

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i BITUM sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy DROG-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Roboty budowlane z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Przebudowa DW789 od węzła autostradowego przez Gniazdów Koziegłowy do Lgoty Nadwarcie, etap II – odcinek 1 od rynku w m. Koziegłowy do skrzyżowania z ul. Polan w miejscowości Koziegłówki. Zadanie nr 2: Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Koziegłowy, ujęta w budżecie jako budowa sieci kanalizacyjnej – zlewnia Koziegłowy część 1: Droga Wojewódzka 789 ul. Świętokrzyska i Żarecka. Zadanie nr 3: Przebudowa DW789 od węzła autostradowego przez Gniazdów Koziegłowy do Lgoty Nadwarcie, etap II – odcinek 2 od skrzyżowania z ul. Polan w miejscowości Koziegłówki do miejscowości Lgota Nadwarcie w km 35+895,50” (nr ref. WI/PN/241030/1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 grudnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 248/2024 pod numerem 784037-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 kwietnia 2025 r. wykonawca COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DROG-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence (dalej jako „Przystępujący DROG-BUD”) oraz wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezgodnym z przepisami ustawy zaniechaniu wezwania wykonawcy DROG-BUD sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najwyższej oceniona, do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, oraz
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy DROG-BUD sp. z o.o., mimo że istotne części składowe ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu powyższego zamówienia publicznego, w związku z czym oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownienia badania i oceny ofert, oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez DROG-BUD sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. wniosku Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownienia badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wezwanie DROG-BUD sp. z o.o. do złożenia na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w przedmiocie istotnych elementów

składowych ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy, ponieważ te istotne elementy składowe ceny, wskazane w treści odwołania (w szczególności – w załączniku nr 5 do niniejszego odwołania), są rażąco niskie.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W tym samym dniu pismo w sprawie złożył Przystępujący DROG-BUD sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwolujący na posiedzeniu w dniu 22 kwietnia 2025 r. złożył pisemną replikę, podtrzymując zarzuty i żądania odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i BITUM sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim oraz przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę DROG-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Lubojenicy.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego stanowiącą akta sprawy odwoławczej, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, a ponadto stanowiska Stron i Uczestników przedstawione w złożonych pismach i podczas rozprawy. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

a) załączonych do odwołania:

- recepta dla zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego, w ramach zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa Drogi Wojewódzkiej nr 921 w Gminie Pilchowice – Etap II”,
- oferta Visolis Stabilizacje sp. z o.o., nr 01-0128022025MB,
- oferta Visolis Stabilizacje sp. z o.o., nr 02-28022025MB,
- oferta Cemex Polska sp. z o.o.,

b) załączonych do pisma Przystępującego DROG-BUD:

- dwie karty otworu badawczego gruntu rodzimego,
- faktura na preparat jonowymienny Visolis,
- badania podbudowy z kruszywa,
- recepta na stabilizację podłoża – karta zatwierdzenia materiałów i urządzeń,
- karta obmiarowa z badaniami stabilizacji podłożona,
- faktura na cement Marbet,
- taryfa dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę obowiązująca na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy,

na okoliczności wskazane przez Odwołującego i Przystępującego w złożonych pismach oraz podczas rozprawy.

Izba stwierdziła ponadto, że nie stanowią dowodu z dokumentów zestawienia składane przez Strony (tj. załączone do odwołania zestawienie pozycji z oferty Drog-Bud sp. z o.o., których cena jest rażąco niska w formacie PDF i w programie Microsoft Excel oraz załączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zbiorcze zestawienie kosztów), które jako niepodpisane opracowania własne stanowią jedynie sposób prezentacji stanowisk Stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w podziale na zadania: Zadanie nr 1: Przebudowa DW789 od węzła autostradowego przez Gniazdów Kozięglowy do Lgoty Nadwarcie, etap II – odcinek 1 od rynku w m. Kozięglowy do skrzyżowania z ul. Polan w miejscowości Kozięglówki. Zadanie nr 2: Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kozięglowy, ujęta w budżecie jako budowa sieci kanalizacyjnej – zlewnia Kozięglowy część 1: Droga Wojewódzka 789 ul. Świętokrzyska i Żarecka. Zadanie nr 3: Przebudowa DW789 od węzła autostradowego przez Gniazdów Kozięglowy do Lgoty Nadwarcie, etap II – odcinek 2 od skrzyżowania z ul. Polan w miejscowości Kozięglówki do miejscowości Lgota Nadwarcie w km 35+895,50”. Szczegółowo przedmiot zamówienia został opisany w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz dokumentach zamówienia.

Zgodnie z pkt 14.17 SWZ ofertę stanowił m.in. formularz ofertowy - Załącznik nr 2 do SWZ oraz kosztorys ofertowy obejmujący wszystkie roboty niezbędne do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia zawarte w Przedmiarze Robót - Załącznik Nr 1 do SWZ, Opisie Przedmiotu Zamówienia i dokumentach zamówienia.

W pkt 17.1 SWZ wskazano, że oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). Zgodnie z pkt 17.3 SWZ kosztorys Ofertowy dla zadania 1, 2 i 3 ma być sporządzony w układzie TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych) dla ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych podanych w Przedmiarze Robót dla zadania 1, 2 i 3 w układzie TER, zgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia i dokumentami zamówienia wraz ze Zbiorczym Zestawieniem Kosztów (ZZK) - Załącznik Nr 1 do SWZ. W pkt 17.4 SWZ wskazano, że cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty związane z realizacją (np. opłaty za nadzory, badania, koszty pracowników, itp.), zaś w pkt 17.6 SWZ wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany wycenić wszystkie elementy zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik nr 1 do SWZ i uwzględnić koszty, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia i dokumentach zamówienia. Poszczególne wartości z Kosztorysów Ofertowych należy przenieść do Zbiorczego Zestawienia Kosztów dla konkretnego zadania. Wyliczone ceny ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów należy wpisać w Zestawienie Kosztów a następnie wpisać w Formularz Ofertowy – załącznik nr 2 do SWZ.

W pkt 18.2 SWZ opisano kryteria oceny ofert: 1. Cena oferty – waga 60%, 2. Okres gwarancji – waga 10%, 3. Wartość wtórnego modułu odkształcenia E_2 podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej – waga 15%, 4. Równość podłużna warstwy ścieralnej – waga 15%. W pkt 18.5 SWZ opisano kryterium wartości wtórnego modułu odkształcenia E_2 podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej, wskazując m.in., że minimalna wartość wtórnego modułu odkształcenia E_2 podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej wynosi 180 MPa, zgodnie z dokumentacją projektową, wykonawca może zadeklarować następujące wartości modułu E_2 : 180 MPa, 190 MPa, 200 MPa, 210 MPa, 220 MPa, 230 MPa, 240 MPa, 250 MPa, 260 MPa, 270 MPa, 280 MPa, maksymalna wartość wtórnego modułu odkształcenia E_2 podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej, możliwa do zadeklarowania w kryterium wynosi 280 MPa, maksymalna liczba punktów w kryterium oceny ofert wynosi 15 pkt. W tabeli określono sposób przyznania liczby punktów w kryterium w zależności od zadeklarowanej wartości.

Zamawiający przekazał wykonawcom również dokumentację projektową, w tym Wytyczne Techniczne WTW STBC B „Ulepszone podłoże z gruntu spoistego stabilizowanego cementem (mieszkocement) z dodatkiem środka jonowymennego.

W pkt 1.1 WTW STBC B wskazano, że „przedmiotem Wytycznych są wymagania dotyczące wykonania i odbioru warstwy ulepszanego podłoża z gruntu spoistego ewentualnie doziarnionego kruszywem lub innym gruntem w wykopie lub w nasypie stabilizowane cementem dodatkiem środka jonowymennego. Grubości warstwy ulepszanego podłoża są zależne od kategorii ruchu oraz grupy nośności podłoża i podane są w projekcie.”

W pkt 2.1 WTW STBC B wskazano, że: „Do stabilizacji cementem z dodatkiem środka jonowymennego przydatne są grunty spoiste. Materiały te muszą spełniać wymagania tabl. 2.1 i uzyskać parametry mieszkocementu zgodnie z tabl. 5.3. Dla kruszyw doziarniających dołączyć przypisane dla nich oznakowania CE lub B. Kruszywo takie powinno spełniać wymagania tabeli 2.2. Grunty wątpliwe i wysadzinowe zgodnie z tabl. 5.1 przydatne są do stabilizacji cementem ze środkiem jonowymennym pod warunkiem spełnienia wymagań tabl. 5.3. Klasyfikacji gruntów należy dokonać zgodnie z PN-86/B-02480. Grunty nie spełniające wymagań mogą być ulepszone chlorkiem wapniowym, wapniem lub doziarnione. Decydującym kryterium przydatności gruntu do stabilizacji jest uzyskana na etapie recepty wymagana wytrzymałość R_{c28} oraz wymagana mrozoodporność mieszkocementu zgodnie z tabl. 5.3. (...)”

W pkt 5.1 WTW STBC B wskazano, że „ulepszone podłoże z mieszkocementu przewiduje się na odcinkach zgodnie z projektem. Należy w pierwszej kolejności ustalić rodzaj gruntu pod kątem wysadzinowości zgodnie z tabl. 5.1. (tabl. 5.1. Podział gruntów pod względem wysadzinowości). Następnie należy określić E_2 lub E_{vd} gruntu. (...) Do stabilizacji cementem z dodatkiem środka jonowymennego nadają się grunty wątpliwe i wysadzinowe wg tabeli 5.1.”

W pkt 5.1.1. WTW STBC B wskazano m.in., że w ramach przygotowania podłoża w wykopie należy wykonać badania kontrolne parametrów podłoża zgodnie z pkt 5.1.

W pkt 5.2.1 WTW STBC B dotyczącym opracowania recepty laboratoryjnej wskazano m.in., że „wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia badań konkretnych materiałów oraz opracowania recepty i przedstawienia jej do akceptacji Inspektora Nadzoru w terminie 30 dni przed rozpoczęciem robót.” Recepta powinna zawierać m.in. optymalną ilość cementu w % w stosunku do mieszkocementu wraz z optymalizacją (poz. 26) i optymalną ilość środka jonowymennego w % w stosunku do ilości cementu (poz. 27).

W postępowaniu złożono sześć ofert: oferta Eurovia Polska S.A. z ceną 114 356 923,96 zł, oferta Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z ceną 110 736 821,67 zł, oferta Drogopol sp. z o.o. z ceną 98 147 791,88 zł, oferta Odwołującego z ceną 106 306 107,82 zł, oferta Przystępującego DROG-BUD z ceną 96 194 853,10 zł, oferta Przystępującego konsorcjum NDI, BITUM z ceną 108 854 563,62 zł. Wykonawcy w kryterium nr 3 Wartość wtórnego modułu odkształcenia E₂ podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej zaoferowali maksymalną wartość 280 MPa.

Zamawiający 25 marca 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego DROG-BUD jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Drogopol sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego była druga w rankingu oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie przez Zamawiającego zarzucono w odwołaniu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, jednolicie wskazuje się, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę nie jest możliwe bez uprzedniego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej wyliczenie ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przeprowadzenie takiej procedury jest zasadniczo obowiązkiem zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Z tego względu podnoszenie w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i wskazywanie na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego DROG-BUD jako zawierającej rażąco niskie istotne części składowe ceny jest przedwczesne. Tym samym zarzut ten podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego DROG-BUD którego oferta została wybrana jako najwyższej oceniona, do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie został przez Odwołującego wykazany. W tym kontekście należy wspomnieć, że ciężar przedstawienia twierdzeń i dowodów w celu wykazania zaistnienia przesłanek aktualizujących po stronie Zamawiającego obowiązek skierowania takiego wezwania do DROG-BUD spoczywał, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym. W ocenie Izby Odwołujący temu ciężarowi nie sprostał.

Odwołujący w żądaniu ewentualnym domagał się nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy DROG-BUD na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp „do złożenia wyjaśnień w przedmiocie istotnych elementów składowych ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy, ponieważ te istotne elementy składowe ceny, wskazane w treści odwołania (w szczególności – w załączniku nr 5 do niniejszego odwołania), są rażąco niskie.” W załączniku nr 5 do odwołania wyszczególniono pozycje TER, w zakresie których, zdaniem Odwołującego, Przystępujący DROG-BUD zaoferował ceny jednostkowe na poziomie rażąco niskim. Argumentacja mająca uzasadniać to rażące zaniżenie cen jednostkowych została w odwołaniu ograniczona jedynie do porównania cen jednostkowych zaoferowanych przez 5 wykonawców (w tym Odwołującego i obu Przystępujących) i wskazania, że przedmiotowe ceny jednostkowe DROG-BUD są niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone. Tego rodzaju twierdzenia w ocenie Izby nie są wystarczające do uznania, że może mieć miejsce rażące zaniżenie elementów składowych ceny. Po pierwsze, pomocnicze wskaźniki arytmetyczne opisane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp odnoszą się do ceny całkowitej i w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją ich spełnienia. Okoliczność, że ceny jednostkowe w ofercie jednego z wykonawców są niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen jednostkowych zaoferowanych przez innych wykonawców nie stanowi automatycznie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Po drugie, wyliczenia przedstawione w odwołaniu i załączniku nr 5 do odwołania obarczone są błędem, ponieważ Odwołujący nie uwzględnił w nich oferty wykonawcy Drogopol sp. z o.o., która zawierała drugą w kolejności najniższą cenę. Przepis art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście średniej arytmetycznej złożonych ofert wskazuje co prawda na okoliczność, że oblicza się ją z uwzględnieniem cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, ale niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, a nie na jakiegokolwiek podstawie. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Drogopol sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a zatem w procesie badania zaistnienia przesłanek do wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, oferta ta – w świetle art. 224 ust. 2 ustawy Pzp - powinna być brana pod uwagę przy obliczaniu średniej arytmetycznej.

W związku z tym przedstawione w odwołaniu wyliczenia trudno uznać za kompleksowe i wiarygodne, zwłaszcza w obliczu faktu, że cena oferty w nich nieuwzględnionej była niższa niż czterech pozostałych ofert branych pod uwagę oprócz oferty DROG-BUD. Fakt, że wykonawca Drogopol sp. z o.o. nie wycenił jednej z pozycji TER dla Zadania nr 2, że jego oferta została odrzucona, nie wpływa na ocenę Izby, ponieważ wskazane w załączniku nr 5 poszczególne pozycje TER dotyczyły tylko Zadania nr 1 i 3 i były możliwe do porównania. Po trzecie, Odwołujący dla większości kwestionowanych pozycji TER (poza dotyczącymi warstwy ulepszanego podłoża) nie przedstawił żadnej zindywidualizowanej pod kątem określonych pozycji TER analizy, która pozwalałaby podać w wątpliwość ich realny poziom ani nie złożył dowodów na poparcie twierdzeń o rażącym zaniżeniu tych cen jednostkowych. Po czwarte, jak wskazywali Zamawiający i Przystępujący DROG-BUD, sam Odwołujący wycenił szereg pozycji TER w taki sposób, że można byłoby stwierdzić ponad 30% różnicę względem średniej arytmetycznej ofert, co jedynie potwierdza, że przyjmowane przez wykonawców założenia co do sposobu wyceny, poziomu kosztów czy okoliczności związanych z realizacją zamówienia mogły się różnić. Różnice te nie świadczą jednak same w sobie o tym, że zaoferowanie niższych cen jednostkowych poszczególnych pozycji TER stwarza podejrzenie rażąco niskiej ceny. Cena całkowita oferty Przystępującego DROG-BUD nie odbiegała istotnie od średniej arytmetycznej ofert.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie cen jednostkowych pozycji TER dotyczących robót związanych z wykonaniem warstw ulepszanego podłoża Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał istnienia obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby podejrzenie rażąco niskiego poziomu tych cen w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powstanie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Nie było okolicznością sporną to, że każdy z wykonawców musiał uwzględnić odpowiednie materiały kalkulując cenę za roboty dotyczące warstw ulepszanego podłoża. Wytyczne WTW STBC B wskazywały ponadto, że przed rozpoczęciem realizacji robót wykonawca zobowiązany będzie ustalić rodzaj gruntu pod kątem wysadzinowości wykonując badania kontrolne parametrów podłoża, a także opracować receptę i przedstawić ją do akceptacji Inspektora Nadzoru. Skoro zatem wykonawca ma obowiązek wykonania uprzednich badań geologicznych i projektu technologicznego konstrukcji przed realizacją robót, to oczywiste jest, że szczegółowe parametry, w tym ilość cementu i środka jonowymiennego, zostaną ustalone dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również dopiero wówczas opracowana zostanie właściwa recepta. W konsekwencji na obecnym etapie konkretne parametry jakie należało przyjąć, jak i ilość materiałów oraz koszty z tym związane nie są możliwe do jednoznacznego ustalenia. Każdy z wykonawców musiał siłą rzeczy przyjąć określone, przybliżone założenia oraz uwzględnić ewentualne ryzyko ich zmiany po wykonaniu szczegółowych badań geologicznych i projektu technologicznego konstrukcji.

Odwołujący w celu uwiarygodnienia swoich twierdzeń posiłkował się zrealizowaną przez niego inwestycją w ramach zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa Drogi Wojewódzkiej nr 921 w Gminie Pilchowice – Etap II” oraz opracowaną wówczas receptą i w oparciu o te dane przedstawił wyliczenia dotyczące ilości materiałów, jakie należało przyjąć w kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący nie przedstawił jednak jakichkolwiek dowodów, które wykazywałyby porównywalność parametrów inwestycji, na którą się powoływał (Pilchowice) do inwestycji będącej przedmiotem zamówienia i nie wykazał, aby to opracowana na potrzeby tej inwestycji recepta powinna zostać uznana za miarodajną dla przedmiotowego zamówienia. Z kolei Przystępujący DROG-BUD w złożonym piśmie wskazywał na zrealizowaną przez niego inwestycję „Przebudowa DW 910 od DK 86 do granicy miasta na prawach powiatu Dąbrowa Górnicza” (Będzin) oraz opracowaną wówczas receptę. Przystępujący przedstawił zatem twierdzenia i dowody przeciwstawne do argumentacji Odwołującego, opierając się na realizowanej przez niego podobnej inwestycji. Przystępujący DROG-BUD oprócz recepty złożył także inne dokumenty dotyczące tej inwestycji, w tym raport z badań i kartę obmiaru, jak i porównanie karty otworu badawczego dla ww. inwestycji z kartą otworu badawczego dla inwestycji będącej przedmiotem obecnego zamówienia. Odwołujący kwestionując podczas rozprawy ten dowód sam nie przedstawił żadnych dokumentów mogących wskazywać, że porównanie warunków tych dwóch inwestycji przez Przystępującego DROG-BUD było niewłaściwe. Stanowisko zawarte w pisemnej replice Odwołującego było wyłącznie hasłową polemiką, która nie została poparta dowodami. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby brak jest podstaw, aby odmówić tym twierdzeniom i dowodom Przystępującego DROG-BUD wiarygodności.

Dalej należy wskazać, że Odwołujący powoływał się na ceny materiałów niezbędnych do zastosowania przy budowie warstwy ulepszanego podłoża (cementu, środka jonowymiennego oraz wody), które były w ocenie Izby – w świetle materiału dowodowego sprawy - zawyżone. Jako przykład należy wskazać chociażby na przyjętą na poziomie 10 zł za m³ cenę wody, która jest istotnie wyższa niż ceny wynikające ze złożonego przez Przystępującego DROG-BUD jako dowód dokumentu „Taryfa dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obowiązującej na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy” (tj. miejsca realizacji przedmiotu zamówienia). Przystępujący DROG-BUD

podważył także wskazane w odwołaniu ceny za zakup cementu i środka jonowymiennego składając na tę okoliczność dowody (oferty/faktury na cement Marbet i środek jonowymienny Visolis) wykazujące, że ceny zaprezentowane w odwołaniu były istotnie zawyżone, względem cen uzyskiwanych w praktyce przez wykonawców stale współpracujących z dostawcami materiałów.

W tym stanie rzeczy, w okolicznościach stanu faktycznego sprawy, Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do uznania za wiarygodne twierdzeń Odwołującego o koniecznych do przyjęcia podczas kalkulacji ceny ofertowej ilościach cementu, środka jonowymiennego i wody oraz związanych z tym kosztach. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że sposób wyceny kwestionowanych pozycji TER przyjęty przez Przystępującego DROG-BUD wzbudzić powinien faktyczne, obiektywne wątpliwości u Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zaliczając do kosztów postępowania uiszczony wpis od odwołania.

Przewodnicząca:.....