

WYROK

Warszawa, dnia 9 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Aarsleff Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 1306/24

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja DW 971 zapobiegająca powstawaniu osuwisk”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00210526.

W dniu 16 kwietnia 2024 r. wykonawca Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie obejmuje swoim zakresem wykonania montażu siatki przeciwrumszowej oraz kosztów dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamocowania siatki przeciwrumszowej (poz. 2.5-2.7 WWER), której wykonanie, zgodnie z SWZ, jest obligatoryjną i istotną częścią zamówienia
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która uniemożliwia temu Wykonawcy wykonanie całego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów,
- 3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający tym, że kalkulacja ceny oferty wykonawcy nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, tj. wykonania montażu siatki przeciwrumszowej oraz kosztów dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamocowania siatki przeciwrumszowej (poz. 2.5-2.7 WWER) o wartości ok. 652.207,50 zł brutto;
- 4) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny, a także cena jest rażąco niska co łącznie narusza art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w tych samych okolicznościach, w stosunku do tego samego stanu faktycznego, w tym samym postępowaniu Zamawiający w sposób diametralnie różny traktuje wykonawców.
- 5) naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez wielokrotne wzywanie Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o.,

do złożenia wyjaśnień dotyczących tej samej kwestii,

tj. szczegółowego wyjaśnienia i rozpisania wszelkich kosztów realizacji elementów zamówienia, a tym samym nieuzasadnione udzielenie temu wykonawcy możliwości do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień (patrz: informacja o udzielonym rabacie), a także kolejnej szansy na uzupełnienie uprzednio złożonych przez wykonawcę niekompletnych i niepełnych wyjaśnień, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zawierającej błąd w obliczeniu ceny, a także zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) dokonanie badania oferty Odwołującego i wybór oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SWZ przedmiot zamówienia stanowi wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zabezpieczenia odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 przed powstawaniem osuwisk i obrywów odłamków skalnych poprzez montaż / wbudowanie siatek przeciwrumszowych oraz barier przeciwoślankowych. Zamówienie obejmuje:

a) opracowanie dokumentacji projektowej (w tym projektu wykonawczego, projektu tymczasowej organizacji ruchu, przedmiaru robót, STWiORB) wraz z pozyskaniem niezbędnych uzgodnień w oparciu o przyjęte zgłoszenie zamiaru wykonania robót budowlanych (pismo z dnia 23.03.2023 r. zn. WI-II.7843.14.12.2023.EJ), materiały zgłoszeniowe oraz Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU),

b) wykonanie robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej, o której mowa

w lit. a.

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) dla zadania pn.: „Modernizacja DW 971 zapobiegająca powstawaniu osuwisk, znak sprawy ZDW-DN-4-271-7/24” wraz z załącznikami

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawiera Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący zał. nr 1 SWZ.

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)- zał. nr 1 SWZ, stanowią:

a) Program Funkcjonalno- Użytkowy (PFU),

b) Pozostałe dokumenty (załączniki).

Dowód: Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) - zał. nr 1 SWZ

Jak natomiast stanowi PFU: pkt. 1.1 Charakterystyczne parametry określające wielkość istniejącego obiektu i zakres robót budowlanych

Zabezpieczenie odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 polegające na montażu osłon z siatek przeciwrumszowych i barier przeciwoślankowych o wysokiej wytrzymałości w ciągu niżej wymienionych odcinków drogi (...).

Pkt. 1. ust. 4e Wykonanie robót budowlanych: Montaż siatek przeciwrumszowych i barier przeciwoślankowych o wysokiej wytrzymałości (o parametrach co najmniej równoważnych jak w przyjętym zgłoszeniu robót budowlanych i materiałami do zgłoszenia) na poszczególnych odcinkach DW 971, tj. (...).

Pkt. 1.2 Wymagania Zamawiającego

- Wszelkie materiały jakie należy stosować, w tym siatki stalowe elastyczne i bariery przeciwoślankowe o wysokiej wytrzymałości wraz z zamocowaniem, zakotwieniem, posiadające odpowiedni atest i zabezpieczenie antykorozyjne (ocynk), dostosowane do tego typu konstrukcji.

- Wszystkie elementy zabezpieczenia (siatki, bariery przeciwoślankowe, wsporniki, kotwy liniowe, mikropale, żerdzie samowierzące, itp.) o parametrach technicznych co najmniej jak ujęte w przyjętym zgłoszeniu oraz w załączonych materiałach do zgłoszenia, zapewniające przeniesienie obciążeń dynamicznych i statycznych.

Dowód: OPZ- Program Funkcjonalno- Użytkowy (PFU)

Odwołujący wskazał, że załącznik do PFU stanowi dokument pn. „Materiały do zgłoszenia- Przebudowa odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 polegająca na montażu siatek przeciwrumszowych i budowie barier przeciwoślankowych”.

Dokument ten składa się

z części opisowej oraz rysunkowej (mapy i przekroje).

Dowód: Materiały do zgłoszenia - Przebudowa odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 polegająca na montażu siatek przeciwrumszowych i budowie barier przeciwoślankowych

Wobec powyższego, mając na uwadze treść OPZ i załączników do OPZ, Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie wszystkich zabezpieczeń odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 opisanych w dokumencie pn. „Materiały do zgłoszenia- Przebudowa odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 polegająca na montażu siatek przeciwrumszowych i budowie barier przeciwoślankowych”.

Dowód: Materiały do zgłoszenia- Przebudowa odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 polegająca na montażu siatek

przeciwrumszowych i budowie barier przeciwdziałkowych-Z3

W toku postępowania złożono trzy oferty: Odwołującego oraz Wykonawców Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbeskidzie Sp. z o.o.

Pismem z dnia 11.03.2024 roku, na podstawie art. 224 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny zawartej w ofercie, w szczególności

w zakresie określonym w piśmie Zamawiającego. W ramach tych wyjaśnień Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny ofertowej

w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny - przy uwzględnieniu aspektów wskazanych w treści wezwania oraz określonych prac/robót/usług/materiałów, czynności/wydatków/elementów/składowych cenotwórczych objętych przedmiotem zamówienia. Do wyjaśnień należało dołączyć dowody na poparcie przedstawionych wyjaśnień w powyższym zakresie.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 11.03.2024 roku ZDW/PW/2024/1808/DN-4/EG

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. pismem

z dnia 14.03.2024 roku przedstawił swoje stanowisko w zakresie wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia dot. wyliczenia ceny zawartej w ofercie zostały zawarte w piśmie tego wykonawcy nr BMD.ZDW.2024.Z.II. Załącznikiem do tego pisma jest m.in. Kalkulacja kosztów wykonania zadania (Załącznik nr 4).

Dowód: Pismo Wykonawcy z dnia 14.03.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z. wraz z załącznikami

Jak wynika z treści przedłożonej wówczas przez ww. wykonawcę Kalkulacji kosztów wykonania zadania (Załącznik nr 4 do pisma nr BMD.ZDW.2024.Z.II.), wykonawca wskazał na uwzględnienie w poz. 2.5 do 2.7 wyłącznie kosztów zakupu barier (koszty zakupu siatki, kotew/gwoździ zostały pominięte przez wykonawcę).

Dowód: Załącznik nr 4 do pisma Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z dnia 14.03.2024 roku nr BMD.ZDW.2024.Z.II.

Pismem z dnia 20.03.2024 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.03.2024 roku

Następnie, na skutek złożonego przez Aarsleff Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie odwołania do KIO z dnia 25.03.2024 roku, w którym Aarsleff zarzucił, iż kalkulacja ceny oferty Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, tj. wykonania siatki przeciwrumszowej, a także kosztów montażu tej siatki

i kosztów dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamontowania siatki, w dniu 27.03.2024 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód: Odwołanie Aarsleff sp. z o.o. z dnia 25.03.2024 roku

Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.03.2024 roku

Pismem z dnia 28.03.2024 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty (przedłożonych w ramach pisma z dnia 14.03.2024 roku). Zamawiający wniósł

o doprecyzowanie, dopełnienie i uszczegółowienie przekazanych informacji i wyjaśnień

w kontekście wyszczególnionych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny poprzez wykazanie w sposób czytelny, jasny i precyzyjny sposobu, podstaw i uzasadnienia wyceny konkretnych asortymentów przedmiotu zamówienia ujętych w formularzu WWER

w zakresie wyszczególnienia konkretnych elementów kosztotwórczych każdej z tych pozycji. Zamawiający wniósł m.in. o:

a) Wyjaśnienie treści przedstawionych w przedłożonym w ramach złożonych wyjaśnień załączniku nr 4 (Kalkulacja ofertowa Wykonawcy), w szczególności informacji wskazanych

w ramach poz. 2.5 Zabezpieczenie DW 971 odc. 050 km 2+880- 3+340 tabeli w kontekście m.in. wskazanego tam parametru powierzchni $552m^2$, który ilościowo wydaje się niedostosowany do zakresu/pow. materiałów (barier i siatki) określonych zgodnie z OPZ do wbudowania na tym odcinku;

b) Przedstawienie sposobu skalkulowania ceny ofertowej, w tym poszczególnych wartości cząstkowych elementów wskazanych w formularzu WWER, w sposób bardziej czytelny względem przedmiotu zamówienia oraz poszczególnych objętych nimi prac i pozostałych aspektów kosztotwórczych (określonych robót, usług, materiałów, czynności, wydatków, nakładów, składowych cenotwórczych objętych przedmiotem zamówienia) niż ma to miejsce w ramach tabeli w przedłożonym w ramach złożonych wyjaśnień załączniku nr 4 (Kalkulacja ofertowa Wykonawcy), której treść nie wydaje się do końca zrozumiała, w szczególności pod względem rozdziału i zakresu kosztów określonych w ramach

poszczególnych pozycji tej tabeli, które winny być zbieżne i winny obrazować objęcie nimi całości kosztów realizacji danych elementów zamówienia wyszczególnionych w formularzu WWER (poz. 1 i poz. 2.1.-2.12) zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ-OPZ.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 28.03.2024 roku ZDW/PW/2024/2356/DN-4/EG

W odpowiedzi na powyższe, Wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. przedłożył pismo z dnia 03.04.2024 roku, w którym ustosunkował się do wezwania Zamawiającego. Załącznik do przedmiotowego pisma stanowiła ponownie Kalkulacja ofertowa Wykonawcy wykonana w formie tabeli. Kalkulację tę, w porównaniu do Kalkulacji ofertowej Wykonawcy załączonej do pisma Wykonawcy z dnia 14.03.2024 roku, rozbudowano o kolumnę Szacunkowa pow. (m²) barier, Szacunkowa pow. (m²) siatek Deltax oraz Wartość oferty Geobrugg z uwzględnieniem rabatu. Wiersze w poz. 2.5, 2.6 i 2.7 zostały natomiast rozbudowane o poz. Szacunkowa ilość siatek typu Deltax. W przypadku danych wskazanych w kolumnie Cena za 1 m² PLN oraz w kolumnie Wartość - oferta Geobrugg wartość pojedyncza została rozbita na dwie osobne wartości cenowe.

Dowód: Pismo Wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz

z załącznikami

Odwołujący wskazał, iż wykonawca nie wykonał wezwania Zamawiającego w zakresie rozdziału i zakresu kosztów określonych w ramach poszczególnych pozycji tej tabeli, które winny być zbieżne i winny obrazować objęcie nimi całości kosztów realizacji danych elementów zamówienia wyszczególnionych w formularzu WWER (poz. 1 i poz. 2.1.-2.12) zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ-OPZ.

Pismem z dnia 05.04.2024 roku Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty (przedłożonej w ramach pisma z dnia 14.03.2024 roku i 03.04.2024 roku). Zamawiający wniósł o cyt:

- Zamawiający wnosi o wyjaśnienie informacji zawartych w poz. 2.5., 2.6. i 2.7. (w kontekście dwóch pierwszych wierszy każdej z tych pozycji) przedłożonego w ramach pisma z dnia 03.04.2024 r. załącznika nr 1 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) w kontekście określenia, w jaki sposób zostały skalkulowane kwoty wskazane w kolumnie *Wartość Elementu (PLN netto)* tabeli, tzn. kwota 204 240,00 zł / poz. 2.5., kwota 198 000,00 zł / poz. 2.6. i kwota 128 700,00 zł / poz. 2.7., tzn. jakie są poszczególne składniki cenotwórcze tych kwot, z czego one wynikają i co konkretnie zawierają (poprzez szczegółowe ich rozpisanie i określenie).
- Zamawiający wnosi o wyjaśnienie informacji zawartych w poz. 2.5., 2.6. i 2.7. (w kontekście dwóch pierwszych wierszy każdej z tych pozycji) przedłożonego w ramach pisma z dnia 03.04.2024 r. załącznika nr 1 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) w kontekście określenia, w jaki sposób zostały skalkulowane kwoty wskazane w kolumnie *Wartość oferty Geobrugg z uwzględnieniem rabatów* tabeli, tzn. kwota 202 858,40 zł / poz. 2.5., kwota 186 410,00 zł / poz. 2.6. i kwota 127 742,00 zł / poz. 2.7. (tzn. jakie są poszczególne składniki cenotwórcze tych kwot, z czego one wynikają i co konkretnie zawierają - poprzez szczegółowe ich rozpisanie i określenie), w tym w szczególności wyjaśnienie, czy kwoty te zawierają już zrabatowane koszty łączne zakupu / nabycia zarówno barier, jak i siatek przewidzianych do zamontowania na poszczególnych (ujętych w tych pozycjach) odcinkach, wyjaśnienie, czym różni się zakres informacyjny kolumny *Wartość - Oferta Geobrugg* tabeli (gdzie w ramach poz. 2.5., 2.6. i 2.7. rozpisane są osobno kwoty odnoszące się do zakupu barier i siatek) oraz kolumny *Wartość oferty Geobrugg z uwzględnieniem rabatów* tabeli (gdzie w ramach poz. 2.5., 2.6. i 2.7. wpisane są jedynie pojedyncze / scalone kwoty), tzn. jaka jest różnica w informacjach wskazanych w obu tych kolumnach i z czego wynikają różnice w sposobie przedstawienia (kwoty rozdzielone (wyodrębnione)/kwoty scalone) i wysokości wskazanych tam kwot, jak również uściślenie i doprecyzowanie sformułowania (cyt.)
z *uwzględnieniem rabatów* użytego w nazwie tej kolumny poprzez wskazanie / określenie poziomu dostępnych Wykonawcy konkretnych rabatów handlowych wraz z przedłożeniem dowodów potwierdzających dostępność / możliwość uzyskania indywidualnie korzystniejszych (niższych) cen zakupu wymaganych materiałów (konkretnych ilości siatek i barier) niż ogólne oferowane.
- Zamawiający wnosi o wyjaśnienie informacji umieszczonej pod tabelą zawartą w przedłożonym w ramach pisma z dnia 03.04.2024 r. załączniku nr 1 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) (cyt.) *Uwaga: ceny w pozycjach 2.1-2.12 z uwzględnieniem rabatów handlowych i analizy indywidualnej* - poprzez określenie, do których konkretnie kwot (cen) zawartych w tabeli (ujętych w której / których kolumnach) odnosi się przedmiotowe zastrzeżenie, wyjaśnienie, co konkretnie oznacza sformułowanie (cyt.) *analiza indywidualna* i w jaki sposób aspekt ten miał wpływ (przełożenie) / został uwzględniony przez Wykonawcę w kalkulacji ceny ofertowej, jak również wskazanie konkretnego poziomu dostępnych Wykonawcy rabatów handlowych i kontekstu / zakresu analizy indywidualnej przyjętej / zastosowanej przez Wykonawcę w ramach dokonanej kalkulacji ceny ofertowej.
- Zamawiający wnosi o wyjaśnienie zróżnicowania zobrazowania zakresowego informacji ujętych w ramach poz. 2.5., 2.6. i 2.7. tabeli wskazanych w przedłożonym w ramach pisma z dnia 03.04.2024 r. załączniku nr 1 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) względem zakresu informacji ujętych w przedłożonym w ramach pisma z dnia 14.03.2024 r. załączniku nr 4 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) w kontekście poczynionego rozszerzenia przedmiotowych danych kalkulacyjnych (dodatknie wyodrębnionych informacji na temat ilości i ceny siatek oraz kolumny *Wartość oferty Geobrugg z uwzględnieniem rabatów*) przy niezmienionych danych wartościowych / kwotowych ujętych w zbiorczej kolumnie *Wartość Elementu (PLN netto)*.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 05.04.2024 roku ZDW/PW/2024/2526/DN-4/EG

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 09.04.2024 roku wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. przedłożył kolejne wyjaśnienia. Do przedmiotowego pisma załączona została kolejna Kalkulacja ofertowa wykonawcy

wykonana również w formie tabeli i po raz kolejny zmodyfikowana w stosunku do uprzednio złożonych przez tego wykonawcę Kalkulacji stanowiących załączniki odpowiednio do pism z 14.03.2024r. oraz z 03.04.2024r.

W porównaniu do dwóch poprzednio przedłożonych przez wykonawcę Kalkulacji, wskazany dokument został rozbudowany o kolejną kolumnę Łączna wartość rabatów, a także o kolumnę Koszt ryzyka materiałowego wykonawcy oraz kolumnę Łączna wartość materiałów do oferty

z rabatami i ryzykiem. Rozbudowana została także pozycja Uwagi znajdująca się pod Tabelą.

Dowód: Pismo Wykonawcy z dnia 09.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.IV wraz z załącznikami

Pismem z dnia 11.04.2024 roku Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 11.04.2024 roku ZDW/PW/2024/2631/DN-4/EG

Odwolujący przedstawił stan prawny

Jak stanowi art. 226 ust. 5 i 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie natomiast z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jak natomiast wynika z treści art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwolujący wskazał, że oferta wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, a nadto jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd

w obliczeniu ceny, a przez to Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp.

z o.o., w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego dot. wątpliwości, co do uwzględnienia

w zakresie oferty całego przedmiotu zamówienia, a wobec tego do zaistnienia okoliczności rażąco niskiej ceny, przedłożył 3 pisma, a przy nich 3 tabele pn. Kalkulacja ofertowa wykonawcy (dalej kolejno: Tabela I, Tabela II, Tabela III). Z każdym kolejnym pismem tabele te były rozbudowywane przez wykonawcę o dodatkowe elementy. Celem bowiem wykonawcy było wykazanie, że jego oferta uwzględnia wykonanie całego przedmiotu Umowy, w tym siatki przeciwrumszowej. Chodziło bowiem o to, że Aarsleff sp. z o.o. w odwołaniu z dnia 25.03.2024 roku zarzucił m.in. właśnie brak ujęcia w ofercie Wykonawcy BMD Sp. z o.o., zarówno materiału w postaci siatki przeciwrumszowej, jak i prac związanych z jej ułożeniem (montażem), a tym samym brak było wykazania kosztów tych elementów składowych oferty. Odwołujący wyjaśnił, że wskazany wykonawca, w odpowiedzi na pierwsze zapytanie Zamawiającego odnośnie rażąco niskiej ceny, w Tabeli I nie uwzględnił pozycji związanej

z wykonaniem ww. siatki. Wszelkie pozycje ujęte w tej Tabeli I dotyczyły wykonania wyłącznie barier na określonych odcinkach drogi (zakup tego materiału i koszt jego montażu). Nasuwało to wnioski, iż oferta wskazanego wykonawcy nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Brak bowiem wyceny samej siatki i potrzebnych do jej montażu materiałów, a także kosztu samego montażu siatki można oszacować na kwotę ok. 800.906,00 zł. Nieujęcie takiej pozycji w ofercie mogło wpłynąć nie tylko na obniżenie ceny, ale przede wszystkim stanowiło nie spełnienie podstawowego założenia ujęcia w ofercie wszystkich niezbędnych elementów do realizacji przedmiotu zamówienia.

Dowód: odwołanie Aarsleff sp. z o.o. z dnia 25.03.2024 roku

Pismo wykonawcy z dnia 14.03.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z. wraz z załącznikami

Po złożeniu przez Aarsleff odwołania do KIO i unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawca w Tabeli II uwzględnił już koszt nabycia siatki przeciwrumszowej dodając w poz. 2.5-2.7 wiersz: szacunkowa ilość siatek typu Deltax.

W odpowiednich kolumnach Tabeli II dodano także pozycje związane z zakupem siatki. I tak Wykonawca przyjął, że dla pozycji 2.5 potrzeba 800m² siatki, dla poz. 2.6 – 200m² siatki i dla pozycji 2.7 – 500 m² siatki. Łącznie 1.500 m² siatki. Dopiero również w Tabeli II i piśmie z dnia

03.04.2024 roku Wykonawca wspominał po raz pierwszy o rabacie udzielonym przez firmę Geobrugg sp. z o.o. - dostawcę barier i siatki. Co ważne, rabat ten ma zasadnicze znaczenie dla skalkulowania kosztów zakupu siatki i barier potrzebnych do wykonania Zadania. Wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. nie wskazał na okoliczność uzyskania rabatu przy piśmie z dnia 14.03.2024 roku, mimo iż Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny ofertowej w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny - przy uwzględnieniu aspektów wskazanych w piśmie Zamawiającego oraz określonych prac, robót, usług, materiałów, czynności, wydatków, elementów, składowych cenotwórczych objętych przedmiotem zamówienia ze

szczególnym uwzględnieniem oryginalności aspektów cenotwórczych (pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2024 roku).

Dowód: Pismo wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz z załącznikami

W ocenie Odwołującego powyższe budziło uzasadnione wątpliwości w zakresie uznania, że wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., w pełni wyjaśnił wówczas i przedłożył wszystkie niezbędne dokumenty do wykazania, że jego cena ofertowa nie jest rażąco niska, a przy tym, że obejmuje cały przedmiot zamówienia. Wykonawca ten zataił bowiem tak istotną okoliczność, jaką jest rabat cenowy mający wpływ na cenę potrzebnych barier i siatki. Dalej, Odwołujący wskazał, że zarówno w Tabeli II i Tabeli III wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., wskazał, że cena zakupu za 1m² dla przyjętej ilości siatki w poz. 2.5-2.7 wynosi 25,00 zł (zgodnie z ofertą dostawcy firmy Geobrugg sp. z o.o.). Co istotne jednak, zmianie nie uległy dane wskazane w kolumnie Wartość Elementu (PLN netto). Wobec tego dla czynności: montaż barier i siatek, narzuty poz. 2.5-2.7 niezmienną pozostaje łączna kwota montażu barier i siatek, narzutów. Odpowiednio koszt montażu barier i siatek, narzuty dla poz. 2.5-2.7 wynosi 59.229,60zł, 57.420,00 zł oraz 37.323,00zł.

Dowód: Pismo wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz z załącznikami

Pismo wykonawcy z dnia 09.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.IV wraz z załącznikami

Jak wskazano powyżej, wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. do sporządzenia kalkulacji ceny swojej oferty przyjął wycenę dostawcy materiałów systemowych barier przeciwdziałkowych typu GBE-500A – firmy GEOBRUGG.

Dowód: Załącznik nr 4 do pisma wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z dnia 14.03.2024 roku nr BMD.ZDW.2024.Z.II.

Pismo wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz z załącznikami

Pismo wykonawcy z dnia 09.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.IV wraz z załącznikami

Odwołujący podkreślił, że także korzystał z oferty firmy GEOBRUGG podczas kalkulacji ceny oferty (oferta GEOBRUGG z dnia 05.03.2024 wraz z załącznikiem cenowym pn.: „Copy of WWER (002)” oraz uzupełnionym przez Odwołującego o łączne wyliczenie wartości załącznikiem cenowym pn.: „Copy of WWER (002) z wyliczeniem wartości” stanowi załącznik nr 16 do odwołania). Z treści oferty firmy GEOBRUGG i załącznika cenowego pn.: „Copy of WWER (002) przedłożonych Odwołującemu wynika jednoznacznie, że dostawę samych barier przeciwdziałkowych na odcinku poz. 2.5 dostawca ten wycenił na kwotę 204.240,00 zł, na odcinku poz. 2.6 na kwotę 198.000,00 zł i na odcinku poz. 2.7 na kwotę 128.700,00 zł, czyli dokładnie tyle samo, ile wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. wskazał w swojej ofercie. Zgodnie z ofertą firmy Geobrugg sp. z o.o. dla Odwołującego koszt siatki określono na: TECCO G45/2 - 50 PLN/m² i DELTAX G80/2 - 25 PLN/m². Zgodnie

z wyjaśnieniami wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. przyjął on do oferty siatkę DELTAX G80/2 w cenie 25 PLN/m².

Dowód: Oferta firmy GEOBRUGG dot. wykonania barier przeciwdziałkowych i siatek przeciwrumszowych z dnia 05.03.2024 roku sporządzona dla Odwołującego z załącznikiem cenowym pn.: „Copy of WWER (002)” oraz uzupełnionym przez Odwołującego o łączne wyliczenia wartości załącznikiem cenowym pn.: „Copy of WWER (002) z wyliczeniem wartości”,

Pismo wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz z załącznikami,

Pismo wykonawcy z dnia 09.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.IV wraz z załącznikami.

Co jednak istotne, Geobrugg sp. z o.o., pismem z dnia 15.04.2024 roku skierowanym do Odwołującego, oświadczył, że wycena barier przeciwdziałkowych obejmuje komplet materiałów potrzebnych do instalacji barier wraz z kotwami/gwoździami gruntowymi jednak wycena siatki DELTAX G80/2 w wysokości 25 PLN/m² jest ceną samej siatki i nie obejmuje wyceny potrzebnych do montażu tej siatki kotew/gwoździ.

Dowód: Pismo firmy GEOBRUGG z dnia 15.04.2024 roku

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że przyjmując nawet, iż w ofercie wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. uwzględniono koszt zakupu siatki przeciwrumszowej, to nie została jednak dokonana i uwzględniona przez tego wykonawcę wycena kosztów montażu tej siatki oraz dostawy i montażu kotew gruntowych/gwoździ, które są niezbędne do zamontowania wskazanej siatki.

Odwołujący wskazał, że w poz. 2.5, 2.6, 2.7 Tabeli I, Tabeli II i Tabeli III z całą pewnością nie ujęto kosztu montażu, gdyż jak można zauważyć w treści Tabel przedłożonych przez tego wykonawcę cena jednostkowa montażu wyliczona została jedynie dla powierzchni barier (odpowiednio są to kwoty 107,30zł/m²; 127,60 zł/m² i 113,10 zł/m²). Wartości te są zbliżone

(a nawet niższe) do ceny jednostkowej montażu barier ujętych w pozostałych pozycjach przedłożonej kalkulacji (średnio 139,78 zł/m²).

Dowód: Załącznik nr 4 do pisma wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z dnia 14.03.2024 roku nr BMD.ZDW.2024.Z.II.

Pismo wykonawcy z dnia 03.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.III wraz z załącznikami

Pismo wykonawcy z dnia 09.04.2024 roku znak BMD.ZDW.2024.Z.IV wraz z załącznikami

Odwołujący wskazał, że średni koszt montażu siatki to kwota 49 zł/m² (tak stanowi m.in. oferta firmy NECTOR z dnia 06.03.2024 roku przedłożona Odwołującemu na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne). Wobec tego koszt montażu siatki dla ilości wskazanej przez wykonawcę to kwota 73.500,00 zł netto, ponieważ:

łączna ilość siatek uwzględniona przez wykonawcę BMD: $800 + 200 + 500 = 1500 \text{ m}^2$ siatek

$1500 \text{ m}^2 \times 49 \text{ zł/m}^2 = 73.500,00 \text{ zł netto}$

Oferta wykonawcy nie obejmuje także kosztu dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamocowania siatki, których wartość można oszacować w następujący sposób:

łączna ilość siatek uwzględniona przez wykonawcę BMD: $800 + 200 + 500 = 1500 \text{ m}^2$ siatek ilość kotew potrzebna do mocowania siatek: 375 szt. (przyjęto kotwy gruntowe o dł. 3m

w rozstawie 2 x 2 m);

koszt wykonania gwoździ (materiał + montaż): $375 \text{ szt.} \times 1218 \text{ zł/szt.} = 456.750,00 \text{ zł netto}$

(wskazana cena stanowiła kalkulację własną Odwołującego, który jest firmą specjalizującą się w wykonywaniu robót geotechnicznych, w tym m.in. kotew i gwoździ gruntowych)

Dowód: oferta NECTOR z dnia 06.03.2024 roku

Reasumując, wartość łączna wszystkich elementów, które nie zostały uwzględnione w ofercie wskazanego wykonawcy, powinna obejmować co najmniej kwotę 530.250,00 zł netto, na którą składa się:

1. koszt montażu siatki $1500 \text{ m}^2 \times 49 \text{ zł/m}^2 = 73.500,00 \text{ zł netto}$ (przyjęto cenę montażu zgodnie z ofertą firmy NECTOR z dnia 06.03.2024 roku przedłożoną Odwołującemu na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne z uwzględnieniem przyjętej przez Wykonawcę ilości łącznej siatki 1500 m^2)

2. koszt zakupu (dostawy) i montażu kotew gruntowych/gwoździ $375 \text{ szt.} \times 1218 \text{ zł/szt.}$

$= 456.750,00 \text{ zł netto}$ (przyjęto kotwy gruntowe o dł. 3m w rozstawie 2 x 2 m; wskazana cena stanowi kalkulację własną Odwołującego, który jest firmą specjalizującą się w wykonywaniu robót geotechnicznych, w tym m.in. kotew gruntowych z uwzględnieniem przyjętej przez wykonawcę ilości łącznej siatki 1500 m^2).

Łącznie: 530.250,00 zł netto, 652.207,50 zł brutto

Odwołujący dodał, że wykonawca w poz. 2.5-2.7 w wierszach dot. kosztu montażu barier

i siatek, narzutów przyjął wartości odpowiednio: 59.229,60zł, 57.420,00 zł oraz 37.323,00zł, czyli łącznie 153.972,60 zł.

Średni koszt montażu samych tylko barier, wskazanych

w Tabelach I, II i III Wykonawcy, w pozostałych pozycjach z wyłączeniem od 2.5 do 2.7, wynosi 139,78 zł/m². Wyliczenie łącznego kosztu montażu barier i siatek dla pozycji 2.5 do 2.7 powinno wyglądać jak następuje:

montaż barier $552+450+330=1332 \text{ m}^2 \times 139,78 \text{ zł/m}^2 = 186.186,96 \text{ zł}$

montaż siatek $800+200+500=1500 \text{ m}^2 \times 49,00 \text{ zł/m}^2 = 73.500,00 \text{ zł}$

Razem 259.686,96 zł

Łączny koszt montażu siatek i barier zaniżony jest więc o kwotę około 100 tys. zł. Okoliczność ta stanowi dowód, że oferta Wykonawcy nie zawiera kosztu montażu siatki w poz. 2.5 do 2.7.

Wobec powyższego oferta wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 5) i 10) Ustawy Pzp. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 22.06.2023 roku w sprawie KIO 1618/23: Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów.

Jak zaś stanowi wyrok KIO z dnia 19.05.2023 roku w sprawie KIO 1204/23: W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do najczęściej spotykanych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na tej podstawie prawnej należą m.in. zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu

nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia, zakres świadczenia wykonawcy lub sposób spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia, czy także równoważność zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazanie równoważności.

Odwołujący wskazał, że dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie

z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Ewentualne sprzeczności poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty powinny podlegać wyjaśnieniu lub poprawieniu oferty w zakresie określonym w art. 223 Pzp. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, skoro oferta wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. nie uwzględniała obligatoryjnej i istotnej części przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie montażu siatki przeciwrumszowej oraz dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamocowania siatki, to oferta ta pozostaje sprzeczna z warunkami zamówienia, a przez to, już z tej przyczyny powinna podlegać odrzuceniu.

Nadto Odwołujący wskazał, że w uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12 zwrócono uwagę, że „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu

i warunków realizacji.” W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np.

z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08). Jak zaś wynika z treści wyroku KIO z dnia 11.05.2011 roku w sprawie KIO 910/11: W ocenie Izby, z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 10.7.2019 r. (KIO 1205/19, Legalis), KIO podkreśliła, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia żaden przepis PZP nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty. W wyroku z dnia 25.3.2022 r. (KIO 635/22, Legalis) Izba uznała, że błędem w obliczeniu ceny jest nieuwzględnienie realnego kosztu zakupu usługi. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy)

w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nieznajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego (por. Komentarz do Ustawy Pzp, pod red. Jaworska, 2023).

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. jest wadliwa również z tej przyczyny, że zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca bowiem, w treści swojej oferty nie uwzględnił kosztu montażu siatki przeciwrumszowej i koszty zakupu (dostawy) i montażu kotew/gwoździ o wartości ok. 652.207,50 zł brutto, a przez to kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Wobec tego, również z tej przyczyny, oferta wskazanego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie, skoro oferta wykonawcy nie obejmuje wszystkich kosztów niezbędnych do zrealizowania całego przedmiotu umowy, to narusza ona również 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy Pzp. Wykonawca nie jest bowiem w stanie wykonać całego przedmiotu umowy za zaoferowaną cenę, a przez to oferta dotknięta jest wadą rażąco niskiej ceny. Wskazać jednocześnie trzeba, że oferta wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. dotknięta jest wadami nieusuwalnymi, a wobec tego niemożliwe jest zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak bowiem Odwołujący wskazał, w treści wyroku KIO z dnia 22.06.2023 roku w sprawie KIO 1629/23: Poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP występującej

w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowe działania wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym wskazać na istotne różnice pomiędzy omyłką rachunkową, a błędem w obliczeniu ceny. Ustawa Pzp nie definiuje tych pojęć, jednak przyjęć należy, iż przez omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny trzeba rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Oczywiście omyłka rachunkowa jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych. Oczywiście omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku

działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie niemożliwe jest poprawienie oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp.

z o.o. poprzez dodanie zakresu związanego z montażem siatki przeciwrumszowej oraz dostawą i montażem kotew/gwoździ, gdyż skutkowałoby to istotną zmianą w treści oferty poprzez rozszerzenie oferty wykonawcy o zakres prac o wartości ok. 652.207,50 zł brutto, co stanowi ok. 30% wartości całego zamówienia. Rozwiązanie takie sprzeczne byłoby z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 28.03.2024 roku wyraźnie wezwał Wykonawcę o:

- przedstawienie / zobrazowanie sposobu skalkulowania ceny ofertowej, w tym poszczególnych wartości częściowych elementów zamówienia wskazanych / wyszczególnionych w formularzu WWER, w sposób bardziej czytelny względem przedmiotu zamówienia oraz poszczególnych objętych nim prac i pozostałych aspektów kosztotwórczych (tzn. określonych robót / usług / materiałów / czynności / wydatków / nakładów / składowych cenotwórczych objętych przedmiotem zamówienia), niż ma to miejsce w ramach tabeli zawartej w przedłożonym w ramach złożonych wyjaśnień załączniku nr

4 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*), której treść nie wydaje się do końca zrozumiała i jasna pod względem w szczególności rozdziału i zakresu kosztów określonych w poszczególnych pozycji tej tabeli, które winny być zbieżne i winny obrazować objęcie nimi całości kosztów realizacji danych elementów zamówienia wyszczególnionych w formularzu WWER (poz. 1 i poz. 2.1. - 2.12.) zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ / OPZ.

Wobec powyższego Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia CAŁOŚCI kosztów realizacji elementów zamówienia wyszczególnionych w formularzu WWER poz. 1 i poz. 2.1-2.12. czyli de facto całego przedmiotu zamówienia.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 28.03.2024 roku ZDW/PW/2024/2356/DN-4/EG

Nadto, pismem z dnia 05.04.2024 roku Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do:

- Zamawiający wnosi o wyjaśnienie informacji zawartych w poz. 2.5., 2.6. i 2.7. (w kontekście dwóch pierwszych wierszy każdej z tych pozycji) przedłożonego w ramach pisma z dnia 03.04.2024 r. załącznika nr 1 (*KALKULACJA OFERTOWA WYKONAWCY*) w kontekście określenia, w jaki sposób zostały skalkulowane kwoty wskazane w kolumnie *Wartość Elementu (PLN netto)* tabeli, tzn. kwota 204 240 00 zł / poz 2.5, kwota 198 000,00 zł / poz. 2.6. i kwota 128 700,00 zł / poz. 2.7., tzn. jakie są poszczególne składniki cenotwórcze tych kwot) – z czego one wynikają i co konkretnie zawierają (poprzez szczegółowe ich rozpisanie i określenie).

Zamawiający ponownie wezwał, więc wykonawcę do szczegółowego rozpisania i określenia kolumny *Wartość Elementu (PLN netto)* dla poz. 2.5-2.7. Wobec tego Wykonawca zobligowany był do szczegółowego rozpisania wszelkich wartości cenotwórczych składających się na wartości ujęte w kolumnie *Wartość Elementu (PLN netto)*.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 05.04.2024 roku ZDW/PW/2024/2526/DN-4/EG

Jednocześnie Odwołujący wskazał na treść art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, który stanowi:

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, a w szczególności brak ujęcia w ofercie wykonawcy kosztów montażu siatki oraz kosztu zakupu (dostawy) i montażu kotew/gwoździ oraz fakt,

iż wykonawca był zobowiązany do szczegółowego rozpisania i rozdzielenia wszelkich kosztów realizacji całego zadania to wskazać należy, że wykonawca nie wykonał zobowiązania Zamawiającego w zakresie przedstawienia kosztów całego zadania (montaż siatki i dostawy

i montaż kotew/gwoździ to elementy obligatoryjne przedmiotu umowy), a tym samym przedstawił wyjaśnienia niepełne, niepotwierdzające prawidłowości zaoferowanej ceny. Skoro zaś Wykonawca nie wykazał tych kosztów, to cena zaoferowana przez wykonawcę pozostaje rażąco niska. Nie jest bowiem możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia tak istotnej wartości jaką jest kwota 652.207,50 zł brutto.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien dokonać oceny oferty wykonawcy w oparciu o przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, bez możliwości ponownego wezwania Wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień. Żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie

może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwił jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust.

2 PrZamPubl, ciężaru dowodu" (wyr. KIO z 17.7.2015 r., KIO 1410/15, Legalis; wyr. KIO z 27.7.2015 r., KIO 1479/15, Legalis). W wyr. z 28.4.2017 r. (KIO 686/17, Legalis) KIO dopuściła powtórne wezwanie, wskazując, że: "Odnosząc się do kwestii dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie

i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny".

Wobec tego, jeśli wykonawca w odpowiedzi na aż 3 wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a zwłaszcza w zakresie szczegółowego wykazania kosztów i wartości cenotwórczych dla CAŁEGO przedmiotu zamówienia, zobowiązania tego nie zrealizował to Zamawiający nie może po raz kolejny wezwać tego Wykonawcę do przedłożenia dalszych wyjaśnień, m.in. w zakresie kosztów montażu siatki i kosztów montażu i dostawy kotew/gwoździ. Pozycje te winny być ujęte w ofercie wykonawcy i wykonawca winien je należycie opisać i wyjaśnić skoro stanowią one obligatoryjny element przedmiotu umowy, a wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, miał obowiązek ustosunkować się właśnie do kosztów całego przedmiotu umowy.

Nadto, w ocenie Odwołującego już wezwania z dnia 28.03.2024 roku i z dnia 05.04.2024 roku stanowią o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości i proporcjonalności. Zamawiający bowiem wzywając wykonawcę po raz kolejny do wyjaśnienia treści złożonej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny dał temu wykonawcy szansę do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień (patrz: informacja o udzielonym rabacie), a także kolejną szansę na uzupełnienie wyjaśnień niekompletnych i niepełnych. Ewentualne dalsze wezwania Zamawiającego do wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów wykonania przedmiotu umowy stanowić będą

z pewnością dalszy wyraz naruszenia przez Zamawiającego wskazanych zasad określonych w ustawie Pzp i nie mogą zostać zaakceptowane. Tak m.in. KIO w wyroku z dnia 24.07.2019 roku w sprawie KIO 1150/19.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego oraz o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że zamówienie będące przedmiotem niniejszego postępowania obejmuje wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zabezpieczenia odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 przed powstawaniem osuwisk i obrywów odłamków skalnych poprzez montaż / wbudowanie siatek przeciwrumszowych oraz barier przeciwoodłamkowych. Zamówienie obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej (w tym projektu wykonawczego, projektu tymczasowej organizacji ruchu, przedmiaru robót, STWiORB) wraz z pozyskaniem niezbędnych uzgodnień w oparciu o przyjęte zgłoszenie zamiaru wykonania robót budowlanych (pismo z dnia 23.03.2023 r. zn. WI-II.7843.14.12.2023.EJ), materiały zgłoszeniowe oraz Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), jak również wykonanie robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej, o której mowa wyżej.

Zamawiający podkreślił, że w toku badania złożonych w postępowaniu ofert dokonał m.in. weryfikacji oferty złożonej przez Przystępującego pod kątem kalkulacji ceny ofertowej –

w ramach procedury wyjaśniającej wdrożonej w trybie art. 224 ustawy Pzp. W ramach tego procesu Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny zawartej w ofercie (pismem z dnia 11.03.2024 r.),

a następnie pismami z dnia 28.03.2024 r. i 05.04.2024 r. wezwał wykonawcę

o doprecyzowanie i doszczegółowienie konkretnych przekazanych w tym kontekście przez Przystępującego informacji. Zamawiający uznał, iż przekazane przez Przystępującego szczegółowe wyjaśnienia i informacje potwierdzały, iż złożona przez niego oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ (w tym OPZ), w związku z czym nie jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale cenę realną, umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W toku postępowania Zamawiający stwierdził, iż wszystkie złożone w postępowaniu oferty są ważne (nie podlegają

odrzuconiu) i w oparciu o określone w SWZ kryteria oceny ofert sporządził ranking ofert, wedle którego ofertą ocenioną najwyżej w postępowaniu jest oferta złożona przez Przystępującego. W wyniku pozostałych działań proceduralnych (związanych m.in. z weryfikacją podmiotową Przystępującego oraz potwierdzeniem możliwości dokonania wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą) Zamawiający dokonał na gruncie przedmiotowego postępowania wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Przystępującego),

o czym zawiadomił w dniu 11.04.2024 r.

W dniu 19.04.2024 r. Zamawiający został poinformowany o przystąpieniu Przystępującego

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że w jego ocenie kwestionowana w odwołaniu czynność dokonania w ramach Postępowania wyboru oferty najkorzystniejszej została podjęta z poszanowaniem zasad i wymogów proceduralnych, była uzasadniona okolicznościami sprawy oraz jest prawidłowa w świetle regulacji prawnych, w tym ustawy PZP, co w ocenie Zamawiającego zostało wytłumaczone w sposób szczegółowy i wyczerpujący w ramach dokumentacji postępowania, w szczególności w treści protokołu z prac Komisji przetargowej zatwierdzonego w dniu 11.04.2024 r., oraz całościowo wynika z korespondencji dotyczącej oferty Przystępującego, prowadzonej w toku postępowania.

Zdaniem Zamawiającego brak było podstaw do zakwestionowania ważności oferty Przystępującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, czy też zawierającej rażąco niską cenę lub błąd w obliczeniu ceny, ponieważ przekazane przez Przystępującego w toku przeprowadzonej w toku tego postępowania procedury wyjaśniającej w sposób kompletny, wyczerpujący i w ocenie Zamawiającego przekonujący potwierdzają, iż oferta ta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ

(w tym OPZ) oraz zawiera cenę realną, umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uwzględniającą wszystkie konieczne elementy zamówienia.

Odnosząc się do meritum złożonego odwołania Zamawiający oświadczył, iż po zapoznaniu się z jego treścią oraz dokonaniu szczegółowej analizy zarzutów podniesionych przez Odwołującego w kontekście zapisów SWZ, obowiązujących przepisów ustawy PZP, orzecznictwa, jak również poglądów doktryny i literatury przedmiotu Zamawiający stanowczo stwierdził, iż wniesione przez Odwołującego odwołanie jest w świetle art. 554 ustawy Pzp zupełnie nieuzasadnione i nie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający nie zgadził się z zarzutem, jakoby w kontekście dokonanej proceduralnie kwalifikacji i oceny oferty Przystępującego jako ważnej i niepodlegającej odrzuceniu miał naruszyć przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10, art. 239 w związku z art. 17 ust. 2, czy art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, tzn. zaniechać odrzucenia tej oferty jako oferty rzekomo niezgodnej (nieodpowiadającej, nieczyniącej zadość) z wymaganiami określonymi w treści SWZ/w warunkami zamówienia, zawierającej cenę rażąco niską i błąd w obliczeniu ceny, czy oferty rzekomo ogólnie niezdatnej do wyboru (wobec faktu, iż miałyby ona nie obejmować wszystkich koniecznych elementów i kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz zawierać cenę, która uniemożliwia ma wykonanie tego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ), jak również dokonać wyboru tej oferty w sposób nielicujący z generalnymi zasadami procedury zamówieniowej (naruszając je).

W ocenie Zamawiającego stanowiącej kanwę dokonanej przez niego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Przystępującego zawierała cenę realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ oraz uwzględniającą wszystkie elementy, które są niezbędne do osiągnięcia tego celu – zdaniem Zamawiającego niniejsze wynika niezbicie z całokształtu wyjaśnień i informacji przedłożonych przez Przystępującego

w toku postępowania (zawartych w pismach z dnia 14.03.2024 r., 03.04.2024 r. i 09.04.2024 r. – znajdujących się w dokumentacji postępowania), co wskazane zostało również niżej

w ramach pkt 2. Zamawiający wskazał, że w ramach weryfikacji przekazanych wyjaśnień

i informacji nie stwierdził, iż oferta ta miałyby być skonstruowana nieprawidłowo i aby

w związku z tym miała podlegać odrzuceniu – również w kontekście regulacji art. 224 ust.

6 ustawy Pzp (Zamawiający uznał, iż w niniejszym przypadku nie zaistniała sytuacja nieudzielenia przez Przystępującego wyjaśnień w wyznaczonym terminie, ani sytuacja, iżby złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie ceny).

Zamawiający nadmienił, iż oczywistym dla niego jest możliwość wzywania w toku badania oferty (także w kontekście ceny ofertowej) do doprecyzowania przekazywanych przez danego wykonawcę wyjaśnień i informacji, jeżeli są one niejasne lub wywołują jakieś wątpliwości

w zakresie ich interpretacji lub rozumienia – mechanizm procedury wyjaśniającej określonej art. 224 ustawy Pzp wcale nie stanowi/nie wymaga jedynie jednokrotności wezwania do wyjaśnień (tzn. nie formułuje on i nie wynika z niego zakaz „dowzywania”), jako że przecież jego celem (podobnie jak generalnie procesu wyjaśniania treści oferty, którego jest on szczególnym narzędziem) jest doprowadzenie do rozwiania stanu wątpliwości wobec treści złożonej oferty, w tym

stwierdzenie, czy spełnia ona wymagania określone przepisami prawa i wynikające z treści SWZ. W sytuacji, gdy wykonawca nie uchyła się od składania wyjaśnień treściwych i mających na celu sprostowanie wymaganiom Zamawiającego sformułowanym w wystosowanym wezwaniu, i Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, iż wyjaśnienia te nie uzasadniają ceny określonej w ofercie, Zamawiający nie ma prawa zakwestionować takiej oferty i dokonać jej odrzucenia, a winien dążyć do miarodajnego ustalenia zakresu i przedmiotu tej oferty celem dokonania jej oceny. Wynikający z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp kontekst ciężaru dowodu nie uprawnia do dokonania odrzucenia oferty, jeżeli widać, że wykonawca nie uchyła się od złożenia wyjaśnień, chce sprostować oczekiwaniom Zamawiającego i dokonać wyjaśnienia treści złożonej przez siebie oferty (w zakresie kalkulacji zawartej w niej ceny), a jedynie czyni to w sposób indywidualnie częściowo niezrozumiały dla Zamawiającego – w takiej sytuacji Zamawiający jak najbardziej ma prawo, a wręcz obowiązek wezwania o doprecyzowanie, czy wyjaśnienie przekazanych informacji celem dokonania miarodajnej i popartej okolicznościami sprawy oceny tej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że taka sytuacja miała właśnie miejsce w toku Postępowania, w którym Przystępujący przekazał na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 224 ustawy Pzp (pismo z dnia 11.03.2024 r. – znajdujące się w dokumentacji postępowania), które – co ważne – sformułowane zostało w sposób dość ogólny, określone wyjaśnienia, które jednak w konkretnych kwestiach nie były dla Zamawiającego w pełni zrozumiałe, toteż w ramach kolejnych wezwań (ujętych w ramach pism z dnia 28.03.2024 r. i 05.04.2024 r. – znajdujących się w dokumentacji postępowania) identyfikował swoje wątpliwości i wskazywał zakres kwestii, które wymagają uszczegółowienia i innego sposobu ich przedstawienia (w odpowiedzi, na które Przystępujący przekazywał konkretne informacje i dane w sposób liczący z sformułowanymi jednostkowymi oczekiwaniami Zamawiającego). Niniejsze czynności w ocenie Zamawiającego były w zupełności zgodne z regułami procedury zamówieniowej, nie stanowiły o różnym/odmiennym traktowaniu wykonawców (taką praktykę działania Zamawiający stosuje we wszystkich swoich postępowaniach) i nie można ich uznać za naruszające jakiegokolwiek przepisy ustawy Pzp, ponieważ były one w pełni uzasadnione i prawnie dopuszczalne – wykazane to zostało wyraźnie w szczególności w protokole z prac Komisji przetargowej (znajdującym się w dokumentacji postępowania). Wystosowywane przez Zamawiającego wezwania o doprecyzowanie wyjaśnień dotyczących ceny zawartej w ofercie Przystępującego dotyczyły sposobu przedstawienia określonych informacji, które w niektórych (konkretnie wskazanych w tych pismach) aspektach nie były w pełni zrozumiałe dla Zamawiającego, a przekazywane w ich następstwie przez Przystępującego wyjaśnienia i informacje nie zmieniały ani treści jego oferty, ani poprzednio już udzielonych wyjaśnień, a stanowiły jedynie wytłumaczenie i doszczegółowienie konkretnych informacji. Zamawiający nie zgodził się zatem z zarzutem, jakoby tymi (kolejnymi) wezwaniem umożliwiał Przystępującemu naprawę jakichś uchybień, czy też aby nimi dawał mu kolejną szansę na udzielenie wyjaśnień samych w sobie/uzupełnienie rzekomo niekompletnych i niepełnych wyjaśnień, ponieważ na kanwie dokumentacji postępowania wyraźnie widać, iż Przystępujący wcale nie uchyłał się od udzielenia wyjaśnień satysfakcjonujących, spełniających oczekiwania wynikające z danego wezwania, ale jedynie formułował je w sposób nie całkiem zgody z indywidualnymi oczekiwaniami Zamawiającego (co dotyczyło w szczególności kontekstu pierwszego z wezwań, które zostało jednak sformułowane w ogólny sposób), co trudno byłoby uznać za sytuację sankcjonowaną odrzuceniem oferty i co absolutnie jest możliwe do wytłumaczenia/doszczegółowienia właśnie w ramach wyjaśnień o doprecyzowanie konkretnych informacji. Zamawiający ponownie podkreślił, iż procedura zamówieniowa nie zabrania i nie sprzeciwia się wystosowywaniu wzywań o doprecyzowanie wyjaśnień i informacji w sprawie ceny ofertowej, jeżeli niniejsze ma na celu rozwianie określonych wątpliwości, czy przedstawienie danych informacji w inny, bardziej zrozumiały sposób i nie stanowi prostego ponawiania wezwania podstawowego w sytuacji, gdy wykonawca uchyła się od jego realizacji (ale odnosi się do konkretnych informacji/danych już przekazanych przez wykonawcę zgodnie z wezwaniem, a wymagających jedynie dodatkowego wyjaśnienia/identyfikacji w kontekście trybu / sposobu ich rozumienia).

Zamawiający wskazał, że w kontekście dokonanych przez siebie w tym postępowaniu czynności nie stwierdził, iżby były one przejawem naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości czy też zachowania stronnictwa/faworyzowania określonego podmiotu, ponieważ taką interpretację reguł proceduralnych i praktykę działania wdraża/stosuje w toku każdego prowadzonego przez siebie postępowania.

Zamawiający nadmieniał, iż zamówienie pn. Modernizacja DW 971 zapobiegająca powstawaniu osuwnisk będzie

realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj, wobec czego dopiero na etapie wykonania projektu wykonawczego (w ramach realizacji już tego zamówienia przez danego wykonawcę, któremu zostanie ono udzielone) będzie możliwe jednoznaczne wskazanie szczegółowych rozwiązań co do zakresu prac wymaganego przez Zamawiającego oraz uwzględnienie wszelkich rozwiązań technicznych w kontekście sposobu montażu

i parametrów wytrzymałościowych zastosowanych elementów, w tym tych, które charakteryzują materiał poddawany różnego rodzaju obciążeniom, w wyniku których dochodzi do odkształcenia tego materiału, jego nieodwracalnych zmian, a w efekcie złego doboru do rozpadu jego struktury. Wobec powyższego dopiero wykonanie projektu wykonawczego determinować będzie określenie szczegółowych rozwiązań i możliwość jednoznacznej wyceny elementów, które należało będzie wykonać.

Na etapie ofertowania wykonawca, z uwagi na charakter zamówienia oraz uwarunkowania

i reguły poszczególnych etapów jego realizacji (tj. wymogu opracowania w pierwszej kolejności projektu wykonawczego, który pozwoli na wykonanie robót budowlanych w terenie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i który zawierać będzie szczegółowe rozwiązania do wdrożenia w terenie w zakresie m.in. materiałów i sposobu ich wbudowania), dokonuje wyceny tego zamówienia (kalkulacji ceny ofertowej) w oparciu o pewne indywidualne założenia oraz mając na uwadze określony zakresem wynikającym z OPZ (obejmującym PFU i zgłoszenie zamiaru wykonania robót wraz z materiałami) ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego. Wykonawca na etapie sporządzania kalkulacji i wyceny całości zamówienia musi założyć, że niektóre elementy w całym zamówieniu będą wyliczane w sposób autorski na podstawie kalkulacji indywidualnej bazującej na pozyskanych ofertach cenowych, wiedzy

i doświadczeniu, jakie posiada, oraz ryzyku, jakie należy uwzględnić przy kalkulowaniu ceny, z uwzględnieniem wszelkich wymagań zawartych w dokumentach zamówienia oraz wymagań wynikających z odrębnych przepisów, w tym w szczególności przepisów prawno-pracowniczych i powiązanych.

Zamawiający wskazał, że w toku analizowania złożonej oferty Przystępującego oraz przedłożonych przez niego wyjaśnień dotyczących jej treści (w tym ceny w niej zawartej) Zamawiający przyjął, iż przedstawiona przez Przystępującego na okoliczność kalkulacji cenowej argumentacja jest wiarygodna i uzasadniona, a przedmiotowe zamówienie jest realnie możliwe do wykonania w zadeklarowanej przez Wykonawcę cenie oraz zaznaczył, iż oferowana za realizację tego zamówienia cena jest ceną ryczałtową, która nie opiera się na przedstawieniu szczegółowego kosztorysu robót budowlanych. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające, wiarygodne i miarodajne w kontekście uznania, iż cena ta jest prawidłowa z punktu widzenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań prawnych. Zaoferowana cena zawarta w ofercie Przystępującego stanowi blisko 90 % kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie tego zamówienia,

a więc oscyluje wokół ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na bazie danych rynkowych i nie odbiega od niej w sposób znaczny, czy rażący. Wykonawca oświadczył, że w cenie tej ujęte zostały wszystkie niezbędne elementy, w tym ceny wszelkich materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz koszty związane z ich dostawą

i wbudowaniem, na co przedstawił szczegółowe wyjaśnienia i dowody potwierdzające niniejsze, a Zamawiający nie stwierdził istnienia okoliczności, które podważyłyby te twierdzenia i informacje, czy też czyniły je niewiarygodnymi lub nieprawidłowymi. Zamawiający

po dokonaniu analizy złożonych wyjaśnień i wielu czynników składających się m.in. na sposób wyliczenia ceny ofertowej uznał, iż przedstawione wyjaśnienia potwierdzały rzetelność, kompletność i prawidłowość ceny zawartej w ofercie Przystępującego dając podstawę do uznania ważności i prawidłowości tej oferty.

Zamawiający w toku całościowej weryfikacji tej kwestii, celem rozwiania wątpliwości

w konkretnych aspektach, zwrócił się do Przystępującego o doprecyzowanie nowych elementów w zakresie nieistotnym dla oceny rzetelności złożonych już wyjaśnień i ogólnych działań Przystępującego. Doprecyzowanie przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie treści/informacji zawartych w przedłożonej tabeli kalkulacyjnej, w szczególności ujętych w niej informacji zawartych w poz. 2.5., 2.6. i 2.7. tabeli, zostało szczegółowo opisane. Podane

w tabeli kalkulacyjnej kwoty (stanowiące składowe wyceny poszczególnych elementów rozliczeniowych zawartych w złożonym w ramach oferty formularzu WWER) w ocenie Zamawiającego uwzględniają całość kosztów materiałów niezbędnych do wykonania prac zabezpieczających objętych zamówieniem, tj. barier, siatek oraz wszystkich innych koniecznych kosztów z uwzględnieniem przysługujących Przystępującemu rabatów handlowych i jego analizy indywidualnej. Analiza ta odnosiła się do autorskiego określenia ryzyk materiałowych Przystępującego uwzględniających także ewentualną konieczność zamontowania większej ilości elementów, niż zakładana na etapie PFU (co może implikować opracowany w toku tego zamówienia projekt wykonawczy). Przedstawione wyjaśnienia

w ramach doprecyzowania poprzednio przekazanych informacji zobrazowały całość kosztów materiałów, rabatów, ryzyk i sposobu wyliczenia ceny ofertowej w sposób potwierdzający ich kompletność i realność. Wskazać przy tym należy, iż podstawą wyceny całego zakresu prac objętych niniejszym zamówieniem były załączone materiały przetargowe i

określenie ryczałtowej kwoty kontraktu.

Zamawiający wskazał, że z tego punktu widzenia brak jest zasadności potrzeby bardziej szczegółowego weryfikowania każdej pozycji wyceny ofertowej, gdyż odnosi się ona w sposób łączny do skalkulowanej ceny ryczałtowej. Jednocześnie z uwagi na fakt, iż wykonawca po udzieleniu zamówienia będzie zobowiązany do wykonania w pierwszej kolejności na podstawie OPZ projektu wykonawczego, który szczegółowo określi wszelkie parametry wytrzymałościowe i ilościowe oraz na podstawie którego można będzie dopiero szczegółowo wyspecyfikować dokładne ilości m.in. elementów montażowych zastosowanych materiałów, to na etapie ofertowania brak jest możliwości i podstaw do żądania bardziej szczegółowych kalkulacji, niż przedstawione w toku tego postępowania przez Przystępującego, ponieważ ich szczegółowe wskazanie już na takim wstępnym etapie (bez zweryfikowanego

i zatwierdzonego przez Zamawiającego projektu wykonawczego) mogłoby budzić faktyczne wątpliwości co do rzetelnego sposobu wyliczenia ceny ofertowej i uwzględnienia w niej wszelkich niezbędnych prac. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zakładał i nie wymagał wykonania szczegółowej kalkulacji cenowej, ponieważ ta będzie mogła zostać wykonana dopiero opracowaniu i zatwierdzeniu projektu wykonawczego, którego wykonanie jest jednym z elementów tego zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przekazanymi informacjami Przystępujący stanowi firmę lokalną (jej siedziba jest zlokalizowana bardzo blisko miejsca inwestycji, tj. w Nowym Sączu) oraz posiadającą odpowiednie zaplecze sprzętowo-materiałowe znajdujące się w bardzo bliskiej odległości od przedmiotowej inwestycji (tj. zaledwie 47 km od m. Żegiestów-Zdrój), co nie tylko zmniejsza koszty transportu i dojazdu, ale daje również odpowiednią rękojmię w zakresie nadzoru i kontroli inwestycji – do wykonania przedmiotowego zadania nie ma konieczności delegowania oraz ponoszenia kosztów m.in. noclegu pracowników budowlanych, czy osób funkcyjnych. Przystępujący od lat współpracuje ze stałymi sprawdzonymi dostawcami na terenie województwa małopolskiego oraz firmami realizującymi usługi w zakresie infrastruktury technicznej (sieci i urządzeń specjalistycznych), co pozwala na osiąganie korzystnych warunków handlowych w ramach tej współpracy i zakupu materiałów z rabatami.

Mając na uwadze powyższe w kontekście uwarunkowań związanych z przedmiotem

i realizacją niniejszego zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawca w wyliczeniu ceny ofertowej winien uwzględnić wszelkie koszty realizacji zamówienia, w tym ryzyka z tym związane, co na bazie przekazanych wyjaśnień w ocenie Zamawiającego zostało uczynione

w kontekście oferty Przystępującego. Nadmieniał także, iż ocena oferty w tym zakresie należy do Zamawiającego i powinna się odbywać w odniesieniu do danego stanu faktycznego

i całokształtu występujących w nim okoliczności. Zamawiający stwierdził, iż Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, w których wykazał kalkulację cenotwórczą w rozbiciu

o charakterystyczne elementy składowe (w ramach rozwinięcia treści formularza WWER), co pozwoliło ocenić pod względem poziomu kosztowego poszczególne elementy zamówienia

i całość złożonej oferty. Zamawiający przyjął, iż przedstawione informacje i argumentacja

w tym zakresie jest zasadna, a przedmiotowe zamówienie jest możliwe do wykonania

w zadeklarowanej przez Przystępującego cenie, w tym cena ta nie jest ani dumpingowa, ani niekompletna, ani błędnie obliczona, ale jest to cena realna, uwzględniająca wszystkie wymagane elementy niezbędne do należytego wykonania tego zamówienia.

Zamawiający przytoczył okoliczność wcześniejszej współpracy z Przystępującym.

W ocenie Zamawiającego, oferta Przystępującego jest poprawnie skonstruowana, brak jest podstaw do jej zakwestionowania i odrzucenia (zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do uznania, iż zawiera ona cenę rażąco niską, cenę błędnie skalkulowaną, czy niekompletną względem przedmiotu zamówienia), a stanowi ona ofertę z najniższą ceną i jedyną ofertę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego (podczas gdy pozostałe złożone w tym postępowaniu oferty przekraczają możliwości finansowe Zamawiającego i nie mogłyby zostać wybrane jako oferty najkorzystniejsze), toteż jej wybór umożliwi udzielenie i zrealizowanie tego zamówienia.

Mając na uwadze kalkulację inwestorską, która wskazywała, iż koszt realizacji tego zamówienia wyniesie ok. 3,175 mln zł brutto, oraz przeprowadzoną w toku tego postępowania weryfikację oferty Przystępującego, Zamawiający uznał, iż oferta ta została sporządzona

w sposób rzetelny i zawarta w niej cena na poziomie ok. 2,853 mln zł (tj. tylko ok. 11 % niższa od kalkulacji inwestorskiej) zgodnie z przedłożonymi informacjami kalkulacyjnymi uwzględnia wszelkie koszty wykonania tego zamówienia, nie kwalifikuje się jako oferta podlegająca odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego wszystkie powyższe okoliczności pozwalały niewątpliwie stwierdzić, że dokonana przez Zamawiającego na gruncie niniejszego postępowania ocena oferty Przystępującego oraz czynność wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej były poprawne i uzasadnione w świetle regulacji ustawy Pzp, a więc że czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie można uznać za czynność niedozwoloną, nieprawidłową, czy i

bezpodstawną, jak również nie sposób jest uznać, iż w toku postępowania miały mieć miejsce zaniechania, czy naruszenia zarzucone Zamawiającemu w odwołaniu.

Podsumowując powyższe, Zamawiający stwierdził, iż złożone odwołanie nie zasługiwało

na uwzględnienie, ponieważ żaden ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy PZP nie znalazł potwierdzenia w dokonanych przez Zamawiającego w ramach Postępowania czynnościach

w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, zapisów SWZ oraz poglądów prezentowanych przez doktrynę i orzecznictwo, jak i innych okoliczności wskazanych

w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący w piśmie z 18 kwietnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,

po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, dalej: „Przystępujący”.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa

w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz załączone do odwołania.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja DW 971 zapobiegająca powstawaniu osuwisk, znak sprawy ZDW-DN-4-271-7/24”

Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 1 Część opisowa ppkt 1 Ogólny opis przedmiotu zamówienia, jest zadanie polegające na wykonaniu:

1) Dokumentacji projektowej (Projekt wykonawczy, Przedmiar Robót, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) w zakresie zabezpieczenia odcinków drogi wojewódzkiej nr 971 przed powstawaniem osuwisk i obrywów odłamków skalnych, poprzez montaż stalowych siatek przeciwrumszowych i barier przeciwoślankowych o wysokiej wytrzymałości w oparciu o przyjęte zgłoszenie robót budowlanych (WI-II.7843. 14.12.2023.EJ z dnia 23.03.2023 r.), materiały do zgłoszenia oraz uzyskaniu wszelkich wymaganych prawem opinii, uzgodnień i decyzji umożliwiających wykonanie zaprojektowanych robót budowlanych.

2) Robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej wykonanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego.

W Postępowaniu złożono trzy oferty.

Pismem z dnia 11.03.2024 roku, Zamawiający na podstawie art. 224 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny ofertowej w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący złożył wyjaśnienia – pismo 14.03.2024 roku wraz z załącznikiem nr

4 - Kalkulacją kosztów wykonania zadania.

Pismem z dnia 20.03.2024 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego.

Odwołujący w dniu 25 marca 2024 r. wniósł do Prezesa Izby odwołanie, w którym zarzucił, iż kalkulacja ceny oferty Wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, tj. wykonania siatki

przeciwrumoszewej, a także kosztów montażu tej siatki i kosztów dostawy i montażu kotew/gwoździ niezbędnych do zamontowania siatki.

W dniu 27.03.2024 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 28.03.2024 roku Zamawiający wezwał Przystępującego do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty (przedłożonych w ramach pisma z dnia 14.03.2024 roku).

Przystępujący w piśmie z dnia 03.04.2024 roku złożył wyjaśnienia wraz z załącznikiem w postaci Kalkulacji ofertowej szczegółowej.

Pismem z dnia 05.04.2024 roku Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty (przedłożonej w ramach pisma z dnia 14.03.2024 roku i 03.04.2024 roku).

W piśmie z dnia 09.04.2024 roku Przystępujący złożył kolejne wyjaśnienia i załączył do nich kalkulację.

Pismem z dnia 11.04.2024 roku Zamawiający powiadomił o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 16 kwietnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

Stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez „warunki zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący niezgodności treści oferty Przystępującego doszukiwał się w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny zawartej w ofercie, w tym w przedstawionych w ich ramach kalkulacjach.

Izba stwierdziła, że choć istnieje związek między treścią oferty a kalkulacją ceny ofertowej, to jednak, co istotne, przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych dwóch podstawach konieczne jest wypełnienie innych rodzajowo przesłanek.

Ponadto Izba wskazuje, że odrzucenie oferty wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest możliwe wówczas, gdy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a Zamawiający może w sposób jednoznaczny stwierdzić, mając na uwadze treść złożonej oferty, że nie jest możliwa realizacja zamierzonego w postępowaniu celu.

W wyroku z 20 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3283/2023, Izba wskazała: „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego”.

Jak wskazał sam Odwołujący: *„zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Ewentualne sprzeczności poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty powinny podlegać wyjaśnieniu lub poprawieniu oferty w zakresie określonym w art. 223 Pzp.”* – str. 14-15 odwołania.

Natomiast w celu wykazania niezgodności treści oferty Przystępującego Odwołujący powołał się na złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty.

Podzielając stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny oferty nie służą wykazaniu zgodności ofert z SWZ czy ogólnie rozumianymi warunkami zamówienia. W wyjaśnieniach, które służą potwierdzeniu prawidłowości i realności ceny, dopuszczalne jest np. posłużenie się pewnego rodzaju

uproszczeniami w zakresie określenia poszczególnych elementów ofert.

Izba miała również na uwadze fakt, że w kalkulacjach, stanowiącej załącznik do wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego wskazał on we wszystkich punktach dotyczących zabezpieczenia drogi DW 971 na poszczególnych odcinkach zarówno montaż barier, jak i siatek, a zgodnie z treścią zarzutu nr 1 odwołania, oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie obejmowała swoim zakresem wykonania montażu siatki przeciwrumoszowej.

Izba wskazuje, że gdy Odwołujący jest zdania, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, to ciąży na nim obowiązek udowodnienia tej okoliczności.

Zgodnie z art. 534 ust. 1, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów na zasadniczą i nieusuwalną niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

A wobec powyższego zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania, Izba wskazuje:

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

Przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, cenę, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący wskazał, iż w związku z tym, że oferta Przystępującego nie obejmuje wszystkich niezbędnych do zrealizowania całego przedmiotu umowy to narusza również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a wykonawca nie jest bowiem w stanie wykonać całego przedmiotu umowy za zaoferowaną cenę, a przez to oferta dotknięta jest wadą rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie uzasadnił zarzutu nr 2 odwołania, poprzestał jedynie na powyższym ogólnym stwierdzeniu.

Natomiast, mając na uwadze, że Odwołujący uzasadniając zarzut nr 1 oraz 3 odwołania wskazywał, że Przystępujący nie ujął w swojej ofercie kosztu montażu siatki, oparł się na kalkulacji własnej oraz ofertach, które zostały przedłożone Odwołującemu (kalkulacja własna Odwołującego, oferta firmy Geobrugg z 05.03.2024 r. oraz oferta firmy Nector z 06.03.2024 r.), Izba wskazuje, że w jej ocenie powyższe dowody nie są miarodajne dla wykazania, że wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Kalkulacja Odwołującego została przygotowana w oparciu o własne założenia Odwołującego i właściwe dla niego warunki kształtujące ceny w oparciu o uzyskane przez Odwołującego oferty.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że powyższe założenia i warunki są właściwe także dla Przystępującego, a wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

A wobec powyższego zarzut nr 2 odwołania podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Izba miała na uwadze poniższe okoliczności:

Zgodnie z art. 226 ust. 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Błąd w obliczeniu ceny lub kosztu oferty występuje w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Błąd w obliczeniu ceny jest skutkiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia

i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, które nie znajdują uzasadnienia w przepisach prawa lub w wymaganiach zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej błąd w obliczeniu ceny polegać może na nieuwzględnieniu realnego kosztu zakupu usługi.

W ocenie Izby, Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zarzutu, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na fakt, że wykonawca w treści swojej oferty nie uwzględnił kosztu montażu siatki przeciwrumoszowej i kosztu zakupu (dostawy) kotew/gwoździ o wartości ok. 652.207,50 złotych, a przez to kalkulacja nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że podobnie jak przypadku uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący w celu wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera wszystkich kosztów, wskazał na kwotę montażu siatki przeciwrumoszowej i zakupu

(dostawy) kotew/gwoździ, którą wyliczył przyjmując własne założenia dotyczące kosztów montażu oraz zakupu tych materiałów oraz oparł się na cenach ofert, które sam otrzymał.

Odwolujący w żaden sposób nie wykazał, że powyższe założenia i warunki są właściwe także dla Przystępującego, a wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie uwzględnił kosztu montażu siatki przeciwrumszowej i kosztu zakupu (dostawy) i montażu kotew/gwoździ o wartości ok. 652.207,50 złotych, a jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

A wobec powyższego oddaleniu podlegał również zarzut nr 3 odwołania.

W związku z tym, że nie potwierdziły się zarzuty 1-3 odwołania, w konsekwencji oddaleniu podlegał również zarzut nr 4 odwołania.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Izba wskazuje, że zamawiający jest uprawniony do kolejnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli na podstawie już złożonych wyjaśnień zachodzą dalsze wątpliwości zamawiającego. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy odpowiedź wykonawcy jest wyczerpująca na zadane przez zamawiającego pytania o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny, a zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wyartykułował pewnych pytań albo pytania do wykonawcy były wyartykułowane w sposób ogólnikowy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest powtórne wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie

i nowe wątpliwości co do zaoferowanej ceny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający biorąc pod uwagę treść kierowanych do Przystępującego wezwań do wyjaśnień – z dnia 28 marca 2024 r.: *„Zamawiający (...) wzywa Państwa do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny Państwa oferty (przedłożonych*

w ramach pisma z dnia 14.03.2024 r.)” oraz z dnia 5.04.2024 r.: *„Zamawiający wnosi niniejszym o doprecyzowanie, dopełnienie i uszczegółowienie przekazanych informacji*

i wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” oraz udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień był uprawniony do skierowania do Przystępującego ponownych wezwań do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, zwłaszcza w sytuacji, gdy nadal miał wątpliwości co do pewnych elementów wyceny oferty.

W związku z powyższym, w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców a także proporcjonalności

i przejrzystości.

Wobec powyższego zarzut nr 5 odwołania podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego

w wysokości 10.000,00 zł. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosił Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....