

WYROK

Warszawa, dnia 3 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2024 r. przez STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Berger Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Berger Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 4 090 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów poniesionych przez uczestnika postępowania, który wniósł sprzeciw.

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 4434/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu ul. Krakowska 28, Wrocław prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie na zadanie pn.: POPRAWA STANU TECHNICZNEGO DROG WOJEWÓDZKIEJ nr 324 GÓRA - NIECHŁÓW od km 6+115 do km 21+650 odcinkami o długości 4310 m (postępowanie NI.2720.73.2024).

Data ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 14.06.2024r., nr 2024/BZP00367041/01 Odwołanie składane jest w postępowaniu o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

Odwołujący: STRABAG sp. z o.o. z/s w Pruszkowie wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na:

> dokonanie wyboru oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. (Wykonawca" lub Berger Bau), jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta Berger Bau powinna zostać odrzucona,

> zaniechanie odrzucenia oferty Berger Bau, w sytuacji gdy Berger Bau wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

> zaniechanie odrzucenia oferty Berger Bau, w sytuacji gdy istotna część składowa ceny (poz. 13 kosztorysu) zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Berger Bau, mimo, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z 26.07.2024 w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają i nie udowadniają podanej w ofercie ceny, Berger Bau nie wywiązał się z ciążącego na nim ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 224 ust. 1 i 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Berger Bau, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej, tj. poz. 13 kosztorysu ofertowego i w konsekwencji zarzutów z pkt 1) i 2)

3) art. 239 ust. 1 pzp przez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Berger Bau w sytuacji, gdy dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Berger Bau;

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Berger Bau, jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty złożonej przez Berger Bau,

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z wyłączeniem oferty Berger Bau,

UZASADNIENIE

1. Zgodnie z pkt. 13.3. SWZ ofertę sporządza się na interaktywnym formularzu ofertowym i wraz z nią należy złożyć m.in. kosztorys ofertowy zgodnie z załącznikiem do SWZ.

2. Najniższą cenę za wykonanie przedmiotu Postępowania w wysokości 10.751.986,29 PLN brutto zaoferował Berger Bau. Cena wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, który 23.07.2024 r. wezwał Berger Bau w trybie art. 224 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień rnc.

3. Berger Bau złożył wyjaśnienia 26.07.2024 r., w całości zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. 21.08.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Berger Bau.

4. 26.08.2024 r. STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in. art. 18 ust. 1 -3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1, przez błędną ocenę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień rnc ceny zawartych w piśmie z 26.07.2024 r. i uznanie, że zastrzeżenie i załączniki zostały skutecznie zastrzeżone. Ponadto przedmiotem odwołania było zaniechanie wezwania Berger Bau do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie poz. 13 kosztorysu — stabilizacja gruntu cementem.

5. Konsekwencją odwołania było unieważnienie 30.08.2024 roku przez Zamawiającego czynności wyboru i poinformowanie o przystąpieniu do powtórnej oceny ofert. Wobec powyższego KIO umorzyła postępowanie odwoławcze.

6. 02.09.2024 r. Zamawiający wezwał Berger Bau do dodatkowych wyjaśnień rnc, których Berger Bau udzielił 10.09.2024 roku. 11.09.2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wskazane wyjaśnienia w niepełnej wersji.

7. 27.09.2024 roku, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Berger Bau.

8. Wskazana czynności Zamawiającego została zaskarżona przez STRABAG 02.10.2024 r, analogicznie jak w przypadku odwołania wniesionego z 26.08.2024 r, wskazany został zarzut błędnej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rnc zawartych w piśmie z 26.07.2024 r i wyjaśnień z 10.09.2024 r. Ponadto wskazany został zarzut ewentualny dotyczących nieprawidłowej oceny wyjaśnień z 10.09.2024 roku i uznanie, że Berger Bau wyjaśnił cenę z poz. 13 kosztorysu, a tym samym, że cena zaoferowana w tej pozycji nie jest rażąco niska.

9. Odwołanie stanowiło przedmiot rozpoznania KIO 3604/24, wyrokiem z 24.10.2024 r, uwzględniono odwołanie STRABAG Sp. z o.o. KIO nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowienie badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień Berger Bau z 26.07 i 10.09.2024 r. Dokumenty zostały udostępnione STRABAG Sp. z o.o. 12.11.2024 roku.

10. 21.11.2024 roku, Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej w postępowania.

II. Odrzucenie oferty Berger Bau;

II.1 . Berger Bau nie wyjaśnił i nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska; stanowisko względem treści wyjaśnień rnc z 26.07.2024 roku;

W świetle art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rnc lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Efektem wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.

Istotne znaczenie ma ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części

składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Zgodnie z Wyrokiem KIO 600/21, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje.

W wyroku KIO 1837/19 zwrócono uwagę, że: „Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem.

Konieczność poparcia wyjaśnień dotyczących ceny oferty dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności, na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje (tak w wyroku z dnia 24 lutego 2023 r., KIO 359/23).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Berger Bau w dniu 26.07.2024 roku, z uwagi na swą ogólnikowość oraz brak poparcia ich jakimikolwiek dowodami, nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny

Po otwarciu ofert, Zamawiający wezwał Berger Bau do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zakres wezwania przedstawiał się następująco:

Zamawiający w związku z tym, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie: (zgodnie z art. 224 ust 3. Pzp – przyp. KIO)

Berger Bau złożył wyjaśnienia liczące 13 stron (nie licząc załączników). Zasadnicza część ze wskazanych 13 stron dotyczy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Merytoryczna część odnosząca się do wyjaśnienia ceny to strony od 8 do 11. Jednocześnie, Berger Bau do wyjaśnień załączył dokument w postaci „Statystyki Projektu” przedstawiający zagregowane dane dotyczące wartości wynagrodzeń, materiału, sprzętu podwykonawców, prefabrykatów, cen stałych, pozostałych nakładów, optymalizacji. Ponadto przedstawione zostało zestawienie materiałów, sprzętu i kosztów transportu.

Zgodnie z SWZ Wykonawcy zobowiązani byli złożyć z formularzem oferty kosztorys uproszczony. Kosztorys liczył 41 pozycji, do każdej pozycji przyporządkowana została cena jednostkowa, ilość robót oraz wartość danej pozycji. Na wezwanie do wyjaśnień m.c. - Berger Bau złożył dokument w postaci „Statystyki projektu” który zawierał wartość zagregowanych danych, które Berger Bau uwzględnił w wycenie ofertowej.

W ocenie Odwołującego taki sposób wyjaśnień ceny ofertowej nie pozwala zorientować się jak doszło do wyliczenia ceny dla danego elementu (pozycji kosztorysowej). Nie wiadomo według jakiego „klucza”, Berger Bau wskazane w „statystyce Projektu” wartości rozłożył na poszczególne pozycje kosztorysowe. Wskazane zestawienie — w części sporządzone w języku niemieckim — nie zawiera odesłania do poszczególnych pozycji z kosztorysu ofertowego. Nie sposób jest stwierdzić, jaka wartość robocizny, sprzętu, materiałów i pozostałych kosztów została uwzględniona w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, które w kosztorysie ofertowym wskazane zostały w sposób zagregowany.

W zakresie tych samych danych zawartych przez Berger Bau w Zestawieniach załączonych do wyjaśnień znajdują się rozbieżności. I tak, suma pozycji w „Zestawieniu materiałów” daje wartość 4 034 448,35, a w „Statystyce Projektu” wartość ta to 4 993 973,97 zł. Analogiczne wnioski dotycząc sumy wartości z „Zestawienia sprzętu” opiewająca na kwotę 1 110 339,79 zł, gdy tymczasem w „Statystyce Projektu” wpisana została wartość 999 741 ,25 zł. Dodatkowo w „Statystyce projektu” brakuje w ogóle danych dotyczących kosztów transportu mieszkanki.

W ocenie Odwołującego niewiarygodne, nie wyjaśnione i nie udowodnione są również dane Berger Bau w zakresie

podanych danych co do przyjętej w Ofercie ceny za rbg. Zgodnie z treścią wyjaśnień z 26.07.2024 r, cena ta została wskazana na 77,80 zł/r-g, a w wyjaśnieniach z 10.09.2024 roku, wskazana została już wartość (dane z kalkulacji) 69,12 zł/r-g. Berger Bau nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność faktycznego zatrudnienia pracowników na którejkolwiek z podanych stawek (czy tej z wyjaśnień z dnia 26.07.2024 roku, czy tej z wyjaśnień z dnia 10.09.2024

Co do pozostałych danych w „Statystyce Projektu” Berger Bau wskazał, że wartość robót, które zamierza powierzyć podwykonawcom wynosi 816 783,03 zł. Wartość nie została wyjaśniona i udowodniona. Nie sposób stwierdzić jakie branże, roboty, Berger Bau zamierza powierzyć podwykonawcom. Ani w treści oferty, ani w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie wskazane zostały bowiem branże które zlecone zostaną do wykonania podwykonawcom. Podkreślenia wymaga, że do wyjaśnień z 26.07.2024 r, nie zostały przedstawione oferty podwykonawców, które mogłyby stanowić dowód na rynkowość zaoferowanych przez Berger Bau cen.

Analogiczne wnioski dotyczą cen na materiał wskazany w zestawieniach przedstawionych przez Berger Bau. Jedynymi informacjami zawartymi w treści wyjaśnień w zakresie cen materiałów jest wskazany poniżej fragment:

Wykonawca oświadcza, że przyjęte przez nas do kalkulacji ceny materiałów są na poziomie nie niższym niż otrzymane wstępne oferty materiałowe na wykonanie w/w Zamówienia. Na etapie przygotowania oferty Wykonawca nawiązał kontakt zarówno z hurtowniami, kopalniami jak i dostawcami w celu zapewnienia sobie materiałów, a mając wypracowane wieloletnie doświadczenie na rynku budowlanym oświadczamy, że jesteśmy w stanie zapewnić sobie ciągłość dostaw materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami na stronie 8 Wykonawca oświadcza, że na tak pozyskane oferty przewidział łączny narzut wysokości 16%, który zabezpiecza Wykonawcę przed wahaniami cen na rynku materiałów budowlanych. ”

Wykonawca nie załączył jakichkolwiek ofert od Dostawców, które udowadniałyby, że ceny materiału wskazane są cenami rynkowymi - nie rażąco niskimi.

Co do pozostałych danych w „Statystyce Projektu”, nie sposób dociec, co należy rozumieć pod pozycją „Ceny Stałe” i jak wskazana wartość wpłynęła na wycenę ofertową. Berger Bau nie wyjaśnił i nie wykazał, jakie koszty wchodzą w zakres pozycji „Pozostałe Nakłady” i w jaki konkretnie sposób zostały ujęte w kalkulacji ofertowej.

Berger Bau na wezwanie do wyjaśnienia rnc, przedstawił wyłącznie zestawienia (opracowania własne) których w żaden sposób nie można zweryfikować. Nie jest również możliwe stwierdzenie, jak konkretnie wygląda wycena poszczególnych robót, gdyż wszelkie dane zawarte w przywołanych zestawieniach są zagregowane — nie odnoszące się do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Ponadto jak wskazane zostało wyżej, dane zawarte w zestawieniach różnią się między sobą, co świadczy o zupełnej niewiarygodności przedstawionych przez Berger Bau danych.

Kluczową kwestią jest jednak okoliczność nie przedłożenia jakichkolwiek dowodów w postaci ofert podwykonawców/dostawców, czy jakichkolwiek innych dokumentów pochodzących od podmiotów zewnętrznych, które potwierdzałyby rynkowość zaoferowanej ceny. Zestawienia załączone do wyjaśnień są niczym innym jak oświadczeniami własnymi Berger Bau, które jak wskazane zostało powyżej są daleko niewystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Jak wskazane zostało w przywołanym powyżej orzecznictwie, konieczne jest poparcie przedstawianych przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny oferty dowodami i to nie tylko z uwagi na ustawowy obowiązek ich przedłożenia, ale z również uwagi na fakt, że same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany pozytywnym dla siebie rozstrzygnięciem.

Zgodnie z treścią wezwania z 23.07.2024 r, Berger Bau zobowiązany był do złożenia dowodów na poparcie rynkowości ceny. Żadne dowody nie zostały przedstawione.

Taki sposób wyjaśnienia rnc nie sposób uznać za odpowiadający wywiązaniu się przez wykonawcę z ciężaru dowodzenia, o którym mowa w art. 224 ust. 6 pzp. Przy omawianym sposobie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie sposób stwierdzić, na jakiej podstawie Zamawiający miałby dokonać weryfikacji ceny zaoferowanej przez Berger Bau, w sytuacji gdy otrzymuje zagregowane wartości nie powiązane w żaden sposób z pozycjami kosztorysowymi, nie wskazując w jakiej proporcji zostały uwzględnione w poszczególnych pozycjach, jak też nie poparte jakimikolwiek dowodami w postaci ofert podwykonawców.

32. Kolejna kwestia, to schematyczność i szablonowość wyjaśnień. Nie chodzi przy tym o to, że Berger Bau posiada pewne wzory/szablony pism, z których korzysta w korespondencji z kontrahentami, czy zamawiającymi, lecz o to, że w ramach danej sprawy nie zadał sobie trudu ich skrupulatnego wypełnienia stosownymi informacjami. Jak wskazano wyżej, zdecydowana część wyjaśnień z 26.07.2024 r sprowadza się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z całych 13 — stronicowych wyjaśnień zaledwie odnoszą się do wyjaśnienia ceny, przy czym nawet ta część sprowadza

się w zdecydowanej większości do pewnych ogólnikowych zapewnień co do prawidłowości wyceny, posiadanej zdolności co do wykonania zamówienia, jak też doświadczenia w realizacji zamówień publicznych. Berger Bau nie wyjaśnił i nie wykazał jak wskazywane przez niego okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca powołując się na tego rodzaju okoliczności, zobowiązany jest wykazać jakiego rzędu oszczędności, owe okoliczności wygenerowały. (KIO 1679/91)

33. Treść wyjaśnień z 26.07.2024 r. prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Berger Bau nie wyjaśnił i nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska. Nie wywiązał się z ciężaru dowodzenia, o którym mowa w art. 224 ust. 5 i 6 pzp i z tej przyczyny oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp.

II.2. Istotna część składowa ceny oferty Berger Bau zawiera rażąco niską cenę; stanowisko względem treści wyjaśnień Berger Bau z dnia 10.09.2024 roku;

Wynikiem odwołania STRABAG Sp. z o.o. z 26.08.2024 r. było wezwanie Berger Bau do wyjaśnienia ceny za wykonanie robót z pozycji 13 kosztorysu ofertowego.

Berger Bau 10.09.2024 r. przedstawił wyjaśnienia odnośnie wskazanej istotnej części składowej, które uznane zostały przez Zamawiającego jako wystarczające, pomimo, że ich analiza jednoznacznie wskazuje na to, że istotna część składowa zawiera rażąco niską cenę.

Pozycja nr 13 kosztorysu ofertowego to element zasadniczy dla prawidłowego wykonania podbudowy i podłoża drogi wojewódzkiej nr 324, której poprawa stanu technicznego jest przedmiotem inwestycji. Prace związane z przygotowaniem i zagęszczeniem istniejącego podłoża (po wykonaniu rozbiórki istniejącej konstrukcji i wykonaniu robót ziemnych) oraz wykonanie warstwy ze stabilizacji przesądzą o powodzeniu wykonania dalszych warstw, a w następstwie tego również samej inwestycji, jaką jest remontowana droga. Znamionym jest, że w tym względzie dokumentacja projektowa przewiduje odrębną szczegółową specyfikację techniczną D — 04.05.01a „Podbudowa i podłoże ulepszone z mieszanki kruszywa związanego hydraulicznie cementem”, jednoznacznie opisująca wykonanie robót z materiału jako gotowej mieszanki, dowiezionej z betoniarni. Co więcej, pozycja nr 13 kosztorysu ofertowego obejmuje 29.308 m², a więc w zasadzie cały obszar inwestycji, która ma zostać powierzona do wykonania w ramach zamówienia publicznego. Jest to więc istotna pod kątem merytorycznym część świadczenia, które spełnić ma ramach umowy wykonawca robót.

Berger Bau wycenił pozycję nr 13 kosztorysu ofertowego w sposób rażąco niski, odbiegający od ceny zaoferowanej przez pozostałych Wykonawców. Cena jednostkowa dla pozycji nr 13 została zaoferowana przez tego Wykonawcę na poziomie 22,19 zł/m², co daje 650.344,52 PLN netto za stabilizację gruntu na obszarze 29.308 m², w sytuacji gdy ceny pozostałych oferentów za wykonanie tej pozycji wahały się od 1.085.861 PLN netto do 2.198.100,00 PLN netto. Dla porównania oferta STRABAG w tej części opiewała na kwotę 1.846.697 PLN netto. Tym samym już wskazany rozdział cenowy przemawia za stwierdzeniem, że cena zaoferowana przez Berger Bau za wykonanie wskazanych robót, odbiega zdecydowanie od realiów rynkowych.

Berger Bau w odpowiedzi na wezwanie w zakresie wskazanej istotnej części składowej ceny oferty, przedstawił jej rozbicie na poszczególne czynniki cenotwórcze. Przedstawił również oferty na niektóre z elementów składowych ceny z pozycji nr 13 kosztorysu.

Odwołujący bazując na kalkulacji załączonej do wyjaśnień z 10.09.2024 r. dokonał analizy cen i stawek podanych przez Wykonawcę we wskazanym dokumencie.

Dowód: Analiza kalkulacji szczegółowej pozycji nr 13, załączonej przez Berger Bau do wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku,

Wnioski z tej analizy są jednoznaczne, tj. cena za wykonanie robót objętych pozycją nr 13 która została zaoferowana przez Berger Bau tj. 22,19 zł za m², nie wystarcza nawet na wyprodukowanie samej stabilizacji jako materiału opisanego w D — 04.05.01a „Podbudowa i podłoże ulepszone z mieszanki kruszywa związanego hydraulicznie cementem”. Według analizy dokonanej przez Odwołującego cena wytworzenia stabilizacji powinna wynosić (mając na względzie dane zawarte w kalkulacji szczegółowej) 23,75 zł za m². Dodatkowo koszty transportu (wskazane przez Berger) 5,80 zł/m² oraz koszty wbudowania i pielęgnacji 3,31 zł/m² sumarycznie dają kwotę 32,86 zł/m² dla pozycji nr 13.

Odwołujący wyjaśnia jednocześnie, że wskazana analiza opiera się w przeważającej części na danych które zostały wskazane przez Berger Bau w kalkulacji szczegółowej. Uzupełniając, tam gdzie nie podane zostały żadne dane w kalkulacji (koszt transportu piasku/kruszywa na miejsce wytworzenia), lub gdy dane te były całkowicie nieracjonalnie zaniżone (ilości nakładów czy koszt piasku/kruszywa za 1 zł/t), Odwołujący wskazał w analizie dane z Sekocenbud czy KNR. Podkreślenia w tym miejscu jednocześnie wymaga, że Odwołujący przygotowując wskazaną analizę, uwzględnił najniższe możliwe ceny i stawki — a pomimo tego, niemożliwe było osiągnięcie ceny 22,19 zł/m², zaoferowanej przez

Berger Bau za wykonanie robót objętych poz. nr 13.

Nawet wskazane w analizie ceny uwzględniające zaniżone dane z kalkulacji Berger Bau, nie uzasadniają przyjętej przez Berger Bau wartości globalnej za wykonanie wszystkich robót/obowiązków określonych w poz. 13. Analiza rynku, którą dokonał Odwołujący jasno wskazuje, że wykonanie stabilizacji (bez jej ułożenia i pielęgnacji) to koszt ok 35 zł za m2. Tym samym cena wskazana w analizie przywołanej powyżej nie jest ceną rynkową. Niemniej Odwołujący przez przedstawienie owej analizy miał na celu wykazanie, że nawet przy przyjęciu najniższych możliwych cen i przy założeniu, że Berger Bau wykonałby stabilizację siłami własnymi nie jest możliwe osiągnięcie ceny zaoferowanej przez Berger Bau w pozycji nr 13.

Dowód: oferta z dnia 16.10.2024 roku złożona przez BT Topbeton Sp. z o.o., oferta z 15.10.2024 betoniarni Mochy, oferta z 15.10.2024 roku Walbet ADK Walkowiak Sp.k.

O rażącym zaniżeniu ceny za wykonanie robót objętych pozycją nr 13 świadczy również cena za dostawę piasku w wysokości 1 zła tonę, która wskazana została w ofercie Berger Kruszywa Sp. z o.o. Wskazana cena jest całkowicie oderwana od cen rynkowych. Zgodnie z rozpoznaniem rynku, które wykonał Odwołujący, cena za jedną tonę piasku to koszt w przedziale pomiędzy 16-25 zł za tonę. Dodać w tym miejscu należy, że koszt zakupu piasku, to około 23% całej ceny Berger Bau za wykonanie robót objętych pozycją

Dowód: Oferta na sprzedaż piasku z 17.10.2024 r Tom Trans Oferta na sprzedaż piasku z dnia 17.10.2024 roku, przesłana przez Kopalnię Boguszyce,

Mając powyższe na względzie stwierdzić należy, że bezpodstawa jest decyzja Zamawiającego, o nieodrzuconiu oferty Berger Bau w sytuacji, gdy cena oferty w zakresie jest istotnej części składowej jest rażąco niska.

Naruszenie art. 239 ust. 1 pzp stanowi konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w omówionych zarzutach. Gdyby Zamawiający postąpił stosownie do przepisów pzp i odrzucił ofertę Berger Bau wówczas oferta STRABAG zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż w toku oceny ofert nie zostały w stosunku do niej ujawnione jakiegokolwiek wątpliwości, błędy czy braki.

Załączono: Analiza kalkulacji szczegółowej pozycji nr 13, załączonej przez Berger Bau do wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku, Oferta z dnia 16.10.2024 roku złożona przez BT Topbeton Sp. z o.o., Oferta z dnia 15.10.2024 roku złożona przez betoniarnię Mochy, Oferta Walbet ADK Walkowiak Sp.k., Oferta na sprzedaż piasku Tom Trans, Oferta na sprzedaż piasku złożona przez Kopalnię Boguszyce,

Zamawiający oświadczył w piśmie z 11 grudnia 2024 r., że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wniesionym dnia 26.11.2024 r. przez: STRABAG sp. z o.o.

BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. (Przystępujący) na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym w dniu 26.11.2024 r.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniósł o oddalenie odwołania w całości, :

Stanowisko wobec zarzutów Odwołania z 26.11.2024 r.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 i 6 Pzp

Godzi się zauważyć, że przepisy Pzp nie określają jednego uniwersalnego wzoru wyjaśnień ceny (KIO 1057/23). Zaakcentować również należy, iż „Prowadzona procedura wyjaśniająca nie ma na celu przekonania konkurentów o rzetelności kalkulacji. Zmierzać ma natomiast do rozwiania wątpliwości w sposób obiektywnie weryfikowalny okolicznościami podniesionymi w wyjaśnieniach, które mają mieć odniesienie do zakomunikowanego przez Zamawiającego zakresu. Stanowi mechanizm dodatkowej weryfikacji oferty, który nie musi być odniesiony do wszystkich uczestników postępowania, co wymaga zachowania zasad przejrzystości w badaniu i ocenie. W szczególności nie można akceptować automatyzmu w odrzucaniu ofert opartego na samym kryterium matematycznym. Wykonawca wezwany może przedstawić bowiem przekonujące argumenty i dowody, które uzasadnią w stopniu zadawalającym niższy poziom kosztów lub ceny” (KIO 3107/24). W konsekwencji wyjaśnienia ceny mogą być przez poszczególnych wykonawców kształtowane w odmienny sposób. Co więcej, fakt składania wyjaśnień w odniesieniu do konkretnego postępowania, wymaga uwzględnienia specyfiki udzielanego w nim przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wyjaśnienia składane przez tego samego wykonawcę w różnych postępowaniach, będą mieć odmienną treść, sposób kształtowania wyводу wykazującego realność ceny, skutkiem czego zostaną poparte odmiennymi dowodami.

W realiach niniejszej sprawy pierwsze wystosowane przez zamawiającego wezwanie w zakresie ceny oferty było bardzo

ogólne, stanowiło powtórzenie treści art. 224 ust. 3 Pzp.

Przystępujący, mając na uwadze treść wystosowanego wezwania, uwzględniając wyżej powołane poglądy judykatury, złożył takie wyjaśnienia, jakie uznał za odpowiednie w odniesieniu do zastosowanego mechanizmu faktycznej kalkulacji ceny ofertowej, zwracając uwagę na te elementy, które przesądziły o możliwości realizacji zamówienia za zaofferowaną cenę, przy jednoczesnym zachowaniu jej realności. Wyjaśnienia te poparł dowodami, które były adekwatne dla treści składanych wyjaśnień. Jak słusznie zauważa przy tym KIO „Przepisy p.z.p. nie określają zamkniętego katalogu dowodów, które przedłożyć musi wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kluczowe w tej kwestii jest to, aby przedłożone dowody były adekwatne do konkretnej sytuacji i stanowiły potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Oczekiwanie przez Odwołującego poparcia Wyjaśnień z 26.07.2024 r. ofertami podwykonawców uznać zatem należy za niemające jakiegokolwiek umocowania w normach Pzp i stanowisku judykatury.

Formułowane przez Odwołującego zastrzeżenia co do dokumentu „Statystyka projektu”, który zawierał zagregowane wyceny pozycji zamiast jeszcze bardziej szczegółowego kosztorysu obrazującego kalkulację każdej pozycji, nie może stanowić argumentu dyskredytującego złożone wyjaśnienia. Obowiązek taki nie wynika bowiem ani z treści norm Pzp, ani z interpretacji tychże norm dokonywanych przez judykaturę. Orzecznictwo przyjmuje zgoła odmienne stanowisko uznając, że „(...) nie jest konieczne przedstawienie przez wykonawcę - w każdym przypadku - wyliczeń dotyczących wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego. Taka reguła nie wynika z przepisów p.z.p., może ona wynikać natomiast z treści wezwania skierowanego w konkretnym przypadku do danego wykonawcy.” (KIO 1166/23). W niniejszej sprawie Zamawiający w pierwszym wystosowanym do Przystępującego wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny nie sformułował wymagania odniesienia się do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, a zatem Przystępujący takiego obowiązku nie miał. Oczekiwanie podjęcia takiego działania, artykułowane przez Odwołującego, mają zatem wyłącznie charakter życzeń Odwołującego.

Przystępujący podnosi, że zgodnie z treścią Wyjaśnień z 26.07.2024 r. przy tworzeniu kosztorysów, w tym kosztorysów sporządzonych na potrzeby udziału w Postępowaniu, korzysta z własnego programu kalkulacyjnego Microsoft Navision, który został napisany i dostosowany do wymagań i specyfiki działalności Przystępującego. Zrozumiałym zatem jest, że niektóre elementy tworzonej kalkulacji będą wydrukami z tego programu. Przedłożona „Statystyka Projektu” jest zbiorczym zestawieniem kalkulowanych elementów (całego kosztorysu ofertowego) odpowiadającym „Podsumowaniu” kalkulacji z popularnego programu Norma. Rozłożenie kalkulacji na czynniki o którym mówi Odwołujący równoznaczne byłoby z przygotowaniem kalkulacji metodą szczegółową, a taka kalkulacja względem całego kosztorysu nie była wymagana ani zapisami SWZ jak sam Odwołujący zauważył, jak również Zamawiający nie zobowiązał Przystępującego do jej przedłożenia w treści wezwania z dnia 23.07.2024 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

„Statystyka Projektu” nie ma na celu udokumentowania szczegółowego obliczenia każdej z cen jednostkowych, jak błędnie i w sposób całkowicie nieuprawniony założył Odwołujący, a jedynie pokazanie jakiego rodzaju nakłady i w jakiej wartości zostały skalkulowane podczas wyceny oferty Przystępującego oraz wskazanie przyjętych na etapie kalkulacji struktury narzutów oraz zysku. Te dane są powiem powszechnie uznawane za istotne z punktu widzenia oceny realności cen ofert przez zamawiających publicznych, toteż Przystępujący, pomimo ogólności wystosowanego do niego przez Zamawiającego wezwania, uznał za uzasadnione ich przedstawienie.

Przystępujący, jak już wskazywał w Wyjaśnieniach z 26.07.2024 r. podnosi, że pracuje na własnym programie kalkulacyjnym Microsoft Navision, dostosowanym do jego specyfiki prowadzonej przez Przystępującego działalności i jego potrzeb. „Statystyka projektu” czy poszczególne zestawienia przedłożone wraz z Wyjaśnieniami z 26.07.2024 r. są wydrukami z tego programu, dotyczącymi wyceny realizacji konkretnego zamówienia, w rozpatrywanym przypadku – wyceny realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Na etapie tworzenia wyceny kosztorysant zadaje szereg parametrów wprowadzanych danych związanych z konkretnym elementem, które składają się na końcu w podsumowanie i zestawienie jako „Statystyka Projektu”.

„Zestawienie sprzętów” pokazuje wszystkie przyjęte do kalkulacji danej inwestycji sprzęty, a ujęte w nim stawki obejmują szereg czynników wpływających na cenę konkretnego sprzętu - m.in. koszt paliwa, amortyzację sprzętu czy koszt roboczogodziny operatora. Jest to zatem zestawienie sumarycznej ceny jednostkowej sprzętu, a „Statystyka Projektu” jak widać rozgranicza m.in. sprzęt i wynagrodzenia - czyli bardziej szczegółowo segreguje aspekty mające wpływ na tę cenę jednostkową. Powstała rozbieżność w wartości którą zidentyfikował Odwołujący polega mówiąc wprost na tym, że w podsumowaniu wartości sprzętów z „Zestawienie sprzętów” ujęty jest koszt operatora sprzętu, a w pliku „Statystyka Projektu” mamy widoczne rozbieżności na sprzęt (gdzie grupuje się wszystkie koszty związane ze sprzętem tj. m.in. amortyzacja, paliwo czy dzierżawa) i wynagrodzenia (gdzie sumuje się koszty operatorów i innych pracowników przy

realizacji zamówienia).

„Zestawienie materiałów” prezentuje z kolei materiały przeznaczone do wbudowania przez Przystępującego, natomiast na etapie kalkulacji w pozycjach rozbiórkowych przy grupowaniu elementów pojawia się aspekt odpowiedniego przypisania urobku. Urobek z robót ziemnych czy rozbiórkowych czyli de facto materiał, który powstaje w wyniku prac ziemnych czy rozbiórkowych zostaje przypisany do grupy „materiały” jednak jak opisano w Wyjaśnieniach z 26.07.2024 r. Przystępujący zestawiał wyłącznie „materiały przeznaczone do wbudowania przez GW” stąd rozbieżność która wzbudziła wątpliwości Odwołującego.

Wypada nadmienić, że nawet gdyby w treści Wyjaśnień z 26.07.2024 r. wystąpiłyby jakiegokolwiek nieścisłości, to okoliczność ta nie dyskredytowałaby złożonych wyjaśnień. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie: „dopuszczalna na gruncie ustawy PZP jest sytuacja, w której wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają omyłki. Wskazać należy, że często takie omyłki występują w samych ofertach, a jednak ustawa PZP wprowadza możliwość ich poprawiania np. w sytuacji gdy nie powodują istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pkt 3). Złożenie wyjaśnień ceny jest jednak tym trudniejsze, że często jest ograniczone krótkimi terminami narzucanymi przez zamawiających. Ryzyko popełnienia błędu jest więc realne. Wskazać jednak należy, uwzględniając cel przepisu art. 224 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP, że drobne omyłki i błędy kalkulacyjne, które nie wpływają na ogólny odbiór wyjaśnień, tj. nie powodują, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zdaniem Izby, nie powinny stanowić powodu do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę. Przepisy dotyczące ceny rażąco niskiej nie służą temu by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś brakami, a temu by chronić zamawiających i interes publiczny przed narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty.” (KIO 146/24).

Odwołujący w Odwołaniu z 26.11.2024 r. nie podniósł, że rozbieżności te, dotyczące elementów składowych ceny, wpływają na realność zaoferowanej ceny, w konsekwencji nie przedstawił argumentacji na tę okoliczność. Przystępujący podnosi, że zgodnie z wyjaśnieniami kwota 77,80zł/r-g to średnia stawka roboczogodziny przyjęta do kalkulacji dla wszystkich stanowisk z uwzględnieniem narzutów Kp i Z. Oczywiście jest, że na różne stanowiska obowiązują różne stawki. I tak w Wyjaśnieniach z 10.09.2024 r. Przystępujący wykazał stawkę dla robotnika drogowego, która jest relatywnie niższa niż dla operatorów sprzętu (stawka roboczogodziny operatora sprzętu zawarta jest w cenie sprzętu) czy robotników bitumicznych. Ponadto Przystępujący oświadczył i wykazał, że stawka roboczogodziny przyjęta do kalkulacji jest na poziomie wyższym niż wynagrodzenie minimalne i minimalna stawka godzinowa, zatem niezrozumiałe jest podważanie przez Odwołującego realności wyceny tego elementu, zwłaszcza w kontekście braku podniesienia przez Odwołującego w treści jego Odwołania z 26.11.2024 r., iż taki poziom wyceny ceny jednostkowej przekłada się na nierynkowość całej oferty Przystępującego i przedstawienia stosownej argumentacji w tym zakresie. Można odnieść wrażenie, że intencją Odwołującego jest celowe wprowadzenie w błąd, przez insynuowanie nierealnie skądinąd wysokiej stawki świadomie pomijając fakt, że przytoczone stawki zawierają już 65% kosztów pośrednich i 16% zysk Przystępującego. Przystępujący wskazuje, że „Statystyka Projektu” jest zbiorczym dokumentem generowanym przez program kosztorysowy Przystępującego. Przystępujący korzystając z własnego programu kosztorysowego opiera się na wewnętrznych wytycznych i firmowym know-how odnośnie przygotowywania kalkulacji, budowaniu cen jednostkowych i rozłożeniu kosztów. I tak zespół kosztorysowy przygotowując wycenę podejmuje pewne założenia odnośnie realizacji robót które firma będzie planowała wykonać samemu, a które prawdopodobnie będą zlecane na zewnątrz w ramach prawdopodobnego podwykonawstwa. Pozycja Przystępującego na rynku dolnośląskim, realizacja kilkudziesięciu kontraktów rocznie w samym woj. dolnośląskim pozwalają na rozbudowanie własnej bazy cenowej podwykonawców z której w ramach tworzonych kalkulacji kosztorysanci mogą korzystać.

Wskazanie w dokumencie „Statystyce Projektu” określonego asortymentu robót pod pozycją „Podwykonawcy” nie oznacza przy tym przyjęcia definitywnego założenia o powierzeniu wykonania danych zakresów podwykonawcom. Przystępujący posiada zaplecze osobowe i sprzętowe umożliwiające mu w pełni samodzielną realizację zamówienia udzielanego w Postępowaniu i tak też sposób realizacji uwzględnił w wycenie - z wykorzystaniem swojej bazy danych, o której mowa powyżej. Przystępujący nie wyklucza przy tym, że na etapie realizacji zamówienia, wskutek okoliczności, których zaistnienia nie jest w stanie aktualnie przewidzieć żaden wykonawca (np. kolejne epidemie, konflikty zbrojne w Europie) będzie musiał rozważyć powierzenie części zamówienia podwykonawcom (co być może pomniejszy jego zysk), jednakże okoliczności takie nie występowały na etapie kalkulacji ceny oferty, w związku z czym nie było konieczności pozyskiwania ofert podmiotów zewnętrznych na potrzeby tego konkretnego Postępowania.

Załączone do Odwołania z 26.11.2024 r. oferty podwykonawców i dostawców datowane są dopiero na październik 2024, podczas gdy otwarcie ofert w Postępowaniu odbyło się w lipcu 2024r. Co więcej, oferty te obrazują możliwości w zakresie ukształtowania ceny ofertowej właściwe Odwołującemu, a nie Przystępującemu, a przedmiotem postępowania

odwoławczego jest prawidłowość uznania przez Zamawiającego, że cena oferty Przystępującego, a nie Odwołującego, ma charakter rynkowy. Nie ma zatem żadnych przesłanek ku temu, aby dokumenty te były brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny prawidłowości kalkulacji sporządzonej kilka miesięcy wcześniej przez Przystępującego, notabene którego możliwości w zakresie korzystnego ukształtowania ceny ofertowej – jak wynika z zestawienia cen ofert – są zdecydowanie lepsze, aniżeli możliwości posiadane przez Przystępującego.

W kontekście stanowiska z pkt 25 i 26 Odwołania z 26.11.2024 r. Przystępujący ponownie podnosi, że jako podmiot prężnie działający na lokalnym rynku, realizującym kilkadziesiąt kontraktów drogowych rocznie w obrębie województwa dolnośląskiego oraz składając setki ofert w postępowaniach na wykonanie inwestycji drogowych w samym tylko województwie dolnośląskim stworzył bazę cenową ofert zarówno podwykonawców jak i dostawców. Baza ta pozwala na przygotowywanie ofert przetargowych bez konieczności rozpytywania w każdym jednym postępowaniu o dedykowaną ofertę cenową, w szczególności dla typowych materiałów wykorzystywanych w budownictwie drogowym. W Wyjaśnieniach z 26.07.2024 r. przedstawiliśmy Zamawiającemu szczegółowe zestawienie materiałów wraz z przyjętymi do kalkulacji cenami, a zestawienie to nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska z pkt 27 Odwołania z 26.11.2024 r. Przystępujący pragnie wyjaśnić, że w ramach poz. 6 „Ceny Stałe” dokumentu „Statystyka projektu” ujmowanej katalogowane są w programie te elementy wyceny, które – jak wynika wprost z nazwy pozycji - są stałymi cenami Przystępującego, każdorazowo stosowanymi w ofertowaniu i niezmiennymi. Do tego typu cen zalicza się m.in. wartości robót w ramach grupy kapitałowej Berger Bau – w tym przypadku mowa o wewnętrznym koszcie mieszkania czy koszcie materiału niezbędnego do wytworzenia mieszanki stabilizacji.

Na poz. 7 „Pozostałe Nakłady” składają się, te elementy kalkulacji które w ramach wymienionych w „Statystyce Projektu” zbiorczych zestawieniach typów nakładów nie można w oczywisty sposób skatalogować. I tak w wyniku wewnętrznych ustaleń Przystępującego i schematu działania programu pod nr 7 „Pozostałe Nakłady” kosztorysanci przypisują m.in. koszty zewnętrznych transportów materiałów przeznaczanych do wbudowania w ramach realizacji danego zamówienia.

Zamawiający, jako podmiot trudniący się głównie organizowaniem inwestycji w zakresie budownictwa drogowego i utrzymania dróg, nie miał żadnych problemów z interpretacją danych zawartych w dokumencie „Statystyka Projektu”. Nie jest przy tym ani obowiązkiem ani powinnością wykonawcy składającego wyjaśnienia ceny, kształtowanie treści wyjaśnień w taki sposób, aby były w pełni zrozumiałe dla konkurentów wykonawcy, zawierały oczekiwane przez nich twierdzenia i dowody i umożliwiały przekonanie ich o realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę, który wyjaśnienia składa.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego podniesionym w pkt 28 Odwołania Przystępujący w sposób jawny przedstawiając ceny wszystkich materiałów czy sprzętów przeznaczonych do realizacji inwestycji dał możliwość weryfikacji czy ceny przyjęte do kalkulacji są cenami rynkowymi czy też nie. W ramach Wyjaśnień z 26.07.2024 r. przedstawił jakie nakłady (koszty pośrednie, koszty zakupu) zostały przyjęte do sporządzenia kalkulacji oraz jaki planuje osiągnąć zysk z realizacji inwestycji. Wszystkie w/w dane i dokumenty pozwoliły Zamawiającemu na ocenę wiarygodności Przystępującego oraz utwierdziły Zamawiającego, że Przystępujący jest gotów na realizację zamówienia udzielanego w Postępowaniu za zaoferowaną cenę.

Z kolei ad vocem pkt 29 Odwołania z 26.11.2024 r. Przystępujący wskazuje, że przedstawiając zestawienia cenowe w Wyjaśnieniach z 26.07.2024 r. w sposób otwarty pokazał jakie składowe miały wpływ na kształtowanie cen jednostkowych. Przedstawione w tych zestawieniach ceny są ewidentnie na poziomie ogólnodostępnym które nie wzbudziły podejrzeń Zamawiającego, a który to miał prawo wezwać do dodatkowych wyjaśnień, jak i można zrozumieć, że nie wzbudza podejrzeń o ich brak rynkowości u Odwołującego który również nie podważa ich poziomu, a jedynie podważa brak zewnętrznych ofert dostawców/podwykonawców na potwierdzenie tych cen.

W kontekście pkt 30 Odwołania ponownie należy przypomnieć, że prawo nie kreuje obligatoryjnego katalogu dowodów składanych wraz z wyjaśnieniami ceny, a orzecznictwo KIO podkreśla daleką idącą swobodę wykonawców w tym zakresie, w szczególności w sytuacji wystosowania ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

Przystępujący przedstawił różnego typu dokumenty jako dowody potwierdzające rynkowość swojej wyceny. W ocenie zarówno Przystępującego, jak i Zamawiającego dokumenty te potwierdzają rynkowość ceny jak i fakt tego, że Przystępujący jest w stanie za zaoferowane stawki wykonać zamówienie udzielane w Postępowaniu. Subiektywne przekonanie Odwołującego o niewystarczalności przedłożonych dowodów i formułowane oczekiwania co do tego, jakie dowody winny zostać przedstawione, pozostają irrelevantne dla oceny prawidłowości Wyjaśnień z 26.07.2024 r.

W Wyjaśnieniach z 26.07.2024 r. Przystępujący w sposób wyczerpujący odniósł się do czynników cenotwórczych jakie

przyjął do przygotowania wyceny, załączył szereg zestawień i danych kalkulacyjnych na potwierdzenie swojej wyceny. Sposób przygotowania wyjaśnień jaki Odwołujący próbuje po raz kolejny narzucić Przystępującemu, sugeruje przygotowanie wyjaśnień w formie opracowania kalkulacji metodą szczegółową, a tego typu wyjaśnienia nie były oczekiwane ze strony Zamawiającego.

Jednocześnie Przystępujący zwraca uwagę, że podmiot, z którym Odwołujący przynależy do tej samej grupy kapitałowej, tj. STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. w odpowiedzi na skąd inąd bardzo szczegółowe wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 1 od węzła Kobierzyce Północ (z węzłem) do węzła Kobierzyce Południe (z węzłem) o długości ok. 7,5 km, znak postępowania O/WR.D-3.2410.1.2023”, w odniesieniu do szeregu szczegółowych zapytań przedstawił jedynie własne oświadczenia i poświadczenia. Tym samym Odwołujący formułuje wobec Wyjaśnień z 26.07.2024 r. oczekiwania, które nie są spełniane w ramach grupy kapitałowej, do której przynależy.

Dowód: wezwanie GDDKiA, wyjaśnienia STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 i 2 Pzp

Odnosząc się do uzasadnienia drugiego z zarzutów Odwołania Przystępujący wskazuje, że w odpowiedzi na szczegółowe wezwanie Zamawiającego przedstawił kalkulację szczegółową opracowaną wg własnego programu do kosztorysowania pn. Microsoft Navision oraz załączył oferty z etapu przygotowywania przetargu potwierdzające realność skalkulowanej ceny w zakresie wyraźnie wskazanym przez Zamawiającego, albowiem miał wiedzę, iż takiego dowodu Zamawiający od Przystępującego oczekuje.

Przystępujący w Wyjaśnieniach z 10.09.2024 r. wykazał, że w ramach grupy kapitałowej Berger Bau jest w posiadaniu własnej bazy magazynowo-sprzętowej, własnych kopalni kruszyw oraz własnych betoniarni. Wszystko to ma oczywisty wpływ na możliwość kształtowania korzystnych ofert cenowych i konkurencyjność na rynku krajowym. Odwołujący, który nie posiada we własnych zasobach betoniarni musi na etapie kalkulacji bazować na zewnętrznych podmiotach, co w oczywisty sposób jest rozwiązaniem mniej korzystnym i generującym dodatkowe koszty (każdy pośredni podwykonawca/dostawca ma własną marżę i oczekiwany zysk).

W kalkulacji szczegółowej w aspekcie wytworzenia mieszanki Odwołujący zarzuca Przystępującemu nierynkowość, tymczasem jak już Przystępujący wspominał, jest częścią grupy kapitałowej, w której posiadaniu są własne wytwórnie betonu oraz własne kopalnie kruszyw, co w sposób oczywisty wpływa na możliwość obniżenia kosztów realizacji z uwagi na brak konieczności korzystania w tym zakresie z zasobów podmiotów trzecich.

Oferty od tych w/w producentów/dostawców tj. Berger Kruszywa Sp z o. o. oraz Berger Beton Sp. z o.o. dotyczą elementów składowych, które jak sam Odwołujący zaznaczył stanowią istotną część ceny jednostkowej pozycji dotyczącej wykonania stabilizacji. Przystępujący, w reakcji na wyraźne życzenie Zamawiającego, udokumentował przyjęte ceny przedkładając oferty z etapu przetargu, które jednoznacznie pokazują jakie koszty w ramach wewnętrznej grupy zostaną poniesione do wytworzenia gotowego produktu.

Zasadniczym elementem mającym wpływ na konkurencyjną cenę wytworzenia mieszanki stabilizacji jest oferowany przez Berger Kruszywa Sp. z o.o. piasek 0/5. Jest to materiał pozaklasowy stanowiący produkt uboczny produkcji grysów, spełniający jednak wymagania SST dotyczącej wytworzenia mieszanki stabilizacji. W ramach grupy kapitałowej Przystępujący jest w stanie pozyskać ten materiał w wyjątkowo korzystnej cenie, ponieważ transport może zostać zrealizowany w ramach tzw. kursów łączonych obsługujących grupę kapitałową Berger Bau.

Odwołujący nie przedstawił ofert rynkowych z etapu składania ofert w Postępowaniu, a z etapu wnoszenia Odwołania z 26.11.2024 r., nadto oferty te odnoszą się do możliwości kalkulacji ceny oferty przez Odwołującego, a nie Przystępującego. W związku z powyższym analiza Odwołującego bazująca na porównaniu ofert dostawców/podwykonawców z własnymi możliwościami technologicznymi, jakimi w przeciwieństwie do Odwołującego dysponuje Przystępujący, jest niezasadna i nieporównywalna. W kwestii kalkulacji szczegółowej wbudowania mieszanki Przystępujący bazując na doświadczeniu (m.in. z realizacji wcześniejszych etapów tej drogi), a także z uwagi na realizację szeregu innych inwestycji w analogicznej technologii, przewidział stosowne nakłady rzeczowe i odpowiedni własny sprzęt niezbędny do wbudowania i wykonania warstwy stabilizacji. Zamawiający dokonał analizy przyjętych nakładów i nie wzbudziły one żadnych wątpliwości. Odwołujący przyjął do porównania nakłady rzeczowe z programu Norma, a przytoczony katalog KNR AT-03 został opracowany i wydany w 2000r. czyli blisko ćwierć wieku temu co w dobie współczesnego rozwoju technicznego i technologicznego nie do końca odpowiada rzeczywistości. Argumenty Odwołującego i z tego powodu nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut 3 – naruszenie art. 239 Pzp. W konsekwencji wykazanej bezzasadności dwóch pierwszych zarzutów Odwołania, również za chybiony uznać należy zarzut naruszenia art. 239 Pzp, bowiem wybór oferty najkorzystniejszej nie jest następstwem nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia tej oferty, a w pełni prawidłowej czynności badania i oceny ofert, która prowadziła do konkluzji, że cena oferty Przystępującego jest realna i umożliwia należyłą realizację zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień złożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że w przepisie tym jest mowa o przypadkach

oczywistych, wyraźnych, bezspornych, niewątpliwych, „rzucających się w oczy” zaniżenia ceny

lub kosztu. W świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. Dla wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające jest samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający określił ogólnie swoje wątpliwości, formułując swoje oczekiwania przez podanie treści art. 224 ust. 3 ustawy pzp.

Podstawą wezwania był art. 224 ust. 1 ustawy pzp przy braku obowiązkowych przesłanek ustawowych z art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp.

Stwierdzić należy, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Przypomnienie powyższe odnosi się do zarzutu dotyczącego wyceny pozycji 13 kosztorysu ofertowego, która jest istotnym elementem, lecz nie przeważającym w ustaleniu ceny całkowitej. Zaniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska, jednakże w przedmiotowej sytuacji taka ocena byłaby nieuzasadniona. Nie negując uprawnienia zamawiającego do żądania wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny należy mieć także na względzie jej ocenę jako rynkowej w kontekście wysokości cen pozostałych uczestników, jak również wielkości budżetu zamawiającego wynikającego z oszacowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia udzielanego w Postępowaniu kwotę 15 692 983,66 PLN brutto

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców.

Czterech wykonawców złożyło oferty niższe od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś cena oferty piątego wykonawcy nieznacznie wartość tę przekroczyła. Oferty trzech wykonawców, w tym Odwołującego, były znacznie niższe od tej kwoty. Analiza informacji z otwarcia ofert prowadzi ponadto do konkluzji, że różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a ceną oferty Przystępującego nie jest znaczna (w kontekście wartości zamówienia udzielanego w Postępowaniu).

Przystępujący w dniu 26.07.2024 r. udzielił wyjaśnień, a zamawiający w dniu 21.08.2024 r. dokonał (po raz pierwszy) wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 30.08.2024 r. unieważnił wybór oferty i 2.09.2024 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji 13 kosztorysu ofertowego – stabilizacja gruntu cementem.

W dniu 27.09.2024 r. poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Odwołujący 2.10.2024 r. wniósł odwołanie, zakwestionował prawidłowość czynności nieodtajnienia i nieudostępnienia

pełnej treści Wyjaśnień z 26.07.2024 r. oraz z 10.09.2024 r. Zarzutami ewentualnymi objął niewywiązanie się przez Berger Bau z obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny złożonej oferty oraz złożenie przez przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Wyrokiem z 24.10.2024 r. (KIO 3604/24) uwzględniono odwołanie z 2.10.2024 r. w zakresie zarzutów głównych, odnoszących się do skuteczności zastrzeżenia poufności wyjaśnień z 26.07.2024 r. i z 10.09.2024 r. i nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie odwołującemu pełnej treści wyjaśnień.

Po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert zamawiający, w dniu 21.11.2024 r., po raz kolejny dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Czynność wyboru zakwestionował Odwołujący, wnosząc 26.11.2024 r. odwołanie, w toku którego zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów.

Zamawiający nie uzasadnił motywów swojej czynności.

W zakresie zarzutów skład orzekający przypomina, że przepisy ustawy Pzp nie określają jednego uniwersalnego wzoru wyjaśnień ceny w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający nie precyzuje swoich oczekiwań co do sposobu udzielenia wyjaśnień i ich zakresu. W sprawie rozpatrywanej zamawiający poza użyciem formuły z art. 224 ust. 3 pzp nie określił przyczyn wezwania i zakresu przedmiotowego oczekiwanych wyjaśnień.

Przystępujący, mając na uwadze treść wystosowanego wezwania, złożył wyjaśnienia, jakie uznał za odpowiednie w odniesieniu do zastosowanego mechanizmu faktycznej kalkulacji ceny ofertowej, zwracając uwagę na te elementy, które przesądziły o możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, przy jednoczesnym zachowaniu jej realności.

Formułowane przez odwołującego zastrzeżenia co do złożenia wraz z Wyjaśnieniami z 26.07.2024 r. dokumentu „Statystyka projektu”, który zawierał wyceny pozycji zamiast bardziej szczegółowego kosztorysu obrazującego kalkulację każdej pozycji, nie może stanowić argumentu dyskredytującego złożone wyjaśnienia. W rozpatrywanej sprawie zamawiający w pierwszym wystosowanym wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny nie sformułował wymagania odniesienia się do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego.

Brak jest podstaw do kwestionowania treści kosztorysu sporządzonego na potrzeby udziału w postępowaniu z wykorzystaniem programu kalkulacyjnego, który jest użytkowany przez wykonawcę. Ewentualne przygotowanie kalkulacji metodą szczegółową nie było wymagane zapisami SWZ, ajak odwołujący zauważył, również zamawiający nie zobowiązał przystępującego do jej przedłożenia w treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

W ocenie Izby przedstawione przez wykonawcę dane są wiarygodne, w tym „Zestawienie sprzętów” i „Zestawienie materiałów” oraz deklarowane stawki roboczogodziny.

Za poprawne uznać należy także stanowisko w zakresie założenia o powierzeniu wykonania danych zakresów prac podwykonawcom, w tym deklaracji o samodzielnej realizacji.

W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, że dokonana przez zamawiającego czynność wyboru oferty przystępującego nie naruszyła wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557, 575 PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 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 (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Koszt noclegu pełnomocnika w kwocie 307,88 zł został uwzględniony w limicie kosztów 3 600 zł wynikającym z przepisu art. 576 pkt 2 ustawy pzp i niżej wskazanego przepisu rozporządzenia. Koszt dojazdu został uwzględniony w kwocie wykazanej rachunkami i uwzględniony poza limitem kosztów, bowiem zgodnie z § 5 pkt 2 koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę są niezależne od wydatków i wynagrodzenia jednego pełnomocnika, które nie mogą przekraczać łącznie kwoty 3 600 złotych.

Przewodniczący: