**Sygn. akt: KIO 2955/23**

**WYROK**
**z dnia 20 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak**
**Aneta Mlącka**
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PBI Infrastruktura Spółka Akcyjną** ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik, **PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Błonie 8, 27-600 Sandomierz

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Świętokrzyskie, Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach**, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce

przy udziale

Wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy – **Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Tadeusza Szafrana 5A/LU1, 30-363 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów Przystępującego po stronie Zamawiającego;
2.2Zasądza od Odwołującego na rzecz Geosolid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:……**
**……**

**……..**

**Sygn. akt: KIO 2955/23**

**U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, w trybie podstawowym na *„Budowę obwodnicy w miejscowości Bogoria w ciągu drogi wojewódzkiej nr 757"*(sygn. postępowania: ŚZDW.N-WZ.222.1.49.2023.WR), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.07.2023 r., S/132 421905, wobec czynności polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (Geosolid Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 06.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PBI Infrastruktura S.A. z/s w Kraśniku i PBI WMB Sp. z o.o. z/s w Sandomierzu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) PZP i w zw. z art. 109 ust. 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż Geosolid, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia ( dalej jako „JEDZ") dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa

w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?", gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa wobec nałożenia na Geosolid kar umownych w toku realizacji umów z Zarządem Zieleni Miejskiej w Krakowie: umowa nr ZZM/U/II/200/IM/789/2019 z dnia 05 grudnia 2019 r. wraz z aneksami na realizacje zadania pn.: „Zagospodarowanie terenu wokół wschodniej części zalewu Bagry w Krakowie" oraz umowa nr ZZM/U/II/191/IM/680/2020 z dnia 24 listopada 2020 r. wraz z aneksami na realizacje zadania pn.: „Wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn.: „Kąpielisko nad Bagrami Wielkimi - plaża i toalety";

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek odrzucenia oferty ze względu na brak spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia zawodowego, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4a SWZ, gdyż z dokumentów złożonych przez Geosolid wynika jednoznacznie, że celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego Geosolid powołał się na podmiot trzeci udostępniający zasoby, tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim w zakresie wykonania co najmniej 1 zadania polegającego na budowie/przebudowie drogi klasy G lub wyższej o wartości zrealizowanych robót minimum 15.000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich 5 lat, podczas gdy Geosolid nie zamierza przekazać do wykonania temu podmiotowi wymaganego zgodnie z art. 118 ust. 2 PZP zakresu robót o wartości co najmniej 15.000.000,00 zł brutto, wskutek czego nie zapewni realnie wykonania robót budowlanych podmiotowi trzeciemu, na którego doświadczeniu polega w zakresie warunku doświadczenia zawodowego;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca ten nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej ponieważ przedstawione przez Geosolid wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny są niewiarygodne, nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń tego wykonawcy w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, zaś przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Geosolid i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 3)

4. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid w sytuacji, gdy przygotowana przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ nie zawiera wyceny w zakresie wszystkich elementów odnoszących się do wymagań ogólnych D.M.00.00.00, jak również zawiera wycenę elementów innych niż wymaga tego Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Geosolid jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Geosolid jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu oraz którego oferta zawiera rażąco niską cenę, ewentualnie, którego oferta nie spełnia warunków zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 26.09.2023 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpili: po stronie Odwołującego – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. z/s w Kielcach, a po stronie Zamawiającego – Geosolid Sp. z o.o. z/s w Krakowie.

Zamawiający złożył w dniu 19.10.2023 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w zakresie zarzutu nr 1. Zarzuty od 2 do 4 Zamawiający uwzględnił.

Przystępujący po stronie Zamawiającego na posiedzeniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów.

Odwołujący cofnął zarzut nr 1 w pozostałym zakresie podtrzymał odwołanie.

**Zarzutu nr 2** - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 118 ust. 2 Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Geosolid z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. wykazania doświadczenia w budowie/rozbudowie drogi klasy G lub wyższej o wartości zrealizowanych robót min 15 mln zł. brutto – podstawa faktyczna odnoszona była do wartości referencyjnej dostawy, która miała wyznaczać zakres prac, w jakich powinien zostać zaangażowany podmiot udostępniający zasoby, jako podwykonawca robót. Odwołujący kwestionował bowiem możliwość uznania za wystarczające dla wykazania spełnienia warunku zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby jako podwykonawcy przy wykonaniu robót asfaltowych przez cały okres realizacji zamówienia i nadzoru, w sytuacji gdy wartość samych robót jest niższa od 15 mln zł. – pkt 47 – 49 str. 27 odwołania;
Odwołujący zarzut opierał na analizie wyjaśnień, jakie Geosolid złożyło w zakresie ceny z dnia 11.09.2023 r., w których wskazał, że całość wykonania podbudów i nawierzchni asfaltowych (czyli w tym roboty, które powinny być wykonane przez ww. podmiot trzeci udzielający zasoby) oszacował na wartość 8.560.736,00 zł netto (czyli 10 529 705,28 zł brutto). Zatem zakres robót budowlanych powierzony ww. podmiotowi trzeciemu na tej inwestycji nie spełnia wymogów ustawowych wynikających z art. 118 ust. 2 PZP, gdyż z powyższych oświadczeń Geosolid wynika, że ww. podmiot udostępniający zasoby, nie będzie wykonywał zakresu robót, do realizacji, których te zdolności są wymagane przez Zamawiającego. Nadto, z kosztorysu ofertowego Geosolid złożonego wraz z ofertą, z tabeli elementów rozliczeniowych wynika, że roboty branży drogowej w zakresie warstwy ścieralnej z o AC 11S (pkt 12.4) oraz warstwy wiążącej z betonu asfaltowego AC 16W (pkt 12.5) opiewają jedynie na łączną kwotę 3.716.748,00 zł netto (4 571 600,04 zł brutto). Co więcej, wątpliwości Odwołującego w tym zakresie budzi również fakt, że Geosolid wyjaśniając cenę nie załączył do swych wyjaśnień żadnej oferty cenowej Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów w Mińsku Mazowieckim w zakresie robót dotyczących wykonawstwa nawierzchni asfaltowej, natomiast złożył w tym zakresie ofertę PRD Starachowice oraz

ofertę firmy Balzola. Z powyższego wynika, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Geosolid jako niespełniającą warunku w zakresie doświadczenia zawodowego, gdyż w wymaganym przez SWZ zakresie (tj. na kwotę 15.000.000,00 zł brutto) roboty te nie będą wykonywane przez ww. podmiot trzeci.

**Zarzutu nr 3** – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca ten nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej ponieważ przedstawione przez Geosolid wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny są niewiarygodne, nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń tego wykonawcy w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał na brak szczegółowej kalkulacji (pkt 63 odwołania), brak oferty podwykonawczej od podmiotu, który ma realizować prace o wartości co najmniej 15 mln zł (pkt 64 odwołania), brak wyliczenia kosztów ogólnych objętych pozycją DM 000.000. (pkt 65 odwołania), jak również kwestionował rynkowość wyceny wybranych pozycji (pkt 69 - 73 odwołania).
Według Odwołującego nie zasługuje na aprobatę pogląd, że ujęcie w cenie oferty oczekiwań finansowych podwykonawcy, zwalnia wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia z troski o rzetelność wyceny części zamówienia, którą dany podwykonawca wykona. W zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący uznał, iż Geosolid nie wykazał sposobu wyliczenia ceny w zakresie odnoszącym się do kwoty 15 000 000 zł, co stanowi ponad 35% wartości całej oferty.
Kolejno Odwołujący zarzuca, że Geosolid nie wyjaśnił oraz nie wykazał zasadności wyliczonej przez niego ceny, w zakresie odnoszącym się do wymagań ogólnych czyli kosztów dostosowania się do wymagań warunków umowy i wymagań ogólnych zwartych w specyfikacji technicznej DM.00.00.00 oraz OPZ. Wykonawca oszacował tę pozycję na kwotę 50 000 zł netto, tymczasem pozostali wykonawcy szacowali ją na blisko 1 000 000 zł netto. Oznacza to tym samym, że wykonawca ten nie wycenił wszystkich kosztów jakie winny znajdować się w tej pozycji, obejmujących, m.in. koszt zabezpieczenia kontraktu, wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia CAR, koszty zapewnienia nadzoru saperskiego, przyrodniczego, archeologicznego, czy też koszty obsługi laboratoryjnej. Co prawda, w treści wyjaśnień z dnia 11 września 2023 r. Geosolid podał, że z uwagi na dotychczasową działalność posiada otwarte linie gwarancyjne oraz zawarte polisy ubezpieczeniowe, jednakże jak sam wskazał, pozwoliło mu to ograniczyć jedynie koszty pośrednie związane z ich pozyskaniem i opłacenie składek. Nie zmienia to jednak faktu, iż w cenę powinny być również wkalkulowane koszty ubezpieczenia i zabezpieczenia kontraktu, czego w niniejszej sprawie Geosolid całkowicie zaniechał. Podkreślić bowiem należy, iż zarówno zabezpieczenie (jeżeli ma zostać udzielone w formie gwarancji ubezpieczeniowej), jak również ubezpieczenie kontraktu, w szczególności w zakresie ubezpieczenia CAR, zawierane są odrębnie dla każdego kontraktu.
Kolejno Odwołujący podnosi, że oferta Geosolid zawiera rażąco niską cenę w zakresie wykonania warstwy mrozoochronnej stabilizowanej spoiwem hydraulicznym C 3/4 (mieszanka CBGM C 3/4). Wykonawca ten wycenił pozycję na poziomie 19 zł/m2, co wynika z poz. 10.4.3. uproszczonego kosztorysu złożonego przez niego wraz z ofertą. Odwołujący zauważa jednak, że cena ta jest nierynkowa i brak jest możliwości wykonania tego zakresu Zamówienia w zaoferowanej przez wykonawcę cenie. Odwołujący podnosi, iż cena ta nie pokrywa nawet kosztów samego materiału, które przy założeniu ceny za materiał wynoszącej, np. 190 zł/m3 (oferta firmy Beton-Bud) przy grubości warstwy 15 cm, będą wynosiły 28,50 zł (190x0,15=28,50). Dodatkowo do stawki tej powinien zostać doliczony także transport, robocizna oraz sprzęt, czego Geosolid nie skalkulował.
Podobnie rzecz przedstawia się odnośnie do wyceny pozycji 10.4.4, 10.4.5., 10.4.6 oraz 10.4.9 uproszczonego kosztorysu tego wykonawcy, w której zaoferował on cenę wynoszącą
odpowiednio: 21 zł, 24 zł, 24 zł, 35 zł. Stawki te również nie są stawkami rynkowymi, a tym samym brak będzie możliwości zrealizowania tego zakresu Zamówienia w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami Zamawiającego.
Odwołujący zwraca również uwagę na to, że w odniesieniu do wyceny oznakowania poziomego grubowarstwowego, Geosolid nie zastosował stawki rynkowej, a wobec tego i w tym zakresie nie będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy oraz zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zauważyć należy, że Geosolid wycenił tę pozycję na 13 zł/ m2 (poz. 14.1.1. uproszczonego kosztorysu Geosolid), 15 zł/m2 (poz. 14.1.2. uproszczonego kosztorysu Geosolid) oraz 15 zł/m2 (poz. 14.1.3. uproszczonego kosztorysu Geosolid). Tymczasem pozostali wykonawcy wycenili te pozycje na kwoty wynoszące ok. 80 – 110 zł/m2. Z kolei Zamawiający w kosztorysie inwestorskim wycenił te pozycje na kwoty 87,50 zł oraz 91,50 zł.
Również w zakresie oznakowania pionowego, Geosolid zastosował nierynkową stawkę w odniesieniu do konstrukcji wsporczej (poz. 14.2.2 uproszczonego kosztorysu Geosolid), którą oszacował na kwotę 200 zł za sztukę. Odwołujący podnosi, iż stawki w tym zakresie są dużo wyższe i wahają się w granicach od 1.200 zł do 5.550 zł, co potwierdzają pozyskane przez Odwołującego oferty. Na tej podstawie Odwołujący wycenił tę pozycję na blisko 5 000 zł. Z kolei zaś Zamawiający oszacował tę pozycję na kwotę nieco ponad 1 200 zł.
W wyjaśnieniach z dnia 11 września 2023 r. Geosolid podał, że w bezpośrednim sąsiedztwie terenu realizacji zamówienia posiada zaplecze budowy, tj. w Rakowie oraz, że z końcem września ukończy prace związane z realizacją DK47, co pozwoli mu dodatkowo zaoszczędzić pewne koszty. Dodatkowo wykonawca ten podkreślił, że własny personel również pozwolił mu na oszczędności w zakresie kosztów ogłoszeń o pracę, szkoleń, badań lekarskich, czy też wyposażenia w środki ochrony. W odniesieniu do tego Odwołujący podnosi, że Geosolid nie wykazał, jakiego rzędu oszczędności uzyskał dzięki powyższym okolicznościom – a tylko przedstawienie konkretnych wyliczeń w tym zakresie mogłoby stanowić o słuszności tego argumentu i mogłoby uzasadnić zastosowaną kalkulację. Co więcej, posiadanie własnego personelu, w tym wykwalifikowanej kardy inżynierskiej nie jest niczym nadzwyczajnym i nie stanowi o atrakcyjności oferty. Powszechnym jest, że każdy wykonawca w branży budownictwa drogowego taką kadrą dysponuje.

Geosolid w wyjaśnieniach podał również, że dzięki współpracy z dostawcami materiałów, uzyskał atrakcyjne upusty, co pozwoliło mu na obniżenie ceny ofertowej. Odwołujący podnosi jednak, że Geosolid nie wykazał jakiego rzędu oszczędności uzyskał w tym zakresie.
Bez znaczenia jest również przedstawione przez Geosolid zestawienie kosztów zawartych przez niego w kosztorysie ofertowym z ofertami Balzola Polska Sp. z o.o., Mixbud Kontrakty Sp. z o.o., Klima K. J. W. T. Wcale nie dowodzi ono bowiem, że zastosowane w tym zakresie przez Geosolid ceny, są cenami rynkowymi oraz, że na ich podstawie możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – aby to stwierdzić wystarczy dokonać porównania kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaoferowana przez Geosolid cena jest rażąco niska.
Podobnie rzecz przedstawia się w odniesieniu do ogólnej kalkulacji przedstawionej przez Geosolid na str. 10 wyjaśnień z

dnia 11.09.2023 r. Wykonawca ten dokonał w niej jedynie zbiorczego zestawienia kosztów, co całkowicie uniemożliwia ich weryfikację, w tym w szczególności w zakresie liczby roboczogodzin przyjętych do realizacji całego zadania.

**Zarzut nr 4**, jako zarzut ewentualny podniesiony został na wypadek, gdyby Izba uznała, iż zarzut wcześniejszy nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucając naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid w sytuacji, gdy przygotowana przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ nie zawiera wyceny w zakresie wszystkich elementów odnoszących się do wymagań ogólnych D.M.00.00.00, jak również zawiera wycenę elementów innych niż wymaga tego Zamawiający, odnosił się do braku wyceny pozycji DM 000.000 (pkt 86 odwołania), a także wyceny oznakowania poziomego grubowarstwowego (pkt 88 odwołania)

Zastosowane przez Geosolid stawki zawarte w pozycjach kosztorysu 10.4.3 – 10.4.6, jak również w pozycji 10.4.9 uproszczonego kosztorysu tego wykonawcy wskazują, że tak naprawę wykonawca ten nie wycenił wymaganej przez Zamawiającego technologii, tzw. technologii z dowozu (stabilizacji C3/4 (CBGM C3/4) zakupionej od firm zajmujących się produkcją mieszanek w wytwórniach stacjonarnych lub mobilnych, ponieważ kwoty jakie zaproponował Geosolid nie pokryją nawet kosztów potrzebnych materiałów, o czym pisał Odwołujący także w ramach zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Na podstawie przyjętej przez Geosolid stawki uznać należy, iż *de facto* dokonał on wyceny tego zakresu zamówienia w technologii mieszania na miejscu, czego nie dopuszczał Zamawiający (jest to niezgodne z wymaganiami STWiORB D.04.05.01A pkt. 3.2. Sprzęt stosowany do wykonania robót, pkt. 5.4. Projektowanie mieszanki związanej cementem oraz pkt. 5.8. Wytwarzanie i wbudowanie mieszanki). Dodatkowo STWiORB pkt. 5.8 wymaga przy produkcji mieszanek prowadzenia zakładowej kontroli produkcji zgodnie z PN-EN 14227-1: 2013 załącznik B - co jest wymaganiem nie do spełnienia przy stabilizacji mieszanej na miejscu (którą założył Geosolid).)
Geosolid w poszczególnych pozycjach kosztorysu uproszczonego zaproponował następujące stawki: poz. 14.1.1 – 13 zł m2/ poz. 14.1.2 - 15 m2/ poz. 14.1.3 - 15 zł m2. Przypomnieć w tym zakresie należy, iż ceny oferowane przez pozostałych wykonawców oscylują w kwotach ok. 80 – 110 zł za m2. Ceny zaproponowane przez Geosolid wskazują na to, iż w zasadzie wycenił on oznakowanie poziome - cienkowarstwowe (oznakowanie poziome jezdni farbą chlorokauczukową) zamiast grubowarstwowego chemoutwardzalnego.

**Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, dokumenty złożone przez Geosolid Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, jak również wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z 11.09.2023 r., a także stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie.

**Izba ustaliła i zważyła.**

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa obwodnicy w miejscowości Bogoria w ciągu drogi wojewódzkiej nr 757. W swz, pkt IV wskazane zostały roboty, jakie obejmuje przedmiotowa inwestycja, a te opisane zostały jako:

1) Budowa nowego odcinka Drogi Wojewódzkiej nr 757, o klasie technicznej G,

2) Przebudowa istniejącego odcinka DW 757 na początku i końcu opracowania w celu dowiązania się projektowanej obwodnicy ze stanem istniejącym,

3) Budowa czterowlotowego ronda w miejscowości Kiełczyna, łączącego istniejący przebieg DW 757 z nowoprojektowaną obwodnicą,

4) Budowa pięciowlotowego ronda w ciągu istniejącej Drogi Powiatowej nr 0780T (ul. Rakowska) oraz projektowanej obwodnicy,

5) Budowa trójwlotowego ronda tuż przed miejscowością Bogoria (na terenie niezabudowanym) na końcu opracowania, w celu dowiązania projektowanej obwodnicy z istniejącym przebiegiem DW 757,

6) Przebudowa DP 0780 T (ul. Rakowska) w celu spełnienia warunków technicznych dot. klasy technicznej Z,

7) Przebudowa drogi gminnej nr 312026T (ul. Ujazd) – zmiana jej dotychczasowego przebiegu, włączenie do ww. ronda pięciowlotowego, oraz spełnienie warunków technicznych dot. klasy technicznej L

8) Budowa wiaduktu nad drogą gminną nr 312052T (ul. Osiedlowa),

9) Budowa skrzyżowania skanalizowanego projektowanej obwodnicy z drogą gminną nr 312045T (ul. Kolejowa – klasa techniczna L),

10) Budowa miejsca kontroli pojazdów dla samochodów ciężarowych,

11) Budowa dodatkowych jezdni, służących do obsługi terenów przyległych,

12) Budowa i przebudowa zjazdów indywidualnych, publicznych oraz budowa wjazdów/wyjazdów,

13) Budowa konstrukcji oporowej w rejonie skarpy wykopu o nienormatywnych pochyleniu (początek opracowania),

14) Budowa chodników,

15) Budowa i przebudowa rowów przydrożnych wraz z przepustami pod korpusem drogowym oraz zjazdami,

16) Budowa przepustu pod drogą wraz z półkami umożliwiającymi przejście płazów oraz z wykonanie płotków naprowadzających,

17) Budowa zbiornika infiltracyjno-odparowującego,

18) Budowa układu kanalizacji deszczowej,

19) Budowa oświetlenia drogowego,

20) Przebudowa infrastruktury technicznej kolidującej z planowaną inwestycją (cz. teletechniczna, elektroenergetyczna, instalacyjna),

21) Wykonanie elementów Docelowej Organizacji Ruchu (oznakowanie pionowe, oznakowane poziome, urządzenia bezpieczeństwa ruchu),

22) Wycinka drzew i krzewów kolidujących z planowaną inwestycją oraz wykonania nasadzeń zastępczych wzdłuż planowanej inwestycji.

Szczegółowy zakres zamówienia oraz sposób jego realizacji zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia, na który składają się następujące

dokumenty Dokumentacja SST, Kosztorys ofertowy oraz Przedmiary robót, stanowiący **Załącznik nr 7 do SWZ**.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 58.523.730,46 zł.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4a SWZ opisał warunek:

*„a) Doświadczenie zawodowe - Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie (zakończył) co najmniej 1 zadanie polegające na budowie/rozbudowie drogi klasy G lub wyższej o wartości zrealizowanych robót minimum 15 000 000,00 zł brutto*".
Zgodnie z rozdziałem XI swz,, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach i sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w ust. 2, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, a także w celu wykazania braku wobec tych podmiotów podstaw do wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca:

**1)** składa wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy - zgodnie z **Załącznikiem nr 3 do SWZ;**

**2)** na wezwanie zamawiającego składa Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ – ESPD) dotyczący tych podmiotów, w zakresie wskazanym w Części II Sekcji C ESPD *(Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów*);

**3)** w terminie określonym w Rozdziale X ust. 4 SWZ, przedkłada w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia i dokumenty wskazane w ust. 5.

Cena oferty zostanie wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej wg kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie, wartość netto, wartość podatku VAT w obowiązującej wysokości oraz wartość brutto (wartość netto + wartość podatku VAT). Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót. Wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy

Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty koniecznego zaangażowania na etapie realizacji zamówienia personelu pomocniczego. Wykonawca dodatkowo zobowiązany jest we własnym zakresie i na swój koszt do:
1) zamontowania na czas budowy, a po zakończeniu budowy zdemontowania, dwóch tablic informacyjnych wg załączonego wzoru – Załącznik nr 11.
2) umieszczenie na terenie budowy, dwóch tablic informacyjnych o treści i schemacie zgodnym z „Podręcznikiem wnioskodawcy i beneficjenta Funduszy Europejskich na lata 2021-2027 w zakresie informacji i promocji" – w przypadku uzyskania przez Zamawiającego dofinansowania ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej;
3) zapewnić obsługę geodezyjną (w tym inwentaryzację powykonawczą) i laboratoryjną oraz projekt tymczasowej organizacji ruchu wraz z elementami oznakowania i utrzymaniem oznakowania przez okres realizacji robót,
4) zapewnić nadzór przyrodniczy,
5) zapewnić nadzór archeologiczny,
6) zabezpieczenia punktów geodezyjnych, które podlegają ochronie w trybie Ustawy Prawo Geodezyjne i Kartograficzne. Punkty geodezyjne podlegające ochronie, a kolidujące z robotami należy przenieść na koszt Wykonawcy (opracowanie niezbędnej dokumentacji, uzgodnienie i wykonanie).
7) zapewnienia rozpoznania saperskiego przed rozpoczęciem robót a w razie potrzeby zabezpieczyć nadzór saperski i przeprowadzić niezbędne prace.
8) pozyskania wszystkich wymaganych dokumentów, (tj. porozumienia, umowy, warunki techniczne itp.), bądź czynnego udziału w ich pozyskiwaniu, umożliwiających prowadzenie robót związanych z przebudową sieci i innych urządzeń obcych. Opłaty związane z nadzorem właścicielskim sprawowanym na przebudowywanych sieciach obciążają w całości Wykonawcę robót.
9) pozyskanie w uzgodnieniu z Zamawiającym nowych decyzji, warunków technicznych, uzgodnień itp. lub ich prolongaty o ile straciły lub utracą ważność przed wykonaniem robót budowlanych, w tym również projektu stałej organizacji ruchu jeśli stracił ważność.
10) opłat związanych z zapewnieniem ciągłości dostaw oraz z przeprowadzeniem wszelkich prób, sprawdzeń, badań, czasowe wyłączenia sieci elektroenergetycznej, wodociągowej, teletechnicznej, gazowej itp. (w tym spuszczenie i napełnienie instalacji) na przebudowywanych sieciach.
11) uzgodnienia z właścicielami w przypadku konieczności wejścia na teren przyległy,
12) wszelkie koszty i opłaty za wyłączenia i włączenia mediów typu energia elektryczna, gaz, woda.
13) Udziału Kierownika Budowy w Radach Budowy min. 1 raz w miesiącu.
14) do inwentaryzacji nieruchomości objętych decyzją ZRID przed rozpoczęciem robót budowlanych, przeznaczonych do przejęcia z mocy prawa na rzecz Województwa Świętokrzyskiego (nasadzenia, zasiewy, zabudowania, ogrodzenia itd.) wraz z podpisaniem obustronnych protokołów z przejęcia nieruchomości z dotychczasowymi właścicielami działek (należy wykonać trzy egzemplarze w formie papierowej oraz wersję elektroniczną – format PDF) w standardzie umożliwiającym dokonanie wyceny działki przez rzeczoznawcę majątkowego.
15) odkupienia pozyskanego z wycinki drewna (kłody, dłużyce) po cenach obowiązujących w dniu sprzedaży we właściwym terytorialnie Nadleśnictwie na zasadach określonych w Zarządzeniu Nr 6/2017 w sprawie wprowadzenia w ŚZDW w Kielcach – Instrukcji postępowania przy usuwaniu drzew i krzewów rosnących w pasach drogowych dróg wojewódzkich na terenie Województwa Świętokrzyskiego oraz powołania Komisji do wyceny i sprzedaży drzew.
16) zapewnia miejsce ukopu, dokopu i odwozu ziemi i gruzu oraz innych odpadów na własny koszt.
17) roboty rozbiórkowe są częścią przedmiotu zamówienia i podlegają wykonaniu w zakresie wskazanym w dokumentacji projektowej i warunkach umowy.

W postępowaniu złożonych zostało 9 ofert. Ceny ofert od najniższej złożonej przez Geosolid Sp. z o.o. wynoszą:

42.379.849,49 zł., 50.662.588,07 zł, 50.913.971,53 zł, 52.687.132,87 zł, 53.117.474,00 zł, 53.431.055,33 zł, 59.340.571,00zł, 62.787.771,89 zł, 64.415.886,52 zł.

Zamawiający pismem z 05.09.2023 r. wezwał Geosolid Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny zostało uzasadnione różnicą zaoferowanej ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek, tj. kwoty 45.808.119,94 zł. W wezwaniu Zamawiający wskazał m.in. na konieczność wykazania *zgodności skalkulowania oferty z D.M.000.000 Wymagania ogólne; zgodności skalkulowania oferty z wymaganiami § 4 wzoru umowy – Obowiązku i odpowiedzialność Wykonawcy; zgodności skalkulowania oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt IV SWZ*Dalej Zamawiający wskazał, iż *Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego zasadnym jest przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznają Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a które nie zostały wymienione powyżej. Ze złożonych wraz z dowodami wyjaśnień wynikać musi, iż przedstawiona w ofercie cena wyliczona została rzetelnie i jest realna oraz wiarygodna, oraz że ujęte zostały w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę złożone wyjaśnienia wraz z dowodami w wyżej wymienionym zakresie. Zgodnie z art. 224 ust 5 ww. ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy*.

Wykonawca w odpowiedzi złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, łącznie na 127 stronach. Wyjaśnienia obejmują opis założeń przyjętych do kalkulacji, m.in. w zakresie stawki roboczogodziny (33,10 zł), ogólne zapewnienie co do dostępu sprzętu i personelu na potrzeby tej inwestycji, doświadczenia wykonawcy, sprawdzone kanały dostawców materiałów i usług (wraz z zestawieniem maszyn). Następnie Wykonawca odniósł się do ceny wykonania mostu i branży konstrukcyjnej, potwierdzone ofertami dwóch podmiotów wraz ze zweryfikowaną rynkową ceną materiałów (oferta na asortyment stalowy, mieszanki betonowej, wykonania pali wierconych). Ponadto, Wykonawca przedłożył dwie oferty na wykonanie kompleksowej usługi geodezyjnej (niższe od kwoty wskazanej w kosztorysie uproszczonym). Kolejne dowody – oferty kompleksowe dotyczą branży teletechnicznej (dział 19.1.1.1 do 19.1.17.6 kosztorysu ofertowego), kompleksową ofertę za przebudowanie linii elektroenergetycznych, napowietrznych, kablowych oraz wykonania oświetlenia, wycinki i ochrony drzew wraz z rozbiórkami, zdjęcie humusu, roboty ziemne, odwonienie, korytowanie, wykonania podbudów i nawierzchni asfaltowych (PRD Starachowice i Balzoa Polska Sp. z o.o.), oferty na kruszywa, ulepszonego podłoża, z mieszanki związanej cementem i betonu (pkt 10.3, 10.4 i 10. 5 kosztorysu branży drogowej), dla robót wykończeniowych, oznakowania, barier ochronnych, ogrodzenia, elementów ulic, nasadzeń kompensacyjnych, oferty branży instalacyjnej (wraz z ich porównaniem w formie tabelarycznej, str. 10 wyjaśnień). W podsumowaniu Wykonawca przedstawił zestawienie prezentujące koszty pośrednie i ogólne rozłożone i ujęte w poszczególnych pozycjach kosztorysowych:

Wartość szacunkowa Uwagi
Materiał 21 988 681,67 zł
Robocizna 3 028 683,10 zł 91 501 roboczogodzin po 33,10zł
Sprzęt 3 489 567,65 zł
Koszty pośrednie
(liczone od robocizny
i sprzętu)
4 432 410,51 zł 68% od robocizny i sprzętu
Zysk 1 515 819,26 zł
13,84 % liczone od robocizny sprzętu i kosztów
pośrednich
4,40% wartości całego kontraktu
**Wartość kontraktu netto 34 455 162,19 zł**

Geosolid Sp. z o.o. w zakresie wymaganego doświadczenia powołał się na potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z pisemnym zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia zawodowego - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim, podmiot ten będzie wykonywał na przedmiotowej inwestycji następujący zakres: pełnienie nadzoru oraz wykonanie części zadania w zakresie nawierzchni asfaltowej przez cały okres trwania inwestycji.

**Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.**

Zarzuty podtrzymane przez Odwołującego podlegały rozpoznaniu w związku ze sprzeciwem wykonawcy przystępującego po stronie Zamawiającego – Geosolid Sp. z o.o. wniesionym wobec uwzględnienia w części zarzutów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 Ustawy Odwołujący w podstawie faktycznej kwestionował możliwość przyjęcia na potrzebę oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, udziału podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia zawodowego, w realizacji robót, których wartość jest niższa od wartości referencyjnej roboty budowlanej opisanej w warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta prowadzi do wniosku, iż Wykonawca nie zamierza przekazać do wykonania temu podmiotowi wymaganego, zgodnie z art. 118 ust. 2 Ustawy, zakresu robót o wartości co najmniej 15.000.000,00 zł brutto, wskutek czego nie zapewni realnie wykonania robót budowlanych przez podmiot trzeci, na którego doświadczeniu polega w zakresie warunku doświadczenia zawodowego. Tak postawiony zarzut sprowadzał ocenę realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, do udziału wartościowego robót, jakie będzie realizował jako podwykonawca (zgodnie z zakresem zobowiązania złożonego w ofercie), który powinien w ocenie Odwołującego wynosić co najmniej 15 mln. zł brutto. Odwołujący kwestionował zakres rzeczowy prac, jakie miałby realizować podmiot trzeci w odniesieniu do jego nadzoru nad realizacją całości prac. Nie było natomiast kwestionowane przez Odwołującego, iż zakres powierzonych do realizacji prac, tj. *wykonanie części zadania w zakresie nawierzchni asfaltowej przez cały okres trwania inwestycji*, jest nieodpowiedni dla wykazania zaangażowania w roboty budowlane podmiotu, w roboty, do realizacji których wymagane są zdolności tego podmiotu, oceniane w ramach warunku udziału w postępowaniu.

Oddalając tak postawiony zarzut skład orzekający uznał, iż Odwołujący dokonał nadinterpretacji przepisu art. 118 ust. 2 Ustawy wnioskując, iż dla wykazania realności udostępnienia zasobu podmiotu mającego wykonywać część zamówienia, jako podwykonawca, koniecznym jest aby wartość tej części prac odpowiadała wartości referencyjnej roboty budowlanej. W ocenie składu orzekającego nie można na podstawie brzmienia przepisu, jak i treści swz dokonywać porównania wartościowego robót referencyjnych z zakresem prac stanowiących przedmiot zamówienia. Tak jak we wskazanym przepisie, Zamawiający w rozdziale XI swz, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia,

kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wskazał, iż wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Nie można w oparciu o taki zapis zawężać oceny realności udostępnienia zasobu w ten sposób, iż udział podmiotu w realizacji robót budowlanych miał być zagwarantowany do wartości robót budowlanych odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu. Wycena robót objętych zamówieniem stanowi odrębny od oceny doświadczenia wykonawcy element, niezależny w tym znaczeniu, iż wartość zamówienia wynika z wyceny kosztów wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami, marży i zysku, co nie musi i zazwyczaj nie będzie pokrywało się z wykonanym zamówieniem, którego zakres i warunki będą odmienne. Zgodnie z warunkiem, wykonawca może powołać się w celu wykazania doświadczenia na inwestycję zrealizowaną w okresie ostatnich pięciu lat, której wartość ustalana była w oparciu o odmienne uwarunkowania rynkowe, a przede wszystkim miała odniesienie do zakresu rzeczowego i szczegółowych wymagań technicznych danej inwestycji. Tym samym, zgodnie z przepisem jedynym odniesieniem zaangażowania podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia może być zakres rzeczowy robót, wynikający z brzmienia warunku, dla którego spełnienia koniecznym jest posiadanie doświadczenia w ich realizacji. Wartość referencyjnej inwestycji ustalana proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia nie precyzuje zasad wyceny, stanowi pewien miernik wolumenu zamówienia, jednak nie odnoszący się do jego szczegółów w takim stopniu aby możliwe było zestawienie z zakresem przyszłej inwestycji.

Przenosząc brzmienie warunku na zakres obecnego zamówienia należy również odnotować, iż odnosi się ono jedynie do fragmentu zamówienia opisanego w rozdziale IV swz zakresem prac. Wykonanie budowy nowego odcinka Drogi Wojewódzkiej nr 757, o klasie technicznej G, stanowi jeden z wielu elementów prac, co nie oznacza, że tylko w tym zakresie podmiot udostępniający zasoby będzie zaangażowany w roboty asfaltowe. Zgodnie z zobowiązaniem podmiot będzie realizował jako podwykonawca prace w zakresie nawierzchni asfaltowej dla całego kontraktu, co nie zostało w żaden sposób skomentowanie przez Odwołującego. Ponadto, wartość całego kontraktu uwzględnia zysk, marżę i wiele innych składowych kosztów, nie może być wprost odnoszona do samej wartości robót, których wykonanie powierza się podwykonawcy. Przyjęcie wniosku Odwołującego prowadzić musiałoby do sztucznego podwyższenia wynagrodzenia należnego podwykonawcy, tak aby pokrył on wartość zrealizowanej w innym zamówieniu całej roboty budowlanej. Takie działanie nie ma uzasadnienia ani w brzmieniu przepisu, ani w treści swz, gdzie Zamawiający opisując sposób wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego nie wprowadził takiego warunku.

Dalszy wniosek Odwołującego o braku zaangażowania w roboty budowlane podmiotu udostępniającego zasób oparty wyłącznie na założeniu o konieczności zrealizowania prac o wartości minimum 15 mln. zł, stanowił jedynie własną autorską wykładnię zobowiązania i treści art. 118 ust. 2 Ustawy. Również nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący wykazał, iż będzie w rzeczywistości dysponował udostępnionymi zasobami, gdyż udostępniający je będzie podwykonawcą robót budowlanych, jak również nadzorował będzie całość inwestycji. W świetle zobowiązania podmiotu trzeciego nie ma wątpliwości, iż będzie on rzeczywiście zaangażowany w realizację robót budowlanych.

Zarzuty nr 3 i 4 jako powiązane wspólną podstawą faktyczną miały uzasadniać zarzuty i żądanie odrzucenia oferty Geosolid Sp. z o.o., jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z warunkami zamówienia, na co wskazywać miały wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 11.09.2023 r.

Zarzuty te podlegały oddaleniu.

W odniesieniu do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przez Geosolid Sp. z o.o. Odwołujący zasadniczą cześć zarzutu opierał na dowodach pozyskanych w celu wykazania wyższych kosztów i cen rynkowych materiałów i usług, co miało podważać dowody przedstawione wraz z wyjaśnieniami, jako niewiarygodne. Odwołujący wielokrotnie na rozprawie podkreślał, iż dla przyjęcia dowodów załączonych do wyjaśnień należało w wyjaśnieniach złożyć dodatkowe potwierdzające rynkowy charakter wyceny prac. Takie założenie nie miało żadnego uzasadnienia poza dążeniem Odwołującego do pozbawienia znaczenia założeń Wykonawcy, który zaoferował cenę niższą, co oznaczało, iż każde porównanie czy to z kalkulacją Odwołującego, czy też cenami pozostałych ofert nie mogło mieć rozstrzygającego znaczenia. To dowody przedstawione wraz z wyjaśnieniami Zamawiający zobowiązany był ocenić, jako odnoszące się do indywidualnych założeń przyjętych na potrzebę skalkulowania ceny. Co istotne, wyjaśnienia należało ocenić w zestawieniu z kosztorysem uproszczonym załączonym do oferty, w którym wycenione zostały te elementy zamówienia, które Zamawiający wskazał we wzorze. Zamawiający kierując wezwanie nie doprecyzował, jakie konkretnie elementy wyceny wymagały szczegółowego omówienia, co przyznał również Odwołujący. Powołanie się bowiem na ogólne warunki (DM.000.000), obowiązki wykonawcy (wzór umowy), czy też wymagania opisane w dokumentacji postępowania, nie dostarcza precyzyjnej informacji, tak aby móc oczekiwać, iż odpowiedź nie będzie pozostawiać bez komentarza części kosztów. W takim przypadku uzasadnione byłoby zatem dopytanie Wykonawcy o szczegóły, co nie miało miejsca. Jednocześnie skład orzekający ocenił, iż wyjaśnienia wraz z dowodami prezentowały szczegóły opisujące koszty wykonania prac i zostały poparte wycenami z rynku. Zamawiający mógł na tej podstawie przyjąć, iż cena nie jest rażąco niska i pozwala wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentacji. Przedstawione wyceny z rynku prezentowały bowiem niższe koszty, niż finalnie zostały uwzględnione w uproszczonej kalkulacji, tym samym nie było konieczne przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów, czego oczekiwał Odwołujący. Nie tylko wyjaśnienie Wykonawcy ale przede wszystkim dowody dostarczały ostatecznego potwierdzenia co do rynkowości wyceny. Izba uznała za nieprzekonujące dla podważenia dowodów załączonych do wyjaśnień, dowody złożone przez Odwołującego, które należy traktować wyłącznie w kategorii innych wycen uzyskanych z rynku, które same w sobie nie podważają niższych ofert uzyskanych przez Przystępującego. Nie ma również uzasadnienia dla oczekiwania iż Wykonawca do wyjaśnień będzie załączał podglądowo inne oferty, które miałyby uwiarygodnić niższe wyceny. Skoro Odwołujący nie przedstawił dowodów, które prowadziłyby do wniosku, iż oferty załączone do wyjaśnień nie uwzględniają całości prac, na podstawie samych twierdzeń Izba nie mogła przyjąć wniosków tak o nierynkowym charakterze ceny, jak i niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych elementów wskazanych w odwołaniu Izba przyjęła argumenty prezentowane w piśmie procesowym Przystępującego, wnoszącego sprzeciw, na którym spoczywał ciężar dowodowy.

Odwołujący wskazał na pozycję nr 1 kosztorysu uproszczonego D.M. 00.00.00 – wymagania ogólne, wycenioną na kwotę 50 tyś zł, co znacząco odbiegało od kalkulacji pozostałych wykonawców (ok. 1mln zł), jak i szacowanej przez Zamawiającego wartości w kosztorysie inwestorskim (700 tyś. zł). Pozycja ta odnosi się do wymagań ogólnych dotyczących wykonania i odbioru robót, a postanowienia dotyczą, m.in. przekazania terenu, dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, materiałów, sprzętu transportu. Odwołujący wskazał na ten element opisu, w którym wymienione

zostały elementy składowe zamówienia, tj. koszt zabezpieczenia kontraktu, wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia CAR, koszty zapewnienia nadzoru saperskiego, przyrodniczego, archeologicznego, czy też koszty obsługi laboratoryjnej. Żaden z tych elementów nie był oddzielnie wyceniany w pozycjach kosztorysu uproszczonego, co jednak nie oznacza, iż cena oferty nie uwzględnia kosztów wykonania. Podany w wyjaśnieniach sposób kalkulacji kosztów pośrednich, które stanowią składniki ceny kosztorysowej, obejmujące koszty ogólne budowy i koszty zarządu. Koszty pośrednie i inne narzuty kosztorysu, stanowią dopełnienie dla kosztów bezpośrednich kalkulowanych bezpośrednio w kosztorysie na podstawie nakładów i cen jednostkowych. Na stronie 10 wyjaśnień z 11.09.2023 r. Przystępujący przedstawił poziom kosztów pośrednich oszacowanych w kwocie 4.432.410,51 zł netto, czego nie można pominąć przy ocenie zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do wyceny wykonania warstwy mrozoochronnej stabilizowanej spoiwem hydraulicznym C ¾ (mieszanka CBGM C ¾). Odwołujący zakwestionował wycenę w poz. 10.4.3 – 19 zł/m2 i przedstawił wzór do wyliczenia kosztu, przy którego zastosowaniu stawka powinna wynieść 28.50 zł w kosztorysie uproszczonym (190 zł/m3). Wyliczenie to bazuje na założeniu, iż mieszanka zostanie dostarczona na miejsce z zakładu produkującego, co nie uwzględnia sposobu realizacji założonego przez Geosolid, tj. stabilizacji mieszanek z węzła betoniarskiego, jak również cen materiałów (kruszywa, ulepszonego podłoża, z mieszanki związanej cementem i betonu) dostępnych na rynku, co zostało wykazane ofertami załączonymi do wyjaśnień. Ponadto, należy zauważyć, iż to nie jedyna pozycja kosztorysu uproszczonego dotycząca mieszanki stabilizowanej spoiwem hydraulicznym C 3/4, wycenianych w m2 w stawkach od 19,00 zł do 35,00 zł. Jak wynika z opisów, stawki różnią się w zależności od grubości warstwy. Stąd nie można wyłącznie w oparciu o cenę m3 wnioskować o zaniżonej wycenie pozycji kosztorysu uproszczonego.

Wycenia oznakowania poziomego (poz. 14.1.1 – 14.1 3) i pionowego (poz. 14.2.2), kwestionowana jest w oparciu o porównanie ze stawkami zaoferowanymi w innych ofertach i kosztorysie inwestorskim, jak również o oferty załączone do odwołania. Jak wskazano powyżej samo zestawienie z ofertami złożonymi w postępowaniu nie może być rozstrzygające, a decydująca jest treść wyjaśnień wraz z dowodami. Przystępujący taki dowód złożył, tj. ofertę TM-Via, całościowo wyceniającą oznakowanie zgodnie z dokumentacją postępowania (oznakowanie chemoutwardzalne grubowarstwowe). Dowody Odwołującego nie podważają oferty uzyskanej przez Przystępującego, przygotowanej pod konkretne zamówienie. Twierdzenie o konieczności uwiarygodnienia tej oferty innymi pozyskanymi z rynku nie ma żadnego umocowania. Skoro Wykonawca załączył ofertę przygotowaną pod konkretne zamówienie w sposób dostateczny uwiarygodnił wycenę wskazaną w ofercie. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów, które podważałyby prawdziwość tej oferty, jej aktualność, jak i zgodność z dokumentacją postępowania.

Podsumowując tą część uzasadnienia, podkreślenia wymaga, iż to nie oferty pozyskane przez Odwołującego na potrzebę wniesienia odwołania, ale oferty załączone do wyjaśnień przesądzać mogły o wiarygodności i rynkowości ceny zaoferowanej w postępowaniu przetargowym. Zastrzeżenia co do szczegółowości informacji prezentowanych w piśmie z 11.09.2023 r. bez odniesienia się do rzeczywistych danych prezentowanych w ofertach nie mogło również prowadzić do podważenia kalkulacji, jako rażąco niskiej. Odwołujący kwestionując stopień szczegółowości danych podważał spójność wyjaśnień, co jednak nie miało żadnego merytorycznego uzasadnienia. Chociażby podany przykład dotyczący stawki roboczogodziny przyjętej w kalkulacji, tj. 33,10 zł, kwestionowanej jako wiarygodnej wynikał z zarzutu braku podania sposobu wyliczenia ilości roboczogodzin – 91.501. W tej sytuacji to na Odwołującym spoczywał ciężar podważenia tego założenia, które zostało doprecyzowane w wyjaśnieniach w ten sposób, że Wykonawca podał liczbę, która nie była prezentowana w ofercie.

Odwołujący w sposób wybiórczy wskazał wybrane pozycje kosztorysu uproszczonego, jako przesądzające dla kalkulacji całej oferty. Taki zabieg Przystępujący skutecznie przeprowadził na rozprawie w odniesieniu do oferty Odwołującego, która w poz. 4.10 wyceniona została najniżej ze złożonych ofert, tj. na 120 zł za sztukę i odbiega istotnie od pozostałych ofert średnio przekraczających tę kwotę o ponad 600% (oferta Mostostal 1200 zł za sztukę). Taka sama sytuacja dot. poz. 18.2.16, gdzie oferta Odwołującego jest najniższa, a pozostałe wyższe średnio o 600%. Nie dowodzi to rażąco niskiej ceny żadnej z ofert, a jedynie wskazuje na odmienny sposób kalkulacji kosztów. Co istotne Odwołujący nie wykazał, aby pozycje wskazane w odwołaniu determinowały cenę w taki sposób, iż powinny być oceniane jako istotne elementy mające wpływ na cenę całkowitą oferty, traktowaną na tej podstawie jako rażąco niska.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: ……..**

**……..**

**……..**