

WYROK

Warszawa, dnia 21 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Antex II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie przy udziale wykonawców zgłaszających wspólnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) i Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (Partner)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania 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 wykonawcę Antex II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy Antex II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej na rzecz zamawiającego Województwa Podkarpackiego - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4822/24

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 877 na odcinku Dylągówka – Szklary” (nr postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WI/4/2024). Wartość zamówienia jest wyższa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 kwietnia 2024 r. pod nr 233476-2024

Dnia 20 grudnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Antex II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

1. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawców w składzie: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (Partner) (łącznie „Konsorcjum Aldesa” lub „Aldesa”), pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.
2. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa, pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Aldesa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Aldesa, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, gdyż istotne części składowe oferty (tj. roboty ziemne ujęte w pkt 1.1.2 kosztorysu ofertowego dla etapu II) tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co przekłada się na rażąco niski charakter ceny całkowitej oferty Konsorcjum Aldesa i winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum Aldesa jako najkorzystniejszej.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo iż z treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wprost wynika, iż wykonawca Aldesa nie uwzględnił w cenie ofertowej dot. robót ziemnych (pozycja 1.1.2.2. i 1.1.2.3 dla etapu II) wszystkich elementów niezbędnych i wymaganych dokumentami zamówienia, tj. transportu oraz spoiwa.

a w konsekwencji powyższego

3.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosil o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Aldesa z uwagi na rażąco niską cenę oferty.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia.
4. Dokonania ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

a także:

5. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

6. Na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia albowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum Aldesa, w tym złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wówczas doszedłby do przekonania, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, zaś same wyjaśnienia ceny dowodzą braku w wycenie, które powodują niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Gdyby więc Zamawiający nie zaniechał prawidłowej weryfikacji tej oferty, wówczas oferta Odwołującego mogłaby w jego ocenie zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 10 grudnia 2024 r. (Informacja o wyniku postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 20 grudnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W dniu 8 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (opatrzoną datą 7 grudnia 2024 r.), w której wnosil o:

- a) oddalenie odwołania w zakresie naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,
- b) oddalenie odwołania w zakresie naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- c) oddalenie odwołania w zakresie naruszenia przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp,
- d) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i korespondencji prowadzonej z wykonawcami, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- e) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W dniu 15 stycznia 2025 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z czym Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy zgłaszający wspólnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) i Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (Partner). Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tych wykonawców do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawców zgłaszających wspólnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (dalej również: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2025 r. do akt sprawy Przystępujący złożył pismo procesowe.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego z dnia 8 stycznia 2025 r. złożonego przez Przystępującego, pisma procesowego z dnia 15 stycznia 2025 r. złożonego przez Odwołującego, dowodów nr 1 i 2 złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy, dowodu nr 2 złożonego przez Przystępującego podczas rozprawy.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodu nr 1 przedłożonego przez Przystępującego podczas posiedzenia przed KIO, w postaci tabeli porównawczej złożonych ofert na okoliczność wykazania, że ceny wskazane przez Odwołującego w pkt 3.31 odbiegają od średniej, stwierdzając, że dowód ten nie ma znaczenia dla sprawy i został powołany jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że zarzuty odwołania nie dotyczyły oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny, który co do zasady nie był sporny między stronami, co potwierdził podczas rozprawy Zamawiający na pytanie zadane przez przewodniczącą:

Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp postępowanie pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 877 na odcinku Dylągówka – Szklary”.

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców.

Zgodnie z ofertą złożoną przez Przystępującego:

Cena ofertowa (w zł brutto) wynosiła: 121 353 776,07

Okres gwarancji i rękojmi za wady wynosił: 7 lat

Zgodnie z ofertą złożoną przez Odwołującego:

Cena ofertowa (w zł brutto) wynosiła: 123 520 434,02

Okres gwarancji i rękojmi za wady wynosił: 7 lat

Do wszystkich wykonawców, w tym do Przystępującego, Zamawiający skierował na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w celu ustalenia czy oferty zawierają rażąco niską cenę.

W wezwaniu z dnia 8 sierpnia 2024 r. skierowanym do Przystępującego Zamawiający wskazał następujący zakres wyjaśnień:

Pismem z dnia 30 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył obszernie wyjaśnienia wskazując m.in. na swoje doświadczenie przy realizowaniu podobnych (wskazanych w wyjaśnieniach) inwestycji oraz doświadczony zespół. Do wyjaśnień wykonawca złożył m.in.:

1. Wykaz podmiotów, od których Wykonawca pozyskał wstępne oferty lub wyceny na potrzeby przygotowania oferty w Postępowaniu w zakresie punktów wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. (Załącznik nr 6)
2. Wykaz doświadczenia posiadanego przez Wykonawcę przy projektach drogowych (Załącznik nr 7)
3. Uzasadnienie kalkulacji poszczególnych pozycji zawartych w wezwaniu (Załącznik nr 8)
4. Oferty podwykonawców (Załącznik nr 9)

Zamawiający 12 września 2024r. - wezwał ponownie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w budzącym wątpliwości zakresie oraz wniósł o przekazanie szerszego zakresu danych potrzebnych do analizy, tj.:

- przedłożenie wartości kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, wartości założonego zysku oraz przyjętych ewentualnych rezerw dla całej oferty, a więc wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- wskazania, w których pozycjach załącznika nr 2 do oferty – TER, Wykonawca uwzględnił koszt wykonania geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej oraz stabilizacji punktów granicznych. Dodatkowo przekazanie informacji czy oferta

Wykonawcy uwzględnić odtworzenie znaków punktów osnowy geodezyjnej, usytuowanych na terenie objętym zakresem inwestycji, w sytuacji, gdy ulegną zniszczeniu, bądź w sytuacji kolizji z zakresem inwestycji, a jeśli tak, to w której pozycji TER i na jaką kwotę została ujęta,

- potwierdzenie, że wycena Wykonawcy zawarta w punkcie 1.1.1.2 TER dla obu etapów uwzględniła zakup drewna z wycinki stanowiącego własność Zamawiającego,
- wskazanie w której pozycji TER, i na jaką wartość zostały przyjęte przez Wykonawcę całkowite koszty utylizacji materiałów z rozbiórki, w tym w szczególności te dotyczące:

- wyburzenia obiektów budowlanych,
- rozbiórek podbudów i nawierzchni,
- rozbiórek elementów dróg, ogrodzeń, przepustów i pozostałej infrastruktury drogowej,
- wykonaniu wykopów na odkład (jako nieprzydatny) i nadmiaru humusu,

- wyspecyfikowanie zakresu i wartości robót składających się na kwotę ujętą przez Wykonawcę w poz. 1.1.6.1 „umocnienia skarp, rowów i ścieków” dla etapu II, załącznik nr 8,

- przekazanie informacji, w której pozycji TER ujęto koszty siedmioletniej gwarancji na oznakowanie,

- wykazanie składowych kwoty ujętej przez Wykonawcę w poz. 1.1.7.2 „oznakowanie pionowe” dla etapu II, załącznik nr 8,

- wyjaśnienia w zakresie przyjętych parametrów technicznych barier,

- szczegółowe przedstawienie przyjętej metody kalkulacji z rozbiorem na RMTS i przekazaniem kluczowych założeń dotyczących wydajności, ilości, itd. dla nw. pozycji:

a. Wykonanie wykopów mechanicznie w gr. nieskalistym z transportem urobku na odkład do wbudowania w nasyp (1 km);

b. Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu nieskalistego z wykopu (1 km) wraz z ulepszeniem gruntu z wykopu;

c. Wykonanie wykopów mechanicznie w gr. nieskalistym z transportem urobku (jako nieprzydatny),

- wykazanie składowych kwoty ujętej przez Wykonawcę w poz. 1.1.10.3 „ogrodzenia ochronno-naprowadzające” dla etapu II, załącznik nr 8,

- potwierdzenie uwzględnienia stosowania hydroobsewu z zastosowaniem mulczu celulozowego,

- potwierdzenie miejsca odwozu materiałów pochodzących z rozbiórki – RDW Łañcut,

- potwierdzenie, że oferta Wykonawcy zakłada wykonanie oznakowania pionowego z blach aluminiowych.

Pismem z dnia 30 września 2024 r. Przystępujący wraz z wyjaśnieniami przedstawił szczegółowe kalkulacje dotyczące części składowych ceny ofertowej, wskazanych w wezwaniu Zamawiającego. W zakresie odpowiedzi udzielanych dla asortymentu robót uwzględnionych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) pod nazwą „ROBOTY ZIEMNE” Przystępujący przedłożył ofertę podwykonawcy (PTB Szczepański spółka komandytowa w Przemyślu – dalej zwana również: „wykonawca Szczepański”), przekazując szerszy zakres danych, tj. rozbiór cenowy badanego asortymentu robót w podziale na sprzęt, transport i robociznę.

Przystępujący przedstawiając dowody uzasadniające wartość istotnych elementów oferty (oferta Podwykonawcy PTB Szczepański spółka komandytowa w Przemyślu) wskazał, że oferta zawiera także narzuty w postaci kosztów pośrednich, rezerw, ryzyk czy zakładanego zysku, a skalkulowana cena uwzględnia także wiedzę oraz doświadczenie Przystępującego, w tym zasady sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, przy zachowaniu staranności wynikającej z profesjonalnego charakteru prowadzonej przez Przystępującego działalności.

Zgodnie z Subklauzulą 14.1 Projektowanych Postanowień Umowy - Rozdział IV SWZ – Warunki szczególne Kontaktu ceny elementów wskazane w TER są cenami ryczałtowymi.

Zgodnie z Rozdziałem II SWZ – Formularz ofertowy, cena brutto za realizację przedmiotu zamówienia, wskazana w Formularzu ofertowym, stanowi cenę ryczałtową.

Cenę za realizację przedmiotu zamówienia należało obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wskazanych w IDW, w tym pozycji wskazanych w dokumencie TER.

W trakcie wyjaśniania przez Zamawiającego treści SWZ, została udzielona m.in. odpowiedź na pytanie nr 67 z 4 lipca 2024 r.:

10 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, gdyż istotne części składowe oferty (tj. roboty ziemne ujęte w pkt 1.1.2 kosztorysu ofertowego dla etapu II) tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co przekłada się na rażąco niski charakter ceny całkowitej oferty Przystępującego i winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;

- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo iż z treści złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wprost wynika, iż Przystępujący nie uwzględnił w cenie ofertowej dot. robót ziemnych (pozycja 1.1.2.2. i 1.1.2.3 dla etapu II) wszystkich elementów niezbędnych i wymaganych dokumentami zamówienia, tj. transportu oraz spoiwa.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego są gołosłowne. Odwołujący w odwołaniu zarzuca Przystępującemu dokonanie wyceny robót ziemnych w sposób nierynkowy, nie przedstawił jednak dowodów, które miałyby potwierdzać jego tezę. Twierdzenia swoje opiera głównie na porównaniu ofert złożonych zarówno przez Odwołującego, jak i przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Niewątpliwie ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywa na wezwanym wykonawcy, nie zwalnia to jednak Odwołującego od konieczności wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący nie wskazał, jaki powinien być minimalny koszt, który powinien ponieść wykonawca. Nie przedstawił na to żadnych dowodów. Bezsporne jest to, że w kwestionowanych pozycjach w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu występują różnice. Nie zostało jednak wykazane, że nie ma możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania kwestionuje ofertę wykonawcy Szczepański, nie przedstawił on jednak chociażby konkurencyjnej oferty, która miałaby uwiarygadniać jego twierdzenia o nierynkowości oferty złożonej przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego jest niedoszacowana. Nie podołał on jednak wykazaniu, że nie ma możliwości zrealizowania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Odwołujący w odwołaniu dokonał rozłożenia na czynniki pierwsze istotnych elementów składowych, przy czym należy zauważyć, że Zamawiający nie oczekiwał na tym etapie postępowania i nie wymagał tak szczegółowego rozbicia kosztów, jak sugeruje Odwołujący. Potwierdzeniem tego jest odpowiedź na pytanie 67 Nie bez znaczenia jest również to, że wynagrodzenie za poszczególne elementy ma charakter ryczałtowy. Przystępujący uwzględnił w wyjaśnieniach koszty pośrednie, rezerwy oraz zysk, co w powiązaniu z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia uwiarygadnia możliwość zrealizowania zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że Przystępujący w zasadzie poprzestał na stwierdzeniu, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia zwalnia go z obowiązku składania szczegółowych wyjaśnień RNC. Nie sposób się z tym zgodzić. Przystępujący złożył obszerne wyjaśnienia. Zarówno wyjaśnienia 1, jak i wyjaśnienia 2 odnoszą się do poszczególnych kwestii poruszonych przez Zamawiającego w wezwaniach. Odwołujący podniósł, że pomiędzy ofertami wykonawcy Szczepański załączonymi do wyjaśnień 1 i wyjaśnień 2 są różnice. Jak słusznie zauważył w piśmie procesowym Przystępujący szczegółowe rozbicie cen dla spornych pozycji przedstawione w ramach Wyjaśnień 2 jest korzystniejsze niż ogólne kwoty wskazane w Wyjaśnieniach 1, a różnice nieznaczne, co może chociażby wynikać z zaokrąglenia kwot. W ofercie przedstawionej przez wykonawcę Szczepański w ramach Wyjaśnień 2 przyjęto niższe stawki, od zaoferowanych w ofercie przedstawionej w ramach Wyjaśnień 1 Cena ofertowa Przystępującego w żaden sposób nie uległa zmianie i zawiera ona ok. 15% narzut w stosunku do cen podwykonawcy. Różnice w marży, w zależności od ostatecznie ustalonych warunków z wykonawcą Szczepański, nie przesądzają o nierzetelności tego wykonawcy w zakresie kalkulacji swojej ceny ofertowej. W Wyjaśnieniach 2, w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego wezwanie, znalazło się bardziej szczegółowe rozbicie cen jednostkowych dla spornych pozycji.

Reasumując Odwołujący nie wykazał, że w przypadku oferty Przystępującego dojdzie do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz że podważane przez niego ceny jednostkowe determinują cenę całej oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie podołał wykazaniu, z którymi postanowieniami dokumentacji postępowania niezgodna jest oferta Przystępującego. Zamawiający nie wymagał odrębnie wskazania w ofercie kosztów transportu i spoiwa. Zgodnie z dokumentacją postępowania miały one zostać uwzględnione w cenie ryczałtowej. Kwestie niezgodności Odwołujący podnosi w nawiązaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Odwołujący wskazuje na brak kosztów transportu, jednak w przedłożonej przez niego podczas rozprawy tabeli wskazano, że koszty przewidziane przez Przystępującego są jedynie jego zdaniem niedoszacowane. Przedłożona przez Odwołującego tabela stanowi polemikę i własną interpretację przez niego oferty złożonej przez Przystępującego wraz z pismem procesowym. Nie stanowią one analizy oferty wykonawcy Szczepański. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu np. oferty, która miałaby potwierdzać brak kosztów transportu w ofercie Przystępującego. W uszczegółowionych ofertach wykonawcy Szczepański, które do swoich wyjaśnień przedłożył Przystępujący została wskazana pozycja „Samochód transportowy z operatorem” (5, 15, 1). W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która potwierdzałaby, że w pozycji tej nie został zawarty koszt transportu. Nie wskazał na czym miałyby polegać wykorzystanie samochodów transportowych wraz z operatorami za wskazane w tabelach kwoty, jeśli nie na transporcie. Dodatkowo należy wskazać, że sam tytuł tabeli zawiera określenie: „Wykop wraz z transportem gruntu”, co sugeruje, że transport został uwzględniony w pozycjach „Samochód transportowy wraz z operatorem”.

Odnosząc się do kosztów spoiwa z postanowień STWIORB wynika, że doziarnienie gruntu należy wykonać, jeżeli nie będzie można uzyskać wymaganego zagęszczenia. Przystępujący uwzględnił spoiwo w pozycji 1.1.2.1 („cena jednostkowa spoiwa” - na etapie wykonania wykopów na nasyp). Odwołujący nie wykazał, że powinno ono zostać uwzględnione w pozycji 1.1.2.3. Odwołujący odwołał się do oferty otrzymanej przez Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie od wykonawcy Szczepański oraz różnic pomiędzy tą ofertą a ofertą uzyskaną przez Przystępującego. Izba wskazuje, że oferty składane różnym wykonawcom mogą się różnić od siebie, co nie oznacza, że nie uwzględniają tych samych elementów. Treść ofert niejednokrotnie jest wynikiem współpracy podmiotów. Ich treść nie musi być jednakowa. Powstaje na podstawie doświadczeń obu stron. Co więcej wskazać należy, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że w ofercie, którą wykonawca Strabag Sp. z o.o. otrzymał od wykonawcy Szczepański znalazła się informacja, że oferta ta nie uwzględnia ceny spoiwa. W ofercie otrzymanej przez Przystępującego informacji takiej nie ma, więc należy przyjąć, że cena ta została uwzględniona, skoro w ofercie nie znalazło się wyłączenie. Odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Odwołującego w piśmie procesowym dotyczącej określenia przydatności gruntów na potrzeby budownictwa, odniesienia się do projektu budowlanego oraz zasad wykorzystania gruntów Izba wskazuje, że orzekając jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a nie w uzupełniających je pismach procesowych. Wymienione okoliczności zostały podniesione przez Odwołującego w piśmie procesowym, w związku z czym należy je uznać za spóźnione.

Mając na uwadze powyższe, również zarzut nr 3 będący zarzutem wynikowym w stosunku zarzutów nr 1 i 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego. Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: