Sygn. akt: KIO 2951/23

WYROK
z 20 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 18 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej6 października 2023 r. przez wykonawcę Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linii w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni przy udziale wykonawców:

1.Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,
2.Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu odwołania oznaczonego numerem 1.
2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3.Kosztami postępowania obciąża w odwołującego: Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linii i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2951/23

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

Gmina Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa ul. Admirała Józefa Unruga na odcinku od Estakady E. Kwiatkowskiego do skrzyżowania z ul. Bosmańską w Gdyni”, numer: Ul.271.1.4.2023.DW, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 14 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 052-154524.

6 października 2023 r. wykonawca Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linii (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 224 ust. 1 Pzp przez niezasadne wezwanie Odwołującego do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy już na podstawie pierwszych wyjaśnień Zamawiający powinien uznać, że oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie wystąpiły podstawy do dalszego wyjaśniania tej kwestii;
2.art. 224 ust. 1 i 6 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego i niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone (pierwsze i drugie) są pełne, szczegółowe i potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę;
3.art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 43.503.173,32 zł brutto. Otwarcie ofert miało miejsce 14 lipca 2023 roku.

Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę – 29.897.255,86 zł brutto, następną była cena zaoferowana przez STRABAG Sp. z o.o. – 30.906.019,51 zł brutto.

24 lipca 2023 roku Zamawiający na podstawie art. 224 ust.1 i ust. 2 pkt. 1 Pzp zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, z uwagi na fakt, że oferta była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej i należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w szczególności:

1. zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;
3. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
4. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej - jeżeli dotyczy;
5. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
6. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
7. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Co więcej, w wyżej wskazanym żądaniu Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp i pkt 15.16 SWZ, zażądał wyjaśnień dotyczących wyliczenia wartości niżej wymienionych elementów w tabeli elementów (załączniku nr 2a) i przedstawienia do wglądu kosztorysu ofertowego dla tych elementów:

- poz. 1.1: roboty rozbiórkowe i demontażowe,
- poz. II.2: przebudowa kanału deszczowego;
- poz. V.2: przebudowa sieci ciepłowniczej;
- poz. VIII: Tristar (z uwzględnieniem wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy sumą wartości poz. VIII.1, VIII.2, VIII.3 i kwot wpisaną w poz. VIII);
- poz. XII.4: sadzenie drzew oraz przesadzenie drzew w miejsce docelowe; poz. XII.5:
- sadzenie krzewów; poz. XII.6: wykonanie i odtworzenie trawników.

Odwołujący 4 sierpnia 2023 roku złożył obszerne wyjaśnienia, w których odniósł się do wszelkich żądanych przez Zamawiającego kwestii, wskazując, że cena zaproponowana przez Odwołującego była zasadniczo niewiele niższa od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, biorąc pod uwagę także stosunek tych cen do wartości przedmiotu zamówienia jaką ustalił Zamawiający. Dla przykładu oferta z drugą ceną, która należała do STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, opiewała na kwotę 30.906.019,51 zł, a trzecia z kolei oferta firmy MTM S.A. z siedzibą w Gdyni 35.424.418,50 zł. Oferta Wykonawcy nie odbiegała zatem od realiów rynkowych, nie była niedoszacowana ani niewiarygodna, wręcz przeciwnie oparta była i jest na regułach ekonomicznej opłacalności przedmiotowego przedsięwzięcia i została skalkulowana w taki sposób aby umożliwić złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący w wyżej wskazanych wyjaśnieniach wskazał, że na oszczędność metody wykonania zamówienia składało się wiele okoliczności, w szczególności:

1. fakt posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych wraz z laboratorium w Gdańsku;
2. fakt bycia właścicielem kopalni kruszywa oraz piasku (pospółki) w Linii;
3. posiadanie własnego węzła betoniarskiego;
4. wykonanie 90% zakresu drogowego własnymi zasobami;
5. posiadanie własnego zaplecza sprzętowo-transportowego, w tym frezarek oraz rozkładarki mas bitumicznych;

6.bliska odległość od miejsca wykonywania robót;

– w związku z czym Odwołujący był w stanie osiągnąć oszczędność w kwocie około 1.000.000,00 zł brutto, co potwierdził złożonymi dowodami.
W zakresie kosztów pracy wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów
o zabezpieczeniu społecznym, Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że jest w stanie należycie zorganizować przebieg prac, niwelując niepotrzebne koszty dzięki posiadanej wiedzy i umiejętnościom, a korzystny wpływ na wysokość oferty ma zatrudnianie przez Wykonawcę własnej kadry technicznej, która jest doświadczona i odpowiednio wykwalifikowana. Co więcej, Odwołujący wskazał, że zatrudnia pracowników na umowę
o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo
w wysokości minimalnej stawki godzinowej, uwzględnił również pracowników o wyższych kwalifikacjach i zakresie obowiązków szerszym niż podstawowy, świadczących usługi wyspecjalizowane, których wynagrodzenie przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. W związku z powyższym, Odwołujący był w stanie osiągnąć oszczędność w kwocie około 400.000,00 zł brutto. Odwołujący wskazał, że przed zastosowaniem wszystkich dostępnych rozwiązań i obniżeniem ceny była ona na zbliżonym poziomie (byłaby wyższa
o około 400.000,00 złotych) co cena zaproponowana ostatecznie przez STRABAG
Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, co w jego ocenie po raz kolejny jedynie potwierdziło konkurencyjność jego oferty na tle innych uczestników postępowania.
W wyjaśnieniach w zakresie wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, Odwołujący wskazał, że będzie korzystał z pomocy podwykonawców od których uzyskał oferty zawierające konkretne kalkulacje ceny na poszczególne zakresy robót będących przedmiotem zlecenia, którzy skalkulowali swoje wynagrodzenia na warunkach rynkowych i konkurencyjnych w sposób ryczałtowy, a zatem niezmienny, na potwierdzenie czego Odwołujący złożył oferty tych podwykonawców.
Mimo obszernego odniesienia się do wszelkich kwestii, do których Zamawiający Odwołującego wezwał, Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację a świadczącą
o braku zastosowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny, podnosząc, że posiada pełną zdolność finansową Wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia, w konsekwencji czego nie musi się on posiłkować kredytem bankowym, którego obsługa jest obecnie
bardzo kosztowna, a wydatki z tym związane musiałby być następnie doliczone do oferty
i przerzucone na Zamawiającego. Aktualnie w posiadaniu Wykonawcy znajdują się środki finansowe w łącznej kwocie ponad 15.000.000,00 zł.
Mimo tak obszernej argumentacji Odwołującego i załączonych do wyjaśnień dowodów, Zamawiający 29 sierpnia 2023 r. ponownie wezwał go do dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty w zakresie pkt. 1, 2 i 4 wyjaśnień złożonych 4 sierpnia 2023 r.
W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący w piśmie z 31 sierpnia 2023 r. złożył kolejne, obszerne wyjaśnienia, w których w sposób wyczerpujący odpowiedział na wątpliwości Zamawiającego.
Odwołujący podkreślił, że drugie wezwanie do wyjaśnień było niezasadne, ponieważ
już w wyjaśnieniach z 4 sierpnia 2023 r. w należyty sposób wykazał brak niskiej ceny oferty. Odwołujący zakwestionował również prawidłowość oszacowanie przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym zastosowanie wartości szacunkowej jako punktu odniesienia do oceny cen ofert w postępowaniu.
Zarzut nr 2
Skoro wieloletnie doświadczenie Odwołującego w realizacji zamówień podobnych nie było
w stanie przekonać Zamawiającego, że złożona przez Wykonawcę oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, to wskazane w wyjaśnieniach z 31 sierpnia 2023 r. dokumenty powinny świadczyć o rynkowości złożonej oferty. Odwołujący w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach wskazał,
że na jego cenę ofertową składało się wiele okoliczności, w szczególności fakt posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych, własny węzeł betoniarski, wykonanie 90% zakresu drogowego własnymi siłami, własne zaplecze sprzętowo-transportowe, bliska odległość
od miejsca wykonywania robót – dzięki czemu był w stanie osiągnąć oszczędność na poziomie około 1.000.000,00 zł brutto.
Odwołujący 4 sierpnia 2023 r. oraz 31 sierpnia 2023 r. przedstawił Zamawiającemu pisma
z rozległą argumentacją wraz z szeregiem dowodów uzasadniającą wskazaną w ofercie cenę, dając jednocześnie rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający niezależnie
od tej okoliczności skonstatował, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę a złożone wyjaśnienia są niewystarczające celem uznania, że cena oferowana została oszacowana

i skalkulowana w sposób właściwy, zgodny z zasadami przewidzianymi w ustawie Pzp.
Dodatkowym dowodem realności wyceny i braku rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego (tak w zakresie całej ceny ofertowej jak i jej poszczególnych składników) było przedstawienie kalkulacji ceny pozyskania masy bitumicznej, co winno obrazować Zamawiającemu,
że Wykonawca polegając na własnych zasobach czyni duże oszczędności. Przedmiotowa kalkulacja przestawiała dokładną recepturę i skład masy bitumicznej jaka zostanie użyta
do realizacji przedmiotu zamówienia oraz zawierała poszczególne koszty składowe jej wytworzenia, w konsekwencji pokazując koszt 1 tony masy bitumicznej oraz zastosowaną marżę (zysk). Przedmiotowe dokumenty, zawierające tak szczegółowe rozbicie elementów cenotwórczych powinny ponad wszelką wątpliwość rozwiać wątpliwości Zamawiającego zakresie braku rażąco niskiej ceny po stronie Odwołującego. Dowód potwierdził brak rażąco niskiej ceny, ale również pozwolił Zamawiającemu na stwierdzenie jaki zysk osiągnie Odwołujący na wbudowaniu każdej 1 tony masy bitumicznej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Z niewiadomych jednak przyczyn Zamawiający w całości pominął te,
jak i pozostałe, okoliczności dokonując odrzucenia oferty Odwołującego.
Zamawiający w informacji o wyborze ofert podniósł, że „Wykonawca w żaden sposób nie uprawdopodobnił podanych przez siebie kwot oszczędności, a jedynie poinformował,
że wyliczenia te wynikają z długoletniego doświadczenia Wykonawcy w branży oraz realizacji wielu zamówień na roboty budowlane i związane są z wartością przedmiotu zamówienia”,
z czym nie sposób się zgodzić. Odwołujący w wyjaśnieniach z 4 sierpnia 2023 roku wskazał, co składa się na dokonane w wycenie oszczędności tj. fakt posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych, własny węzeł betoniarski, wykonanie 90% zakresu drogowego własnymi siłami, własne zaplecze sprzętowo-transportowe, bliska odległość od miejsca wykonywania robót,
a wszystkie te okoliczności pozwoliły na obniżenie ceny o około 1.000.000,00 zł brutto. Nie było to więc jedynie „wieloletnie doświadczenie”, które de facto można odnieść do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a realne okoliczności świadczące
o przewadze konkurencyjnej, które wpłynęły właśnie na możliwość obniżenia ceny ofertowej, bez którego to obniżenia cena oferty Odwołującego byłaby wyższa niż oferta Przystępującego.
Zarzut nr 3
Konsekwencją działania Zamawiającego było wybranie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16 Pzp.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 16 października 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania i zaprzeczył argumentacji Odwołującego. Zamawiający ponadto wskazał m. in.:
Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego nie z powodu stwierdzenia,
że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, lecz z powodu, że złożone w odpowiedzi
na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia nie odnosiły się ani w sposób szczegółowy,
ani w sposób pełny do zakresu nakładów, jakie zamierzał ponieść wykonawca dla wykonania przedmiotowego zamówienia oraz kosztów jakie poniósłby z tego tytułu. Zarzuty odwołania zawierały błąd logiczny, ponieważ oferta Odwołującego nie została odrzucona ze względu
na rażąco niską cenę, a wyłącznie dlatego, że Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z wezwania do złożenia wyjaśnień.
Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, zdaniem Zamawiającego, nie były wystarczające do oceny, że zaoferowana przez Odwołującego cena ofertowa była ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia. Odwołujący nie wyjaśnił dostatecznie składowych swojej oferty,
o które dopytywał Zamawiający. Udzielone odpowiedzi oraz załączone dokumenty uniemożliwiały Zamawiającemu weryfikację ceny oferty w zakresie, którego dotyczyło wezwanie do złożenia wyjaśnień.
Z treści złożonych wyjaśnień wynikało, że według Odwołującego najwięcej oszczędności zostało poczynionych w części dotyczącej robót drogowych w związku z posiadaniem własnej kopalni kruszywa, własnej wytwórni mas bitumicznych i własnego węzła betoniarskiego, a co za tym idzie - tańszymi materiałami. Odwołujący powołał się również na fakt wykonania robót drogowych w 90% siłami własnymi. Odwołujący nie złożył żadnej kalkulacji cenowej robót drogowych ani innych dowodów potwierdzających, że najbardziej kosztochłonny według niego zakres robót jest w stanie wykonać za cenę wskazaną w ofercie. Ponadto Odwołujący złożył np. kalkulacje ceny pozyskania masy bitumicznej i recepturę masy betonowej, ale bez określenia, jaką ilość tych materiałów wycenił w ofercie i jakie to generuje oszczędności. Zamawiający nie był również w stanie ustalić, jakie oszczędności Odwołujący poczynił
w związku z wykonaniem robót drogowych siłami własnymi, zwłaszcza że sam

w wyjaśnieniach stwierdził, że nie jest na tym etapie określić dokładnego zakresu podwykonawstwa.
Zamawiający nie otrzymał wystarczających dowodów, aby stwierdzić w jakich pozycjach
z Tabeli elementów czy kosztorysów odwołujący uzyskał oszczędności uzasadniające obniżenie ceny łącznie o „około" 1 400 000 zł, do kwoty 29.897.255,86 zł (po poprawie oczywistej omyłki rachunkowej – do kwoty 29.867.256,58 zł).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
W zakresie zarzutów nr 2 i 3 Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Zarzut nr 1 został wniesiony natomiast po upływie terminu ustawowego. Odwołujący kwestionując zasadność ponownego wezwania do wyjaśnień ceny złożonej przez siebie oferty winien liczyć termin do wniesienia odwołania od tej czynności, czyli od daty drugiego wezwania. W konsekwencji na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, na skutek stwierdzenia, że odwołanie w tej części zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 3, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego,
3. korespondencji Zamawiającego z Odwołującym w zakresie wyjaśnień ceny oferty tego wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:
Oferty w postępowaniu złożyli:

1. Przystępujący - cena: 30 906 019,51 zł,
2. WPRDL GRAVEL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ELGRUNT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni - cena: 43 968 117,17 zł,
3. Firma Budowlano - Drogowa MTM SA z siedzibą w Gdyni - cena: 35 424 418,50 zł,
4. Odwołujący - cena: 29 897 255,86 zł.

14 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował, że na realizację zakresu podstawowego zamówienia przeznaczył 43 503 173,32 zł.
24 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny złożonej oferty.
W treści wezwania Zamawiający wskazał:
Wyjaśnienia winny dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;
3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej — jeżeli dotyczy;
5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (…).

Ponadto, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i pkt 15.16 SWZ, Zamawiający żąda wyjaśnień dotyczących wyliczenia wartości niżej wymienionych elementów w tabeli elementów (załączniku nr 2a) i przedstawienia do wglądu

kosztorysu ofertowego dla tych elementów:

- poz. 1.1: roboty rozbiórkowe i demontażowe,
- poz. 11.2: przebudowa kanału deszczowego;
- poz. V.2: przebudowa sieci ciepłowniczej; poz. VIII: Tristar (z uwzględnieniem wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy sumą wartości poz. VIII. 1, VIII.2, VIII.3 i kwotą wpisaną w poz. VIII);
- poz. XII.4: sadzenie drzew oraz przesadzenie drzew w miejsce docelowe; poz. XII.5: sadzenie krzewów; poz. XII.6: wykonanie i odtworzenie trawników.

W odpowiedzi z 4 sierpnia 2023 r. Odwołujący wskazał m. in.:

„Wykonawca wskazuje zatem na następujące okoliczności, które warunkowały konkurencyjność złożonej oferty.

1) Oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne oraz warunki sprzyjające Wykonawcy do wykonania zamówienia - zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy oraz wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych.

Znamiennym jest, iż Wykonawca specjalizuje się w zagadnieniach stanowiących przedmiot zamówienia, tj. w zakresie robót drogowych. Fakty te mają istotny wpływ na konkurencyjność złożonej oferty, gdyż Wykonawca doskonale zdaje sobie sprawę jak zoptymalizować własne działania pod względem czasu, kosztów oraz wydajności (…).

Wykonawca posiada własną wytwórnię mas bitumicznych wraz z laboratorium w Gdańsku, która bazuje na wysokiej jakości maszynach. Wytwarzane przez Wykonawcę mieszanki mineralno-asfaltowe są sprawdzone przez akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji laboratorium i spełniają wszelkie wymogi. Dodatkowo wskazania wymaga, iż wytwórnia nie jest znacznie oddalona od miejsca realizacji inwestycji, co znacząco zmniejsza koszty wykonania zadania po stronie Wykonawcy. Własna wytwórnia mas bitumicznych pozwala
na samodzielną realizację zadania, bez konieczności zawierania dodatkowych kontraktów
z innymi kontrahentami zajmującymi się wytwórstwem mas bitumicznych. Wykonawca jest ponadto właścicielem kopalni kruszywa oraz piasku (pospółki) w Linii, która jest cennym źródłem materiałów niezbędnych przy wykonywaniu prac budowlanych. Wykonawca
na własnych materiałach zaoszczędza znaczną część środków finansowych, stając się tym samym konkurencyjnym dla innych oferentów.

Dowód: decyzja w sprawie zmiany koncesji z dnia 06 grudnia 2018 r., świadectwo badania kruszyw nr 480/KT/19, nr 479/KT/19, nr 483/KT/19, nr 481/KT/19, nr 482/KT/19, sprawozdanie z badania nr PG-KR-07/06/2022

Wykonawca posiada własny węzeł betoniarski, który służy do wyrobu wszelkiego rodzajów podsypek piaskowo-cementowych, betonów suchych oraz stabilizacji wykorzystywanych
do robót związanych z układaniem galanterii betonowej, tj. pod kostki, krawężniki, obrzeża.

Do produkcji betonów Wykonawca wykorzystuje własne produkty w postaci piasków oraz kruszywa z własnej kopalni, co świadczy o znaczącym obniżeniu kosztów wytworzenia danego towaru.

Dowód: umowa o współpracy z dnia 14 czerwca 2023 r. oraz receptury masy betonowej

W kalkulacji zakresu drogowego Wykonawca w 90% posiłkuje się zasobami własnymi.

W załączeniu Wykonawca przedstawia kalkulacje ceny pozyskania masy bitumicznej,
co obrazuje, iż Wykonawca na własnych zasobach czyni duże oszczędności.

Dowód: kalkulacje ceny pozyskania masy bitumicznej; Recepta PG-17/2022 - wersja 1, Recepta 1/08/2022 - wersja 1, PG-09/2022 - wersja 1

Wykonawca posiada również własne zaplecze sprzętowo-transportowe wykorzystywane
do prac, w tym na wyposażeniu sprzętowym posiada frezarkę oraz rozkładarki mas bitumicznych, a zatem nie jest zobligowany do wynajmowania sprzętu za dodatkową opłatą. W zasobach Wykonawcy znajdują się ciągniki siodłowe wraz z naczepami oraz pojazdy ciężarowe, ponadto dysponuje on znaczną liczbą maszyn budowlanych takich jak koparki
i ładowarki, które przy tego typu pracach stanowią kluczowy element do sprawnej i terminowej realizacji przedsięwzięcia.

Dowód: zestawienie maszyn budowlanych, zestawienie samochodów ciężarowych, zestawienie maszyn do mas bitumicznych

Dodatkowo zauważyć należy, że siedziba Wykonawcy, podobnie jak miejsce zamieszkania/siedziby zatrudnianych przez niego pracowników, współpracowników, podwykonawców – znajdują się w bliskiej odległości od miejsca wykonywania robót. Trasa
z zakładu Wykonawcy do miejsca realizacji Zamówienia ma około 45 km – co oznacza, z jednej strony – że pokonanie jej nie będzie się wiązało z nadmiernymi kosztami i nadużyciem czasu, a dodatkowo – że na każdym etapie wykonania Zamówienia, Wykonawca będzie mógł kontrolować przebieg prac. To komfortowa sytuacja, która znacznie ogranicza koszty transportu, jak również utrzymania osób realizujących zamówienie.

Wykonując zobowiązanie Zamawiającego Wykonawca wskazuje, że wobec powyższego Wykonawca był w stanie obniżyć cenę o 1 000 000,00 brutto (podkreślenie Izby).

2)Koszty pracy wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym.

(…) Wykonawca wskazuje, iż wynagrodzenie należne pracownikom oraz pozostałym osobom świadczącym na jego rzecz pracę będzie obejmować oprócz samego wynagrodzenia także obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych).

Wykonując zobowiązanie Zamawiającego Wykonawca wskazuje, że wobec powyższego Wykonawca był w stanie obniżyć cenę o 400 000,00 zł brutto

Należy zatem zauważyć, że przed zastosowaniem wszystkich dostępnych rozwiązań

i obniżeniem ceny była ona na zbliżonym poziomie co cena zaproponowana ostatecznie przez STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, co w ocenie Wykonawcy po raz kolejny jedynie potwierdza konkurencyjność jego oferty na tle innych uczestników postępowania (podkreślenie Izby) (…)".

29 sierpnia 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie i wskazał:

„Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w związku z wyjaśnieniami i dokumentami złożonymi przez Państwa w dniu 04.08.2023 r., żąda od Państwa dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty:

I. W zakresie pkt 1) wyjaśnień:

1.Poinformowali Państwo o posiadaniu własnej wytwórni mas bitumicznych wraz z laboratorium w Gdańsku, która pozwala na samodzielną realizację zadania, bez konieczności zawierania dodatkowych kontraktów z innymi kontrahentami zajmującymi się wytwórstwem mas bitumicznych. Jednocześnie załączyli Państwo umowę o współpracy z Bituminium Sp. z o.o., odrębnym podmiotem gospodarczym, na dostawę wraz z ułożeniem mas asfaltowych, betonów oraz stabilizacji. Ponadto, kwota wskazana w umowie o współpracy z Bituminium Sp. z o.o. w wysokości 3 881 645,61 zł netto po doliczeniu podatku VAT przekracza kwotę, na jaką skalkulowali Państwo wartość nawierzchni w poz. 1.3 tabeli elementów. Proszę o wyjaśnienie tych rozbieżności;

2.Oświadczyli Państwo, że w kalkulacji zakresu drogowego Wykonawca w 90% posiłkuje się zasobami własnymi. W formularzu oferty (pkt 8) nie wskazali Państwo, że roboty drogowe zamierzają realizować z udziałem podwykonawców. Proszę o wyjaśnienie tej rozbieżności;

3.W podsumowaniu pkt 1) wyjaśnień podali Państwo, że Wykonawca był w stanie obniżyć cenę o 1 000 000,00 zł brutto. Dla Zamawiającego nie jest jasne, jak okoliczności i dowody wymienione w pkt 1) wyjaśnień wpływają obniżenie ceny oferty o kwotę w konkretnie takiej wysokości. Proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób kwota oszczędności została skalkulowana, biorąc pod uwagę okoliczności przywołane w pkt 1) wyjaśnień (własna wytwórnia mas bitumicznych, własny węzeł betoniarski, wykonanie 90% zakresu drogowego siłami własnymi, własne zaplecze sprzętowo — transportowe, bliska odległość od miejsca wykonywania robót).

II. W zakresie pkt 2) wyjaśnień:

W podsumowaniu podali Państwo, że Wykonawca był w stanie obniżyć cenę o 400 000,00 zł brutto. Proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób kwota oszczędności została skalkulowana, biorąc pod uwagę:

–okoliczności przywołane w pkt 2) wyjaśnień (wysokie standardy zarządzania, długoletnie doświadczenie, zatrudnianie pracowników na umowę o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo w wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie obowiązujących przepisów),

–wyjaśnienia w pkt 2) odnoszą się do pracowników własnych, podczas gdy z pkt 4) pisma i załączonych ofert podwykonawców wynika zamiar powierzenia podwykonawcom robót o wartości ok. 48% ceny oferty (…)"

31 sierpnia 2023 r. Odwołujący wyjaśnił:

„I.(...)

2)Wykonawca wyjaśnia, że w kalkulacji zakresu drogowego wskazano, że w 90% posiłkuje się on zasobami własnymi, co w intencji i rozumieniu Wykonawcy oznaczało, że mając na względzie również okoliczności opisane w pkt 1) powyżej dysponuje on własnymi materiałami, sprzętem i zapleczem budowlanym. Wykonawca nigdzie w ofercie nie wskazał, że 90% przedmiotu umowy w zakresie branży drogowej zostanie wykonane bezpośrednio i wyłącznie przez Wykonawcę, a jedynie 10% przez podwykonawców.

3)Należy zauważyć, że oszczędność, która pozwoliła na skalkulowanie możliwości obniżenia ceny o wskazaną w

wyjaśnieniach kwotę 1.000.000,00 zł brutto jest rachunkiem szacunkowym podyktowanym długoletnim doświadczeniem Wykonawcy

w branży oraz realizacji wielu zamówień na roboty budowlane i związana jest z wartością przedmiotu zamówienia. Ponadto, wpływ na obniżenie ceny mają wymienione wcześniej zasoby własne. Wykonawca posiada własną wytwórnię mas bitumicznych, a także własny węzeł betoniarski, które pozwalają na samodzielną realizację zadania. Wykonawca jest ponadto właścicielem kopalni kruszywa oraz piasku w Linii, która jest cennym źródłem materiałów niezbędnych przy wykonywaniu prac budowlanych. Wykonawca na własnych materiałach zaoszczędza znaczną część środków finansowych. Do produkcji betonów Wykonawca wykorzystuje własne produkty w postaci piasków oraz kruszywa z własnej kopalni, co świadczy o znaczącym obniżeniu kosztów wytworzenia danego towaru. Wykonawca posiada również własne zaplecze sprzętowo-transportowe wykorzystywane do prac, w tym na wyposażeniu sprzętowym posiada frezarkę oraz rozkładarki mas bitumicznych, a zatem nie jest zobligowany do wynajmowania sprzętu za dodatkową opłatą. W zasobach Wykonawcy znajdują się maszyny, pojazdy i urządzenia, które przy tego typu pracach stanowią kluczowy element do sprawnej i terminowej realizacji przedsięwzięcia. Z wieloletniego doświadczenia Wykonawcy wynika, iż gdyby zmuszony był do pozyskania ww. zasobów u podmiotów trzecich – podwykonawców i poddostawców, koszt ten byłby wyższy właśnie o około 1.000.000,00 zł.

II. Jak wspomniano powyżej, oszczędność, która pozwoliła na skalkulowanie możliwości obniżenia ceny o wskazaną w wyjaśnieniach kwotę 400.000,00 zł brutto jest rachunkiem szacunkowym podyktowanym długoletnim doświadczeniem Wykonawcy w branży oraz realizacji wielu zamówień na roboty budowlane i związana jest z wartością przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w zakresie wynagrodzeń pracowników i ogólnych wysokich standardów zarządzania Wykonawca wskazuje, że zaproponowane przez niego rozwiązania są konkurencyjne na podstawie ustaleń, co do stawek innych stawających do przetargu oraz potencjalnych podwykonawców. Ponadto Wykonawca wskazuje, że wynagrodzenia pracowników jako firmy mającej siedzibę poza terenem Trójmiasta, którzy to pracownicy również mieszkają poza terenem Trójmiasta, są na poziomie niższym niż osób zamieszkałych w Gdyni tj. miejscu wykonywania robót budowlanych (…)".

26 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał m. in.:

„Oferta nr 4, złożona przez Kruszywo sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako oferta z rażąco niską ceną (…).

Wyjaśnienia Wykonawcy oparte są na ogólnikowych stwierdzeniach, że cena oferty nie odbiega od realiów rynkowych, zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, a z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawca dołożył ponadprzeciętnej staranności

w zakresie minimalizacji kosztów. Odnosząc się do wezwania Zamawiającego w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych oraz warunków sprzyjających do wykonania zamówienia, Wykonawca podał, że dzięki takim okolicznościom, jak własna wytwórnia mas bitumicznych, własny węzeł betoniarski, wykonanie 90% zakresu drogowego siłami własnymi, własne zaplecze sprzętowo — transportowe, bliska odległość od miejsca wykonywania robót, był w stanie obniżyć cenę o 1 000 000,00 zł brutto. Ponadto, odnosząc się do kosztów pracy mających wpływ na cenę oferty, Wykonawca podał, że był w stanie obniżyć cenę o 400 000,00 zł brutto. Pomimo dodatkowego wezwania

do wyjaśnień wystosowanego przez Zamawiającego, Wykonawca w żaden sposób nie uprawdopodobnił podanych przez siebie kwot oszczędności, a jedynie poinformował,

że wyliczenia te wynikają z długoletniego doświadczenia Wykonawcy w branży oraz realizacji wielu zamówień na roboty budowlane i związane są z wartością przedmiotu zamówienia. Ponadto, w zakresie wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcom Wykonawca oświadczył, że przy realizacji zamówienia publicznego będzie korzystał z pomocy podwykonawców, od których uzyskał oferty zawierające konkretne kalkulacje ceny na poszczególne zakresy robót będących przedmiotem zlecenia, a także załączył oferty podwykonawców. Kwoty zawarte w ofertach podwykonawców zasadniczo pokrywają się z wyceną tych elementów zamówienia przedstawioną w tabeli elementów, złożonej przez Wykonawcę wraz z ofertą. Następnie w ramach dodatkowych wyjaśnień Wykonawca oświadczył, że oferty innych wykonawców zostały zebrane i dołączone

do wyjaśnień dla skalkulowania kosztów i porównania cen; powołanie się w wyjaśnieniach

i przedłożenie ofert podwykonawców na konkretne zakresy nie wyklucza samodzielnego wykonania przez Wykonawcę tych zadań.

Zamawiający, nie negując możliwości zmiany zakresu podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia, na podstawie wyjaśnień Wykonawcy nie był w stanie ustalić, jaki właściwie zakres podwykonawstwa Wykonawca przyjął na etapie

kalkulacji ceny oferty i jaki to miało wpływ
na jej obniżenie. Zamawiający nie przyjął również argumentu, że samo pozyskanie
od podwykonawców ofert o określonej wartości jest dowodem na brak rażąco niskiej ceny oferty lub danych zakresów rzeczowych przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest
w stanie zbadać sytuacji tych podwykonawców i samodzielnie ustalić, że zostały one złożone w warunkach uczciwej konkurencji, a ceny danych zakresów rzeczowych są realne. Wykazanie tych okoliczności jest zadaniem Wykonawcy, czemu Wykonawca nie sprostał".
Na podstawie ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że decyzja Zamawiającego
o odrzuceniu oferty Odwołującego była zasadna.
Porównanie treści drugich wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z uzasadnieniem odrzucenia jego oferty prowadzi do oczywistego wniosku, że Zamawiający słusznie uznał,
że Wykonawca nie wyjaśnił sposobu kalkulacji deklarowanych oszczędności – odpowiednio 1 000 000 zł i 400 000 zł. Drugie wezwanie do wyjaśnień dotyczyło wprost tych oszczędności i sposobu ich zamierzonego uzyskania przez Odwołującego. Odwołujący w odpowiedzi powołał się jedynie na swoje doświadczenie, ale w żaden sposób nie przedstawił przyjętych założeń do obliczenia ww. kwot.
Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie byłby on zmuszony dla udowodnienia oszczędności, do uzyskania ofert od podmiotów trzecich, by pokazać o ile droższe byłyby oferty wykonawców nie dysponujących takim zapleczem technicznym jak Odwołujący. Wystarczająca byłaby kalkulacja uwzględniająca przyjęte założenia, szczególnie, że Odwołujący wraz z pierwszymi wyjaśnieniami złożył liczne dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, a dowodów tych Zamawiający nie kwestionował. Można przyjąć tym samym, że Odwołujący prawidłowo wykazał ceny poszczególnych elementów, których dotyczyły pierwsze wyjaśnienia. Odwołujący w toku rozprawy nie wskazał z których ze złożonych dowodów mogły wynikać założone oszczędności. Trudno w tej sytuacji dziwić się Zamawiającemu, że uznał wyjaśnienia Odwołującego za niekompletne, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę z postępowania.
Nie ma podstaw do kwestionowania doświadczenia Odwołującego, ale nie może być ono jedynym argumentem na potwierdzenie zasadności przyjętych założeń do kalkulacji ceny. Skoro Zamawiający miał wątpliwości, co do sposobu tej kalkulacji, to obowiązkiem Odwołującego było je rozwiać – w przeciwnym wypadku Zamawiający mógłby co najwyżej uwierzyć w prawidłową cenę jego oferty, ale nie miałby żadnych podstaw do uznania
tej prawidłowości za udowodnioną.
Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Biorąc
pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający, wobec wypełnienia
się przesłanek z przytoczonego przepisu, w prawidłowy sposób zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ………............…………………..……………