

**WYROK**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Członkowie: Danuta Dziubińska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 roku przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasta Gdyni (al. Marszałka Piłsudskiego 52/54, 81-382 Gdynia)

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego Firma Budowlano – Drogowa „MTM” S.A. (ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia),

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa),

- Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu w punkcie I.2), dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zastosowania tego przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. i w konsekwencji nieodrzuca ofert tych wykonawców, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,

3.1. zasądza od Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) na rzecz Zamawiającego Gmina Miasta Gdyni (al. Marszałka Piłsudskiego 52/54, 81-382 Gdynia) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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.

Przewodnicząca: .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 4004/24**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Miasta Gdyni postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obwodnicy dzielnicy Witomino w Gdyni”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 marca 2024 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 182342-2024.

Odwołujący STRABAG sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 224 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Polimex, pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Wykonawca Polimex nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zastosowania ww. przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex i w konsekwencji nieodrzućenie oferty tego wykonawcy, pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż jej zakresem nie objęto całości przedmiotu zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania ww. przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę Budimex i w konsekwencji nieodrzućenie oferty tego wykonawcy, pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż jej zakresem nie objęto całości przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zarzutów z pkt 1) i 2),
- art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex w sytuacji, gdy dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzućenia oferty Wykonawcy Polimexu.

W przypadku braku uwzględnienia zarzutów z pkt 1) i 2) Odwołujący w charakterze zarzutu ewentualnego zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 239 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie przeprowadzenia w całości procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny przez Wykonawcę Polimex tj. zapoczątkowanie tego procesu wezwaniem z dnia 12.07.2024 r., a następnie przerwanie po otrzymaniu pisma Wykonawcy Polimex z dnia 26.07.2024 r., co doprowadziło do przedwczesnego wyboru oferty Wykonawcy Polimex, w sytuacji gdy na skutek pierwszych wyjaśnień z dnia 26.07.2024 r. Zamawiający zobowiązany był kontynuować ww. procedurę doprecyzowując zakres swoich wątpliwości, w szczególności w świetle informacji oraz wyjaśnień przedstawionych mu ww. pismem przez Wykonawcę Polimex.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex, jako oferty najkorzystniejszej, odrzućenie oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex, odrzućenie oferty złożonej przez Wykonawcę Budimex, powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem ofert Wykonawców Polimex i Budimex.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutów zawartych w pkt 1) i 2) i uwzględnieniu zarzutu ewentualnego podniesionego w pkt skutkującego uznaniem, że Zamawiający nie zakończył w stosunku do Wykonawcy Polimex postępowania wyjaśniającego prowadzonego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex, jako oferty najkorzystniejszej, odrzućenie oferty złożonej przez Wykonawcę Budimex, powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty Wykonawcy Budimex i w ramach tej czynności ponowne wezwanie Wykonawcy Polimex do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny istotnych części składowych przedmiotu zamówienia tj. skalkulowanych Tabeli Elementów stanowiącej załącznik do oferty Wykonawcy Polimex pozycji dotyczących robót ziemnych (poz. I.2) oraz umocnienia rowów materacami (poz. II.3.2).

Postępowanie przewiduje realizację inwestycji w formule „buduj”. Zgodnie z pkt 3.3. SWZ zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje: wykonanie robót budowlanych zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową, dyspozycjami wykonania robót budowlanych oraz z uwzględnieniem dyspozycji pkt 3.5 SWZ, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub złożenie zawiadomienia o zakończeniu robót budowlanych we właściwym organie nadzoru budowlanego oraz przedłożenie Zamawiającemu uzyskanego pozwolenia lub dokumentu potwierdzającego skuteczność zawiadomienia.

Zamawiający przewidział, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu będzie miało charakter ryczałtowy. Cena powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia i uwzględniała wszystkie czynności związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia.

Z rankingu ofert wynikało, że najniższą ofertę złożył Wykonawca Polimex. Na drugim miejscu uplasował się Wykonawca Budimex. Zamawiający przystąpił do badania i oceny ofert, czego wynikiem było m.in. wezwanie każdego z tych Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wyjaśnienia treści ofert w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty Wykonawcy Polimex.

W kwestii sposobu obliczenia ceny Zamawiający podkreślił w pkt 15.1. SWZ, że określenie ceny netto powiększonej następnie o podatek VAT powinno nastąpić w oparciu o Rozdział III SWZ, Załącznik nr 10 do SWZ, tj. projektowane

postanowienia umowy oraz Załącznik nr 1 do SWZ, tj. opis przedmiotu zamówienia. W pkt 15.5. SWZ wyjaśniono, że przedmiar robót, dołączony do SWZ jako załącznik nr 11, jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego może skorzystać wykonawca, ale nie ma takiego obowiązku.

Wykonawca miał obowiązek ustalić wartość brutto każdej z części Tabeli Elementów podając odpowiednią kwotę, a cena oferty stanowić miała zsumowanie wszystkich pozycji Tabeli Elementów i następnie zostać przeniesiona i wpisana w pkt 1 formularza oferty.

Po otwarciu ofert Zamawiający pismem z dnia 12.07.2024 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust.1 pkt 1) pzp wezwał Wykonawcę Polimex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny jego oferty wskazując, że jest ona niższa o ponad 30% od wartości brutto zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i na podstawie pkt 15 i 16 SWZ wezwał Wykonawcę Polimex do złożenia wyjaśnień treści oferty odnośnie określonych jej elementów. Ponadto, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i pkt 15.16 SWZ Zamawiający zażądał wyjaśnień dotyczących wyliczenia wartości niżej wymienionych elementów w tabeli elementów (załączniku nr 2a) i przedstawienia do wglądu kosztorysu ofertowego dla tych elementów: poz. I.2 - Roboty ziemne; poz. 1.3 - Podbudowy; poz. 11.3.1 - roboty ziemne; poz. II.3.2 - umocnienie materacami; poz. II.3.3 - umocnienie (darń, humus, palisada); poz. II.3.4 - umocnienie geokratami; poz. IV. – branża mostowa; poz. XI. – sieci elektroenergetyczne; poz. XV.4 - sadzenie drzew.

W odpowiedzi Wykonawca Polimex złożył wyjaśnienia załączając do nich kosztorys ofertowy opracowany na bazie Tabeli Elementów, która stanowiła część składową jego oferty. Załączył również oferty podwykonawców, które jak wskazał, zostały przyporządkowane do kosztorysu na wykonanie poszczególnych części zamówienia, przy czym jak zastrzegł, że „podział ten ma jedynie charakter pomocniczy, bowiem wynagrodzenie Podwykonawców, podobnie jak wynagrodzenie Wykonawcy, ma charakter ryczałtowy (por. rdz. XV pkt 15.1 SWZ)”.

Tylko w przypadku dwóch pozycji kosztorysu tj. pozycji o nazwie „Inne, nieujęte wyżej (np. odtworzenia nieujęte gdzie indziej)” w części I.4., a także pozycji o nazwie „Koszty koordynacji robót - zgodnie z war. usunięcia kolizji nr R/20/085287” w części XI.2. wartość tych elementów Wykonawca Polimex uzasadnił kalkulacją własną, której szczegółów nie podał.

Zdaniem Odwołującego, sposób przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej przez Wykonawcę Polimex jedynie pozornie świadczy o tym, że Wykonawca wyjaśnił jak wyliczył wartość swojej propozycji. Choć do pisma z dnia 26.07.2024 r. załączono wiele ofert podwykonawców, ich analiza wskazuje, że zawierają one ogólne (zagregowane) kwoty za poszczególne zakresy, które nie zostały bliżej wyjaśnione.

W ocenie Odwołującego złożone przez Wykonawcę Polimex oferty podwykonawców nie są wystarczającym argumentem dla przyjęcia, że Wykonawca Polimex wyjaśnił cenę oferty. Jak wskazał, w większości przypadków zawierają one globalne kwoty za określony zakres prac/element kosztorysu. Jak wskazywał Odwołujący, oferty, którymi posłużył się Wykonawca Polimex, dotyczą znacznych części całego przedsięwzięcia, jak ma to miejsce w przypadku np. robót ziemnych i oferty EKOZUK sp. z o.o. i niewiele różnią się w przypadku danych części Tabeli Elementów od oferty Wykonawcy dla danego zakresu. Różnica sprowadza się do tego, że Wykonawca Polimex w odniesieniu do danych ofert podwykonawczych czy zakresów robót wyodrębnił wartość narzutów na koszt podwykonawcy.

W ocenie Odwołującego, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy od obowiązku złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę Budimex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny jego oferty wskazując, że jest ona niższa o ponad 30% od wartości brutto zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający zażądał w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych złożenia wyjaśnień odnośnie wartości określonych elementów oferty. Zdaniem Odwołującego, oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wbrew zapewnieniom Wykonawcy Budimex, oferta nie obejmuje swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na skutek złożonych pytań i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, wiadome powinno być wszystkim, którzy zapoznali się z dokumentacją postępowania, że w przypadku przedmiaru mamy do czynienia z kilkukrotnie zaniżonym obmiarem w zakresie umocnień rowów materacami siatkowo-kamiennymi. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Budimex w swojej ofercie wycenił umocnienia w zakresie ilości wynikających z przedmiaru. Swoją ofertą nie objął więc całości robót związanych z umocnieniem rowów materacami siatkowo-kamiennymi typu 3 oraz typu 4.

Jak wyjaśnił Odwołujący, argumentacja dotycząca uzasadnienia zarzutu odwoławczego względem oferty Wykonawcy Budimex opiera się na wartościach dotyczących umocnienia dna rowów materacem siatkowo-kamiennym dwóch typów,

przyjętych przez Odwołującego na podstawie opinii przygotowanej na zlecenie i na potrzeby Odwołującego przez mgr inż. Ł.B.. Odwołujący wyjaśnił, że opinia powstała po przanalizowaniu przez mgr inż. Ł.B. dokumentacji postępowania, w tym przede wszystkim dokumentacji technicznej uwzględniającej m.in. projekt zagospodarowania terenu oraz przekroje podłużne projektu wykonawczego branży drogowej.

W ocenie Odwołującego Wykonawca Budimex przyjął w ramach swojej wyceny zaniżone wielkości związane z umocnieniem dna rowów materacem siatkowo-kamiennym obu typów, w związku z czym w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Budimex nie obejmuje swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia. Ponadto w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Budimex jest zaniżona w zakresie omawianego umocnienia dna rowu w odniesieniu do Typu 3 - o 1.966.423 zł netto, a w odniesieniu do Typu 4 - o 377.691,77 zł netto.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania ww. przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex i w konsekwencji nieodrzućenie oferty tego Wykonawcy podlegało umorzeniu. W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa powyższy zarzut.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 224 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Polimex, pomimo że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Polimex na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie dotyczącym treści samej oferty. Treść wezwania była ogólna i sprowadzała się do wezwania do wyjaśnienia kwestii określonych w art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dołączając do wyjaśnień kosztorys oraz oferty podwykonawcze na potwierdzenie realności ceny.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przedmiar miał charakter informacyjny, zaś wynagrodzenie charakter ryczałtowy. Wynagrodzenie ryczałtowe polega na uiszczeniu wynagrodzenia w kwocie całkowitej, przewidzianej z góry, a zatem w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego poszczególne składniki wynagrodzenia składające się na kosztorys nie mają tak wielkiego znaczenia, jakie usiłuje im przypisać Odwołujący. Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Nadto nie wykazał, aby poszczególne ceny były nierealne. Nie jest również tak, że tylko przedstawiony przez Odwołującego sposób udzielenia wyjaśnień jest prawidłowy. Odwołujący podnosząc zarzut podejrzenia rażąco niskiej ceny zobowiązany był wykazać zaistnienie takiej okoliczności. Podnosząc zarzut niewystarczających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, że istnieją uzasadnione wątpliwości, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za określoną cenę.

Okoliczność, że w ocenie Odwołującego Wykonawca Polimex mógłby złożyć bardziej szczegółowe wyjaśnienia nie oznacza, że Odwołujący wykazał zasadność stawianych zarzutów. Tym bardziej, że Wykonawca Polimex złożył wyjaśnienia i dodatkowo załączył kosztorys, a także oferty, które miały na celu wskazanie rynkowości zaoferowanej ceny, możliwości, w jakich porusza się Wykonawca Polimex. Sam fakt, że oferty mają charakter ryczałtowy nie jest dyskwalifikujący. Oferty zawierają cenę ryczałtową za realizację danego zadania, ale także dane dotyczące zakładanych ilości robót do wykonania. Odwołujący mając powyższe dane, nie wykazał, aby cena ofertowa (ryczałtowa) była niewystarczająca do realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, w sytuacji, gdy wezwanie Zamawiającego nie konkretyzowało wątpliwości Zamawiającego, gdyż Zamawiający ograniczył się do zacytowania art. 224 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, dobór informacji przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie należał do Wykonawcy. Zamawiający nie nakazał sporządzenia kosztorysu ofertowego w oparciu o podział na R/M/S, czy sporządzone na potrzeby postępowania kosztorysy.

Okoliczność, że Wykonawca Polimex złożył wyjaśnienia w sposób inny niż oczekiwałby tego Odwołujący, nie stanowi okoliczności potwierdzającej nierealność zaoferowanej ceny. Wykonawca Polimex w sposób transparentny opisał w kosztorysie, jakie elementy zostały wycenione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Zamawiający miał zatem możliwość ocenić kompletność zaproponowanej wyceny. Złożenie ofert poszczególnych firm stanowiło dowód na okoliczność rynkowego charakteru cen. Odwołujący nie kwestionował nierealności, nierynkowości tych cen, zatem podnoszony zarzut jest bezzasadny.

Należy również zauważyć, że różnica cenowa pomiędzy ofertą Wykonawcy Polimex, a ofertą Odwołującego, wynosi około 12%, co jak zauważył Wykonawca Polimex, jest normalną różnicą w cenach oferowanych przez wykonawców. Istotny jest także fakt, że cena w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Przy takim wynagrodzeniu nie jest istotna struktura wewnętrzna ceny. Wynagrodzenie jest z góry określone, a znaczenie ma objęcie ceną całości przedmiotu zamówienia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego oraz Wykonawcy Polimex, że oferta złożona przez tego Wykonawcę oraz złożone wyjaśnienia nie potwierdzają w żadnej mierze obowiązku wyjaśniania jakichkolwiek nowych kwestii. Stąd bezzasadny jest zarzut Odwołującego w tym zakresie.

Na podstawie złożonych ofert Zamawiający miał możliwość zorientowania się co do przyjętych poziomów kosztów i zakresu prac.

W odniesieniu do wątpliwości Odwołującego należy wskazać, że Wykonawca Polimex już w treści złożonych wyjaśnień wskazywał, że podstawę do skalkulowania oferty stanowiła wyłącznie oferta Larix Garden - pozostałe materiały (do których także odnosił się Odwołujący), zostały załączone poglądowo celem dodatkowego potwierdzenia rzetelności wyceny. Tym samym bezzasadna jest analiza przez Odwołującego innych ofert.

Okoliczność, że Odwołujący uzyskał inną wycenę nie oznacza automatycznie, że skalkulowana przez Wykonawcę Polimex cena jest nieprawidłowa, czy nierynkowa. Okoliczność, że Odwołujący uzyskał inną wycenę prac, inną ofertę, nie może automatycznie stanowić dowodu na okoliczność, że oferta, jaka została przedstawiona Wykonawcy Polimex i przyjęte w związku z tym szacunki Wykonawcy Polimex są nierealne, czy też, że konieczne są w tym zakresie dodatkowe wyjaśnienia. Różna wycena prac jest przejawem konkurencyjności.

Nie jest również tak, że Wykonawca nie miał możliwości przyjęcia określonych elementów cenotwórczych w różnych pozycjach. Wykonawca Polimex wyjaśnił, że z uwagi na podział robót ziemnych na kilka działów tabeli elementów, był uprawniony do ujęcia elementów cenotwórczych za pełen zakres robót w kilku działach. Wykonawca Polimex oświadczył również, że w kosztorysie ofertowym Larix Garden uwzględnił koszt wykonania materaca zarówno w pozycji II.3.1 i w II.3.2. - nie można tych dwóch elementów rozpatrywać osobno i wyprowadzać z tego tezy, że cena jest rażąco niska.

Za bezzasadne należało uznać twierdzenia Odwołującego odnoszące się do ceny 7,20 zł/m<sup>2</sup> tytułem kosztu robocizny. Jak wskazał Wykonawca Polimex, w przypadku oferty Larix Garden (załączonej przez Wykonawcę Polimex do wyjaśnień), koszt wbudowania kamienia do materaca został ujęty w innym miejscu, tj. w poz. w II.3.1. Brak tej informacji sprawia, że wycenienia zaprezentowane przez Odwołującego są nierzetelne.

Wykonawca Polimex złożył jako dowód (w trakcie rozprawy z udziałem stron) oświadczenie firmy Ekozuk sp. z o.o. z 19 listopada 2024 roku, w którym firma poinformowała o sposobie dokonanej wyceny z uwagi na charakter i zakres prac w przedmiotowym zamówieniu. Jednocześnie firma przedstawiła kalkulację wykonania 1 m<sup>3</sup> nasypu w warunkach dla niniejszego przedmiotu zamówienia. Firma potwierdziła w kalkulacji założony koszt wykonania 1 m<sup>3</sup> nasypu w wysokości ok. 2,00 zł/m<sup>3</sup>. Powyższe stanowi potwierdzenie realności zaoferowanej ceny, biorąc pod uwagę charakter przedmiotowego zamówienia. Brak jest zatem konieczności dodatkowego wzywania Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania ww. przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę Budimex i w konsekwencji nieodrzućcenie oferty tego Wykonawcy, pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż jej zakresem nie objęto całości przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zarzutów z pkt. 1) i 2).

Odwołujący nie wykazał, z jakim konkretnie postanowieniem miałyby być niezgodna oferta Wykonawcy Budimex S.A. Już z tego powodu zarzut podlega oddaleniu. Oferta może zostać uznana za niezgodną z warunkami SWZ tylko w przypadku jednoznacznej niezgodności z konkretnym postanowieniem SWZ, a tej okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Zgodnie z art. 632 § 1 kc: „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”.

Wykonawcy składając ofertę z wynagrodzeniem ryczałtowym muszą zdawać sobie sprawę z ryzyk, które podejmują. Przedmiar miał charakter pomocniczy i służył wycenie przedmiotu świadczenia. Projekt ma znaczenie na etapie realizacji inwestycji. Przedmiar obejmuje ilości szacunkowe, które stanowią wspólną podstawę do składania ofert po to, aby oferty były porównywalne i adekwatnie wycenione. Ewentualne rozbieżności między przedmiarem a wartościami wynikającymi z dokumentacji projektowej, które mogą się również różnić w zależności od wielkości, które ostatecznie zostaną wykonane na etapie realizacji, muszą zostać wkalkulowane przez wykonawców na zasadzie ryzyka w związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia.

Wykonawca Budimex S.A. oświadczył, że dokonał wyceny wszystkich elementów wchodzących w skład opisu przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego. Stąd nie można uznać, aby Wykonawca Budimex nie zaoferował realizacji całości przedmiotu zamówienia w ramach zaoferowanej ceny.

Izba podziela stanowisko, że jeśli Odwołujący dokonał wyceny na podstawie wykonanych przez siebie obliczeń, które według niego są poprawne, nie oznacza to, że inni wykonawcy dokonali nieprawidłowej wyceny swoich ofert. Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron przyznał, że także oferta Odwołującego oraz Wykonawcy Polimex są różne pod względem przyjętych ilości prac do wykonania. Oznacza to, że sam fakt przyjęcia różnych obliczeń co do ilości prac nie oznacza, że wykonawcy nie zrealizują całości przedmiotu zamówienia w ramach zaoferowanej ceny, w szczególności z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Przyjęte przez Odwołującego do wyceny wartości dotyczące wzmocnienia materacem siatkowo-kamiennym są wartościami przyjętymi przez niego na podstawie przygotowanej na rzecz Odwołującego opinii mgr inż. Ł.B.. Wartości te mogły być przyjęte na potrzeby kalkulacji Odwołującego.

Natomiast Wykonawca Budimex posiada swobodę (podobnie jak każdy inny wykonawca) w przygotowaniu i wycenie własnej oferty, ograniczoną naturalnie postanowieniami dokumentacji postępowania, uwzględniającej wszystkie warunki określone przez Zamawiającego.

Odwołujący odniósł się do zaniżenia ceny, jednakże nie sformułował w tym zakresie zarzutu ani w spisie zarzutów, ani w treści uzasadnienia. Odwołujący nie wykazywał, że zaoferowana przez Budimex ceną ryczałtowa jest nierzeczywista i nierynkowa,

Tym samym należało uznać, że podstawą zarzutu wobec oferty Wykonawcy Budimex S.A. była niezgodność oferty z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji oddalenia powyższych zarzutów, za bezzasadny został uznany zarzut wynikowy, opisany jako naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Polimex w sytuacji, gdy dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Wykonawcy Polimex.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....