP nigdzie nie przedstawił oszacowanego kosztu wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu.

g) Wykonawca AMP nigdzie nie przedstawił oszacowanego kosztu obsługi inwestycji np. delegacje, kierownik, obsługa biurowa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SPIE Elbud Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku. W dniu 26 września 2024 r. wykonawca ten złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

W dniu 26 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

KIO 3318/24

W dniu 11 września 2024 r. TIOMAN GROUP Sp. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostaszewie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie w zakresie części 6 zamówienia zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk (dalej „SPIE" lub „wykonawca SPIE") oraz AMP CT A.P. P.B. Sp. j. ul. Browarna 93, 82-300 Elbląg (dalej „AMP" lub wykonawca AMP"), mimo iż złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia nie uzasadniły podaną w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez tych wykonawców jest ceną rażąco niską, mimo iż wykonawcy ci założyli wykonanie mniejszej ilości robót niż wynikają z dokumentacji projektowej, nie wycenili niektórych prac wynikających z dokumentacji projektowej w ogóle, oraz nie wykazali żadnego zysku z wykonania zadania;

2. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców SPIE oraz AMP, mimo iż złożone przez tych wykonawców oferty i złożone wyjaśnienia wykazały, że oferty ich są niezgodne z treścią zamówienia, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji jako elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nieusuwalny i nie jest możliwe wyjaśnienie wątpliwości, gdyż wykonawcy ci założyli wykonanie mniejszej ilości robót niż wynikają z dokumentacji projektowej, nie wycenili niektórych prac wynikających z dokumentacji projektowej w ogóle, oraz nie wykazali żadnego zysku z wykonania zadania.

3. naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w związku z art 226 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AMP, gdyż wykonawca AMP załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofertę na zakup wiaty w cenie 14 787,75 zł netto, zaś w kalkulacji do oferty przyjmuje cenę materiału brutto 12 000,00 zł netto, oraz w kosztorysie ofertowym przedstawił wycenę poszerzenia drogi dla pieszych 5m2 w cenie usługi 200,32zł czyli 40,06 zł/m2 (dotyczy

samej robocizny), natomiast do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił stronę z wycenami gdzie cena usługi za 1 m2 wynosi około 75 zł, co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby ten dokonał:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych,

2. odrzucenia ofert wykonawców SPIE na podstawie art 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp oraz AMP na podstawie art 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego i uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jako wykonawca robót w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego, jednak na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego polegających na niewłaściwej ocenie ofert, Odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. W efekcie Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji wskazanego zamówienia. Jedyną możliwością uniknięcia wskazanej szkody po stronie Odwołującego jest wniesienie przedmiotowego odwołania Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, albowiem Odwołujący zaoferował taki sam okres gwarancji jak pozostali wykonawcy, a cena jaką zaoferował Odwołujący była ceną najniższą.

W uzasadnieniu Odwołujący na wstępie zaznaczył, że zarzuty nr 1 i 2 w przedmiotowej sprawie co do zasady będą opisywane łącznie albowiem błędy wykonawców SPIE oraz AMP w zakresie dokonywanej wyceny oferty nakładają się w przedmiotowej sprawie na to, że wskutek tych błędów, pominięć i nieuwzględnienia zakresu robót wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, zarówno co do zakresu ilościowego jak i zakresu rzeczowego doszło do sytuacji, w której jednocześnie cena podana przez tych wykonawców jest ceną rażąco niską, jak i ich oferty nie są zgodne z przedmiotem zamówienia, co stanowi de facto jednocześnie podstawę do odrzucenia ich ofert z uwagi na rażąco niską cenę jak i na to że oferty ich są niezgodne z treścią zamówienia, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji jako elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, zgodnie z treścią rozdziału IX SWZ „Oferta", wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli złożyć Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ (odpowiednio dla właściwej części) - podpisany zgodnie z zasadami dla oferty. Zgodnie z treścią rozdziału X SWZ „Opis sposobu obliczania ceny" Wykonawca podaje cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego, obliczoną w oparciu o Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ (odpowiednio dla właściwej części). Każdy Wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. (...) Kosztorys ofertowy winien być wypełniony w każdej pozycji i podpisany przez Wykonawcę. Cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu 10

umowy, w tym zysk, koszty usług, dostaw, ubezpieczenia i wszelkie inne, które Wykonawca zobowiązany będzie ponieść w celu prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika w sposób jasny, iż kosztorys ofertowy jest częścią oferty, a zatem nie jest dopuszczalne uzupełnienie poszczególnych cen jednostkowych, gdyż Zamawiający nie może samodzielnie zaoferować ceny za Wykonawcę. Nie jest dopuszczalne również wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia kosztorysu, którego brakuje w ofercie.

Mimo zaznaczenia przez Zamawiającego, że cena ma charakter ryczałtowy, to w ocenie Odwołującego w sytuacji, gdy wskazuje on jednoznacznie, że „Wykonawca podaje cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza ofertowego, obliczoną w oparciu o Kosztorys ofertowy – załącznik nr 2.1 – 2.6 do SWZ" to jest on częścią oferty. W takich wypadkach Izba uznała, że „Kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (obecnie 223 ust. 1 PZP). Kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 k.c. jako podstawa kalkulacji ceny oferty, tj. jednego z istotnych postanowień przyszłej umowy." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2009 r., KIO/UZP 866/09).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, ponieważ złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Należy podkreślić, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy będzie stanowić treść oferty, o ile zamawiający będzie żądać dołączenia kosztorysu ofertowego do formularza oferty – a co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

W przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega wyceniony przedmiar robót budowlanych (w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego, lub wynagrodzenia ryczałtowego o ile zamawiający zażądał dołączenia kosztorysu ofertowego do formularza oferty jako podstawy wykazania ceny), który ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2008 r., KIO/UZP 1119/08). Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji.

Odwołujący wskazał ponadto na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2024 r., KIO 355/24 „Dla uznania niezgodności oferty z warunkami zamówienia konieczne jest przeanalizowanie treści całej oferty, w tym również jej załączników." Identycznie określa tę kwestię wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r., KIO 345/24 „Zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów innych niż wskazane w dokumentach zamówienia, ale jeżeli z jakichś powodów je otrzyma i ich treść będzie wskazywać na potencjalną niezgodność oferty z warunkami zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest zbadać taką sytuację, aby nie dopuścić

do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli do udzielenia zamówienia wykonawcy nie wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy: zamawiający nie może zignorować przedstawionych mu dokumentów, z których wynika, że oferta może nie być zgodna z SWZ i poprzestać na badaniu wyłącznie dokumentów wymaganych w SWZ."

Odnosząc powyższe uwagi natury prawnej do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, Odwołujący wskazał w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę SPIE, to w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysowych (lokalizacji robót)

a) • Lokalizacja G1: PFU wskazuje na poszerzenie drogi dla pieszych z kostki betonowej 16m2; wykonawca SPIE założyła 5m2

wykonawca SPIE założyła 5m2

wykonawca SPIE założyła 5m2

wykonawca SPIE założyła 30m2

wykonawca SPIE założyła 5m2

wykonawca SPIE założyła 5m2

- Lokalizacja G17: PFU wskazuje na poszerzenie drogi dla pieszych z kostki betonowej do szerokości 2 m i długości ok. 10 m (20m2); wykonawca SPIE założyła 5m2

- Peron G3: PFU wskazuje na budowę drogi dla pieszych z kostki betonowej szerokości 2,0 m i długości ok. 30 m (60m2); wykonawca SPIE założyła 30m2

b) W załączonych przez wykonawcę SPIE przykładowych ofertach cenowych brak jakiekolwiek oferty potwierdzającej zakres drogowych do wykonania (np. brak oferty na kostkę, brak wyceny prac, brak wyceny wykonania przepustów, brak oferty na kostkę polimerobetonową);

c) Brak oferty na wiatę, nie ma więc wyjaśnienia na jakiej podstawie wykonawca SPIE przyjął cenę 5,5 tys. zł, skoro np. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na zadaniu 1 wycenił identyczną wiatę na 6 tys. zł z montażem za wiatę aluminiową;

d) Brak pozycji odnośnie inwentaryzacji drogi – informacja umieszczona w zmienionym PFU

e) Brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów

projektowych)

f) Dodatkowo Odwołujący zauważył, że suma kosztów poszczególnych elementów (koszt robocizny + koszt materiałów + koszt pracy sprzętu) dała wartość oferty tego wykonawcy, co w ocenie Odwołującego wskazuje na pominięcie założenia minimalnego choćby zysku. W świetle powyższego Odwołujący poddał w wątpliwość oświadczenie w piśmie ogólnym wyjaśniającym rażąco niską cenę przez wykonawcę SPIE, że zakłada zysk na poziomie 10% oraz uwzględnia ryzyko wzrostu czynników cenotwórczych 8% w skali roku.

Na podstawie obliczeń zawartych w dokumentach przedłożonych przez wykonawcę SPIE Odwołujący wskazał ponadto co następuje:

g) W kalkulacji wykonawcy SPIE występuje informacja „* W powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne." Jeżeli zatem kosztorys nie uwzględnia dokładnych ilości z PFU, to zdziwienie Odwołującego budzi fakt, że Zamawiający mógł uznać że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy SPIE są prawidłowe.

h) Na etapie pytań i odpowiedzi Zamawiający wskazał konieczność użycia płytek integralnych z polimerobetonu. Koszt płytek za m2 wynosi około 300zł netto, zaś wykonawca SPIE w kalkulacji założenie 20 m2 przyjmuje cenę 150zł/m2 z robocizną. Potwierdzenie stanowi oferta na sam materiał – załącznik nr 1

i) Wykonawca SPIE wycenił wiatę aluminiową za 5 500zł z montażem a tymczasem w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny dla zadania nr 1 identyczną wiatę wyceniła na 6000 zł z montażem. Odwołujący podniósł, że cena jest nierynkowa, zaś wykonawca SPIE nie załączył jakiegokolwiek wyjaśnienia ceny.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił ofertę jednego z producentów wiat przystankowych/peronowych.

j) Wykonawca SPIE w pozycji „Wymiana oznakowania pionowego (założenie 4szt)" przyjęła łączną cenę za materiał 1845 zł brutto. Pytania i odpowiedzi doprecyzowały, że 2 z 4 znaków mają być typu aktywnego. Odwołujący jako producent oznakowania aktywnego ma świadomość ceny, kosztów wytworzenia i w jego ocenie dana cena jest nierealna. Potwierdzenie stanowi oferta innego producenta znaków aktywnych.

Odnosząc się z kolei do oferty złożonej przez wykonawcę AMP to w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych (lokalizacji robót):

a) • Lokalizacja G1: PFU wskazuje na poszerzenie drogi dla pieszych z kostki betonowej 16m2; Wykonawca AMP założyła 5m2

Wykonawca AMP założyła 5m2

Wykonawca AMP założyła 5m2

Wykonawca AMP założyła 30m2

Wykonawca AMP założyła 5m2

Wykonawca AMP założyła 5m2

- Lokalizacja G17:PFU wskazuje na poszerzenie drogi dla pieszych z kostki betonowej do szerokości 2 m i długości ok. 10 m (20m2); Wykonawca AMP założyła 5m2

- Peron G3: PFU wskazuje na budowę drogi dla pieszych z kostki betonowej szerokości 2,0 m i długości ok. 30 m (60m2); Wykonawca AMP założyła 30m2

b) Na etapie pytań i odpowiedzi Zamawiający wskazał konieczność użycia płytek integralnych z polimerobetonu. Koszt płytek za m2 wynosi około 300zł netto, zaś wykonawca AMP w kalkulacji (założenie 20m2) przyjmuje cenę 97,50 zł/m2 z robocizną. Dodatkowo wykonawca ten załączył katalog z kostką, która jest niezgodna z wyjaśnieniami do przetargu i modyfikacją PFU. Powinna być polimerobetonowa, zaś wykonawca AMP załączył zwykłą betonową.

Z kolei załączona do wyjaśnień wykonawcy AMP „oferta" na układanie kostki pobrana jest ze strony, która odnosi się do prac związanych z układaniem kostki na podjazdach i ścieżkach ogrodowych. Cena jest nierynkowa przy pracach pod ruchem drogowym.

Potwierdzenie stanowi załącznik nr 4

Dodatkowo na stronie jest informacja: „Ceny szacunkowe na podstawie ofert znalezionych w internecie. Nie stanowią oferty handlowej w rozumieniu kodeksu cywilnego i nie powinny być podstawą do jakichkolwiek dalszych analiz i obliczeń"

c) Wiata przystankowa – w zmodyfikowanym PFU punkt 6b Zamawiający wskazuje, że należy zastosować wiatę wykonaną z aluminium. Wykonawca AMP w wyjaśnieniach załącza wiatę stalową ocynkowaną ogniowo, dodatkowo brakuje oparcia wskazanego w dokumentacji PFU. Załączona została do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

oferta na zakup wiaty w cenie 14 787,75 zł netto, zaś w kalkulacji przyjmuje cenę materiału brutto 12 000,00 zł netto co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) -wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim.

d) Wycena poszerzenia drogi dla pieszych – wykonawca AMP założył 5m2 w cenie usługi 200,32zł czyli 40,06 zł/m2 (dotyczy samej robocizny), natomiast do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawiają stronę z wycenami gdzie m2 wynosi około 75 zł, co stanowi zmianę treści oferty – jak bowiem przyznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 maja 2022 r. (KIO 1191/2022) - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim.

e) Powierzchnia 100m2 chodnika musi być obudowane krawężnikiem oraz obrzeżem. Biorąc pod uwagę założony koszt robocizny na poziom 7500zł (75zł/m2) nie został wzięty pod uwagę koszt montażu obrzeży. Potwierdzenie stanowi załącznik nr 4

f) Wykonawca AMP nigdzie nie przedstawił oszacowanego kosztu wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu.

g) Wykonawca AMP nigdzie nie przedstawił oszacowanego kosztu obsługi inwestycji np. delegacje, kierownik, obsługa biurowa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca AMP CT A.P. P.B. spółka jawna z siedzibą w Elblągu. Wykonawca ten ponadto w dniu 7 października 2024 r. przesłał pismo procesowe zawierające argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania wraz z dowodami.

W dniu 26 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień:

- wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3317/24;

- wykonawcy AMP CT A.P. P.B. spółka jawna z siedzibą w Elblągu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3318/24.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowań odwoławczych do których zgłosili przystąpienia (dalej odpowiednio jako „Przystępujący SPIE" lub „wykonawca SPIE" oraz „Przystępujący AMP" lub „wykonawca AMP").

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę w zakresie, który nie podlegał umorzeniu w związku z cofnięciem zarzutów przez obu odwołujących.

Izba uznała, że Odwołujący w obu z rozpoznawanych spraw posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

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

- art. 224 ust. 5 Pzp – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

- art. 224 ust. 6 Pzp – 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.

- art. 223 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

KIO 3317/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania

odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład rozpoznający odwołanie ustalił, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny m. in. Przystępującego SPIE oraz Przystępującego AMP, w wyniku której wykonawcy ci złożyli ten wyjaśnienia wraz z dowodami odpowiednio w dniu 30 lipca 2024 r. (Przystępujący SPIE) i w dniu 31 lipca 2024 r. (Przystępujący AMP). Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez obu przystępujących wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwań, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez Odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż stawiane w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, ponieważ to ono determinuje treść składanych wyjaśnień. Jeżeli zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez zamawiającego. Trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy.

Ponadto, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp). Aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację wykonawcy. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż jednostka zamawiająca w postępowaniu objętym sporem. W tym kontekście Izba pragnie ponadto przywołać stanowisko wyrażane uprzednio m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2024 r., sygn. akt KIO 576/24, zgodnie z którym zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest

wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. (…) Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać, na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Nie jest w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

W świetle powyższego w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w zasadniczej części nie sformułował zarzutów odwołania w sposób umożliwiający weryfikację ich zasadności. Podnoszone przez Odwołującego kwestie sprowadzają się do recenzowania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego bez powiązania ich z naruszeniami przepisów przez Zamawiającego, które w konsekwencji miałyby prowadzić do uwzględnienia odwołania. Treść zarzutów odwołania w ocenie Izby ogranicza się do ogólnej polemiki z twierdzeniami wykonawców SPIE i AMP przedstawionymi w treści wyjaśnień, obejmującej po pierwsze wskazywanie ich ułomności, ogólności oraz braków, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości przedstawione w kalkulacji Uczestnika bądź zaoferowana przez niego cena całkowita zostały zaniżone i to w stopniu który czyniłby ją ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba pragnie na wstępie wskazać, że pomimo iż Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zarzutów w odniesieniu do oferty Przystępującego SPIE – wyliczając niezgodności w ramach poszczególnych lokalizacji (a2, a5, a16, a23, a35 i a39) nie referował do treści kosztorysu złożonego przez Przystępującego SPIE wraz z ofertą, lecz do treści arkusza złożonego przez niego w ramach procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny i na ich podstawie wskazywał rzekome nieprawidłowości w ofercie. Tymczasem jak wynika z akt sprawy, treść tegoż arkusza i dane w nich zawarte, w szczególności odnośnie zakresu prac dla których

należało przedstawić kalkulację były wprost determinowane ich treścią oraz metodologią ustaloną w wezwaniach skierowanych przez Zamawiającego.

Założenia zawarte w poszczególnych wierszach arkusza określające zakres prac nie stanowiły zatem modyfikacji ofert dokonanej przez Przystępującego, lecz jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego w odniesieniu do jakiego zakresu prac oczekuje od wykonawców w toku procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny. Na tak sformułowane wezwanie Przystępujący SPIE odpowiedział zgodnie z jego treścią. Dodatkowo Przystępujący SPIE w treści złożonych wyjaśnień dwukrotnie podkreślił i wyjaśnił przyczynę rozbieżności pomiędzy wartościami wynikającymi z treści oferty oraz treści wyjaśnień, wskazując, że w powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne. Tym samym uznać należy, że argumentacja zarzutu odnosząca się do niezgodności z PFU zakresu prac dla poszczególnych lokalizacji robót referuje nie do treści oferty złożonej w postepowaniu przez Przystępującego SPIE, lecz do zakresu prac określonego przez Zamawiającego na potrzeby wyjaśnień ceny ofertowej i wprowadzonego do przekazanego Przystępującemu SPIE. W konsekwencji zgodzić się należy z Przystępującym SPIE, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny wystosowanego przez Zamawiającego.

Z uwagi na analogiczny charakter wskazywanych niezgodności oraz argumentację na ich poparcie, powyższe rozważania i ocena mają w całości zastosowanie do przywoływanych przez Odwołującego zastrzeżeń w odniesieniu do oferty wykonawcy AMP (lokalizacje a5, a16, a35 i a39).

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż w załączonych przez Przystępującego SPIE przykładowych ofertach brak jakiejkolwiek oferty potwierdzającej zakres prac drogowych do wykonania (np. brak oferty na kostkę, brak wyceny prac, brak wyceny wykonania przepustów, brak oferty na kostkę polimerobetonową, brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych). W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał w jaki sposób powyższe miałoby świadczyć czy to o rażąco niskim charakterze ceny zaoferowanej przez Przystępującego SPIE czy to o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący w jakikolwiek sposób nie powiązał tej okoliczności z ceną jaka została zaoferowaną przez Przystępującego SPIE. O jej rażąco niskim charakterze nie może zaś świadczyć sam fakt braku przedstawienia wraz ze złożonymi wyjaśnieniami dowodu w tym zakresie, zaś Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tego elementu jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący.

Brak ofert potwierdzających zakres prac drogowych do wykonania nie stanowi również sam w sobie argumentu przesądzającego o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność

oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 69/20). Odwołujący nie przywołał w tym zakresie zarówno wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania, jak również w jakim zakresie oferta Przystępującego SPIE miałaby być z takimi wymaganiami niezgodna.

Analogicznie należy potraktować podniesioną przez Odwołującego kwestię braku złożenia przez Przystępującego SPIE wraz z wyjaśnieniami oferty na wiatę przystankową. Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tego elementu jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący nie przedstawił też jakiejkolwiek argumentacji wskazującej na niezgodność oferty Przystępującego SPIE z warunkami zamówienia w tym zakresie. Argumentu przesądzającego o występowaniu rażąco niskiej ceny nie może stanowić również fakt innej wyceny tego samego elementu w innej części postępowania. Jak wskazał Przystępujący SPIE powyższe wynika z faktu, iż zamówienie w zadaniu 1 będzie realizowane w innych lokalizacjach co wiąże się z odmiennymi kosztami w zakresie transportu i magazynowania.

Również w zakresie elementów prac kwestionowanych w treści odwołania w zakresie oferty Wykonawcy AMP (układanie kostki, wiata przystankowa) Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tych elementów jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący nie przedstawił też argumentacji wskazującej na niezgodność oferty Wykonawcy AMP z warunkami zamówienia. W tym zakresie Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do kwestionowania dowodów złożonych przez Wykonawcę AMP wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i wywodzenia z ich treści niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący pomija jednakże cel złożenia tych dokumentów przez wykonawcę AMP, którym jest potwierdzenie realności kalkulacji ceny ofertowej. Celem złożenia dowodów w postaci katalogu kostki, oferty wiaty przystankowej czy cennika prac brukarskich nie miało być natomiast potwierdzanie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami postawionymi przez Zamawiającego czy też zmiany ceny za poszczególne elementy.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje na brak pozycji odnośnie inwentaryzacji drogi oraz brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów projektowych). Ponownie argumentacja

Odwołującego ogranicza się do przywołania niniejszych braków bez jakiegokolwiek powiązania ich z przesłankami świadczącymi o występowaniu rażąco niskiej ceny czy też niezgodności oferty z warunkami zamówienia czy też wskazania, iż obowiązek zamieszczenia takich informacji wynikał z treści SWZ bądź wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności nie wykazano aby koszty te zostały przez Przystępującego SPIE w złożonej ofercie pominięte lub w sposób rażący zaniżone.

W analogiczny sposób należy ocenić wskazane przez Odwołującego braki w zakresie oferty wykonawcy AMP (brak pozycji odnośnie inwentaryzacji drogi, brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów projektowych, Wykonawca przedstawił oszacowanego kosztu wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu oraz kosztu obsługi inwestycji np. delegacje, kierownik, obsługa biurowa), w odniesieniu do których poza ich przywołaniem nie podniesiono jakiejkolwiek dalszej argumentacji czy powiązania z przesłankami przepisów wskazywanych jako podstawa odwołania.

W kolejnym punkcie (lit. f) Odwołujący wskazuje na wątpliwości odnośnie uwzględnienia przez Przystępującego SPIE w cenie ofertowej elementów kosztotwórczych wskazanych przez tego wykonawcę w części opisowej wyjaśnień ceny tj. zysku oraz ryzyka wzrostu czynników cenotwórczych. Wątpliwości Odwołującego wynikały z faktu zawarcia w arkuszu złożonym z wyjaśnieniami wyłącznie pozycji koszt robocizny + koszt materiałów + koszt pracy sprzętu. Jak zasadnie podniósł Przystępujący SPIE w swoim stanowisku pisemnym brak przedstawienia poziomu zakładanego zysku w tabeli złożonej wraz z Wyjaśnieniami wyniknął z braku wyodrębnienia zysku jako osobnej kolumny tej tabeli w jej wzorze opracowanym przez Zamawiającego i załączonym do wezwania. Brak było bowiem we wzorze przesłanym przez Zamawiającego odrębnej pozycji, w której Przystępujący mógłby przedstawić zysk zawarty w cenach jednostkowych, zaś ewentualne zmodyfikowanie i wyodrębnienie zysku jako odrębnej kolumny stanowiłoby natomiast wykroczenie poza zakres wezwania. Ponadto jak już wskazane zostało to we wcześniejszym fragmencie zastosowanie się przez Przystępującego w składanych wyjaśnieniach do metodologii wymaganej i określonej przez Zamawiającego w treści wezwania nie może zatem zostać uznane za nieprawidłowe. Nadto Izba pragnie ponownie wskazać, iż treść zarzutu winna wskazywać okoliczności potwierdzające zasadność podnoszonych w odwołaniu twierdzeń, nie zaś ograniczać się do wskazywania na wątpliwości w odniesieniu do poszczególnych okoliczności.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, iż kosztorys ofertowy złożony przez Przystępującego SPIE nie uwzględnia ilości prac wskazanych w PFU wywodząc powyższe zastrzeżenia zawartego w arkuszu złożonym przez Przystępującego SPIE z wyjaśnieniami ceny o treści W powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne. Powyższe zastrzeżenia Odwołującego były wynikiem błędnego utożsamienia przez Odwołującego arkusza złożonego przez Przystępującego SPIE w toku wyjaśnień z kosztorysem ofertowym. Jak wskazano we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia, treść i zakres arkusza (w tym dane odnośnie zakresu poszczególnych prac na potrzeby wyjaśnień zaoferowanej ceny) został opracowany przez Zamawiającego i przekazany wykonawcom do zastosowania przy przedstawianiu kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym argumentację w tym zakresie należy uznać za bezpodstawną.

Odnosząc się do grupy okoliczności przedstawionych przez Odwołującego, które wskazywały na nierealność wycen poszczególnych elementów zamówienia (płytek integralnych z polimerobetonu, wiaty przystankowej czy oznakowania aktywnego), Izba w pierwszej kolejności pragnie podkreślić,

iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie ograniczyła się do stwierdzeń, iż zaoferowane przez Przystępującego SPIE ceny są nierynkowe i nierealne. Potwierdzeniem tych twierdzeń miały być poza oświadczeniami Odwołującego oferty uzyskane przez niego od producentów. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, iż sam fakt uzyskania innych warunków handlowych nie stanowi o rażąco niskim poziomie cen zaoferowanych przez Odwołującego. Zgodzić się należy z Przystępującym SPIE, że przedłożone dowody stanowią bowiem wyłącznie zbiór ofert, jakie sam Odwołujący był w stanie uzyskać na potrzeby własnej kalkulacji ceny i nie stanowią podstawy wyceny dokonanej przez Przystępującego SPIE.

W odniesieniu do podniesionej kwestii zmiany treści oferty w zakresie wykonania peronu, to należy wskazać, iż za zasadne uznać stanowisko Przystępującego SPIE, który wskazywał że rozbieżności stanowią wyłącznie rezultat zastosowania wymaganego przez Zamawiającego arkusza stanowiącego załącznik do wezwania, w którym Zamawiający zawarł uśrednione wymagania co do poszczególnych elementów, które różniły się od dokładnych parametrów wskazanych w PFU. Tym samym niezasadne jest stawianie zarzutu Przystępującego SPIE w sytuacji w której w przedstawianych wyjaśnieniach referował on z uwagi na treść wezwania do określonych w tym wezwaniu przez samego Zamawiającego zakresów. Treść wyjaśnień i kalkulacji w nich zawartych była bezpośrednio determinowana treścią wezwania i w okolicznościach niniejszej sprawy niezasadne jest stawianie Przystępującemu zarzutu zmiany treści oferty w tym zakresie.

Mając na uwadze zatem, że Odwołujący – jak wskazano wcześniej – nie przedstawił okoliczności faktycznych, które podważałyby prawidłowość czynności Zamawiającego kwestionowanych w treści stawianych zarzutów, 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 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, ustalone na podstawie przedstawionych i złożonych do

akt sprawy rachunków.

KIO 3318/24

Izba podtrzymując w całości rozważania natury ogólnej przedstawione uprzednio w sprawie KIO 3317/24 oraz biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W stanie faktycznym zaistniałym w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należało, że pomimo iż Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zarzutów w odniesieniu do oferty wykonawcy SPIE – wyliczając niezgodności w ramach poszczególnych lokalizacji (lokalizacje G1, G2,

G3, G4, G5, G11, G17, peron G3) nie referował do treści kosztorysu złożonego przez Przystępującego SPIE wraz z ofertą, lecz do treści arkusza złożonego przez niego w ramach procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny i na ich podstawie wskazywał rzekome nieprawidłowości w ofercie. Tymczasem jak wynika z akt sprawy, treść tegoż arkusza i dane w nich zawarte, w szczególności odnośnie zakresu prac dla których należało przedstawić kalkulację były wprost determinowane ich treścią oraz metodologią ustaloną w wezwaniach skierowanych przez Zamawiającego. Założenia zawarte w poszczególnych wierszach arkusza określające zakres prac nie stanowiły zatem modyfikacji ofert dokonanej przez Przystępującego, lecz jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego w odniesieniu do jakiego zakresu prac oczekuje od wykonawców w toku procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny. Na tak sformułowane wezwanie wykonawca SPIE odpowiedział zgodnie z jego treścią. Dodatkowo wykonawca SPIE w treści złożonych wyjaśnień dwukrotnie podkreślił i wyjaśnił przyczynę rozbieżności pomiędzy wartościami wynikającymi z treści oferty oraz treści wyjaśnień, wskazując, że w powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne. Tym samym uznać należy, że argumentacja zarzutu odnosząca się do niezgodności z PFU zakresu prac dla poszczególnych lokalizacji robót referuje nie do treści oferty złożonej w postepowaniu przez wykonawcę SPIE, lecz do zakresu prac określonego przez Zamawiającego na potrzeby wyjaśnień ceny ofertowej i wprowadzonego do przekazanego wykonawcy SPIE. W konsekwencji zgodzić się należy z wykonawcą SPIE, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny wystosowanego przez Zamawiającego.

Z uwagi na analogiczny charakter wskazywanych niezgodności oraz argumentację na ich poparcie, powyższe rozważania i ocena mają w całości zastosowanie do przywoływanych przez Odwołującego zastrzeżeń w odniesieniu do oferty Przystępującego AMP (lokalizacje G1, G2, G3, G4, G5, G11, G17, peron G3).

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż w załączonych przez wykonawcę SPIE przykładowych ofertach brak jakiejkolwiek oferty potwierdzającej zakres prac drogowych do wykonania (np. brak oferty na kostkę, brak wyceny prac, brak wyceny wykonania przepustów, brak oferty na kostkę polimerobetonową, brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych). W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał w jaki sposób powyższe miałoby świadczyć czy to o rażąco niskim charakterze ceny zaoferowanej przez wykonawcę SPIE czy to o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący w jakikolwiek sposób nie powiązał tej okoliczności z ceną jaka została zaoferowaną przez wykonawcę SPIE. O jej rażąco niskim charakterze nie może zaś świadczyć sam fakt braku przedstawienia wraz ze złożonymi wyjaśnieniami dowodu w tym zakresie, zaś Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tego elementu jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący.

Brak ofert potwierdzających zakres prac drogowych do wykonania nie stanowi również sam w sobie argumentu przesądzającego o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 69/20). Odwołujący nie przywołał w tym zakresie zarówno wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania, jak również w jakim zakresie oferta Przystępującego SPIE miałaby być z takimi wymaganiami niezgodna.

Analogicznie należy potraktować podniesioną przez Odwołującego kwestię braku złożenia przez wykonawcę SPIE wraz z wyjaśnieniami oferty na wiatę przystankową. Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tego elementu jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący nie przedstawił też jakiejkolwiek argumentacji wskazującej na niezgodność oferty wykonawcę SPIE z warunkami zamówienia w tym zakresie. Argumentu przesądzającego o występowaniu rażąco niskiej ceny nie może stanowić również fakt innej wyceny tego samego elementu w innej części postępowania (w zadaniu 1), które będzie realizowane w innych lokalizacjach co wiąże się z odmiennymi kosztami w zakresie transportu i magazynowania.

Również w zakresie elementów prac kwestionowanych w treści odwołania w zakresie oferty Przystępującego AMP

(układanie kostki, wiata przystankowa) Odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności wskazujących, że wycena tych elementów jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, jak również okoliczności świadczące o istotności tego elementu wyceny. Odwołujący nie przedstawił też argumentacji wskazującej na niezgodność oferty Przystępującego AMP z warunkami zamówienia. W tym zakresie Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do kwestionowania dowodów złożonych przez Przystępującego AMP wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i wywodzenia z ich treści niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący pomija jednakże cel złożenia tych dokumentów przez Przystępującego AMP, którym jest potwierdzenie realności kalkulacji ceny ofertowej. Celem złożenia dowodów w postaci katalogu kostki, oferty wiaty przystankowej czy cennika prac brukarskich nie miało być natomiast potwierdzanie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami postawionymi przez Zamawiającego czy też zmiany ceny za poszczególne elementy.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje na brak pozycji odnośnie inwentaryzacji drogi oraz brak informacji odnośnie kosztów geodezyjnych (np. tyczenie, inwentaryzacja, pozyskanie map do celów projektowych). Ponownie argumentacja Odwołującego ogranicza się do przywołania niniejszych braków bez jakiegokolwiek powiązania ich z przesłankami świadczącymi o występowaniu rażąco niskiej ceny czy też niezgodności oferty z warunkami zamówienia czy też wskazania, iż obowiązek zamieszczenia takich informacji wynikał z treści SWZ bądź wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności nie wykazano aby koszty te zostały przez wykonawcę SPIE w złożonej ofercie pominięte lub w sposób rażący zaniżone.

W analogiczny sposób należy ocenić wskazane przez Odwołującego braki w zakresie oferty Przystępującego AMP (Wykonawca przedstawił oszacowanego kosztu wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu oraz kosztu obsługi inwestycji np. delegacje, kierownik, obsługa biurowa), w odniesieniu do których poza ich przywołaniem nie podniesiono jakiejkolwiek dalszej argumentacji czy powiązania z przesłankami przepisów wskazywanych jako podstawa odwołania.

W kolejnym punkcie (lit. f) Odwołujący wskazuje na wątpliwości odnośnie uwzględnienia przez wykonawcę SPIE w cenie ofertowej elementów kosztotwórczych wskazanych przez tego wykonawcę w części opisowej wyjaśnień ceny tj. zysku oraz ryzyka wzrostu czynników cenotwórczych. Wątpliwości Odwołującego wynikały z faktu zawarcia w arkuszu złożonym z wyjaśnieniami wyłącznie pozycji koszt robocizny + koszt materiałów + koszt pracy sprzętu. Jak zasadnie podniósł wykonawca SPIE w swoim stanowisku pisemnym brak przedstawienia poziomu zakładanego zysku w tabeli złożonej wraz z Wyjaśnieniami wyniknął z braku wyodrębnienia zysku jako osobnej kolumny tej tabeli w jej wzorze opracowanym przez Zamawiającego i załączonym do wezwania. Brak było bowiem we wzorze przesłanym przez Zamawiającego odrębnej pozycji, w której wykonawca SPIE mógłby przedstawić zysk zawarty w cenach jednostkowych, zaś ewentualne zmodyfikowanie i wyodrębnienie zysku jako odrębnej kolumny stanowiłoby natomiast wykroczenie poza zakres wezwania. Ponadto jak już wskazane zostało to we wcześniejszym fragmencie zastosowanie się przez wykonawcę SPIE w składanych wyjaśnieniach do metodologii wymaganej i określonej przez Zamawiającego w treści wezwania nie może zatem zostać uznane za nieprawidłowe. Nadto Izba pragnie ponownie wskazać, iż treść zarzutu winna wskazywać okoliczności potwierdzające zasadność podnoszonych w odwołaniu twierdzeń, nie zaś ograniczać się do wskazywania na wątpliwości w odniesieniu do poszczególnych okoliczności.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, iż kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę SPIE nie uwzględnia ilości prac wskazanych w PFU wywodząc powyższe zastrzeżenia zawartego w arkuszu złożonym przez wykonawcę SPIE z wyjaśnieniami ceny o treści W powyższej kalkulacji cena została wyliczona na podstawie założeń (znajdujących się w nawiasach), które są dla każdej lokalizacji jednakowe, natomiast w cenie do oferty zostały uwzględnione dokładne ilości z PFU, w związku z tym ceny nie będą identyczne. Powyższe zastrzeżenia Odwołującego były wynikiem błędnego utożsamienia przez Odwołującego arkusza złożonego przez wykonawcę SPIE w toku wyjaśnień z kosztorysem ofertowym. Jak wskazano we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia, treść i zakres arkusza (w tym dane odnośnie zakresu poszczególnych prac na potrzeby wyjaśnień zaoferowanej

ceny) został opracowany przez Zamawiającego i przekazany wykonawcom do zastosowania przy przedstawianiu kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym argumentację w tym zakresie należy uznać za bezpodstawną.

Odnosząc się do grupy okoliczności przedstawionych przez Odwołującego, które wskazywały na nierealność wycen poszczególnych elementów zamówienia (płytek integralnych z polimerobetonu, wiaty przystankowej czy oznakowania aktywnego), Izba w pierwszej kolejności pragnie podkreślić, iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie ograniczyła się do stwierdzeń, iż zaoferowane przez wykonawcę SPIE ceny są nierynkowe i nierealne. Potwierdzeniem tych twierdzeń miały być poza oświadczeniami Odwołującego oferty uzyskane przez niego od producentów. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, iż sam fakt uzyskania innych warunków handlowych nie stanowi o rażąco niskim poziomie cen zaoferowanych przez Odwołującego. Przedłożone dowody stanowią bowiem wyłącznie zbiór ofert, jakie sam Odwołujący był w stanie uzyskać na potrzeby własnej kalkulacji ceny i nie stanowią podstawy wyceny dokonanej przez wykonawcę SPIE.

W odniesieniu do podniesionej kwestii zmiany treści oferty przez Przystępującego AMP w zakresie wyceny poszerzenia drogi dla pieszych, to należy wskazać, iż Odwołujący w tym zakresie referuje do danych zawartych w dwóch dokumentach złożonych w ramach wyjaśnień zaoferowanej ceny. Nie wskazano w tym zakresie danych zawartych w ofercie Przystępującego AMP, tym samym niezasadne jest stawianie zarzutu w zakresie zmiany oferty w sytuacji w której Odwołujący nie wskazuje które dane w wynikające z jej treści miałyby zostać zmienione.

Mając na uwadze zatem, że Odwołujący – jak wskazano wcześniej – nie przedstawił okoliczności faktycznych, które podważałyby prawidłowość czynności Zamawiającego kwestionowanych w treści stawianych zarzutów, 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 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, ustalone na podstawie przedstawionych i złożonych do akt sprawy rachunków.

Przewodniczący: …….