

WYROK

Warszawa, dnia 17.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński
Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Rubau Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ul. Myśliwskiej 5 (40-017 Katowice)

przy udziale:

A. uczestnika po stronie Odwołującego – wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

B. uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione 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 1774/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ul. Myśliwskiej 5 (40-017 Katowice), zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 na odc. w m. Zawiercie (Kromolów – Żerkowice) - nr postępowania O/KA.D-3.2410.1.2023*, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2023 r. pod numerem 2023/S 181 – 566926-2023-PL.

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

Dnia 20 maja 2024 r. wykonawca Rubau Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, polegających na

I. nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej przedstawionych w stosunku do oferty złożonej przez POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej

(dalej „Polaqua”);

II.nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej przedstawionych

w stosunku do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie (1) MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach oraz (2) KOBYLARNIA S.A. z siedzibą

w Kobyłarni (dalej łącznie jako: „Konsorcjum Mirbud”);

III.zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Polaqua;

IV.zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mirbud;

V.wyborze oferty złożonej przez Polaqua, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu;

VI.w następstwie czynności wskazanych w pkt (I) i (V) powyżej zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

(1) art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i uznanie,

że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez Polaqua

są zgodne z wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego oraz wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 PZP. tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Polaqua

nie zawiera ceny rażąco niskiej;

(2) art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania

i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez Konsorcjum Mirbud są zgodne z wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego oraz wystarczające

do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 PZP. tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Konsorcjum Mirbud nie zawiera ceny rażąco niskiej;

W związku z powyższymi żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości

i nakazanie Zamawiającemu:

(I) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Polaqua, jako oferty najkorzystniejszej

w Postępowaniu;

(II) ponownego dokonania oceny oferty złożonej przez Polaqua, a w jej następstwie – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Polaqua; ewentualnie: nakazanie uzupełniającego wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie złożonej przez Polaqua;

(III) ponownego dokonania oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Mirbud, a w jej następstwie – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mirbud ewentualnie nakazanie uzupełniającego wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie złożonej przez Konsorcjum Mirbud;

(IV) dokonania wyboru oferty złożonej przez Rubau, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

Odwołujący wnosił ponadto o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych

w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone

na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,

a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia,

gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana na 3 miejscu w świetle kryteriów oceny ofert. Wadliwość podjętych przez Zamawiającego czynności wskazanych w *petitum* Odwołania, uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem Odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.

W pierwszej kolejności Odwołujący zakreślając stan faktyczny wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania, ofert złożyło 10 wykonawców. W dniu 7 marca 2024 r., z uwagi wystąpienie okoliczności określonych w postanowieniach art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP, Zamawiający wezwał niektórych wykonawców do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej oraz do przedłożenia dowodów potwierdzających przyjęte założenia kosztowe. Wezwanie takie zostało wystosowane przez Zamawiającego, m.in. w stosunku do Polaqua oraz w stosunku do Konsorcjum Mirbud.

W dniu 20 marca 2024 r. wyjaśnienia w sprawie ceny rażąco niskiej złożyła Polaqua, a także Konsorcjum Mirbud. W związku ze złożeniem ww. wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej Zamawiający nie wzywał Polaqua, ani Konsorcjum Mirbud do dalszych wyjaśnień w tej sprawie i w dniu 8 maja 2024 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty złożonej przez Polaqua, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz pozostałe informacje o wynikach badania i oceny ofert, zgodnie z art. 253 ust. 1 PZP. Z informacji tych wynikało, że oferty złożone przez Polaqua i Konsorcjum Mirbud nie zostały odrzucone przez Zamawiającego i były oceniane w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący uzasadniając poszczególne zarzuty wskazał w pierwszej kolejności, że naruszenie przez Zamawiającego postanowień art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP nastąpiło w dwóch niezależnych aspektach:

po pierwsze poprzez uznanie przez Zamawiającego za wystarczająco szczegółowe wyjaśnień ceny rażąco niskiej udzielonych przez Polaqua pomimo tego, iż Polaqua nie odniosła się do wielu elementów objętych wezwaniem Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r.;

po drugie poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, iż Polaqua obaliła domniemanie wynikające z art. 224 ust. 5 PZP pomimo tego, iż na podstawie samych wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Polaqua wynika, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną niepokrywającą kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z utrwaloną wykładnią art. 224 ust. 6 PZP (zaś uprzednio na gruncie ustawy z 2004 r. – art. 90 ust. 3) brak wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich zagadnień objętych wezwaniem do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego *de iure* jest równoznaczny z brakiem wyjaśnień i jako taki jest podstawą do odrzucenia oferty. Jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1679/21) *Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska,*

w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym. Analogicznie, w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 515/23) Izba orzekła, że Brak złożenia takich kompletnych i odpowiadających

na precyzyjne wezwanie wykonawcy wyjaśnień stanowi podstawę do uznania, że wyjaśnienia w zasadzie nie zostały złożone, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.

W ocenie Odwołującego pomimo rygorystycznego brzmienia postanowień art. 224 ust. 6 PZP oraz utrwalonej jego wykładni, Zamawiający niezwykle liberalnie ocenił wyjaśnienia udzielone przez Polaqua pismem z dnia 20 marca 2024 r. pomimo tego, iż wykonawca ten w ogóle nie odniósł się do szeregu zagadnień objętych wezwaniem Zamawiającego wystosowanym na podstawie pisma z dnia 7 marca 2024 r. Zasadniczą wadą dokonanej przez oceny Zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Polaqua jest zdaniem Odwołującego pominięcie w ramach tej oceny faktu, że Polaqua w ogóle nie wyjaśniła zaoferowanej ceny, a jedynie udzieliła wyjaśnień co do 11 pozycji z kosztorysów ofertowych wyszczególnionych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. Innymi słowy zakres wyjaśnień udzielonych przez Polaqua (oraz dowodów załączonych do wyjaśnień) jest ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia kosztów dla 11 pozycji z kosztorysów ofertowych, tj.

1) z Tabeli nr 3: Roboty drogowe:

- a) Pozycji 5.1 – „Wykopy wraz z odwozem na odkład”
- b) Pozycji 5.2 – „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko”
- c) Pozycji 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”

2) z Tabeli nr 30: Wzmocnienie podłoża nasypów, wykopów, wymiana gruntu:

- a) Pozycji nr 2 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”
- b) Pozycji nr 3 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”
- c) Pozycji nr 6 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”
- d) Pozycji nr 7 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”
- e) Pozycji nr 10 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”
- f) Pozycji nr 11 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”
- g) Pozycji nr 13 – „Półmaterac separacyjny wypełniony kruszywem frakcji 0/63”
- h) Pozycji nr 18 – „Wymiana gruntów nienośnych”

Co do pozostałej części ceny (pozostałych pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie ofertowym stanowiącym część oferty Polaqua) wykonawca ten nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, ani nie przedłożył żadnych dowodów celem udowodnienia, że cena łączna zaoferowana przez niego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Zaniechanie przez Polaqua wyjaśnienia całej ceny łącznej (i ograniczenie wyjaśnień tylko do 11 ww. pozycji kosztorysowych) jest w ocenie Odwołującego działaniem nieprawidłowym w świetle treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego. W wezwaniu tym bowiem Zamawiający jednoznacznie stwierdził: *Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 33,82% od zaktualizowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty i udzielenia odpowiedzi w szczególności na poniższe pytania: (...)*

Zdaniem Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, ponad wszelką wątpliwość zatem, nie było

ograniczone jedynie do ww. 11 pozycji kosztorysowych, które wyjaśniła Polaqua, ale odnosiło się do całej ceny oferty tego wykonawcy, zaś przywołane pozycje kosztorysowe miały zostać wyjaśnione „w szczególności”. W świetle literalnej treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. nie może być jakichkolwiek wątpliwości, że wezwanie to dotyczyło całej ceny oferty. Poza zdaniem opisanym powyżej obowiązek wyjaśnienia całej ceny łącznej wynikał w ocenie Odwołującego także z szeregu innych elementów tego wezwania.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że wezwanie to jako swoją podstawę prawną wskazywało przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP, a zatem ten przepis PZP, w którym hipoteza normy prawnej odnosi się do poziomu ceny całkowitej, a nie tylko do istotnych części składowych ceny (jak w przypadku art. 224 ust. 1 PZP). Według Odwołującego było oczywistym (także z przywoływanej podstawy prawnej wezwania), że Zamawiający oczekuje wyjaśnienia całej ceny łącznej, gdyby bowiem przedmiotowe wezwanie ograniczone zostało tylko do istotnych części składowych ceny, jako swoją podstawę prawną, wskazywałoby przepis art. 224 ust. 1 PZP, gdyż to on dotyczy wyjaśnienia istotnych części składowych ceny, a nie przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP.

Ponadto, jak wskazano w pkt 9 wezwania „Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców/usługodawców, faktur itd.)”. Zdaniem Odwołującego jest oczywistym,

że skoro Zamawiający wzywał do „przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny”, to oczekiwał wyjaśnienia całej ceny łącznej, a nie tylko 11 pozycji kosztorysowych, które wyjaśniła Polaqua. Dowody potwierdzające realność i prawidłowość zaoferowanej ceny są służebne w stosunku do samych wyjaśnień, tym samym, gdyby intencją Zamawiającego nie było wyjaśnienie całej ceny łącznej to nie wzywałby Polaqua do przedłożenia dowodów odnoszącej się do całej zaoferowanej ceny, a jedynie do przedłożenia dowodów dotyczących ww. 11 pozycji kosztorysowych z kosztorysu ofertowego stanowiącego część składową oferty.

Wreszcie w kolejnym fragmencie wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający zapytał: „Jakie elementy (czynniki) miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen dotyczących pozycji z kosztorysu ofertowego wskazanych poniżej (...)”. Dalej zaś Zamawiający wskazał: „Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania oraz o przesłanie wszystkich informacji oraz Państwa ceny oferty, a których Zamawiający nie wymienił powyżej”.

Powyższe wedle Odwołującego uwidacznia, że w treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający wielokrotnie akcentował bądź konieczność wyjaśnienia całej ceny łącznej bądź przedstawienia dowodów potwierdzających realność tej ceny i w świetle powyższego było oczywistym,

że bez jakichkolwiek wątpliwości wezwanie Zamawiającego odnosi się do całej ceny łącznej, a nie tylko do 11 pozycji kosztorysowych. Odwołujący nie zaprzecza, że pozycje te zostały przez Zamawiającego wyeksponowane w wezwaniu, ale samo wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej nie zostało ograniczone wyłącznie do nich. Ich wyeksponowanie przez Zamawiającego wiązało się z faktem, iż ceny w tych pozycjach kosztorysowych były drastycznie niskie w świetle cen z kosztorysu inwestorskiego

oraz cen w tych samych pozycjach kosztorysowych u innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Zamawiający dał zresztą temu wyraz prezentując ceny z przedmiotowych pozycji kosztorysowych Polaqua jako procent ceny z kosztorysu inwestorskiego oraz średniej ceny wszystkich złożonych ofert

dla wskazanego zakresu robót. W żadnym jednak przypadku nie ograniczył swojego wezwania

do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej jedynie do przedmiotowych 11 pozycji kosztorysowych z kosztorysu ofertowego Polaqua.

Z uwagi na opisaną treść wezwania Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. Polaqua zobowiązana była zdaniem Odwołującego dokonać wyjaśnienia całej ceny łącznej. Tymczasem wyjaśnienia tego podmiotu zostały ograniczone tylko do 11 pozycji kosztorysowych, a Polaqua nie zawarła w swoim piśmie z dnia 20 marca 2024 r. ani wyjaśnień, ani dowodów dot. pozostałej części ceny łącznej. Odwołujący podkreślił, że wartość 11 pozycji kosztorysowych, w stosunku do których Polaqua ograniczyła swoje wyjaśnienia nie przekracza 27 mln PLN netto (dokładnie jest to wartość 26.598.885,93 PLN netto,

czyli 32 716 629,70 PLN brutto), co stanowi niespełna 13% wartości całej ceny łącznej.

Odwołujący wskazał, że posługując się tylko kryteriami 30 % różnicy cenowej:

(1) pomiędzy ceną danej pozycji kosztorysowej w ofercie wykonawcy, a wyceną w kosztorysie inwestorskim oraz

(2) pomiędzy ceną danej pozycji kosztorysowej w ofercie wykonawcy, a średnią ceną tej pozycji

we wszystkich złożonych ofert (a zatem analogicznym jak wskazane w postanowieniach art. 224 ust. 2

pkt 1 PZP)

stwierdzić należy, że różnice tego rodzaju dotyczą znacząco większej liczby pozycji kosztorysowych w ofercie Polaqua niż tylko pozycje wyeksponowane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. Zestawienie tego rodzaju przypadków tylko dla branży drogowej (Tabela nr 3 kosztorysu ofertowego) Odwołujący przedstawił w formie tabel.

W tych okolicznościach faktycznych według Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, iż Polaqua winna wyjaśnić całą cenę łączną, z kolei brak takich wyjaśnień stanowi postawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który wyjaśnień takich nie udzielił. Jak orzekła Izba (jeszcze pod rządami PZP z 2004 r.)

w wyroku z dnia 1 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1302/21) *Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie konkretnych, kompletnych i rzetelnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Niesprostanie temu przez wykonawcę skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia jego oferty*

(art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.). Podobnie w wyroku z dnia 29 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2057/19) orzeczono, że *Każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału*

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania

o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny

lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W tych okolicznościach faktycznych, pominięcie przez Zamawiającego faktu nieudzielenia przez Polaqua wyjaśnień i fakt nieprzedłożenia dowodów co do zasadniczej części ceny łącznej wskazuje na naruszenie art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP.

Odwołujący wskazał, że w wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Polaqua do „(...) przedstawienia informacji na temat tego, jakie założenia Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny oferty oraz cen dla ww. pozycji, wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. elementy wpłynęły na ustalenie wysokości tych cen”. Stosownie do oczekiwań Zamawiającego zaprezentowanie założeń, jakie Polaqua przyjęła do wyliczeń dotyczyć miało zarówno wyliczenia całej ceny łącznej, jak i opisywanych powyżej

11 pozycji kosztorysowych wyeksponowanych w wezwaniu. Zdaniem Odwołującego Polaqua, w swoich wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. nie wykonała powyższych obowiązków i nie przedstawiła

ww. założeń w tym zakresie ograniczając się do bardzo ogólnikowych twierdzeń w sprawie swojej sytuacji rynkowej. Zaprezentowanie założeń do określenia ceny w taki właśnie sposób trudno uznać za zgodny

z wezwaniem z dnia 7 marca 2024 r. ponieważ, wbrew oczekiwaniu Zamawiającego, Polaqua nie podała w jaki sposób przywoływane przez nią okoliczności wpłynęły na ustalenie cen.

Jak podkreśla judykatura Izby, podanie przez wykonawców okoliczności faktycznych wpływających na określenie przez nich wysokości ceny nie może sprowadzać się tylko do ich przywołania, ale musi pozwalać na zweryfikowanie (w sposób mierzalny kwotowo), w jaki sposób dana okoliczność, na którą powołuje się wykonawca pozwoliło mu w warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obniżyć jego cenę. Jak słusznie podniosła to Izba w wyroku z dnia 20 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2956/23) *Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był*

w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie

w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Analogicznie w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r.

(sygn. akt KIO 1679/21) KIO stwierdziła, iż *Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.*

Tymczasem w wyjaśnieniach Polaqua z dnia 20 marca 2024 r. de facto nie podano żadnych założeń, w oparciu o które wykonawca ten skalkulował cenę swojej oferty złożonej w Postępowaniu. Jedyna część tych wyjaśnień, która może być traktowana jako opis przyjętych założeń kalkulacyjnych znajduje się we wstępnej części pisma obejmującego wyjaśnienia. We fragmencie tym Polaqua ograniczyła się jednakże wyłącznie do bardzo ogólnikowych twierdzeń na temat swojej pozycji rynkowej

i posiadanego doświadczenia, takich jak:

(1) fakt, że Polaqua jest wykonawcą działającym na rynku od 1990 r., a największymi filarami działalności rynkowej spółki jest budownictwo infrastrukturalne i inżynieria środowiska.

(2) okoliczność, że w portfolio Polaqua znajduje się szereg zrealizowanych inwestycji dotyczących budowy dróg obwodowych, ekspresowych i autostrad oraz, że kolejne umowy na projektowanie i budowę dróg, w tym dróg ekspresowych i autostrad są obecnie w toku realizacji.

(3) okoliczność, że Polaqua systematycznie zdobywa doświadczenie i dzięki konsekwentnie realizowanej strategii oraz owocnej pracy buduje silną markę.

(4) argument, że doświadczenie Polaqua oraz bogate zaplecze techniczne, technologiczne, kadrowe i dobre praktyki funkcjonujące w ramach koncernu od lat pozwalają spółce sukcesywnie i skutecznie realizować zamówienia na rynku drogowym w Polsce.

(5) okoliczność, że Polaqua jest wykonawcą o szerokiej znajomości polskiego rynku drogowego.

(6) okoliczność, że ceny, jakie w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu zaoferował Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu, wynikają z bogatego doświadczenia Wykonawcy i są wynikiem praktyki w realizacji zamówień oraz długoletnich relacji handlowych z podwykonawcami.

Zaprezentowany przez Polaqua zestaw okoliczności faktycznych nie jest w żadnym stopniu unikalny i właściwy tylko dla tego podmiotu. W Postępowaniu wzięli udział wykonawcy o podobnym lub nawet większym doświadczeniu, którzy pomimo tego zaoferowali ceny znacząco wyższe niż Polaqua. Także kwestia portfolio aktualnie realizowanych kontraktów (w tym nawet oceniana tylko w stosunku do kontraktów dot. budowy dróg klasy G i GP) nie daje wykonawcy przewagi konkurencyjnej, gdyż inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, pomimo większego pakietu realizowanych kontraktów, złożyli oferty istotnie wyższe cenowo niż Polaqua. Wreszcie długoletnie relacje z podwykonawcami, na które powołuje się Polaqua nie są okolicznością unikalną, właściwą tylko dla tego podmiotu. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu współpracują od wielu lat z zaufanymi podwykonawcami.

Przed wszystkim jednak zdaniem Odwołującego, nawet gdyby hipotetycznie wszystkie lub którekolwiek z okoliczności powoływanych przez Polaqua jako założenia do kalkulacji ceny miały jakieś znaczenie dla poziomu ceny (cen) przyjętego przez tego wykonawcę, to w żadnym miejscu wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. nie zostało to zaprezentowane Zamawiającemu. Stan ten dotyczy zarówno oznaczenia mierzalnego wpływu na całą cenę łączną, jak i wpływu na każdą z 11 pozycji kosztorysowych wyeksponowanych w wezwaniu Zamawiającego. Pominięcie przez Zamawiającego tego elementu w trakcie badania wyjaśnień ceny rażąco niskiej świadczy o wadliwości tego badania i powinno stać się podstawą do nakazania odrzucenia oferty Polaqua,

W zakresie zarzutu dotyczącego braku udzielenia wyjaśnień w stopniu szczegółowości oczekiwanym przez Zamawiającego Odwołujący podkreślił, że w swoim wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający szczegółowo określił wymagany przez siebie poziom szczegółowości wyjaśnień, które zobowiązani byli złożyć wykonawcy, w tym Polaqua. W pkt 1 wezwania Zamawiający pytał bowiem: „*Jakie elementy (czynniki) miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen dotyczących pozycji z kosztorysu ofertowego wskazanych poniżej:*” oraz wzywał „*(...) do przedstawienia informacji na temat tego, jakie założenia Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny oferty oraz cen dla ww. pozycji, wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. elementy wpłynęły na ustalenie wysokości tych cen.*”

Co w ocenie Odwołującego jest szczególnie istotne, w pkt 9 wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający zapisał: „*Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców /usługodawców, faktur itd.).*” Zestawienie powyższych wymagań sformułowanych przez Zamawiającego nie pozostawia zdaniem odwołującego żadnych wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień pozwalających na weryfikację realności założeń cenotwórczych przyjętych do kalkulacji. Polaqua tymczasem całkowicie zaniechała tego obowiązku nie tylko w stosunku do ceny łącznej, ale nawet w stosunku do pozycji kosztorysowych, które Zamawiający wyeksponował w swoim wezwaniu, a które Polaqua próbowała wyjaśnić w swoich wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej z dnia 20 marca 2024 r.

Odnosząc się do poszczególnych wyjaśnień Polaqua dot. pytań zadanych przez Zamawiającego, w tym w szczególności pozycji kosztorysowych, które Zamawiający wyeksponował w swoim wezwaniu Odwołujący wskazał, co następuje:

W odpowiedzi na pytanie 1 dot. następujących pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3: Roboty drogowe: (a) Poz. 5.1 – „*Wykopy wraz z odwozem na odkład*”, (b) Poz. 5.2 – „*Wykopy wraz z odwozem na wysypisko*” oraz (c) Pozy. 7.4 – „*Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu*” Polaqua nie przedstawiła żadnych założeń do wyliczenia cen w tych pozycjach, zaś dowody załączone do wyjaśnień

w najmniejszym nawet stopniu nie pozwalają na zweryfikowanie założeń przyjętych dla tych cen.

W istocie, w tym zakresie mamy do czynienia z brakiem jakichkolwiek wyjaśnień oraz z *sui generis* markowaniem dowodów, bez jakiegokolwiek realnej możliwości zweryfikowania cen zaproponowanych przez Polaqua w tych pozycjach kosztorysowych. W odniesieniu do omawianych pozycji kosztorysowych Polaqua oparła się na ofercie podwykonawcy – p. Michała Pasionka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zmechanizowane Roboty Ziemne MIKOP Michał Pasionek (dalej „Mikop”). Fotografia oferty Mikop z dnia 30 stycznia 2024 r. została załączona przez Polaqua jako załącznik

do wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Polaqua w dniu 20 marca 2024 r.

Pomijając fakt, iż oferta Mikop nie wskazuje Polaqua, jako jej adresata, to kluczowym aspektem, który umknął uwadze Zamawiającego w trakcie jej oceny, to fakt, iż oferta ta nie zawiera żadnych informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji założeń cenotwórczych przyjętych dla tej kalkulacji.

Pomimo nałożenia na Polaqua przez Zamawiającego (w pkt 9 wezwania z dnia 7 marca 2023 r.) obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny,

w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych

z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu,

w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców /usługodawców, faktur itd.) to oferta Mikop nie zawiera żadnych informacji w sprawie sposobu skalkulowania cen za omawiane roboty. Odnosi się to zarówno do (1) braku kalkulacji jako takiej, jak i (2) udowodnienia, że elementy kosztotwórcze przyjęte do skalkulowania cen w ofercie Mikop mogły być przyjęte w takich wysokościach,

aby móc zaoferować wykonanie robót z danych pozycji kosztorysowych w takich wysokościach jak wynika to z oferty Mikop. Odwołujący w tym miejscu zwraca uwagę, że w ofercie Mikop podano jedynie wysokość wynagrodzenia tego podwykonawcy za dane pozycje kosztorysowe, a zrobiono to w takim samym stopniu szczegółowości jak uczyniła to Polaqua w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty złożonej Zamawiającemu.

W związku z powyższym na podstawie oferty Mikop Zamawiający jest w stanie ustalić jedynie wysokość marży, jaką uzyskuje Polaqua na cenach Mikop za analogiczne roboty (marża ta wynosi

11,65 %). Oferta Mikop jest jednakże zdaniem Odwołującego całkowicie bezużyteczna z punktu widzenia ustalenia założeń kosztowych, które miałyby rzekomo potwierdzać realność ceny Polaqua za te same zakresy rzeczowe wycenione w jej kosztorysie ofertowym. Co więcej – zaprezentowanie w ofercie podwykonawcy tak niskich cen (jeszcze niższych niż ceny z oferty Polaqua) powinno wzbudzić naturalne wątpliwości po stronie Zamawiającego, skoro Mikop (a tym samym Polaqua) nie wyjaśnia w najmniejszy nawet sposób jak uzyskuje tak korzystny poziom cenowy. Skoro to Mikop ma być faktycznym realizatorem tych robót (czyli ma ponieść koszty ich wykonania), a roboty te zostały wycenione jeszcze kilkanaście procent niżej niż te same ceny w ofercie Polaqua, to wykazanie tego kosztu tylko przy pomocy fotografii oferty podwykonawcy (do tego nie wiadomo do kogo skierowanej) jest całkowicie niewystarczające. Zdaniem Odwołującego chcąc uzasadnić wycenę omawianych robót w swojej ofercie przy pomocy oferty podwykonawcy (w tym przypadku Mikop) Polaqua powinna rzetelnie poinformować Zamawiającego dzięki jakim okolicznościom faktycznym Mikop jest w stanie (z przynajmniej minimalnym zyskiem) zrealizować roboty w zaoferowanych stawkach. W przeciwnym razie, a tak się stało w Postępowaniu, oferta Mikop

nie ma żadnej wartości dowodowej z punktu widzenia wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie Polaqua, a tym samym z punktu widzenia uchylenia przez Polaqua domniemania, które go obciąża na podstawie art. 224 ust. 5 PZP. W pewnym uproszczeniu (jakkolwiek dobrze oddającym istotę problemu) stwierdzić można, że w wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. Polaqua swoje głośłowne zapewnienie o realności ceny z kosztorysu ofertowego wyjaśnia przy pomocy równie głośłownego zapewnienia Mikop

o wykonaniu tych robót w cenach wynikających z oferty tego podwykonawcy (czyli w cenach jeszcze niższych niż ceny Polaqua). Odwołujący zestawiał fragmenty kosztorysu ofertowego Polaqua oraz oferty Mikop dot. pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3 celem zobrazowania stopnia szczegółowości danych w nich zawartych oraz zastrzeżeń sformułowanych w odwołaniu.

W wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. Polaqua opisując ofertę Mikop wskazała jedynie: *„Firma posiada możliwości optymalizacji kosztów poprzez wykorzystywanie materiałów z budowy na własny użytek. Warto również wskazać, że materiały budowlane będące odpadem na danym zadaniu mogą być przekształcone w produkt i wykorzystane w innych zadaniach.”*. W tym miejscu zwrócić należy uwagę,

że wskazane okoliczności zostały przedstawione tylko jako pewnego rodzaju możliwość, a przede wszystkim nie podano konkretnych oszczędności poczynionych przez Mikop (a tym samym przez Polaqua) w związku nią.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Polaqua pisze jedynie o „możliwości optymalizacji kosztów poprzez wykorzystywanie materiałów z budowy na własny użytek” nie potwierdzając, że wycena Mikop została

w istocie skalkulowana w oparciu o takie założenie kosztowe. Informacja w sprawie przedmiotowej „możliwości” jest

jednak całkowicie bezwartościowa, gdyż Polaqua nie podaje ani jaka ilość materiałów

z budowy miałyby być wykorzystana przez Mikop, ani przede wszystkim nie wskazuje gdzie i w jaki sposób miałyby to nastąpić. Informacja ta nie niesie zatem dla Zamawiającego żadnej wartości dowodowej, gdyż nie pozwala ani na określenie (choćby werbalne) poziomu korzyści finansowych uzyskiwanych przez Mikop w związku z wykorzystaniem na innych zadaniach, ani nie pozwala

na weryfikację rzetelności podanych kwot oszczędności kosztu (zakładając, że były w ogóle podane). Odwołujący zwraca uwagę, że jest okolicznością notoryjną, że uzyskanie pewnych oszczędności

w związku z wykorzystaniem materiału na innych zadaniach inwestycyjnych wymaga też poniesienia pewnych kosztów, w tym przede wszystkim kosztów transportu, kosztów tymczasowego składowania, kosztów administracyjnych przekształcenia odpadu w produkt, czy też czasu kiedy ma nastąpić wykorzystanie na innych zadaniach inwestycyjnych. Tymczasem żadna z tych podstawowych informacji nie została przekazana Zamawiającemu, co nakazuje traktować informacje przekazane przez Polaqua

w kategoriach całkowicie gołosłownych twierdzeń lub nawet niczym niepotwierdzonych przypuszczeń.

Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku wszystkich pozycji kosztorysowych z Tabeli 3 wyeksponowanych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. Polaqua zaoferowała bardzo niskie poziomy cen (tak w stosunku do cen przyjętych w kosztorysie inwestorskim, jak w średniej cen ofert złożonych w Postępowaniu), i tak:

(a) Pozycja 5.1 – „Wykopy wraz z odwozem na odkład”; cena jednostkowa wyliczona przez Polaqua dla ww. zakresu prac (tj. 8,55 zł netto) stanowiła:

- 34,20 % ceny kosztorysu inwestorskiego (tj. 25,00 zł netto),
- 53,11 % średniej ceny wszystkich złożonych ofert dla wskazanego zakresu robót (tj. 16,10 zł netto).

(b) Pozycja 5.2 – „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko”; cena jednostkowa wyliczona przez Polaqua dla ww. zakresu prac (tj. 10,96 zł netto) stanowiła:

- 27,57 % ceny kosztorysu inwestorskiego (tj. 39,75 zł netto),
- 52,62 % średniej ceny wszystkich złożonych ofert dla wskazanego zakresu robót (tj. 20,83 zł netto).

(c) Pozycja 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”; cena jednostkowa wyliczona przez Polaqua dla ww. zakresu prac (tj. 21,92 zł netto) stanowiła:

- 33,09 % ceny kosztorysu inwestorskiego (tj. 66,25 zł netto),
- 52,84 % średniej ceny wszystkich złożonych ofert dla wskazanego zakresu robót (tj. 41,48 zł netto).

W takich okolicznościach faktycznych weryfikacja wyjaśnień wykonawcy wezwanego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej powinna nastąpić szczególnie wnikliwie, czego Zamawiający w ocenie Odwołującego zaniechał w niniejszym przypadku. Pomimo tego, że Polaqua zadeklarowała, że przygotowała cenę oferty zgodnie z pkt. 17 IDW „SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY”, to deklaracja ta nie znalazła odzwierciedlenia ani na poziomie samych wyjaśnień, ani tym bardziej załączanych do nich dowodów mających potwierdzać rzetelność kalkulacji cenowej. Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych („STWiORB”) D.02.01.01 *Roboty ziemne. Wykonanie wykopów* oraz STWiORB D-M.00.00.00 *Wymagania Ogólne* w cenie jednostkowej należało uwzględnić oprócz robót i materiałów związanych bezpośrednio z daną pozycją, również koszty wszystkich robót tymczasowych, koszty zezwoleń, a także koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i koszty ryzyka lub koszty ubezpieczenia od wszelkich zdarzeń, które stanowią ryzyko związane z realizacją kontraktu.

W tym zakresie Polaqua zdaniem Odwołującego nie udzieliła żadnych wyjaśnień, a jedynie powołała się na ceny podwykonawcy (Mikop), przy czym dla żadnej z pozycji kosztorysowych z Tabeli 3 nie przedstawiono wycen w rozbiciu na robociznę („R”), materiały („M”) i sprzęt („S”) oraz koszty pośrednie oraz pozostałe elementy kosztotwórcze wymagane do ujęcia w koszcie danej stawki kosztorysowej zgodnie z przywoływanymi STWiORB.

Niedostrzeżenie opisanych okoliczności przez Zamawiającego w toku badania wyjaśnień ceny rażąco niskiej stanowi wadę tej oceny. Jak bowiem zasadnie przyjmuje to KIO w wyroku z dnia 7 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 142/22) *Celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 p.z.p., jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Od obowiązku ujawnienia sposobu kalkulacji ceny nie zwalnia wykonawcy fakt, że określony zakres usług zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy.*

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia Polaqua wręcz potwierdzają (co niestety zostało pominięte przez Zamawiającego), że niektóre zaoferowane ceny jednostkowe nie uwzględniają wszystkich czynników wpływających na ich wysokość. W zakresie pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3 odnosi się to do: (1) Poz. 5.2 „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko” oraz (2) Poz. 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”.

W odniesieniu do Poz. 5.2 „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko”, Zamawiający w pytaniu nr 2 wezwania z dnia 7 marca 2024 r. zażądał przedstawienia sposobu wyliczenia kosztów wraz z ich wysokością w zakresie zagospodarowania gruntów pozyskanych w czasie wykonywania wykopów, a niewykorzystywanych do budowy nasypów oraz innych prac związanych z trasą drogową, tj. m.in. (1) kosztów legalnego

umiejscowienia odkładu, (2) kosztów transportu na odkład i rozplantowania urobku na odkładzie, (3) kosztów składowania i utylizacji.

Pomimo tak jednoznacznego wymogu dotyczącego stopnia szczegółowości wyjaśnień ceny rażąco niskiej Polaqua nie odpowiada w sposób dostateczny i wiarygodny na zadane pytanie. Odwołujący zwrócił uwagę, że na wszystkie te czynności związane z zagospodarowaniem materiału, czyli:

- transport na odkład,
- koszty znalezienia miejsca składowania,
- koszty uzyskania pozwoleń na składowanie,
- koszty placu do składowania,
- koszty rozplantowania gruntu,
- koszty uporządkowania i rekultywacji terenu,

Mikop przewidział jedynie koszt w kwocie 1,70 PLN na każdy metr sześcienny (kwota ta stanowi różnicę pomiędzy stawką 9,50 PLN za 1 m3 przyjętą w Poz. 5.2 – „*Wykopy wraz z odwozem na wysypisko*”, a stawką 7,80 PLN za 1 m3 przyjętą w Poz. 5.1 – „*Wykopy wraz z odwozem na odkład*”). Kwota taka pozwala jednakże jedynie na pokrycie kosztów transportu 1 m3 wykopanego gruntu na odległość niecałych 2 km od miejsca pozyskania, co przy długości ponad 7 kilometrów budowanego odcinka drogi, wskazuje jednoznacznie i niewątpliwie na błędne oszacowanie przez Polaqua kosztów z tym związanych lub na ich bezzasadne pominięcie w kalkulacji. Dodatkowo w zaferowanej cenie jednostkowej w Poz. 5.2 – „*Wykopy wraz z odwozem na wysypisko*” należy bezwzględnie zawrzeć pozostałe elementy kosztotwórcze wymienione powyżej (dotyczące zagospodarowania materiału/urobku), w tym koszty związane z odzyskiem lub utratą statusu odpadu, które siłą rzeczy nie mogą być już pokrywane z kwoty 1,70 PLN niewystarczającej nawet na koszty transportu.

Co się tyczy widocznych *prima facie* niedoszacowań ceny w Poz. 7.4 – „*Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu*”, to Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z STWiORB. 02.03.01 *Roboty ziemne. Wykonanie nasypów*” (vide: pkt 9.2.4) cena wykonania 1 m3 nasypu z gruntu dostarczonego z dokopu obejmuje:

- składniki ceny jednostkowej określone w D-M.00.00.00, pkt. 9.1.;
- zakup, dostarczenie i składowanie wszystkich niezbędnych materiałów i składników produkcji,
- pozyskanie gruntu z dokopu z odległości do 30km,
- wykonanie badań gruntu z dokopu,
- spełnienie wymagań technologicznych dotyczących kolejności robót, terminów i rozkładania warstwami,
- spełnienie wymagań i warunków dotyczących wzmocnienia podstawy nasypu, konstrukcji z gruntu zbrojonego, itp.
- roboty przygotowawcze i pomiarowe
- badanie podłoża pod nasypy oraz doprowadzenie podłoża nasypu do wymaganych parametrów,
- wyrównanie podłoża pod nasypy lub wykonanie schodkowania dla podłoża o spadku poprzecznym terenu większym od 1:5,
- wykonanie odcinka próbnego,
- wykonanie nasypu z gruntu uzyskanego z dokopu,
- zagęszczenie gruntu zgodnie z wymaganiami STWiORB,
- wyrównanie powierzchni nasypów zgodnie z Dokumentacją Projektową i STWiORB,
- zdjęcie nadkładu ze skarp wraz z profilowaniem skarp zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB
- uzupełnienie poboczy lub pasa dzielącego gruntem dowiezionym ze składowiska lub dokopu wraz z profilowaniem i zagęszczeniem,
- ciągła kontrola osiadania nasypów do momentu ich ustabilizowania zgodnie z pkt. 5.6
- koszt zabezpieczenia skarp nasypów przed erozją na czas prowadzenia wszystkich robót, do czasu zastabilizowania skarp,
- wykonanie pomiarów i badań,
- koszt utrzymania czystości na przylegających drogach,
- odwodnienie terenu robót wraz z niezbędnymi urządzeniami w dostosowaniu do warunków na placu budowy.

Biorąc pod uwagę dostępność kruszyw w promieniu 30 km od budowy należy stwierdzić występowanie niedoboru gruntów niespoistych, przydatnych do budowy nasypu tj. piasków naturalnych kopanych, żwirów i pospółki. Zatem celem zapewnienia niezbędnej ilości materiału wykonawcy mogą postąpić na dwa sposoby:

- (1) pozyskać materiał niespoisty (piasek) z kopalni oddalonej od terenu inwestycji o więcej niż 30 km;
- (2) pozyskać materiał z dokopu, który jest przydatny do budowy nasypu, ale po spełnieniu ściśle określonych warunków opisanych m.in. w STWiORB (uszlachetnienie, doziarnienie, itp.).

W obu przypadkach koszty realizacji robót nie pokryją kosztów prezentowanych w ofercie Mikop (20.00 PLN za 1 m3 netto), ani nawet w ofercie Polaqua (21.92 PLN za 1 m3 netto), co szczegółowo zostanie opisane poniżej.

W przypadku sposobu (1) faktyczny koszt przedstawia się następująco. Zgodnie z ceną minimalną w cenniku Sekocenbud IMB (Zeszyt 57, IV kw. 2023 r.) cena piasku przydatnego do budowy nasypu bez uszlachetnienia wynosi

11,90 PLN/m³ netto na kopalni. Odwołujący podkreśla przy tym, że cena ta jest w rzeczywistości nierealna do uzyskania w tym regionie realizacji przedmiotu zamówienia (ale została przyjęta dla zobrazowania skali niedoszacowania wartości pozycji w ofercie Polaqua). Zakładając teoretyczną możliwość pozyskania takiego kruszywa z odległości 30 km, przy rynkowej cenie transportu na poziomie 0,90 PLN /km/m³ netto otrzymujemy koszt bezpośredni samego materiału na poziomie: 38,90 PLN/m³ (11,90 PLN + 30*0,90 PLN = 38,90 PLN/m³). Odwołujący zaznaczył, że cena rynkowa 0,90 PLN/km/m³ została przyjęta na podstawie posiadanych ofert pozyskanych z rynku.

W przypadku sposobu (2) Odwołujący wziął pod uwagę, że w niedalekiej odległości od inwestycji działa kilka podmiotów zajmujących się produkcją kruszyw. Posiadają one odpad, który może posłużyć do wykonania nasypów. Takim materiałem jest rumosz, na który zresztą Polaqua otrzymała ofertę od Tribag S. A. z siedzibą w Siewierzu (załączoną do wyjaśnień jako załącznik do wyjaśnień Polaqua z dnia 20 marca 2024 r.). W takim przypadku realne ustalenie wartości stawki za tą pozycję kosztorysową powinno uwzględnić zdaniem Odwołującego następujące koszty:

- materiał – cena 2,50 PLN/t netto - przyjęta na podstawie oferty podwykonawcy Polaqua – Tribag S.A. z siedzibą w Siewierzu (co daje 5,00 PLN/m³ – zgodnie ze wzorem: 2,50 PLN/t * 2 t/m³ = 5,00 PLN/m³); do wyznaczenia ceny materiału przyjęto gęstość objętościową mieszanki po wbudowaniu 2t/m³ ;
- transport na odległość 25 km – przyjęta jako średnia odległość od magazynu Tribag S.A. z siedzibą w Siewierzu na budowę co daje koszt: 25 [km] x 0,90 [PLN /km/m³ netto]=22,50 PLN netto za 1 m³]
- załadunek - 4,00 PLN netto za 1 m³; Cena rynkowa 4,00 PLN/m³ została przyjęta na podstawie posiadanych ofert co daje nam łączny koszt bezpośredni samego materiału na poziomie: 31,5 PLN netto za 1 m³ (5,00 PLN + 22,50 PLN + 4,00 PLN = 31,5 zł/m³).

Odwołujący podkreślił przy tym, że powyższa cena została określona przy założeniu wystąpienia bardzo sprzyjających warunków. W praktyce istnieje duże ryzyko, że ten materiał będzie wymagał dodatkowego uszlachetnienia, co oznacza konieczność uwzględnienia w cenie jednostkowej kolejnych dodatkowych kosztów. Podkreślić należy, że powyższe kalkulacje dotyczą tylko samych kosztów zakupu materiału, który należy przecież jeszcze wbudować. Tym samym koszt bezpośredni wykonania robót wycenianych w Poz. 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”, będzie jeszcze wyższy. Wreszcie oprócz robót związanych z formowaniem nasypu i jego zagęszczeniem, należy uwzględnić również pozostałe elementy opisane w STWIORB D.02.03.01 pkt 9.2.4 oraz STWIORB D-M.00.00.00 pkt. 9.1, czyli koszty pośrednie i zysk, czego Polaqua nie uczyniła pomimo żądania Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że Polaqua nie doszacowała a Zamawiający nie zbadał dogłębnie oferty zawierającej rażąco niską cenę. W ocenie Odwołującego brakująca tylko na sam materiał wartość dla tej pozycji wynosi co najmniej: 980 187,28 PLN netto ([21,92 PLN – 31,50 PLN] * 102 316 m³ = -980 187,28 PLN). Do kwoty brakującej należy doliczyć koszt robót związanych z formowaniem nasypów oraz ich zagęszczaniem. Bazując na cenniku Sekocenbud BRZ 61, IV kw. 2023 r. można przyjąć cenę minimalną, czyli: 10,64 PLN netto za 1 m³, co daje dodatkowe niedoszacowanie w ofercie Polaqua w ramach omawianej pozycji kosztorysowej w wysokości: 1 088 642,2 PLN netto (10,64 PLN * 102 316 m³ = -1 088 642,20 PLN). Przedstawiona kalkulacja nadal nie uwzględnia kosztów pośrednich oraz założonego poziomu zysku, co dodatkowo w bardzo znaczący sposób wpłynęłoby na kwotę, której Polaqua nie uwzględniła w swojej kalkulacji. Łączna wartość niedoszacowania to ok. 980.187 PLN + 1.088.642 PLN = ok. 2.000.000 PLN to obrazuje, że kwota 4.250.000 to realny koszt za ten zakres robót.

Także w odpowiedzi na pytanie 1 dot. następujących pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30: *Wzmocnienie podłoża nasypów, wykopów, wymiana gruntu* :

- (a) Poz. nr 2 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górną warstwą)”
- (b) Poz. nr 3 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolną warstwą)”
- (c) Poz. nr 6 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górną warstwą)”
- (d) Poz. nr 7 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolną warstwą)”
- (e) Poz. nr 10 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górną warstwą)”
- (f) Poz. nr 11 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolną warstwą)”
- (g) Poz. nr 13 – „Półmaterac separacyjny wypełniony kruszywem frakcji 0/63”
- (h) Poz. nr 18 – „Wymiana gruntów nienośnych”

Polaqua zdaniem Odwołującego nie przedstawiła żadnych założeń do wyliczenia cen w tych pozycjach, zaś dowody załączone do wyjaśnień nie pozwalają na zweryfikowanie przez Zamawiającego założeń przyjętych dla tych cen. Tym samym również w tym zakresie mamy do czynienia z brakiem jakichkolwiek wyjaśnień oraz opisanym już wcześniej swoistym markowaniem dowodów, a w efekcie pozbawieniem Zamawiającego możliwości zweryfikowania cen zaproponowanych przez Polaqua w ww. pozycjach kosztorysowych.

Podobnie jak w przypadku pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3, także w tym przypadku Polaqua uzasadnia realność wyceny swojej oferty ofertą uzyskaną od podwykonawcy – Mikop. Jest to ta sama oferta, której fotografia została załączona przez Polaqua jako załącznik do wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Polaqua w dniu 20 marca 2024 r. w stosunku do opisanych powyżej pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3. W stosunku do wyjaśnianych pozycji

kosztorysowych z Tabeli nr 30 oferta Mikop także nie zawiera żadnych informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji założeń cenotwórczych przyjętych dla ich kalkulacji. Pomimo nałożenia na Polaqua przez Zamawiającego (w pkt 9 wezwania z dnia 7 marca 2023 r.) obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców /usługodawców, faktur itd.) to oferta Mikop nie zawiera żadnych informacji w sprawie sposobu skalkulowania cen za omawiane roboty. Także i w tym przypadku dotyczy to zarówno: (1) braku kalkulacji jako takiej, jak i (2) udowodnienia, że elementy kosztotwórcze przyjęte do skalkulowania cen w ofercie Mikop mogły być przyjęte w takich wysokościach, aby móc zaoferować wykonanie robót z danych pozycji kosztorysowych w takich wysokościach jak wynika to z oferty Mikop.

Odwołujący zwraca uwagę, że w ofercie Mikop podana została jedynie nominalna wysokość wynagrodzenia tego podwykonawcy za dane pozycje kosztorysowe z Tabeli nr 30, a zrobiono to w takim samym stopniu szczegółowości jak uczyniła to Polaqua w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty złożonej Zamawiającemu.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego na podstawie oferty Mikop Zamawiający jest w stanie ustalić tylko i wyłącznie wysokość marży, jaką uzyskuje Polaqua na cenach Mikop za analogiczne roboty. Oferta Mikop jest natomiast bez jakiegokolwiek wartości dowodowej z punktu widzenia ustalenia i weryfikacji założeń kosztowych, które miałyby rzekomo potwierdzać realność cen Polaqua za te pozycje kosztorysowe wycenione w jej kosztorysie ofertowym. Chcąc uzasadnić wycenę omawianych robót w swojej ofercie przy pomocy oferty podwykonawcy (w tym przypadku przy pomocy oferty Mikop) Polaqua powinna zdaniem Odwołującego rzetelnie poinformować Zamawiającego

za sprawą jakich okoliczności faktycznych Mikop jest w stanie zrealizować roboty w zaoferowanych stawkach(przynajmniej z minimalnym zyskiem). Tak jednak Polaqua nie wyjaśniła omawianych pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30. Jak wskazywano to już wcześniej stwierdzić można, że w wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. Polaqua swoje głoślowe zapewnienie o realności ceny z kosztorysu ofertowego wyjaśnia przy pomocy równie głoślowego zapewnienia Mikop o wykonaniu tych robót w cenach wynikających z oferty tego podwykonawcy (czyli w cenach jeszcze niższych niż ceny Polaqua).

Odwołujący na poparcie stanowiska przedstawił fragmenty kosztorysu ofertowego Polaqua oraz oferty Mikop dot. pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30 celem zobrazowania stopnia szczegółowości danych w nich zawartych oraz zastrzeżeń sformułowanych w odwołaniu.

Wadliwość wyjaśnień Polaqua dot. pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30 ma zdaniem Odwołującego szerszy wymiar niż w przypadku pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3. O ile w odniesieniu do pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3 Polaqua, próbowała wskazać pewne założenia,

to już w odniesieniu do pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30 Polaqua w ogóle nie podała żadnych założeń do ich wyceny. W stosunku do pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 3 Polaqua próbowała argumentować, że: „Firma (Mikop – przypis autora odwołania) posiada możliwości optymalizacji kosztów poprzez wykorzystywanie materiałów z budowy na własny użytek. Warto również wskazać, że materiały budowlane będące odpadem na danym zadaniu mogą być przekształcone w produkt i wykorzystane w innych zadaniach”, to w stosunku do pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30 Polaqua całkowicie pominęła obowiązek przedstawienia założeń. Powyższy fragment wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. znajduje się wprawdzie w części wyjaśnień Polaqua referującej do całego pytania nr 1 (a zatem także do pytań Zamawiającego związanych z pozycjami kosztorysowymi z Tabeli nr 30), tym nie mniej przedmiotowe założenia z przyczyn technicznych i technologicznych nie mogą dotyczyć pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30. Jest to następstwo faktu, iż roboty z Tabeli nr 30 są wykonywane w oparciu o materiały nowe,

a przy ich realizacji (z uwagi na ich technologię) nie można wykorzystać materiałów pozyskanych z budowy. Tym samym, w zakresie pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30, Polaqua nie przedstawiła żadnych założeń cenowych, w szczególności dla żadnej z pozycji kosztorysowych z Tabeli 3 nie przedstawiono wycen w rozbiciu na robociznę („R”), materiały („M”) i sprzęt („S”) oraz koszty pośrednie oraz pozostałe elementy kosztotwórcze wymagane do ujęcia w koszcie danej stawki kosztorysowej zgodnie z przywoływanymi STWiORB.

W przypadku omawianych pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 30 Zamawiający nie dostrzegł też, że wyjaśnienia złożone przez Polaqua *de facto* potwierdzają fakt zaoferowania w poszczególnych pozycjach kosztorysowych cen niepokrywających kosztów ich wykonania. I tak w przypadku pozycji:

- (1) Poz. nr 2 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”;
- (2) Poz. nr 6 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”;
- (3) Poz. nr 10 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)” (
- 4) Poz. nr 13 – „Półmaterac separacyjny wypełniony kruszywem frakcji 0/63”

różnice w cenach w ofercie Polaqua (oraz Mikop) w stosunku do cen z kosztorysu inwestorskiego oraz średniej cen pozostałych ofert przedstawiają się następująco:

Nr poz. z kosztorysu ofertowego Tabela nr 30	cena jedn. koszt. inwest. [PLN]	cena jedn. średnia ofert [PLN]	Cena jedn. z oferty MIKOP [PLN]	cena jedn. Polaqua [PLN]
2 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”	147,95	151,26	91,00	100,00
6 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”	147,95	152,55	90,00	100,00
10 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”	147,95	151,98	90,00	100,00
13 – „Półmaterac separacyjny wypełniony kruszywem frakcji 0/63”	147,95	152,59	95,00	100,00

Zgodnie z STWiORB D-02.01.01c cena jednostkowa za wykonanie materaca z kruszywa obejmuje:

- zakup, dostarczenie i składowanie wszystkich niezbędnych materiałów i składników produkcji
- prace pomiarowe i oznakowanie robot,
- wykonanie i uzgodnienie projektów technologicznych
- wykonanie uszczegóławiających oraz kontrolnych badań geotechnicznych,
- przygotowanie podłoża pod nasyp,
- zakup, przywiezienie, składowanie i wbudowanie materiału przeznaczonego do wykonania materaca
- rozłożenie, wbudowanie, zamocowanie materiałów (geosyntetyki, kotwy, siatki, materiał kamienny) oraz kształtowanie form geometrycznych geomateracy,
- wbudowanie kruszywa wypełniającego materace, warstwami wraz z zagęszczeniem, zgodnie z wymaganiami ST,
- profilowanie powierzchni nasypu z nadaniem im spadków i pochyłych zgodnie z Dokumentacją Projektową i STWiORB,
- odwodnienie terenu w czasie trwania robót,
- zakup, dostarczenie, ustawienie, rozebranie i odwiezienie prowadnic oraz innych materiałów i urządzeń pomocniczych,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki,
- pielęgnacja wykonanej warstwy
- wykonanie dróg dojazdowych na czas budowy, a następnie ich rozebranie,
- koszt nadzoru producenta materiałów,
- koszt nadzoru geologicznego,
- przeprowadzenie wymaganych w STWiORB badań terenowych, laboratoryjnych i pomiarów geodezyjnych,
- wykonywanie robót związanych ze wzmocnieniem w rejonie istniejących kolizji z elementami instalacji (studnie, przykanaliki itp.),
- ewentualne dodatkowe wzmocnienia obszarów wynikających z technologii wykonywania robót, związanych z przełoženiami ruchu, drogami tymczasowymi itp.
- uporządkowanie i oczyszczenie terenu robót z odpadów, ich usunięcie i likwidacja/utyliczacja,
- sporządzenie dokumentacji powykonawczej wzmocnienia podłoża,
- stały nadzór geotechniczny, w zakres którego wchodzi czynności związane bieżącą kontrolą wykonywania robót zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 5 STWiORB
- oraz zapewnienie właściwej kontroli jakości zgodnie z pkt 6 STWiORB,
- inne niezbędne czynności związane bezpośrednio z wykonaniem warstw wzmocniających z geosyntetyków i kruszywa,
- wszelkie inne czynności związane z prawidłowym wykonaniem robót zgodnie z wymaganiami niniejszych STWiORB.

Polaqua, opierając swoje wyjaśnienia tylko na ofercie podwykonawcy (Mikop), podała cenę jednostkową za wykonanie 1 m3 wypełnienia materaca albo półmateraca z kruszywa 0/63 w kwocie 100 PLN netto za 1 m3. Z kolei Mikop podaje cenę w wysokości od 90 do 95 PLN netto za 1 m3 (w zależności od pozycji kosztorysowej). Uzyskanie takiego poziomu cenowego jest jednakże całkowicie nierealne

w świetle samych wyjaśnień złożonych przez Polaqua w dniu 20 marca 2024 r. co zdaniem Odwołującego całkowicie umknęło Zamawiającemu w trakcie badania tych wyjaśnień. Bazując na rozpoznaniu rynku kruszyw poczynionym przez samą Polaqua oraz ofercie jej dostawcy (Kopalnia Dolomitu Sp. z o.o.

z siedzibą w Imielinie) dołączonej do wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. (przedstawionej jako dowód

nr 5.6) wynikające z niej realne koszty realizacji wszystkich czterech pozycji kosztorysowych przedstawiają się następująco:

1) Głównym czynnikiem kształtującym cenę dla każdej z czterech omawianych pozycji kosztorysowych jest materiał (kruszywo 0 - 63). Zgodnie z ofertą Kopalni Dolomitu Sp. z o.o. przedłożoną przez Polaqua cena tego kruszywa (frakcja 0-63) wynosi (loco kopalnia) 43,00 PLN netto za tonę. Do wykonania 1 m3 materaca potrzeba około 2,2 t kruszywa (założona gęstość objętościowa mieszanki po wbudowaniu 2,2 t/m3). Ponieważ cena Kopalni Dolomitu Sp. z. o.o. za

kruszywo została podana loco kopalnia, to tym samym do ceny zakupu materiału należy doliczyć również koszt jego transportu z kopalni na odległość ok. 50 km (Imielin -Kromolów) co daje koszt materiału dowiezonego na plac budowy wraz z kosztami zakupu w kwocie w wysokości 139,60 PLN netto za 1 m3 (zgodnie z kalkulacją: 43,00 PLN*2,2 t + 0,90 PLN * 50,0 km = 139,60 PLN/m3).

2) Oprócz zakupu materiałów oraz robót związanych z formowaniem warstwy i jej zagęszczeniem w wycenie omawianych czterech pozycji kosztorysowych należy uwzględnić również pozostałe elementy opisane w pkt 9.2.4 STWiORB D.02.03.01 oraz pkt 9.1. STWiORB D-M.00.00.00, czyli przede wszystkim koszty pośrednie i zysk. Powyższego Polaqua nie uczyniła pomimo deklaracji zawarcia zysku na poziomie 10 %, o czym świadczy fakt, iż cena jednostkowa dla tej pozycji kosztorysowej z oferty Mikop stanowi (w zależności od pozycji kosztorysowej) od 90 do 95 % ceny oferty Polaqua, czyli poniżej poziomu zysku deklarowanego przez Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. (i to przy całkowitym pominięciu kosztów pośrednich pomimo takiego obowiązku wynikającego z pkt 9.1. STWiORB D-M.00.00.00).

3) Do powyższego należy doliczyć jeszcze koszt robót związanych z formowaniem warstwy oraz ich zagęszczaniem na poziomie przynajmniej takim jak dla nasypów, czyli: 10,64 PLN/m3 (powyższa cena została przyjęta na podstawie Sekocenbud BRZ 61, IV kw. 2023 r.).

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika jednoznacznie, że Polaqua wadliwie wyjaśniła omawiane pozycje kosztorysowe, gdyż ceny podane w ofercie Mikop za każdą z czterech omawianych pozycji kosztorysowych nie pokrywają nawet kosztów materiału z dowozem na budowę, przy czym okoliczność ta jest możliwa do stwierdzenia już tylko na podstawie samej oferty dostawcy kruszywa załączonej przez Polaqua do jej wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. Powyższe oznacza, że Zamawiający zaniechał wnikliwego zbadania przedmiotowych wyjaśnień do czego był obowiązany na podstawie PZP.

Z kolei w przypadku pozycji:

- (1) Poz. nr 3 – „*Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)*”;
- (2) Poz. nr 7 – „*Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)*”;
- (3) Poz. nr 11 – „*Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)*”

różnice w cenach w ofercie Polaqua (oraz Mikop) w stosunku do cen z kosztorysu inwestorskiego oraz średniej cen pozostałych ofert przedstawiają się następująco:

Nr poz. z kosztorysu ofertowego Tabela nr 30	cena jedn. koszt. inwest. [PLN]	cena jedn. s średnia ofert [PLN]	Cena jedn. z oferty MIKOP [PLN]	cena jedn. Polaqua [PLN]
3 – „ <i>Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)</i> ”	147,95	154,01	95,00	100,00
7 – „ <i>Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)</i> ”	147,95	155,84	95,00	100,00
11 – „ <i>Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)</i> ”	147,95	153,65	95,00	100,00

Także w tym przypadku ceny podane przez Polaqua nie pozwalają na zrealizowanie robót objętych omawianymi pozycjami kosztorysowymi, co zdaniem Odwołującego jest widoczne nawet przy dość pobieżnej analizie wyjaśnień złożonych przez Polaqua w dniu 20 marca 2024 r. Polaqua uzasadnia swoją ofertę dla omawianych 3 pozycji kosztorysowych opierając się na ofercie podwykonawcy (Mikop). W swoim kosztorysie ofertowym Polaqua podała cenę jednostkową za wykonanie 1 m3 wypełnienia materaca albo półmateraca z kruszywa frakcji 31,5/63 w kwocie 100 PLN netto za 1 m3 dla każdej z trzech omawianych pozycji. Z kolei Mikop podaje cenę w wysokości 95,00 PLN netto za 1 m3, (dla każdej z pozycji kosztorysowych). Także w tym przypadku uzyskanie takiego poziomu cenowego jest niemożliwe i to w świetle wyjaśnień złożonych przez Polaqua w dniu 20 marca 2024 r.

Bazując na ofercie dostawcy Polaqua (Kopalnia Dolomitu Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie) dołączonej do wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. (przedstawionej jako dowód nr 5.6) wynikające z niej realne koszty realizacji wszystkich trzech pozycji kosztorysowych przedstawiają się następująco:

1) Głównym czynnikiem kształtującym cenę dla każdej z trzech omawianych pozycji kosztorysowych jest materiał (kruszywo frakcji 31,5/63). Zgodnie z ofertą Kopalni Dolomitu Sp. z o.o. przedłożoną przez Polaqua cena tego kruszywa (frakcja 31,5/63) wynosi (loco kopalnia) 46,00 PLN netto za tonę. Do wykonania 1 m3 materaca potrzeba około 2,2 t kruszywa (założona, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, gęstość objętościowa mieszanki po wbudowaniu 2,2 t/m3). Ponieważ cena Kopalni Dolomitu Sp. z o.o. za kruszywo została podana loco kopalnia, to również i w tym przypadku do ceny zakupu materiału należy doliczyć również koszt jego transportu z kopalni na odległość ok. 50 km (Imielin -Kromolów), co daje koszt materiału dowiezonego na plac budowy wraz z kosztami zakupu w kwocie w wysokości 142,60 PLN netto za 1 m3 (zgodnie z kalkulacją: 46,00 PLN*2,2 t + 0,90 PLN * 50,0 km = 142,60 PLN/m3).

2) Oprócz zakupu materiałów oraz robót związanych z formowaniem warstwy i jej zagęszczeniem w wycenie omawianych czterech pozycji kosztorysowych należy uwzględnić również pozostałe elementy opisane w pkt 9.2.4 STWiORB D.02.03.01 oraz pkt 9.1. STWiORB D-M.00.00.00, czyli przede wszystkim koszty pośrednie i zysk. Powyższego Polqua nie uczyniła pomimo deklaracji zawarcia zysku na poziomie 10 %, o czym świadczy fakt, iż cena

jednostkowa dla tej pozycji kosztorysowej z oferty Mikop stanowi 95 % ceny oferty Polaqua, czyli poniżej poziomu zysku deklarowanego przez Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. (i to znów przy całkowitym pominięciu kosztów pośrednich pomimo takiego obowiązku wynikającego z pkt 9.1. STWiORB D-M.00.00.00).

3) Do powyższego należy doliczyć jeszcze koszt robót związanych z formowaniem warstwy oraz ich zagęszczaniem na poziomie przynajmniej takim jak dla nasypów, czyli: 10,64 PLN/m³ (powyższa cena została przyjęta na podstawie biuletynu Sekocenbud BRZ 61 IV kw. 2023).

W przypadku ostatniej z pozycji z Tabeli nr 30, wyeksponowanej w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r., tj. Poz. nr 18 – „Wymiana gruntów nienośnych” różnice w cenach w ofercie Polaqua (oraz Mikop) w stosunku do cen z kosztorysu inwestorskiego oraz średniej cen pozostałych ofert przedstawiają się następująco:

Nr poz. z kosztorysu ofertowego Tabela nr 30	cena jedn. koszt. inwest. [PLN]	cena jedn. średnia ofert [PLN]	Cena jedn. z oferty MIKOP [PLN]	cena jedn. Polaqua [PLN]
Pozycja nr 18 – „Wymiana gruntów nienośnych”	160,00	99,43	57,00	59,00

Podana przez Polaqua cena za tą pozycję kosztorysową (analogicznie jak pozostałe pozycje z Tabeli nr 30) została niedoszacowana. Biorąc pod uwagę, że zakres rzeczowy robót objętych tą pozycją kosztorysową jest zbieżny z sumą zakresów rzeczowych poz. 5.2 – „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko” (z Tabeli nr 3) oraz poz. 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu” (z Tabeli nr 3), tym samym powiela błędne założenia w nich zawarte, które opisane zostały we wcześniejszej części odwołania.

Odwolujący wskazał, że w pytaniu nr 3 zawartym w wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający zadał Polaqua pytanie: *W jaki sposób Wykonawca zamierza zagospodarować nadmiar humusu i czy ma rozpoznane miejsce jego składowania, oraz w jakiej odległości od miejsca robót jest ono zlokalizowane?* Pytanie powyższe miało doniosłe znaczenie z punktu widzenia oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej, gdyż umożliwiało Zamawiającemu weryfikację założeń cenowych, w tym w szczególności związanych ze składowaniem i transportem humusu.

Na tak zadane pytanie Polaqua udzieliła odpowiedzi *Nadmiar humusu Wykonawca powierzy podwykonawcy zgodnie z przedstawioną ofertą firmy podwykonawczej. Koszty te zostały zweryfikowane przez POLAQUA. Podwykonawca we własnym zakresie utylizuje lub wykorzystuje powierzony materiał zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od tego Wykonawca ma rozpoznane miejsca ewentualnego składowania materiału. Na potwierdzenie realności wyliczonej ceny i sposobu jej wyliczenia, Wykonawca przekazuje w załączeniu ofertę od ww. podwykonawcy.*

Powyższe wyjaśnienia nie stanowią zdaniem Odwołującego odpowiedzi na pytanie Zamawiającego i nie pozwalają na weryfikację oferty Polaqua. Po pierwsze wprawdzie Polaqua zadeklarowała, że powierzy „nadmiar” humusu podwykonawcy „zgodnie z przedstawioną ofertą podwykonawcy (MIKOP)” aczkolwiek w ofercie podwykonawczej Mikop fakt powierzenia / przekazania nadmiaru humusu w rozliczeniu nie został w żadnym miejscu wskazany. Po wtóre Polaqua pisze enigmatycznie o bliżej nieokreślonym „nadmiarze” humusu nie podając nawet przybliżonej jego ilości, co uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację ceny zaproponowanej przez Polaqua. Wreszcie Polaqua werbalnie deklaruje, że „ma rozpoznane miejsca ewentualnego składowania materiału”, ale w swoich wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej ich nie wskazuje co uniemożliwia weryfikację ewentualnego kosztu alternatywnego postępowania z humusem, czyli koszty jego składowania jako odpadu. Nie znając miejsca składowania nie sposób bowiem zweryfikować kosztu transportu i zdeponowania.

Pomimo tak oczywistych wad wyjaśnień Zamawiający uznał je za poprawne. Postępowanie to jest szczególnie jaskrawym wyrazem powierzchowności badania wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Polaqua, jeżeli weźmie się pod uwagę, że w Tabeli nr 3 w poz. 3.1 „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) do wykorzystania na placu budowy” oraz w poz. 3.2 „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) z odwozem nadmiaru na składowisku Wykonawcy” Polaqua zaoferowała najniższe ceny jednostkowe spośród wszystkich złożonych ofert. Już tylko ta okoliczność winna obligować Zamawiającego do zachowania szczególnej staranności przy weryfikacji wyjaśnień Polaqua dot. ww. pozycji kosztorysowych.

Ponadto, Zamawiający winien dokonać szczególnie wnikliwej weryfikacji założeń kosztowych i kalkulacji dla poz. 3.1 „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) do wykorzystania na placu budowy” oraz w poz. 3.2 „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) z odwozem nadmiaru na składowisku Wykonawcy” także dlatego, że dla obu tych pozycji Polaqua zaoferowała ceny jednostkowe w tej samej wartości nominalnej. Polaqua ewidentnie tym samym pominęła fakt, że w koszcie realizacji poz. 3.2 „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) z odwozem nadmiaru na składowisku Wykonawcy” należy uwzględnić koszt transportu na składowisko, który nie występuje w poz. 3.1. *Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) do wykorzystania na placu budowy*. Skoro więc Polaqua zaoferowała za obie powyższe pozycje analogiczną cenę jednostkową, to udzielone przez Polaqua wyjaśnienia ceny rażąco niskiej odnoszące się do omawianych pozycji kosztorysowych tym bardziej powinny zostać poddane szczególnie wnikliwej kontroli w ramach procedury z art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP.

W przypadku pytania nr 4 objętego wezwaniem Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający dążył do

ustalenia Czy Wykonawca ma rozpoznane miejsca pozyskania gruntu z dokopu i w jakiej odległości od miejsca robót są one zlokalizowane? W sposób oczywisty ustalenie powyższej informacji było istotne dla weryfikacji kosztów wykonania robót obejmujących grunt z dokopu, który musi być dowieziony spoza terenu budowy.

Na tak zadane pytanie Polaqua odpowiedziała Wykonawca ma rozpoznane miejsca pozyskania gruntu z dokopu i są one zlokalizowane w odległości do 30km od miejsca robót. Mimo tego, w tym zakresie Wykonawca posiłkował się ofertą specjalistycznej firmy podwykonawczej która również pozyskuje własne źródła dokopu. Na potwierdzenie realności wyliczonej ceny i sposobu jej wyliczenia, Wykonawca przekazuje w załączeniu ofertę od ww podwykonawcy. Tak udzielona odpowiedź na pytanie Zamawiającego jest skrajnie nieprecyzyjna, a przede wszystkim nie pozwala na weryfikację ceny oferty w odniesieniu do tych pozycji kosztorysowych, w których występuje jako element składowy koszt gruntu z dokopu.

Tak w tym przypadku celem udzielenia wyjaśnień swojej ceny (i obalenia domniemania wynikającego z postanowień art. 224 ust. 5 PZP) Polaqua odwołała się do oferty Mikop, jako przyszłego podwykonawcy. Oferta ta jednakże w żadnym miejscu nie precyzuje asortymentu i ilości kruszyw do dostawy, ani na jakich warunkach handlowych miałyby być nabywane przez Mikop. Ponadto Mikop (a tym samym *de iure* – Polaqua) nie wyjaśnia w jakiej odległości od budowy miejsca dokopu / źródła kruszyw (kopalnie) zostały zlokalizowane. Brak powyższych informacji (wyraźnie wymaganych przez Zamawiającego) uniemożliwia dokonanie weryfikacji wyceny. Zamawiający wezwał przecież do wskazania lokalizacji dokopu/kopalń, ponieważ koszty dostawy kruszyw, tj. zakup, załadunek i transport, są głównymi czynnikami kształtującymi cenę robót takich jak nasypy, geomaterace, a także podbudowy i nawierzchnie.

Analogicznym celem służyło pytanie nr 5, w którym Zamawiający dopytywał Polaqua Czy Wykonawca ma rozpoznane źródła (kopalnie) pozyskania kruszywa i w jakiej odległości od miejsca robót są one zlokalizowane? Czy Wykonawca ma zawarte wstępne porozumienia/umowy przedwstępne na dostarczanie kruszywa?

W tym zakresie Polaqua w swoich wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. stwierdziła: Wykonawca ma rozpoznane źródła (kopalnie) pozyskania kruszywa w odległości do 110 km od placu budowy oraz rozpoznane kopalnie w rejonie dolnego śląska do mieszanek bitumicznych. Wykonawca posiada oferty na kruszywa, ale dysponuje również własną kopalnią kruszyw drogowych. Na potwierdzenie realności wyliczonej ceny, faktu dysponowania zasobami własnymi w postaci własnej kopalni Strzegom oraz jednocześnie możliwościami współpracy z podwykonawcami.

Dodatkowo Polaqua przedstawiła w tym zakresie pewne dowody przy czym tylko w przypadku oferty Tribag S.A. oraz oferty Kopalni Dolomitu Sp. z o.o. możliwe jest na ich podstawie ustalenie cen, które podmioty te oferują na sprzedawane przez siebie kruszywa. Pozostałe dokumenty złożone przez Polaqua nie zawierają cen, a jedynie obrazują tytuł prawny osoby trzeciej do kopalni lub fakt posiadania koncesji na wydobycie.

Na podstawie odpowiedzi na pytanie 6 Zamawiający dążył do ustalenia Jakimi zasobami sprzętowymi i kadrowymi dysponuje Wykonawca, i jakie zamierza zaangażować do realizacji niniejszego zamówienia dla spełnienia obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług?

Na pytanie to Polaqua udzieliła następującej odpowiedzi: Pomimo faktu, że Zamawiający nie wymaga na etapie przetargu dysponowania określonym sprzętem, a wymagania kadrowe ograniczył tylko do kierownika budowy, to Wykonawca dysponuje odpowiednimi zasobami pozwalającymi samodzielnie wykonać kluczowe asortymenty robót. Wykonawca posiada własną bazę sprzętu, własnych operatorów i pracowników fizycznych oraz kadrę kierowniczą oraz zaplecze organizacyjne. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca przedstawia własny dokument wewnętrzny – cennik sprzętu POLAQUA. Wykonawca podkreśla zarazem, że na wielu innych budowach dla zamawiającego GDDKiA wykonuje z sukcesem analogiczne zakresy robót, wykorzystując swoje zasoby sprzętowe i kadrowe.

Pomimo stanowczego i jednoznacznego zapytania jakie zasoby sprzętowe i kadrowe Wykonawca zamierza zaangażować do realizacji niniejszego zamówienia, Polaqua nie udzieliła odpowiedzi na to pytanie. Poinformowała jedynie, że posiada w swojej dyspozycji sprzęt będący jej własnością który może służyć do realizacji prac, tym nie mniej nie sprecyzowała, które jednostki sprzętowe skieruje do realizacji zamówienia. W rezultacie, w związku z opisaną odpowiedzią na pytanie Zamawiającego, Polaqua nie przedstawiła Zamawiającemu chociażby wstępnych założeń odnośnie:

- (1) tego „jakie zasoby”, czyli konkretnie np. ile zespołów roboczych zamierza zaangażować Polaqua do realizacji robót, zwłaszcza w części drogowej (roboty ziemne, podbudowy, nawierzchnie);
- (2) tego „jakie zasoby”, czyli konkretnie np. ile (osób) w podziale na kadrę inżynieryjno-kierowniczą, kadrę fizyczną i operatorów sprzętu zamierza zaangażować do realizacji robót;
- (3) tego ile osób to będzie stały personel budowy.

Zaniechanie przedstawienia powyższych informacji uniemożliwia sprawdzenie założeń cenotwórczych wykonawcy. Koszty personelu wykonawczego stanowią jeden z elementów kalkulacyjnych kosztów bezpośrednich, zaś koszty osobowe stałego personelu budowy stanowią zwykle istotną część kosztów ogólnych wykonawcy związanych z danym kontraktem. Tym samym bez tych informacji Zamawiający nie był w stanie kompleksowo zweryfikować i ocenić

oferty. Z kolei brak przedmiotowych wyjaśnień stanowi o ich nieudzieleniu ze skutkami prawnymi opisanymi w postanowieniach art. 224 ust. 6 PZP (odrzućenie oferty).

W pytaniu 7 Zamawiający zwrócił się o wskazanie przewidywanej lokalizacji wytwórni mieszanek bitumicznych oraz sposobu dysponowania wytwórnią. Ustalenie informacji było istotne dla weryfikacji kosztów wykonania robót.

Na pytanie to Polaqua udzieliła następującej odpowiedzi: *Wykonawca planuje zlokalizować wytwórnię mieszanek bitumicznych w odległości do 40km od placu budowy przestrzegając wymogów środowiskowych, prawnych oraz technicznych. Wykonawca posiada własne wytwórnie mas bitumicznych*, co trudno uznać za zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego. Wykonawca pomimo jasnego pytania o lokalizację WMB *de facto* uchylił się od odpowiedzi, co jawi się jako całkowicie niezrozumiałe, gdyż Polaqua deklaruje, że posiada własne wytwórnie.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Mirbud, analogicznie jak Polaqua nie udzieliło wyjaśnień w zakresie całej ceny łącznej. W tym zakresie Odwołujący podtrzymuje w stosunku do Konsorcjum Mirbud argumentację prawną zaprezentowaną w stosunku do zarzutów dot. Polaqua.

Co do okoliczności faktycznych, Odwołujący wskazuje, że także w przypadku oferty Konsorcjum Mirbud kluczową wadą oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej jest pominięcie w ramach tej oceny faktu, że Konsorcjum Mirbud w ogóle nie wyjaśniło zaoferowanej ceny, a jedynie udzieliło wyjaśnień co do 10 pozycji z kosztorysów ofertowych wyszczególnionych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r. W zakresie pozostałych pozycji kosztorysowych wykonawca ten nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, ani nie przedłożył żadnych dowodów celem udowodnienia, że cena łączna zaoferowana przez niego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Zaniechania przez Konsorcjum Mirbud wyjaśnienia całej ceny łącznej (i ograniczenie wyjaśnień tylko do 10 pozycji kosztorysowych) jest działaniem nieprawidłowym w świetle treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego. W wezwaniu tym bowiem Zamawiający jednoznacznie stwierdził: *Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 32,60 % od zaktualizowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty i udzielenia odpowiedzi w szczególności na poniższe pytania: (...)*.

Wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, ponad wszelką wątpliwość zatem, nie było ograniczone jedynie do ww. 10 pozycji kosztorysowych, ale odnosiło się do całej ceny oferty wykonawcy, zaś przywołane pozycje kosztorysowe miały zostać wyjaśnione „w szczególności”. W świetle literalnej treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. nie może być jakichkolwiek wątpliwości, że wezwanie to dotyczyło całej ceny oferty. Dodatkowo obowiązek wyjaśnienia całej ceny łącznej wynikał także z szeregu z innych elementów tego wezwania.

Wezwanie z dnia 7 marca 2024 r. jako swoją podstawę prawną wskazywało przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP, a zatem ten przepis PZP, który odnosi się do poziomu ceny całkowitej, a nie jedynie do istotnych części składowych ceny (jak w przypadku art. 224 ust. 1 PZP). Tym samym było oczywistym (także z przywoływanej podstawy prawnej wezwania), że Zamawiający oczekuje wyjaśnienia całej ceny łącznej. Gdyby przedmiotowe wezwanie ograniczone zostało tylko do istotnych części składowych ceny, to jako swoją podstawę prawną, wskazywałoby przepis art. 224 ust. 1 PZP, gdyż to on dotyczy wyjaśnienia istotnych części składowych ceny, a nie przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP.

Ponadto, jak wskazano w pkt 9 wezwania *„Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców/usługodawców, faktur itd.)”*. Jest oczywistym, że skoro Zamawiający wzywał do *„przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny”*, to oczekiwał wyjaśnienia całej ceny łącznej, a nie tylko 10 pozycji kosztorysowych, które wyjaśniło Konsorcjum Mirbud. Dowody potwierdzające realność i prawidłowość zaoferowanej ceny są służebne w stosunku do samych wyjaśnień. Tym samym, gdyby intencją Zamawiającego nie było wyjaśnienie całej ceny łącznej to nie wzywałby wykonawcy do przedłożenia dowodów odnoszącej się do całej zaoferowanej ceny, a jedynie do przedłożenia dowodów dotyczących ww. 10 pozycji kosztorysowych z kosztorysu ofertowego stanowiącego część składową oferty.

Wreszcie w kolejnym fragmencie wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający zapytał: *„Jakie elementy (czynniki) miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen dotyczących pozycji z kosztorysu ofertowego wskazanych poniżej (...)”*. Dalej zaś Zamawiający wskazał: *„Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania oraz o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny oferty, a których Zamawiający nie wymienił powyżej”*.

Jak zatem widać w treści wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający wielokrotnie akcentował bądź konieczność wyjaśnienia całej ceny łącznej bądź przedstawienia dowodów potwierdzających realność tej ceny. W świetle powyższego było oczywistym, że bez jakichkolwiek wątpliwości wezwanie Zamawiającego odnosi się do całej ceny łącznej, a nie tylko do 10 pozycji kosztorysowych.

Z uwagi na opisaną treść wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Konsorcjum Mirbud zobowiązane było dokonać wyjaśnienia całej ceny łącznej. Tymczasem wyjaśnienia tego podmiotu zostały ograniczone tylko do 13 pozycji kosztorysowych, a Konsorcjum Mirbud nie zawarło w swoim piśmie z dnia 20 marca 2024 r. ani wyjaśnień, ani nie przedłożyło dowodów dot. pozostałej części ceny łącznej. Wskazać przy tym należy, że wartość tych 13 pozycji, w stosunku do których Konsorcjum Mirbud ograniczyło swoje wyjaśnienia to: 8.021.587,07 PLN netto, , co stanowi niespełna 4,14% % wartości całej ceny łącznej.

Posługując się tylko kryteriami 30 % różnicy cenowej:

(1) pomiędzy ceną danej pozycji kosztorysowej w ofercie wykonawcy, a wyceną w kosztorysie inwestorskim oraz
(2) pomiędzy ceną danej pozycji kosztorysowej w ofercie wykonawcy, a średnią ceną tej pozycji we wszystkich złożonych ofert (a zatem analogicznym jak wskazane w postanowieniach art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP)
stwierdzić należy, że różnice tego rodzaju dotyczą znacząco większej liczby pozycji kosztorysowych w ofercie Konsorcjum Mirbud niż tylko pozycje wyeksponowane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r.

Zestawienie tego rodzaju dla branży drogowej Odwołujący zaprezentował w przedstawionej tabeli.

W tych okolicznościach faktycznych zdaniem Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, iż Konsorcjum Mirbud winno wyjaśnić całą cenę łączną. Z kolei brak takich wyjaśnień stanowi postawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który wyjaśnień takich nie udzielił. W tych okolicznościach faktycznych, pominięcie przez Zamawiającego faktu nieudzielenia przez Konsorcjum Mirbud wyjaśnień i fakt nieprzedłożenia dowodów co do zasadniczej części ceny łącznej wskazuje na naruszenie art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP.

Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Mirbud do „(...) przedstawienia informacji na temat tego, jakie założenia Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny oferty oraz cen dla ww. pozycji, wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. elementy wpłynęły na ustalenie wysokości tych cen”. Stosownie do oczekiwań Zamawiającego prezentacja założeń, jakie Konsorcjum Mirbud przyjęło do wyliczeń dotyczyć miało zarówno wyliczenia całej ceny łącznej, jak i opisywanych powyżej 13 pozycji kosztorysowych wyeksponowanych w wezwaniu.

Konsorcjum Mirbud, w swoich wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r. nie zrealizowało powyższych obowiązków i nie opisało ww. założeń, w tym zakresie ograniczając się tylko do bardzo ogólnikowych twierdzeń sprawiających wrażenie gotowej formuły używanej uniwersalnie przy każdych wyjaśnieniach. Wrażenie to jest tym większe, że opis założeń dot. wyliczenia ceny, pomimo tego, że odnosi się przecież do sytuacji dwóch wykonawców tworzących konsorcjum, to w żaden sposób nie różnicuje sytuacji każdego z nich i został przedstawiony w wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2024 r., jakby Konsorcjum Mirbud stanowiło jeden (niepodzielny) organizm gospodarczy. Znamienne jest, przy tym, że pomimo tego, że każdy z członków Konsorcjum Mirbud (w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 PZP) będzie realizował roboty wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, to Konsorcjum Mirbud nie opisało w swoich wyjaśnieniach w jaki sposób przywoływane przez nie okoliczności pozwoliły danemu członkowi konsorcjum w taki, a nie inny sposób ukształtować ceny jego zakresu rzeczowego, ani też nie podaje żadnych wyjaśnień dot. czynników pozwalających następnie uśrednić ceny dla całego zakresu rzeczowego pomimo tego, iż poszczególne czynniki, do których odwołuje się Konsorcjum Mirbud dotyczą poszczególnych konsorcjantów w różnym stopniu.

Zaprezentowanie założeń do określenia ceny w taki właśnie sposób jest wadliwe (niezgodne z wezwaniem z dnia 7 marca 2024 r.) ponieważ, wbrew obowiązkowi nałożonemu przez Zamawiającego, Konsorcjum Mirbud nie podało w jako sposób przywoływane przez nie okoliczności wpłynęły na ustalenie cen w ofercie. W swoich wyjaśnieniach Konsorcjum Mirbud ograniczyło się wyłącznie do bardzo ogólnikowych twierdzeń na temat swojej pozycji rynkowej i posiadanego doświadczenia, czy wdrożonych metod organizacji takich jak:

- (1) precyzyjne oszacowanie kosztów.
- (2) bazowanie na realnych potencjałach Wykonawcy.
- (3) bazowanie na szerokich możliwościach kontraktowych Wykonawcy, z uwzględnieniem możliwości bazowania na lokalnych dostawcach i podwykonawcach.
- (4) rzekoma renoma u podwykonawców i szczególne zaufanie, jakie u nich posiada.
- (5) przeprowadzenie wizji lokalnej.
- (6) metody zarządzania procesem budowlanym (przy czym nie opisuje na czym metody te polegają) oraz wdrożenie Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001.

Przywołane przez Konsorcjum Mirbud okoliczności faktyczne nie są jednak unikalne i nie dotyczą jedynie członków tego konsorcjum. W Postępowaniu wzięli udział wykonawcy o podobnej organizacji i kulturze korporacyjnej, którzy pomimo tego zaoferowali ceny znacząco wyższe niż Konsorcjum Mirbud. Wreszcie długoletnie relacje z podwykonawcami, na które powołuje się Konsorcjum Mirbud nie są okolicznością unikalną, właściwą tylko dla tego podmiotu. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu współpracują od wielu lat z zaufanymi podwykonawcami.

Przed wszystkim jednak, nawet gdyby hipotetycznie wszystkie lub którekolwiek z okoliczności powoływanych przez Konsorcjum Mirbud jako założenia do kalkulacji ceny miały jakieś znaczenie dla poziomu ceny (cen) przyjętego przez tego wykonawcę, to w żadnym miejscu wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r. nie zostało to zaprezentowane

Zamawiającemu. Stan ten dotyczy zarówno oznaczenia mierzalnego wpływu na całą cenę łączną, jak i wpływu na każdą z 10 pozycji kosztorysowych wyeksponowanych w wezwaniu Zamawiającego. Pominiecie przez Zamawiającego tego elementu w toku badania wyjaśnień ceny rażąco niskiej świadczy o wadliwości tego badania i powinno stać się podstawą do nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum Mirbud,

Analogicznie, jak miało to miejsce w przypadku Polaqua, także w przypadku wezwania skierowanego do Konsorcjum Mirbud w dniu 7 marca 2024 r. Zamawiający szczegółowo określił wymagany przez siebie poziom szczegółowości wyjaśnień. W pkt 1 wezwania Zamawiający bowiem oczekiwał udzielenia odpowiedzi na pytanie: „*Jakie elementy (czynniki) miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen dotyczących pozycji z kosztorysu ofertowego wskazanych poniżej:*” oraz wzywał „*(...) do przedstawienia informacji na temat tego, jakie założenia Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny oferty oraz cen dla ww. pozycji, wraz ze wskazaniem w jaki sposób ww. elementy wpłynęły na ustalenie wysokości tych cen.*”.

Co szczególnie ważne, w pkt 9 wezwania z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający dookreślił, że: „*(...) wzywa do przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców /usługodawców, faktur itd.)*”.

Zestawienie wymagań sformułowanych przez Zamawiającego w pkt 1 i w pkt 9 nie pozostawia żadnych wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień pozwalających na weryfikację realności założeń cenotwórczych przyjętych do kalkulacji. Tymczasem Konsorcjum Mirbud całkowicie zaniechało wykonania tego obowiązku nie tylko w stosunku do ceny łącznej, ale nawet w stosunku do pozycji kosztorysowych, które Zamawiający wyeksponował w swoim wezwaniu.

W tym zakresie Konsorcjum Mirbud nie udzieliło żadnych wyjaśnień, a jedynie powołało się na ceny podwykonawców, przy czym dla żadnej z pozycji kosztorysowych nie przedstawiono wycen w rozbiu na robociznę („R”), materiały („M”) i sprzęt („S”) oraz koszty pośrednie oraz pozostałe elementy kosztotwórcze wymagane do ujęcia w koszcie danej stawki kosztorysowej zgodnie z wymaganiami wynikającymi ze STWiORB. W efekcie, oferty podwykonawców załączone do wyjaśnień nie zawierają żadnych informacji w sprawie sposobu skalkulowania cen za roboty, których dotyczą (sic. !). Odnosi się to zarówno do (1) braku kalkulacji jako takiej, jak i (2) udowodnienia, że elementy kosztotwórcze przyjęte do skalkulowania cen w ofercie podwykonawców Konsorcjum Mirbud mogły być przyjęte w takich wysokościach, aby móc zaoferować wykonanie robót z danych pozycji kosztorysowych w takich wysokościach jak wynika to z oferty danego podwykonawcy.

Odwołując w tym miejscu zwraca uwagę, że w ofertach podwykonawców Mirbud podano jedynie wysokość wynagrodzenia podwykonawcy za dane pozycje kosztorysowe, a zrobiono to w takim samym stopniu szczegółowości jak uczyniło to Konsorcjum Mirbud w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty złożonej Zamawiającemu. W związku z powyższym na podstawie takiej oferty podwykonawczej Zamawiający jest w stanie ustalić jedynie wysokość marży, jaką uzyskuje Konsorcjum Mirbud na cenach danego podwykonawcy za analogiczne roboty. Oferty te nie pozwalają jednak na weryfikację założeń kosztowych, które miałyby rzekomo potwierdzać realność ceny Konsorcjum Mirbud za te same zakresy rzeczowe wycenione w jej kosztorysie ofertowym. Co więcej – zaprezentowanie w ofertach podwykonawcy tak niskich cen (jeszcze niższych niż ceny z oferty Konsorcjum Mirbud) powinno wzbudzić naturalne wątpliwości po stronie Zamawiającego, skoro podwykonawca (a tym samym wykonawca) nie wyjaśnia w najmniejszy nawet sposób jak uzyskuje tak korzystny poziom cenowy.

Odnosząc się do poszczególnych wyjaśnień Konsorcjum Mirbud dot. pytań zadanych przez Zamawiającego, w tym w szczególności pozycji kosztorysowych, które Zamawiający wyeksponował w swoim wezwaniu wskazujemy, co następuje:

Zgodnie z STWiORB D.02.03.01 oraz STWiORB D-M.00.00.00 w cenie jednostkowej należy uwzględnić oprócz robót i materiałów związanych bezpośrednio z daną pozycją, również koszty wszystkich robót tymczasowych, koszty zezwoleń, a także koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i koszty ryzyka lub koszty ubezpieczenia od wszelkich zdarzeń, które stanowią ryzyko związane z realizacją kontraktu.

W zakresie wyjaśnienia pozycji 7.4 „*Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z doku*” cena jednostkowa przyjęta do oferty przez Konsorcjum Mirbud jest dokładnie taka sama jak cena zaoferowana przez podwykonawcę (ANTEX II Sp. z o.o.). Nie uwzględnia zatem wszystkich elementów cenotwórczych wymaganych zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferty określonym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Ponadto pozycja ta jest ewidentnie niedoszacowana co widać na podstawie samych wyjaśnień Konsorcjum Mirbud. Zgodnie z STWiORB. 02.03.01 *Roboty ziemne. Wykonanie nasypów* (vide: pkt 9.2.4) cena wykonania 1 m3 nasypu z gruntu dostarczonego z doku obejmuje:

- składniki ceny jednostkowej określone w D-M.00.00.00, pkt. 9.1.;
- zakup, dostarczenie i składowanie wszystkich niezbędnych materiałów i składników produkcji,
- pozyskanie gruntu z dokopu z odległości do 30km,
- wykonanie badań gruntu z dokopu,
- spełnienie wymagań technologicznych dotyczących kolejności robót, terminów i rozkładania warstwami,
- spełnienie wymagań i warunków dotyczących wzmocnienia podstawy nasypu, konstrukcji z gruntu zbrojonego, itp.
- roboty przygotowawcze i pomiarowe
- badanie podłoża pod nasypy oraz doprowadzenie podłoża nasypu do wymaganych parametrów,
- wyrównanie podłoża pod nasypy lub wykonanie schodkowania dla podłoża o spadku poprzecznym terenu większym od 1:5,
- wykonanie odcinka próbnego,
- wykonanie nasypu z gruntu uzyskanego z dokopu,
- zagęszczenie gruntu zgodnie z wymaganiami STWiORB,
- wyrównanie powierzchni nasypów zgodnie z Dokumentacją Projektową i STWiORB,
- zdjęcie nadkładu ze skarp wraz z profilowaniem skarp zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB
- uzupełnienie poboczy lub pasa dzielącego gruntem dowiezionym ze składowiska lub dokopu wraz z profilowaniem i zagęszczeniem,
- ciągła kontrola osiadania nasypów do momentu ich ustabilizowania zgodnie z pkt. 5.6
- koszt zabezpieczenia skarp nasypów przed erozją na czas prowadzenia wszystkich robót, do czasu zastabilizowania skarp,
- wykonanie pomiarów i badań,
- koszt utrzymania czystości na przylegających drogach,
- odwodnienie terenu robót wraz z niezbędnymi urządzeniami w dostosowaniu do warunków na placu budowy.

Biorąc pod uwagę dostępność kruszyw w promieniu 30 km od budowy należy stwierdzić występowanie niedoboru gruntów niespoistych, przydatnych do budowy nasypu tj. piasków naturalnych kopanych, żwirów i pospółki. Zatem celem zapewnienia niezbędnej ilości materiału wykonawcy mogą postąpić na dwa sposoby:

- (1) pozyskać materiał z kopalni oddalonej od terenu inwestycji o więcej niż 30 km;
- (2) pozyskać materiał z dokopu który jest przydatny do budowy nasypu ale po spełnieniu ściśle określonych warunków opisanych m.in. w STWiORB (uszlachetnienie, doziarnienie, itp.).

W obu przypadkach koszty realizacji robót nie pokryją kosztów prezentowanych w ofercie Anatex II Sp. z o.o. i w ofercie Konsorcjum Mirbud (analogiczna cena 27.29 PLN za 1 m³ netto), co szczegółowo zostało wskazane w punktach 59 i 60 niniejszego odwołania.

Ponownie podkreślić należy, że cena dla pozycji 7.4 (nasyp z dokopu) została określona przy założeniu wystąpienia bardzo sprzyjających warunków. W praktyce istnieje duże ryzyko, że pozyskany materiał będzie wymagał dodatkowego uszlachetnienia, co oznacza konieczność uwzględnienia w cenie jednostkowej kolejnych dodatkowych kosztów. Podkreślić należy, że kalkulacje dotyczą tylko samych kosztów zakupu materiału, który należy przecież jeszcze wbudować. Tym samym koszt bezpośredni wykonania robót wycenianych w poz. 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”, będzie jeszcze wyższy. Wreszcie oprócz robót związanych z formowaniem nasypu i jego zagęszczeniem, należy uwzględnić również pozostałe elementy opisane w STWiORB D.02.03.01 pkt 9.2.4 oraz STWiORB

D-M.00.00.00 pkt. 9.1, czyli koszty pośrednie i zysk, czego Konsorcjum Mirbud nie uczyniło pomimo żądania Zamawiającego.

Ponadto, zgodnie z szacunkiem Odwołującego przedstawionym wcześniej (tzn. w części odwołania dotyczącej POLAQUA), zaoferowana cena jest błędnie skalkulowana. Realną ceną, którą mogłaby pozwolić na zrealizowanie tych prac jest kwota 42,14 PLN/m³:

Materiał: (pkt. 60 odwołania) 31,50 PLN/m³ + Robocizna (pkt. 62 odwołania) 10,64 PLN/m³, co łącznie daje kwotę 42,14 PLN/m³.

W ocenie Odwołującego wartość niedoszacowania dla tej pozycji wynosi co najmniej: $(27,29 - 42,14) \times 102\,316 = -1\,519\,392,60$ PLN. Przedstawiona kalkulacja nadal nie uwzględnia kosztów pośrednich oraz zysku, co dodatkowo w bardzo znaczący sposób wpłynie na kwotę, której Konsorcjum nie uwzględniło w swojej kalkulacji.

W przypadku pozycji z Tabeli nr 31: (1) Poz. nr 1.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)” (2) Pozycja nr 3.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)” (3) Pozycja nr 4.1, 5.1 i 6.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)” - jako uzasadnienie ceny rażąco niskiej Konsorcjum Mirbud przyjęło ofertę firmy podwykonawczej (MOSTMARPAL Sp. z o.o.) stanowiącej załącznik do wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych w dniu 20 marca 2024 r.

Porównując ceny omawianych robót zaoferowane przez Konsorcjum Mirbud z ofertą jego podwykonawcy stwierdzić należy, że różnica tych cen stanowi średnio niewiele ponad 2 %. Narzut tej wysokości jest niewystarczający dla

pokrycia kosztów, które zgodnie z STWiORB powinny być wycenione w tych cenach, a których oferta podwykonawcy MOSTMARPAL Sp. z o.o. nie obejmuje. Zgodnie bowiem z treścią oferty MOSTMARPAL Sp. z o.o. cena tego podwykonawcy nie obejmuje (1) prac geodezyjnych, (2) wykonania dróg dojazdowych, (3) wykonania badań laboratoryjnych oraz (4) wykonania robót ziemnych - platformy roboczej,

Tymczasem stosownie do wymagań STWiORB D.10.02.01P *Wzmocnienie podłoża gruntowego. Wypełnienie pustek* (vide pkt. 9.1) cena jednostkowa wykonania odwiertu powinna obejmować:

- składniki cenowe podane w STWiORB D-M.00.00.00 pkt.9.1,
- koszt zakupu, dostarczenia i składowania materiałów i niezbędnych czynników produkcji,
- opracowanie i uzgodnienie projektu technologicznego,
- wykonanie platformy roboczej dla sprzętu do wykonania robót,
- dostarczenie, zmontowanie i ustawienie sprzętu,
- wyznaczenie miejsc odwiertów,
- wykonanie odwiertu na założoną głębokość,
- odwiezienie urobku z odwiertu na wskazane przez Inżyniera miejsce i uformowanie odkładu, koszt utylizacji,
- wykonanie niezbędnych badań i pomiarów,
- uporządkowanie terenu robót,
- demontaż i odwiezienie sprzętu do wykonania robót,
- wykonanie wszystkich niezbędnych badań i pomiarów,
- opracowanie wymaganej dokumentacji powykonawczej.

Dodatkowo Konsorcjum Mirbud będzie musiało zapewnić podwykonawcy także:

- (1) dostęp do wody bieżącej,
- (2) dostęp do energii elektrycznej,
- (3) zaplecze techniczne dla Podwykonawcy oraz
- (4) ochronę zaplecza Podwykonawcy.

Wszystkie te czynniki, zgodnie ze STWiORB D.10.02.01P oraz STWiORB D-M.00.00.00, należało ująć w cenach jednostkowych. Oprócz robót i materiałów związanych bezpośrednio z daną pozycją, należy uwzględnić również koszty wszystkich robót tymczasowych, koszty zezwoleń, a także koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i koszty ryzyka lub koszty ubezpieczenia od wszelkich zdarzeń, które stanowią ryzyko związane z realizacją kontraktu.

Tymczasem wyjaśnienia Konsorcjum Mirbud w ogóle nie wskazują jak przedmiotowe koszty zostaną pokryte, co zostało niedostrzeżone lub pominięte przez Zamawiającego.

W przypadku pozycji kosztorysowych z Tabeli nr 31:

- (1) Poz. nr 1.2 – „*Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego (przyjęto śr. 3 m3 na 1 odwiert)*”
- (2) Poz. nr 3.2 – „*Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego (przyjęto śr. 3 m3 na 1 odwiert)*”
- (3) Poz. nr 4.2 – „*Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego (przyjęto śr. 3 m3 na 1 odwiert)*”
- (4) Poz. nr 5.2 i 6.2 – „*Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego (przyjęto śr. 3 m3 na 1 odwiert)*” - jako uzasadnienie ceny rażąco niskiej Konsorcjum Mirbud przyjęło ofertę firmy podwykonawczej (MOSTMARPAL Sp. z o.o.) stanowiącej załącznik do wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych w dniu 20 marca 2024 r., przy czym w przypadku tych pozycji kosztorysowych ceny z oferty Konsorcjum Mirbud są kwotowo identyczne jak ceny podwykonawcy.

Już tylko ta okoliczność faktyczna wskazuje zdaniem Odwołującego na nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów kosztotwórczych wymaganych postanowieniami dokumentów zamówienia. Zgodnie ze STWiORB D.10.02.01P oraz STWiORB D-M.00.00.00 w cenie jednostkowej należy uwzględnić oprócz robót i materiałów związanych bezpośrednio z daną pozycją, również koszty wszystkich robót tymczasowych, koszty zezwoleń, a także koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i koszty ryzyka lub koszty ubezpieczenia od wszelkich zdarzeń, które stanowią ryzyko związane z realizacją kontraktu. W przypadku omawianych pozycji kosztorysowych jedyne wyjaśnienie cen Konsorcjum Mirbud stanowi oferta MOSTMARPAL Sp. z o.o. , a z przedstawionych wyjaśnień wynika, iż w ofercie tej zostały pominięte tak ważne czynniki cenotwórcze jak koszty pośrednie oraz zysk.

Dodatkowo zaoferowana przez MOSTMARPAL Sp. z o.o. cena jest znacznie zaniżona w stosunku do stawek rynkowych. Na potrzeby przygotowania swojej oferty Odwołujący wystąpił z zapytaniem ofertowym i otrzymał oferty od (1) Keller Polska Sp. z o.o. (załączona do wyjaśnień złożonych przez Polaqua) oraz (2) Stump Franki Sp. z o.o. (stanowiąca załącznik do odwołania). Obie specjalistyczne firmy przedstawiły wyceny znacznie wyższe aniżeli przyjęta oferta MOSTMARPAL. Ceny za zakres prac związanych z iniekcją zaczynu, w ich ofertach, mieszczą się w przedziale 1100-1400 PLN/m3, gdy tymczasem MOSTMARPAL Sp. z o.o. oferuje wykonanie iniekcji za kwotę 125 PLN/m3

W tym miejscu należy wskazać, iż koszt samego materiału koniecznego do wykonanie robót z tych pozycji kosztorysowych znacząco przekracza cenę przyjętą przez Konsorcjum Mirbud. STWiORB D.10.02.01P *Materiały do wypełnienia pustek w podłożu*, (w pkt 2.2.) stanowi, że materiałami przewidzianymi do wypełniania podłoża są:

- kruszywa mineralne wapienne o frakcji 0/1 i 0/2 z domieszką piasku drobnego lub średniego w postaci zaczynu ze

spoiwem cementowym dla uzyskania wytrzymałości ok. 5,0 MPa;

– zaczyny cementowe na bazie cementów portlandzkich CEM I oraz CEM II o współczynniku w/c=0,4 do 0,6;

– popiół z elektrowni i elektrociepłowni.

W dalszej swojej części STWIORB D.10.02.01P stanowi, że *Materiały do wypełnienia pustek w podłożu*, że do wykonania robót stosowane będą stosować zaczyny o zawartości ok. 10% cementu w suchej masie składników i wskaźniku wodnym w zależności od użytego cementu portlandzkiego 0,4 do 0,6, jak również, że do sporządzania zaczynów zaleca się stosować, cement portlandzki lub hutniczy lub inne o podobnych właściwościach. Przewiduje także, że dopuszcza się stosowanie popiołów z elektrowni. STWIORB podaje także, że Podstawowymi właściwościami technologicznymi, które w decydujący sposób wpływają na jakość zaczynów są:

Wskaźnik wodny stosunek woda: cement+ popiół

- Gęstość w T/m³
- Rozlewność w mm
- Odstój wody

Parametry wzorcowych zaczynów cementowo- popiołowe- wodnych o wskaźniku wodnym od 0,4 do 0,6. Dla zabiegu tamponowania dna otworu, który ograniczy możliwość rozplywu iniektu w głąb górotworu, zastosowane zostaną zaczyny o zwiększonej zawartości cementu do 15% w suchej masie składników i wskaźniku wodnym 0,4 do 0,6.

Istnieje możliwość zamiennego zastosowania odpowiednich komponentów (plastyfikatorów i superplastyfikatorów) przyspieszających proces wiązania, pod warunkiem, że zostaną dostarczone wymagane przepisami atesty i dopuszczenia do stosowania oraz stosowne badania.

Na podstawie powyższych wymagań, Odwołujący przyjął przykładowy skład mieszanki do wypełnienia pustek (iniekcji niskociśnieniowej) i oszacował jednostkowy koszt materiałów niezbędnych do wytworzenia 1m³ iniektu:

Składniki mieszanki	Ilość na 1 m ³	Cena jednostkowa	Wartość [zł]	podstawa wyceny
CEM II/B-V 32,5 R – HSR	0,150 t	475,00 zł/t	71,25	Oferta Dyckerhoff Polska (dowód 9.2 do wyjaśnień RNC Polaqua)
piasek płukany 0,2-2 mm	2,00 t	48,00 zł/t	96,00	Oferta Dyckerhoff Polska (dowód 5.6 do wyjaśnień RNC Polaqua)
Transport - piasek	2*50=100 km	0,40 zł/t*km	40,00	Cena rynkowa
Woda	0,08 m ³	6,35/m ³	0,51	CENNIK
		SUMA	207,76	

Oszacowany w ten sposób jednostkowy koszt tylko materiałów niezbędnych do wytworzenia 1m³ iniektu (207,76 PLN/m³) jest blisko dwukrotnie wyższy od ceny zaoferowanej, przez Konsorcjum Mirbud w poz. 1.2, poz. 3.2, poz. 4.2, poz. 5.2 i w poz. 6.2 Tabeli nr 3.

W ocenie Odwołującego, dla całego zakresu prac iniekcyjnych zawartego w kosztorysie, tj. dla ilości łącznej 6576 m³ zachodzi podejrzenie niedoszacowania tych robót w kwocie 544.299,76 zł ([125 PLN - 207,76 PLN * 6 576 m³ = -544 229,76 PLN). Odwołujący zwraca uwagę, że głównym czynnikiem cenotwórczym w przypadku iniekcji jest sam proces iniekcji/tłoczenia/wprowadzenia iniektu w pustki, który został wyceniony np. przez firmę Keller na kwotę 3 543 000 PLN.

W sposób oczywisty i widoczny *prima facie* jest to następstwo zaniechania podania kalkulacji cen w tych pozycjach kosztorysowych. W tym zakresie Zamawiający całkowicie bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienie oparte na ofercie podwykonawcy pomimo, iż dla trudnego technologicznie zakresu rzeczowego nie przedstawiono wycen w rozbiciu na robocizną („R”), materiały („M”) i sprzęt („S”) oraz koszty pośrednie oraz pozostałe elementy kosztotwórcze wymagane do ujęcia w koszcie danej stawki kosztorysowej zgodnie z przywoływanymi STWiORB. Na podstawie powyższej analizy można stwierdzić, że oferta Konsorcjum w zakresie pozycji nr 1.2, 3.2, 4.2, 5.2, 6.2 z tab. 31 jest niedoszacowana w znacznym stopniu. Zdaniem Odwołującego na wykonanie tych robót może brakować około 4 000 000 PLN.

W pytaniu nr 3 zawartym w wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający zadał Konsorcjum Mirbud pytanie: *W jaki sposób Wykonawca zamierza zagospodarować nadmiar humusu i czy ma rozpoznane miejsce jego składowania, oraz w jakiej odległości od miejsca robót jest ono zlokalizowane?* Pytanie powyższe miało doniosłe znaczenie z punktu widzenia oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej, gdyż umożliwiałoby Zamawiającemu weryfikację założeń cenowych, w tym w szczególności związanych ze składowaniem i transportem humusu.

Na tak zadane pytanie Konsorcjum Mirbud udzieliło lakonicznej odpowiedzi *Wykonawca oświadcza, że kalkulując przedmiotowy zakres robót bazował na kompleksowej ofercie Podwykonawcy robót ziemnych.* Powyższe wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na pytanie Zamawiającego i nie pozwalają na weryfikację oferty Konsorcjum Mirbud. Oferta Antex II Sp. z o.o. nie odnosi się bowiem w żaden sposób do kwestii zagospodarowania humusu.

W pytaniu 7 Zamawiający zwrócił się o wskazanie przewidywanej lokalizacji wytwórni mieszanek bitumicznych oraz sposobu dysponowania wytwórnią. Ustalenie informacji było istotne dla weryfikacji kosztów wykonania robót.

Na pytanie to Konsorcjum Mirbud udzieliło następującej odpowiedzi *Wykonawca informuje, że do kalkulacji ceny Oferty przyjął zlokalizowanie własnej wytwórni mieszanek mineralno – bitumicznych w obrębie, lub w bezpośrednim sąsiedztwie terenu Placu budowy, tak aby w maksymalnie możliwym stopniu skrócić długość dróg transportu produkowanych mas mineralno-asfaltowych z miejsca ich wytworzenia do miejsca ich docelowego wbudowania., co trudno uznać za zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego.* Wykonawca pomimo jasnego pytania o lokalizację WMB *de facto*

uchylił się od odpowiedzi, co jawi się jako całkowicie niezrozumiałe, gdyż Konsorcjum deklaruje, że posiada własne wytwórnie, a ponadto realizuje I odcinek obwodnicy stanowiącej przedmiot zamówienia.

Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji o zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego. W takim stanie rzeczy Odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie Zamawiającego - wykonawca Polaqua spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej.

W dniu 11 czerwca 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Tego samego dnia tj. 11 czerwca 2024 r. swoje stanowisko pisemne w sprawie złożył również wykonawca Polaqua sp. z o. o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego, w którym to stanowisku wykonawca przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

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

- wykonawcę Polaqua spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego
- wykonawcę Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Izba oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw zgłoszonemu przystąpieniu wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, opartą na twierdzeniu, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Należy wskazać, że interes z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp), zatem co do zasady nie jest konieczne wykazywanie przez zgłaszającego przystąpienie, że uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje umożliwi mu wprost uzyskanie zamówienia. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Odwołującego, nastąpi wyeliminowanie z postępowania wykonawców sklasyfikowanych obecnie na dwóch pierwszych miejscach rankingowych co w połączeniu z okolicznością braku weryfikacji podmiotowej pozostałych wykonawców, sklasyfikowanych na dalszych miejscach rankingowych, otwiera zgłaszającemu przystąpienie wykonawcy Budimex S. A. drogę do uzyskania zamówienia, co wskazał w zgłoszeniu przystąpienia. Ponadto, zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Zamawiający zgłaszając opozycję nie przedstawił argumentacji i okoliczności na poparcie zasadności jej zgłoszenia, tj. nie uprawdopodobnił, iż zgłaszający przystąpienie wykonawca Budimex S. A. nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, wobec czego Izba na posiedzeniu postanowiła oddalić opozycję.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 na odc. w m. Zawiercie (Kromolów – Żerkowice) - nr postępowania O/KA.D-3.2410.1.2023” (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2023 r., numer ogłoszenia: 2023/S 181-566926. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił ogłoszenie o zamówieniu na

stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zgodnie z treścią Tomu I, Rozdział 17 Instrukcji Dla Wykonawców (dalej „IDW”)

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe wraz z tabelą elementów scalonych sporządzone na Formularzu 2.2., który został zamieszczony w SWZ Tom I, Rozdział 2 IDW.

17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wraz z tabelą elementów scalonych wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysów ofertowych wraz z tabelą elementów scalonych. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

17.3. Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 17.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji w nich wyszczególnionych. Wykonawca określi w kosztorysach ofertowych ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych tam pozycji. Wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości Wykonawca powinien wpisać odpowiednio do pozycji wskazanych w tabeli elementów scalonych oraz wyliczyć razem cenę netto, podatek VAT i jego wysokość oraz cenę brutto. Obliczoną w ten sposób „Cenę oferty brutto” należy następnie przenieść do Formularza Oferty (Formularza 2.1.) zamieszczonego w SWZ Tom I, Rozdział 2 IDW.

Podstawą obliczenia ceny są: Dokumentacja Projektowa, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Przedmiar Robót zamieszczone odpowiednio w Tomach III-V niniejszej SWZ.

17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach III-V niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w kosztorysach ofertowych, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w kosztorysach ofertowych.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 6 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi brutto: 353 877 806,59 zł brutto.

Do wyznaczonego terminu składania ofert oferty złożyło 10 wykonawców

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty brutto
1	POLAQUA Sp. z o.o. ul. Dworska 1; Wólka Kozodawska; 05-500 Piaseczno	234 202 298,79 zł
2	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie	238 410 973,68 zł
3	MIRBUD S.A. – Lider Konsorcjum ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice KOBYLARNIA S.A. – Partner Konsorcjum Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza	238 531 069,68 zł
4	PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa	247 703 335,37zł
5	Polbud-Pomorze sp. z o.o. Łącko 18, 88-170 Pakość	255 052 474,67 zł
6	Rubau Polska Sp. z o.o. ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa	257 753 041,18 zł
7	NDI S.A. - Lider ul. Powstańców Warszawy 19 81-718 Sopot NDI SOPOT S.A. - Partner ul. Powstańców Warszawy 19 81-718 Sopot Masfalt Sp. z o.o. - Partner ul. Stefana Bryły 4 05-800 Pruszków Drogomex Sp. z o.o. - Partner ul. Stefana Bryły 4 05-800 Pruszków	265 789 059,83 zł
8	Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Opolska 110, 31-323 Kraków	278 461 073,00 zł
9	BUDIMEX S.A. UL. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa	279 448 339,79 zł
10	STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 58	279 597 921,52 zł

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, szacunkową wartość zamówienia podstawowego ustalono na kwotę 354

199 716,38 PLN brutto

W dniu 7 marca 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawców Polaqua i konsorcjum Mirbud pisma, w których na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej w treści pism. Zamawiający wskazał, że cena oferty Polaqua jest niższa o 33,82%, zaś cena oferty Konsorcjum Mirbud jest niższa o 32,60% od zaktualizowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty i udzielenia odpowiedzi w szczególności na poniższe pytania:

1. *Jakie elementy (czynniki) miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen dotyczących pozycji z kosztorysu ofertowego wskazanych poniżej:*

Wykonawca Polaqua

Tabela nr 3: Roboty drogowe:

- a) Pozycja 5.1 – „Wykopy wraz z odwozem na odkład”*
- b) Pozycja 5.2 – „Wykopy wraz z odwozem na wysypisko”*
- c) Pozycja 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”*

Tabela nr 30: Wzmocnienie podłoża nasypów, wykopów, wymiana gruntu:

- a) Pozycja nr 2 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”*
- b) Pozycja nr 3 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”*
- c) Pozycja nr 6 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”*
- d) Pozycja nr 7 – „Półmaterac bazowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”*
- e) Pozycja nr 10 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 0/63 (górna warstwa)”*
- f) Pozycja nr 11 – „Materac drenażowy wypełniony kruszywem frakcji 31,5/63 (dolna warstwa)”*
- g) Pozycja nr 13 – „Półmaterac separacyjny wypełniony kruszywem frakcji 0/63”*
- h) Pozycja nr 18 – „Wymiana gruntów nienośnych”*

Wykonawca Konsorcjum Mirbud

Tabela nr 3: Roboty drogowe:

- a) Pozycja 7.2 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z ukopu po rozdrobnieniu”*
- b) Pozycja 7.4 – „Wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu”*
- c) Pozycja 11.2 – „Wykonanie warstwy mrozoochronnej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym lub gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C1,5/2,0”*

2) Tabela nr 31: Wypełnienie pustek:

- a) Pozycja nr 1.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)”*
- b) Pozycja nr 1.2 – „Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego”*
- c) Pozycja nr 3.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)”*
- d) Pozycja nr 3.2 – „Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego”*
- e) Pozycja nr 4.1, 5.1 i 6.1 – „Wiercenie otworów (10 mb)”*
- f) Pozycja nr 4.2 – „Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego”*
- g) Pozycje nr 5.2 i 6.2 – „Iniekcja niskociśnieniowa zaczynu cementowego”*

2. *Zamawiający prosi o przedstawienie sposobu wyliczenia kosztów wraz z ich wysokością w zakresie zagospodarowania gruntów pozyskanych w czasie wykonywania wykopów, a nie wykorzystywanych do budowy nasypów, oraz innych prac związanych z trasą drogową, tj. m.in. kosztów legalnego umiejscowienia odkładu, kosztów transportu na odkład i rozplantowania urobku na odkładzie, kosztów składowania i utylizacji.*

3. *W jaki sposób Wykonawca zamierza zagospodarować nadmiar humusu i czy ma rozpoznane miejsce jego składowania, oraz w jakiej odległości od miejsca robót jest ono zlokalizowane?*

4. *Czy Wykonawca ma rozpoznane miejsca pozyskania gruntu z dokopu i w jakiej odległości od miejsca robót są*

one zlokalizowane?

5. Czy Wykonawca ma rozpoznane źródła (kopalnie) pozyskania kruszywa i w jakiej odległości od miejsca robót są one zlokalizowane? Czy Wykonawca ma zawarte wstępne porozumienia/umowy przedwstępne na dostarczanie kruszywa?

6. Jakimi zasobami sprzętowymi i kadrowymi dysponuje Wykonawca, i jakie zamierza zaangażować do realizacji niniejszego zamówienia dla spełnienia obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług?

7. Prosimy o wskazanie przewidywanej lokalizacji wytwórni mieszanek bitumicznych oraz sposobu dysponowania wytwórnią.

8. Czy przy obliczeniu ceny Wykonawca uwzględnił aspekty wskazane w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp:

(a) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (wraz ze wskazaniem wysokości kosztów ww. zakresie).

(b) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (wraz ze wskazaniem wysokości kosztów ww. zakresie).

9. Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w pkt 1 (np. szczegółowych kalkulacji cenowych z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych przedstawiających sposób wyliczenia poszczególnych kosztów jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny i cen z kosztorysu, w tym zakładany poziom zysku, ofert podwykonawców, dostawców/usługodawców, faktur itd.).

Powyższe wyjaśnienia są konieczne do oceny przez Zamawiającego, czy cena oferty nie są rażąco niskie oraz czy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ lub czy nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania oraz o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznaje Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny oferty, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Odpowiedzi na powyższe pytania i wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób merytoryczny w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Wykonawcy udzielili odpowiedzi na ww. wezwania dnia 20 marca 2024 r. dołączając do nich dowody.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzutem odwołania w odniesieniu do obu kwestionowanych ofert tj. oferty wykonawcy Polaqua oraz oferty Konsorcjum Mirbud był zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp.

Zgodnie z 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.

Tym samym podstawowe znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania miało ustalenie, czy złożone przez wykonawców wyjaśnienia stanowiły adekwatną odpowiedź na skierowane przez Zamawiającego wezwania i czy w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy były wystarczające do przyjęcia przez Zamawiającego, iż wykonawcy

obalili domniemanie wynikające z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu dowodu z wyjaśnień obu wykonawców Izba uznała, że mimo, że zostały one skonstruowane w odmienny sposób, to stanowiły adekwatną odpowiedź na zadane przez Zamawiającego pytania.

W pierwszej kolejności w zakresie zarzutów odwołania odnoszących się ceny ogólnej należy wskazać, iż z treści wezwań skierowanych do obu wykonawców należy jednoznacznie stwierdzić, iż istotą zainteresowania Zamawiającego były poszczególne pozycje kosztorysowe wskazane przez Zamawiającego w treści wezwań oraz kwestie wskazane w poszczególnych pytaniach szczegółowych. Nadanie istotnego znaczenia kwestiom odnoszącym się do ceny łącznej oraz pozostałych pozycji kosztorysowych wynika z interpretacji Odwołującego nie znajdującej potwierdzenia w treści wezwań. Kwestia wyjaśnień ceny łącznej stanowiła zaś w tych wezwaniach kwestię poboczną i jedynie wzmiankowaną w treści wezwania. Ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi zaś odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości.

Przechodząc od powyższych uwag ogólnych do treści stawianych zarzutów należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie znalazła potwierdzenia podnoszona przez Odwołującego okoliczność jakoby wykonawca Polaqua w ogóle nie wyjaśniła zaoferowanej ceny, a jedynie udzieliła wyjaśnień co do 11 pozycji z kosztorysów ofertowych wyszczególnionych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r., zaś co do pozostałej części ceny (pozostałych pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie ofertowym stanowiącym część oferty Polaqua) wykonawca ten nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, ani nie przedłożył żadnych dowodów celem udowodnienia, że cena łączna zaoferowana przez niego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Przeczy temu twierdzeniu wprost treść wyjaśnień wykonawcy Polaqua których cała część oznaczona jako *I Wprowadzenie* odnosiła się właśnie do ceny łącznej. Wykonawca Polaqua podniósł w niej szereg czynników mających wpływ na kalkulację ceny ofertowej, wskazał przewidywany zysk, odniósł wysokość ceny łącznej w wymiarze procentowym do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz zadeklarował, że cena zaoferowana przez jest ceną konkurencyjną, nie odbiega od realiów rynkowych i gwarantuje wykonawcy zysk. Nie sposób zatem uznać – jak twierdzi Odwołujący – iż w tym zakresie nie złożono jakichkolwiek wyjaśnień. Odnośnie podniesionej przez Odwołującego kwestii braku wyjaśnienia pozostałych pozycji kosztorysowych to za orzecnictwem Izby wskazać należy, że wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. Oznacza to, że wykonawca nie ma obowiązku każdorazowo udzielać wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiązać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w tym zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień (tak Izba m. in. w wyroku z dnia 1 września 2023 r. sygn. akt KIO 2446/23). Jak z kolei wskazała Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 65/23*trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby 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.* W badanym przypadku wezwanie dotyczyło 11 pozycji kosztorysowych i w tym zakresie jak wynika z treści odwołania wykonawca Polaqua wyjaśnienia złożył, oczekiwanie zaś ze strony Odwołującego wyjaśnień odnośnie pozostałych pozycji kosztorysowych nie wynika z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Tym samym brak takich wyjaśnień nie może być uznany jako dający podstawę do odrzucenia oferty w świetle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego co do braku wskazania przez wykonawcę Polaqua założeń kalkulacyjnych dla wyliczenia ceny łącznej oferty Izba uznała, że zarzuty te są niezasadne z tego względu, że oparte zostały na odniesieniu się do części udzielonych odpowiedzi, bez uwzględnienia całej treści wyjaśnień. Odwołujący niewątpliwie słusznie stwierdził, że wykonawca Polaqua w części ogólnej wyjaśnień w odniesieniu do ceny łącznej odpowiedział w sposób ogólnikowy, bez powiązania wskazanych w nich czynników ze sposobem w jaki miały one wpływ na wysokość ceny oferty. Izba uznała jednak, że odrzucenie z postępowania oferty wykonawcy Polaqua z tych powodów byłoby nieuzasadnione, ponadto mogłoby zostać potraktowane jedynie jako przejaw rażącego formalizmu. Oceniając wyjaśnienia składane w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy bowiem wziąć pod uwagę całą ich treść wraz z przedłożonymi dowodami, w powiązaniu również z informacjami posiadanymi przez Zamawiającego wynikającymi z treści złożonej oferty. Celem art. 224 ust. 6 Pzp

nie jest bowiem usuwanie z postępowania oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia w jakiś sposób

nie odpowiadały zadaniem mu przez zamawiającego pytaniom, a wprowadzenie sankcji za zlekceważenie obowiązku wykazania realności ceny złożonej oferty. Tym samym przepis ten może być zastosowany

w sytuacji, gdy zamawiający, mimo uruchomienia procedury wyjaśnienia cen oferty, nie uzyska od danego wykonawcy informacji pozwalających na ocenę możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia za określoną kwotę. W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku Odwołujący nie wykazał, iż Zamawiający – w wyniku braku zawarcia w udzielonej odpowiedzi przez wykonawcę Polaqua oznaczenia mierzalnego wpływu podnoszonych okoliczności na całą cenę łączną oraz na cenę 11 wyszczególnionych pozycji kosztorysowych – został pozbawiony możliwości oceny realności zaoferowanych cen.

W zakresie części szczegółowej wezwania w ocenie Izby wykonawca Polaqua, udzielił odpowiedzi na

poszczególne pytania i odpowiedzi te są każdorazowo zgodne z poleceniem Zamawiającego zawartym w wezwaniu. W szczególności wykonawca Polaqua zgodnie z dopuszczoną przez Zamawiającego w pkt 9 wezwania formą potwierdzenia realności i prawidłowości zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w wezwaniu, przedstawił oferty podwykonawców, dostawców/usługodawców. Podkreślenia wymaga, że na obecnym etapie nie jest więc dopuszczalne doprecyzowanie rzeczywistego znaczenia treści wezwania do wyjaśnień z dnia 7 marca 2024 r., nie można również dookreślić jakie elementy musiały się w tych wyjaśnieniach znaleźć czy też w jaki sposób powinny zostać udzielone. Z tego względu Izba uznała za niezasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie, w jakim wskazywał on że treść udzielonych przez wykonawcę Polaqua odpowiedzi w odniesieniu do poszczególnych pytań nie odpowiada stopniowi szczegółowości oczekiwanemu przez Zamawiającego. Stopień tejże szczegółowości wynika z treści poszczególnych pytań, zaś podnoszone wątki odnośnie rzeczywistego charakteru i celu poszczególnych pytań uznać należy za interpretację Odwołującego.

Izba stoi na stanowisku, iż treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polaqua, w tym również odpowiedzi na podnoszone w odwołaniu pytania pozwalały na dokonanie oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny przez Zamawiającego. Oceny takiej dokonał również Odwołujący, który bazując na treści udzielonych wyjaśnień, udzielonych odpowiedziach na poszczególne pytania jak również dowodach złożonych przez wykonawcę Polaqua, wskazywał na szereg rzekomych braków w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych, błędów w kalkulacji czy też pominięcie określonych czynników kosztotwórczych, na potwierdzenie czego przedłożył również szereg dowodów. Należy przy tym zaznaczyć, iż Odwołujący ostatecznie nie postawił zarzutu w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. występowania rażąco niskiej ceny czy to w odniesieniu do ceny łącznej, czy to w stosunku do poszczególnych cen jednostkowych. Tym samym wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Polaqua należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalały pozostałym uczestnikom postępowania na dokonanie ich oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzuty postawione przez Odwołującego w odniesieniu do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polaqua nie znalazły potwierdzenia.

W zakresie zarzutów odnoszących się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mirbud mając na uwadze analogiczną argumentację w tym zakresie, Izba podtrzymuje w całości wcześniejsze rozważania. Również w przypadku oferty Konsorcjum Mirbud nie znalazła potwierdzenia podnoszona przez Odwołującego okoliczność jakoby wykonawca ten w ogóle nie wyjaśnił zaoferowanej ceny, a jedynie udzielił wyjaśnień co do 10 pozycji z kosztorysów ofertowych wyszczególnionych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r., zaś co do pozostałej części ceny (pozostałych pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie ofertowym stanowiącym część oferty Konsorcjum Mirbud) wykonawca ten nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, ani nie przedłożył żadnych dowodów celem udowodnienia, że cena łączna zaoferowana przez niego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Przeczy temu twierdzeniu wprost treść wyjaśnień Konsorcjum Mirbud których cała część zatytułowana jako *Wyjaśnienia ogólne* odnosiła się właśnie do ceny łącznej. Konsorcjum Mirbud podniósł w niej (str. 1 do 10 wyjaśnień z dnia 20 marca 2024 r.) szereg elementów (czynników), które miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty, odniósł wysokość ceny łącznej w wymiarze procentowym do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz zadeklarował m. in. że zaoferowana cena i jej części składowe uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, rozsądny zysk oraz wycenę ryzyk związanych z prowadzeniem procesu inwestycyjnego zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego. Nie sposób zatem uznać – jak twierdzi Odwołujący – iż w zakresie łącznej ceny ofertowej nie złożono jakichkolwiek wyjaśnień.

Nie potwierdziły się również zarzuty w odniesieniu do części szczegółowej wezwania. W ocenie Izby Konsorcjum Mirbud udzieliło każdorazowo odpowiedzi na poszczególne pytania zawarte w wezwaniu z dnia 7 marca 2024 r. i odpowiedzi te są każdorazowo zgodne z poleceniem Zamawiającego zawartym w tymże wezwaniu. W szczególności Konsorcjum Mirbud zgodnie z dopuszczoną przez Zamawiającego w pkt 9 wezwania formą potwierdzenia realności i prawidłowości zaoferowanej ceny, w tym cen z pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w wezwaniu, przedstawił oferty podwykonawców, dostawców/usługodawców.

W ocenie Izby treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mirbud, w tym również odpowiedzi na podnoszone w odwołaniu pytania pozwalały na dokonanie oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny przez Zamawiającego. Oceny takiej dokonał również Odwołujący, który bazując na treści udzielonych wyjaśnień, udzielonych odpowiedziach na poszczególne pytania jak również dowodach złożonych przez Konsorcjum Mirbud, wskazywał na szereg rzekomych braków w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysowych, błędów w kalkulacji czy też pominięcie określonych czynników kosztotwórczych, na potwierdzenie czego przedłożył również szereg dowodów. Należy przy tym zaznaczyć, iż Odwołujący nie postawił zarzutu w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. występowania rażąco niskiej ceny czy to w odniesieniu do ceny łącznej, czy to w stosunku do poszczególnych cen jednostkowych. Tym samym wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Mirbud należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalały pozostałym uczestnikom postępowania na dokonanie ich oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Co istotne w przypadku obu ww. ofert i twierdzeń w nich zawartych, w ocenie Izby Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców z pełnym poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia i dowody cechowały się zbliżonym poziomem ogólności. Zamawiający oceniając je skorzystał przy tym z

własnej wiedzy fachowej i umiejętności analizy przedstawionych mu danych, co należy ocenić pozytywnie. Zamawiający jest profesjonalistą w dziedzinie, był więc zatem w stanie wyciągnąć wnioski dotyczące cen ofert na podstawie informacji, które zostały zawarte w wyjaśnieniach obu wykonawców, w szczególności w sytuacji, w której jest w trakcie realizacji sąsiedniego odcinka obwodnicy Poręby i Zawiercia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).