Sygn. akt: KIO 2690/23
KIO 2691/23

WYROK
z 27 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński
Beata Konik
Aleksandra Kot
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 22 września 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 września 2023 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROBUDOWA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIC 2690/23),
2. Intop Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2691/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
z siedzibą w Warszawie, Powiat Miński z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Miasto Sulejówek z siedzibą w Sulejówku w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi PKP Polskie
Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie, przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie, Roverpol Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2690/23 i KIO 2691/23
po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie o sygn. akt KIO 2690/23 i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROBUDOWA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
2. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2691/23.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2691/23 obciąża odwołującego: Intop Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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
(Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……..……..……..

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 250-729975.

KIO 2690/23

11 września 2023 r. odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROBUDOWA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący ZRK) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego i zarzucili mu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Roverpol Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (dalej: Przystępujący) mimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, a złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały wiarygodnych dowodów, przedstawione zestawienia wzajemnie się wykluczały co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego mimo, że zawierała ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych mających wpływ na cenę całej oferty Przystępującego i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia przez zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny lub też nie uwzględniający pełnego zakresu prac koniecznych do wykonania zamówienia w stosunku do wymagań opisanych przez Zamawiającego w dokumentach Postępowania, w szczególności w odniesieniu do pozycji dotyczących ścian szczelinowych oraz pali jet-grouting;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „Uznk") przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z 31 sierpnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz złożoną niezgodnie z warunkami określonymi w SWZ;
2. przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 września 2023 oświadczył, że uwzględnia odwołanie.

Przystępujący Roverpol 22 września 2023 r., przed otwarciem posiedzenia niejawnego z udziałem stron, złożył pisemne oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Następnie, w toku rozprawy, Przystępujący oświadczył, że wycofuje ten sprzeciw.

KIO 2691/23

11 września 2023 r. odwołujący Intop Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący lub Intop) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że Intop nie udzielił wyjaśnień, które uzasadniają cenę wskazaną w ofercie oraz nie wykazał w sposób dostateczny, jakie czynniki wpłynęły na obniżenie ceny oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy prawidłowa analiza treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez Odwołującego dowodów, w świetle treści wezwania Zamawiającego, potwierdza prawidłowość kalkulacji ceny oferty Odwołującego i pozwala przyjąć, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rynkową;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że (cała) zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, wyłącznie na podstawie kilku pozycji kosztorysowych wchodzących w skład dwóch (uznanych

przez Zamawiającego) istotnych części składowych przy jednoczesnym braku rozważenia tych pozycji

(o ile rzeczywiście były one rażąco niskie) w kontekście całej ceny zaoferowanej przez Intop, w tym także wartości istotnych części składowych, do czego Zamawiający był zobowiązany chcąc odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, a czego Zamawiający zaniechał;

3. art. 224 ust. 1 pkt w zw. z art. 16 ust. 1 – 3 Pzp przez nierówne

traktowanie wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji, przejawiające

się w szczególności brakiem wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w przypadku w którym Zamawiający w analogicznej sytuacji,

tj. powołania się w zakresie określonych części zamówienia na ofertę podwykonawcy, zwracał się do innych uczestników postępowania o „uszczegółowienie i uzupełnienie złożonych wyjaśnień", mimo że – podobnie jak stwierdził w odniesieniu do wyjaśnień Intop – „z ofert tych nie wynika, w jaki sposób ceny te zostały skalkulowane",

co też w znacznej mierze wynika już z samej treści uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego;

4. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego budziły wątpliwości Zamawiającego, które to wątpliwości nie były wynikiem niepełnych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, a wyłącznie efektem ogólnego wezwania Zamawiającego;

5. art. 73 i 74 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez brak udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego, o co Wykonawca kilkukrotnie wnioskował do Zamawiającego, a w wyniku czego Zamawiający nie tylko naruszył zasadę jawności i przejrzystości postępowania, ale także nie wywiązał

się z nałożonego na niego obowiązku udostępnienia dokumentacji postępowania,

w tym załączników do protokołu, którym kosztorys inwestorski, jako dokument stanowiący podstawę czynności Zamawiającego polegającej na określeniu szacunkowej wartości zamówienia, z pewnością jest;

a w konsekwencji

6. art. 16 ust. 1-3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego (w tym, ewentualnie, wezwanie Odwołującego do dalszych wyjaśnień).

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący Intop wskazał m. in.:

Odwołujący jako jedyny spośród czterech wykonawców składających wyjaśnienia w zakresie RNC nie został wezwany przez Zamawiającego do uszczegółowienia swojego stanowiska, mimo że znajdował się on w tożsamej lub „porównywalnej" sytuacji, co trzech pozostałych uczestników postepowania.

Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia ofert wykonawców Sarinż oraz Budimex, czynność ta była konsekwencją powołania się przez ww. podmioty na oferty podwykonawców, a to celem wykazaniu braku RNC. Jak stwierdził jednak Zamawiający ani Sarinż, ani Budimex ostatecznie nie wykazali rynkowości cen zaoferowanych przez proponowanych podwykonawców. Dlatego też ich oferty należało odrzucić. W związku z tym, że powyższy stan istniał także po złożeniu drugich wyjaśnień (był to powód ostatecznego odrzucenia ofert), tym bardziej miał on miejsce na etapie składania przez ww. wykonawców swoich pierwszych wyjaśnień (po ich złożeniu). Potwierdzała to treść uzasadnienia o odrzuceniu, ale również wezwania Zamawiającego,

w którym zwrócił się on m.in. do wykonawcy Sarinż o określenie sposobu kalkulacji cen jednostkowych przez podwykonawców.

Zamawiający brak stosownych wyjaśnień w odpowiedzi na to wezwanie potraktował jako brak wykazania rynkowości cen podwykonawców, a zatem podstawę do odrzucenia oferty. Było

to o tyle istotne, że Zamawiający zwrócił się z prośbą o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień przez wykazanie, że także oferty podwykonawców mają charakter rynkowy. Jedynym wykonawcą, który również na potrzeby wykazania braku RNC polegał

na ofertach podwykonawców (złożył oferty na dowód), a nie dostał takiej szansy, był Odwołujący - jego oferta została automatycznie odrzucona, bez wezwania do dodatkowych wyjaśnień.

W piśmie z 11 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o uzupełnienie

i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień RNC. W treści tego pisma Zamawiający podniósł, że po analizie wyjaśnień oraz dowodów (ofert podwykonawców oraz szczegółowego kosztorysu – dokumentów, które złożył także Odwołujący) Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie: (i) poprawności określenia cen jednostkowych wykonania robót dot. ścian szczelinowych oraz pali jet-grouting; (ii) prawidłowości dokonanej wyceny koszy zbrojeniowych (w ocenie Zamawiającego ceny jednostkowe nie uwzględniały wszystkich robót w danej pozycji). Wezwanie to zawierało takie same sformułowania, jakich Zamawiający użył w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a mianowicie: „Zamawiający ma wątpliwość co do poprawności określenia cen jednostkowych (…) z ofert tych nie wynika, w jaki sposób ceny te zostały skalkulowane". Jedyna różnica polega na tym, że w przypadku Odwołującego zdanie to padło jako uzasadnienie odrzucenia jego oferty, natomiast w przypadku Przystępującego na potrzeby wezwania tego wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający uzasadniając brak dodatkowego wezwania w stosunku do Odwołującego uznał, że już na podstawie pierwotnego wezwania Intop powinien wykazać rynkowość oferty podwykonawcy. Do takich samych wniosków nie doszedł jednak w przypadku trzech innych ofert.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający oparł się na stwierdzeniu, że wyjaśnienia Intop nie były wystarczająco szczegółowe. W znacznej części swojego wywodu Zamawiający ogranicza się do wyliczenia okoliczności, których rzekomo Wykonawca nie przedstawił bądź nie wyjaśnił. Odwołujący nie kwestionuje generalnego obowiązku obciążającego wykonawców do złożenia wyjaśnień rozwiewających wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Nie sposób jednak pominąć, że treść wezwania istotnie wpływa (determinuje) na zakres informacji (a zatem również dowodów), które przedstawić powinien wykonawca w celu obalenia domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Nie sposób bowiem obarczać wykonawców konsekwencją ewentualnego „uproszczenia" tej procedury (wystosowując wezwania lakoniczne, ogólne) przez samego zamawiającego.

Istota zaistniałej w postępowaniu sytuacji (prowadzącej do odrzucenia oferty Odwołującego) sprowadzała się zasadniczo do nadużycia przez Zamawiającego prawa do oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Zamawiający zdawał się (w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty) dokonywać oceny wyjaśnień przez pryzmat oczekiwań, które nie zostały w żaden sposób wyartykułowane ani w treści wezwania, ani w żadnym innym dokumencie.

Odwołujący odpowiedział na wszystkie wątpliwości, które wskazane zostały w treści wezwania. Zamawiający oczekiwał bowiem od Wykonawcy wyjaśnienia ceny zaoferowanej za wykonanie Tunelu Drogowego oraz Ścian Oporowych. W pierwszej części wezwania Zamawiający przytoczył art. 224 ust. 3 Pzp, wzywając Odwołującego do wskazania elementów, które mogły mieć wpływ na cenę oferty. W pozostałym zakresie wezwanie wymagało od Wykonawcy złożenia wyjaśnień potwierdzających, że Odwołujący uwzględnił wszystkie elementy w wycenie analizowanych części składowych zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które swoim zakresem odpowiadały wezwaniu.

Wyjaśnienia Intop nie różniły się w powyższym zakresie w sposób znaczny od tych złożonych przez pozostałych uczestników postępowania. Z pewnością wyjaśnienia Intop nie zawierały mniej informacji niż np. wyjaśnienia złożone przez Przystępującego. Przykładowo: Zamawiający odnosząc się choćby do wskazania przez Wykonawcę dysponowania odpowiednią kadrą i własnymi zasobami sprzętowymi, co miało niewątpliwie wpływ na zaoferowaną cenę, wyartykułował szereg zarzutów, poddając w wątpliwość dotyczące tego wyjaśnienia Odwołującego. Wskazał m.in. że Intop w ogóle nie „przełożył" tych danych na obniżkę zaoferowanej ceny. Takich uwag Zamawiający nie czynił w stosunku do innych wykonawców, którzy – co oczywiste – również powoływali się na tego typu okoliczności (np. Sarinż), choć ich wyjaśnienia szczególnie nie różnią się od tych złożonych przez Odwołującego.

Podobnie w przypadku upustów i innych finansowych kwestii, które sprzyjać miały możliwości zaoferowania ceny na odpowiednim poziomie. Na tego typu okoliczności powołał się np. Przystępujący (korzystne warunki finansowania zamówienia). Nie wzbudziło to żadnych wątpliwości Zamawiającego, mimo braku jakichkolwiek dowodów na poparcie przez Roverpol swoich twierdzeń.

Zamawiający w zakresie okoliczności sprzyjających zaoferowaniu przez Intop ceny na określonym poziomie, w tym kosztów pracy, organizacji zaplecza etc., pominął doskonale znany mu fakt, o którym wspomniał w swoich wyjaśnieniach Intop. Wykonawca bowiem realizuje obecnie tuż obok miejsca, w którym ma być wykonywany przedmiot zamówienia, inną inwestycję (Budowa tunelu drogowego w ciągu drogi 638). Jest to niewątpliwie okoliczność, która wpływa na obniżenie ceny, a która nie jest dostępna innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Także pod względem obszerności i szczegółowości wyjaśnień, nie różniły się one od tych, które przedstawił choćby zwycięski wykonawca - Roverpol.

Odnosząc się do kolejnego punktu wezwania, Odwołujący wyjaśnił, że ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym obejmowały wszystkie koszty niezbędne do wykonania poszczególnych robót w odpowiednim, umownym terminie. Odwołujący szczegółowo przedstawił (dzieląc zestawienie na koszty bezpośrednie i koszty pośrednie), jakie koszty uwzględnił w swojej cenie, w tym w poszczególnych cenach jednostkowych. Są to m.in.: koszty robocizny, koszty montażu sprzętu, koszty zatrudnienia personelu kierowniczego, technicznego oraz administracyjnego, koszty wyposażenia zaplecza, koszty ubezpieczenia czy koszty zarządu. To tylko jedne z wielu elementów, na które wskazał Intop, a które potwierdzały, że Odwołujący w swojej wycenie przewidział wszystkie koszty towarzyszące realizacji określonych robót budowlanych. Podobnie postąpił np. wykonawca Budimex
czy Sarinż. Jedyna różnica sprowadza się do tego, że ich rozbicie zasadniczo bazowało
na innym podziale prac i większej liczbie ofert (podwykonawców). Mimo tego Zamawiający
po pierwszym wezwaniu nie zdecydował się na odrzucenie ofert ww. wykonawców.
Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami szczegółową kalkulację, w której wskazane zostały wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, tj.: koszty i ilości (zgodne
z przedmiarem) niezbędnych materiałów/urządzeń, koszty założonej robocizny, koszty pracy sprzętu, koszty narzutów kosztorysowych etc. Odwołujący złożył również szczegółową kalkulację ceny jednostkowej, w ramach przedstawił dokładne założenia służące obliczeniu ceny jednostkowej. W treści tego samego dokumentu wskazano założenia przyjęte
do wyliczenia ceny wynikającej z oferty podwykonawczej. W szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej Odwołujący wskazał, że przyjął narzut 15% na ofertę podwykonawczą (koszty pośrednie), zysk w postaci narzutu 3%, a także ryzyko i inne pozostałe koszty w wysokości nie mniejszej niż 1%. Odwołujący załączył do wyjaśnień oferty podwykonawców, których wyceny prac będących przedmiotem wyjaśnień, potwierdzały rynkowość zaoferowanej przez Odwołującego ceny (ceny te były niższe od ceny zaoferowanej przez Odwołującego,
co uzasadniało też naliczony narzut), a dodatkowo - wykaz ilościowy maszyn i sprzętu obrazujący skale posiadanego (własnego) sprzętu przez Wykonawcę. Jak wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach – posiadanie własnego (a do tego tak znacznego) zaplecza sprzętowego skutkowało obniżeniem ceny, albowiem okoliczność ta bez wątpienia wpływała na brak konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem takiego sprzętu.
Wezwanie Zamawiającego nie wskazywało na konieczność złożenia kosztorysów szczegółowych. Intop nie złożył bezpośrednio nakładów pracy robocizny, jednak
z wykazanych wartości robocizny nie było problemu, aby wartości te obliczyć (podzielić przez wskazaną w załączniku Zał. 2 -Tajemnica Przedsiębiorstwa - szczegółowa kalkulacja ceny jednostkowej - tunel Sulejówek: wartość jednostkową roboczogodziny kosztorysowej, czego wynikiem byłby nakład robocizny przyjęty do wykonania poszczególnych czynności
w odniesieniu do wykonania jednostkowego (jak i globalnego) zakresu robót/ pozycji kosztorysowej).
Dla przykładu: dla pozycji 24 TD w cenie 5,43 zł/kg wskazana wartość robocizny: 1,47 zł/kg (1470 zł/tona). Stąd nakład robocizny dla wykonania pozycji 24 wynosi: 1470 [zł/Mg] / 32,00 [zł/r-g] = 45,94 r-g/Mg, co daje średni nakład roboczogodzin: 45,94 r-g dla wbudowania tony stali zbrojeniowej w elementy typu płyta denna, płyta nośna itp.
Jeśli, mimo braku takiego żądania, Zamawiający miał trudności z obliczeniem nakładów, mógł zwrócić się do Odwołującego o dodatkowe wyjaśnienia, w tym złożenie stosownych przeliczeń.
Odwołujący podkreślił, że jego wyjaśnienia pozwalały uznać, że obalone zostało domniemanie złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską. Odwołujący udzielił wyczerpujących informacji w odniesieniu do każdego elementu wezwania, wskazując na te okoliczności, które pozwoliły Odwołującemu zaoferować określoną (niższą) cenę. Odwołujący nie dysponował również informacją, jakich dokładnie dowodów oczekiwał Zamawiający na poparcie obalenia domniemania RNC, co implikowało uzasadnione przekonanie, że Odwołujący był w pełni uprawniony do złożenia dokumentów według własnego uznania.
Analiza uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego prowadziła do wniosku,
że podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego stały się subiektywne „wątpliwości", które w żaden sposób nie potwierdzały, że cena tej oferty była rażąco niska.
Jak wynikało z treści uzasadnienia odrzucenia oferty, Zamawiający w momencie podejmowania decyzji nie tyle był przekonany, że oferta zawierała RNC, co wskazywał,
że po jego stronie pojawiły się „wątpliwości", co do niektórych elementów wyjaśnień. Ponadto uzasadnienie zawierało również stwierdzenia, w których Zamawiający zakłada pewne kwestie, przy czym nie był ich pewny.
O tym, że decyzja Zamawiającego była co najmniej przedwczesna, świadczył szereg sformułowań użytych przez Zamawiającego w treści uzasadnienia, na przykład:

- Zamawiający dokonując analizy przekazanej kalkulacji cenowej powziął szereg wątpliwości;

- występujące różnice są dla Zamawiającego są niejasne. Chociażby z niewiadomych przyczyn występuje ponad dwukrotna różnica przy wycenie ścian szczelinowych
  w poz. 11 do 17 Przedmiaru dot. Ścian Oporowych;
- Analogiczne wątpliwości Zamawiającego budzą…;
- Dla Zamawiającego jest to niejasne (…);
- Należy podkreślić, że ceny przyjęte przez Zamawiającego są cenami korzystnymi i nie ma pewności czy Wykonawca jest w stanie zapewnić kluczowe materiały w takich cenach;
- Zamawiający uważa również…;
- Oczywistym jest więc, że wątpliwości Zamawiającego co do….

Skoro zatem po stronie Zamawiającego pojawiły się kolejne wątpliwości, to naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy winna być próba ich rozwiania w drodze dalszych wyjaśnień Odwołującego.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego odnosiło się zasadniczo do trzech elementów – (i) kalkulacji ceny za wykonanie ścian szczelinowych, (ii) kalkulacji ceny za wykonanie próbnego obciążenia ściany szczelinowej (iii) kalkulacji ceny za wykonanie pali typu jet-grouting. Wszystkie wątpliwości ujawnione w treści uzasadnienia sprowadzały się w istocie
do subiektywnego podważenia cen Odwołującego przez Zamawiającego, który kierując
się wyłącznie własnymi przekonaniami próbował uzasadnić podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Ma to miejsce np. w przypadku kalkulacji ceny za wykonanie ścian szczelinowych. Zamawiający jednostronnie przyjął, że miał wiedzę, co do (rzekomo korzystnych) cen dot. kluczowych materiałów – stali zbrojeniowej i betonu. Na podstawie własnych wyliczeń Zamawiający uznał, że Odwołujący nie doszacował kosztu materiału, albowiem koszt ten nie pozostaje na tym samym poziomie, na jakim Zamawiający przewidział ten koszt w swoich wewnętrznych kalkulacjach. Trudno jednak przyznać rację Zamawiającemu by tylko taka okoliczność miała przesądzać automatycznie o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający po zapoznaniu się cenami wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, powinien samodzielnie dostrzec, że jego kalkulacje były przeszacowane. Zgodnie z protokołem Postępowania, skalkulowana przez Zamawiającego wartość zamówienia wynosiła 120 215 643,22 zł, podczas gdy średnia cen wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu to „zaledwie" 97 592 812,34 złotych.

Kalkulacje Zamawiającego nie powinny być więc punktem odniesienia oceny, czy oferta zawierała rażąco niską cenę (to bowiem oferty wykonawców przedstawiają rynkowość danej usługi). Jednocześnie Zamawiający nie postawił w wezwaniu wymogu przedstawienia konkretnych cen, za jakie wykonawca pozyska stal zbrojeniową i beton. Jeśli okoliczność
ta budziła wątpliwość Zamawiającego, powinien był uzupełnić wezwanie i dopytać Odwołującego o szczegóły w tym zakresie, szczególnie, że Intop złożył dwie oferty podwykonawców, które potwierdzały jego ceny.

Nieuzasadnione było twierdzenie Zamawiającego odnoszące się do realności cen zawartych w ofercie podwykonawców. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że dowody potwierdzające rynkowość zaoferowanych cen, nie mogły być dowodami na brak rażąco niskiej ceny, bowiem w jego subiektywnym przekonaniu ceny podwykonawców były również niskie. Takie stanowisko prowadziło do absurdu. Podwykonawcy wycenili przedstawiony im zakres prac (zakres prac wynikający z SWZ) w taki sposób, aby wykonać zlecone zadanie w sposób pokrywający wszystkie koszty takiej realizacji, wraz z uzyskaniem odpowiedniego zysku. Nie sposób było zatem zrozumieć stanowiska Zamawiającego, który na podstawie niczym nieuzasadnionej hipotezy, uznał, że oferty podwykonawcze złożone przez Odwołującego nie były prawidłowe, bowiem przewidziane w nich ceny są za niskie.

Kolejnym argumentem wskazującym według Zamawiającego na nierzetelność kalkulacji Odwołującego był stosunek ceny za wykonanie ścian szczelinowych w zakresie Ścian Oporowych i Tunelu drogowego. Zamawiający zdawał się zarzucać Wykonawcy, że cena
za ściany szczelinowe w zakresie ścian oporowych wydawała się zbyt wysoka. Według Zamawiającego stanowiło to podstawę do przyjęcia, że wykonanie ścian szczelinowych
w zakresie Tunelu drogowego zostało niedoszacowane.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że w przeliczeniu na m^3 ściany szczelinowej cena jednostkowa w przypadku ściany krótszej będzie z reguły większa niż ściany o znacznie większej długości. W tym drugim przypadku koszty rozkładają się bowiem „na więcej".

Tym samym, konieczność wykonania robót stałych dla ściany 16 metrowej, jak i 20 metrowej, wiąże się ze wzrostem ceny jednostkowej w przeliczeniu na m^3 ściany. Stąd przedstawiona przez Zamawiającego „logika" była jego twierdzeniem, faktem natomiast to, że nie dopuścił Wykonawcy do rozwiania tych wątpliwości, jakie się pojawiły. Ponadto Zamawiający zignorował fakt, że Wykonawca musi ponieść koszty mobilizacji tożsame dla obu zakresów prac. Jeśli

ujmie je w zakresie jednej z pozycji, automatycznie powoduje to, że nie musi
w takiej samej wysokości uwzględniać ich w innej pozycji. Zamawiający zamiast dopytać
o te okoliczności, przyjmując wyłącznie swoją logikę (nie zakładając, że możliwe jest inne rozwiązanie) uznał, że cena oferowana przez Intop była zaniżona.

W odniesieniu do wyliczeń Zamawiającego, Odwołujący w swojej ofercie ujął materiały: beton w cenie: 375 zł/m^3 oraz stal koszy zbrojeniowych w cenie: 3,05 zł/kg. Zgodność wykazanych cen materiałów ujętych w wyjaśnieniach, tj.:

w pozycji 12 kosztorysu Ściany Oporowe, c.j. materiału 833,55 zł/m^3: 117 kg/m^3 x 3,05 + 375 zł/m^3 = 731,85 zł/m^3;

w pozycji 11 kosztorysu Tunel Drogowy, c.j. materiału 921,72 zł/m^3: 170 kg/m^3 x 3,05 + 375 zł/m^3 = 902,00 zł/m^3.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie odniósł swoich wątpliwości do całej ceny oferty Odwołującego. Ograniczył się jedynie do rzekomego podważenia kilku pozycji.

Odwołujący wskazał również na zachowanie Zamawiającego, które faktycznie zmierzało
do utrudnienia wniesienia skutecznego środka ochrony prawnej i skorzystania w sposób pełny z prawa do obrony. Mimo bowiem kilkukrotnych próśb ze strony Intop, Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu kosztorysu inwestorskiego, który niewątpliwie stanowił istotny dokument dla sprawy. Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał,
że ww. dokument nie stanowił dokumentacji postępowania (załącznika do protokołu). Dlatego też Wykonawca powinien zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o jego udostępnienie
w trybie dostępu do informacji publicznej, a nie na podstawie przepisów Pzp. Już w tym miejscu warto zaznaczyć, że Intop oczywiście zwrócił się do Zamawiającego także w tym trybie, jednak bez efektu.

Wspomniany dokument jest podstawą ustalenia wartości zamówienia (art. 34 Pzp) przez Zamawiającego, a czynność ta, jak każda inna, także z uwagi na swą doniosłość
(np. stosowanie przepisów Pzp) podlega kontroli wykonawców. Jak inaczej (bez kosztorysu inwestorskiego) można było zweryfikować, czy zamawiający w sposób prawidłowy określił wartość zamówienia, którą określa się przez sporządzenie kosztorysu? Stanowisko Zamawiającego zdawało się sprowadzać do wskazania, że wiążąca (i wystarczająca) w tym zakresie była jego deklaracja, z czym oczywiście nie można się zgodzić.

Powyższe zachowanie było w oczywisty sposób sprzeczne z podstawowymi zasadami Pzp - zasadą jawności i przejrzystości postępowania oraz prawa do obrony (prawa do sądu).

W odpowiedzi na odwołanie z 21 września 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Brak było możliwości skierowania do Odwołującego kolejnych wezwań o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zasadą (i obowiązkiem Zamawiającego) jest jednokrotne wystosowanie wezwania do złożenia takich wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że w treści wezwania określił swoje wymagania, co do „zawartości" wyjaśnień tj. sprecyzował, że wyjaśnienia winny odnosić się do zaoferowanej ceny
w określonych pozycjach, a w szczególności wykazać czy pozwolą na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, oraz jakie zaistniały czynniki oraz wpływ tych czynników na cenę wraz z przedstawieniem dowodów potwierdzających podnoszoną argumentację.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były rzetelne i wyczerpujące, gdyż w zasadzie sprowadzały się do rozbicia cenowego w dwóch branżach z Przedmiaru bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, jakie czynniki miały wpływ na ukształtowanie ceny. W zasadzie więc wyjaśnienia sprowadzały się do działań matematycznych, gdzie punktem wyjścia była zaoferowana cena w danej pozycji, a następnie rozbicie jej na poszczególne składniki bez jakiegokolwiek uzasadnienia, czy te poszczególne składniki ceny były realne i wystarczające do wykonania zamówienia. Dlatego ponowne wezwanie, sprowadzałoby się do żądania złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie, w jakim Odwołujący został już uprzednio wezwany i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, skierowanie dalszych wezwań do innych wykonawców nie dotyczyło analogicznej czy porównywalnej sytuacji, w jakiej znalazł się Odwołujący,
a co miałoby zdaniem Odwołującego świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców.

Odnosząc się do drugiego wezwania skierowanego do Budimex S.A., Zamawiający wskazał, że wezwanie dotyczyło konkretnych okoliczności, które wynikały z pierwotnych wyjaśnień.

Z wyjaśnień wynikało, że wykonawca mógł w sposób nieuprawniony dokonać optymalizacji rozwiązań, co ostatecznie rzeczywiście się potwierdziło i stanowiło podstawę odrzucenia oferty Budimex. Druga kwestia natomiast odnosiła się do wskazania, gdzie zostały ujęte koszty montażu zbrojenia, których to nie obejmowała oferta podwykonawcza.

W odniesieniu natomiast do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum Sarinż – podobnie jak w przypadku Budimex S.A. – wezwanie dotyczyło konkretnej okoliczności - wykazane przez Konsorcjum Sarinż ceny za beton i stal (wykonawca przedłożył w tym zakresie oferty dostawców), co do których prawidłowości Zamawiający nie miał

wątpliwości, gdyż były cenami rynkowymi popartymi dowodami, powodowały, że przenosząc je na konkretne roboty dot. wykonania ścian szczelinowych, spowodowało „powstanie" ceny, która była wyższa od wskazanej w ofercie podwykonawczej ceny za wykonanie 1 m^3 ściany szczelinowej. Kwestia ta wymagała dalszych wyjaśnień, natomiast również w tym przypadku Zamawiający nie widział żadnego wspólnego mianownika do sytuacji i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i kierowania żądań o ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Podobnie było w odniesieniu do ponownego wezwania do wyjaśnień Przystępującego, gdzie w pierwotnych wyjaśnieniach Zamawiający dostrzegł pewne wewnętrzne sprzeczności, które wymagały wyjaśnienia.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia pozostałych wykonawców były bardziej szczegółowe
i rzeczowe niż wyjaśnienia Intop, zawierały chociażby oferty dostawców kluczowych materiałów, co umożliwiło Zamawiającemu analizę i zbadanie cen, a w rezultacie stanowiło podstawę skierowania dodatkowych zapytań. Co więcej, jak już wskazano powyżej cena Intop znacznie odbiegała od cen pozostałych wykonawców, co tym bardziej powinno skłaniać wykonawcę do złożenia wyczerpujących wyjaśnień.

Argumentacja Odwołującego zmierzała ku zakwestionowaniu treści wezwania i obarczenia odpowiedzialnością za wadliwe wyjaśnienia Zamawiającego, mimo, że wcześniej Wykonawca nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie zgłosił żadnych wątpliwości co do treści wezwania.

Zamawiający określił, których pozycji przedmiarowych wyjaśnienia miały dotyczyć tj. „tunel drogowy" i „ściany oporowe". Zamawiający zażądał ponadto szczegółowych, a nie ogólnych, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w odniesieniu do tych pozycji przedmiarowych. Zamawiający wskazał za ustawą Pzp przykładowy katalog,
co powinny uwzględniać wyjaśnienia, zaznaczając jednocześnie, że wyjaśnienia muszą zawierać odniesienie co najmniej do kwestii minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zgodności kalkulacji ofertowej z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Zamawiający nakazał uwzględnić w wyjaśnieniach informacje dotyczące założonych do wyceny kosztów i ilości niezbędnych materiałów i urządzeń, kosztów i ilości założonej robocizny, kosztów pracy sprzętu oraz narzutów kosztorysowych. Zamawiający nakazał, że w wyjaśnieniach należy przedstawić kalkulacje i dowody potwierdzające należytą wycenę każdej z czynności wskazanych w powyższych punktach niniejszego wezwania.

Zamawiający wskazał również, jak będzie oceniał złożone wyjaśnienia wraz z dowodami,
a mianowicie, że wyjaśnienia muszą wykazać, że cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem tych pozycji przedmiarowych, czy istnieją konkretne
i obiektywne czynniki towarzyszące zamówieniu, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników oraz skali ich wpływu (merytorycznego
i finansowego).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego analiza złożonych przez niego wyjaśnień prowadziła
do wniosku, że nie udzielił on żadnych merytorycznych wyjaśnień i nie odpowiedział na żadne wątpliwości Zamawiającego. Wystarczającym w tym zakresie było zestawienie ww. wymagań Zamawiającego z treścią wyjaśnień i złożonych dowodów, aby stwierdzić, że wyjaśnienia
te oprócz dalszego rozbicia ceny w pozycji przedmiarowej na poszczególne części, które
po zsumowaniu dają oczekiwana kwotę, nie zawierały żadnego uzasadnienia merytorycznego skąd się wzięła cena ofertowa w tych pozycjach, jakie czynniki miały na nią wpływ, jakie materiały zostaną użyte i jaki byłby ich koszt, oraz czy wykonawca faktycznie byłby w stanie uzyskać materiały w takich cenach. Przedstawione wraz z wyjaśnieniami oferty podwykonawcze, nie zawierały żadnych innych elementów, jak również rozbicie ceny z danej pozycji na części.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że posiada stabilną i dobrze zorganizowaną kadrę oraz w ogóle nie wyjaśnił korelacji pomiędzy taka kadrą, a możliwością optymalizacji kosztów pośrednich. Wydaje się wręcz oczywistym, że stabilność, doświadczenie i szerokie kwalifikacje muszą wiązać się z odpowiednim wynagrodzeniem, które również nie zostało nigdzie pokazane w wyjaśnieniach. Odwołujący poprzestał też na gołosłownym stwierdzeniu,
że korzysta z atrakcyjnych rabatów nie przedkładając ani jednego dowodu na poparcie tego oświadczenia.

Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, jak konkretnie okoliczności wskazane w tym pkt 4 miałyby wpływać na cenę, abstrahując od faktu, że przesłanki wskazane w tym pkt są raczej wspólne również dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a ceny jednak zostały zaoferowane różne. W odniesieniu od pkt 5, Odwołujący – wbrew obowiązkowi narzuconego ustawą – w ogóle nie wyjaśnił kwestii zgodności wynagrodzeń z przepisami
w sprawie minimalnego wynagrodzenia. Samo stwierdzenie, że będzie działał zgodnie z tym przepisami i jego oferta uwzględnia te okoliczności nie daje żadnej wiedzy po stronie Zamawiającego. Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień nie był w stanie stwierdzić, jaki personel zostanie zaangażowany do realizacji wskazanych pozycji przedmiarowych,
ile czasu będzie pracował i jakie z tego koszty wynikają a w konsekwencji czy zachowana jest co najmniej minimalna

stawka wynagrodzenia. Za niewystarczające w tym zakresie należy uznać rozbicie cen na pozycje R+M+S ponieważ z nich wynikała tylko stawka, natomiast nie wiadomo w ogóle było jak ta stawka została wyliczona.
W odniesieniu do pkt 7, Zamawiający wskazał, że Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu,
że będzie działał w zgodności z przepisami nie wyjaśniając w żaden sposób tych kwestii oraz, jaki wpływ mają one na ukształtowanie ceny. W odniesieniu do pkt 8 Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że będzie działał w zgodności z przepisami nie wyjaśniając w żaden sposób tych kwestii oraz, jaki wpływ mają one na ukształtowanie ceny.
W zakresie pkt 9, Zamawiający wskazał, że oprócz stwierdzenia pewnej oczywistości,
że wykonawca albo samodzielnie będzie realizował zamówienie albo powierzy podwykonawcom, którzy będą zgłaszani Zamawiającemu nie znajduje się żadna informacja, która pozwoliłaby ocenić wpływ tych okoliczności na zaoferowaną cenę.
Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień nie porównywał jednych wyjaśnień
w stosunku do drugich, lecz badał wyjaśnienia indywidualnie, w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, bo to ten wykonawca ma wyjaśnić swoją cenę, a nie wskazywać, że jego cena jest w porządku, bo drugi wykonawca dał jeszcze niższą cenę.
Odwołujący wskazał ponadto, że realizuje w sąsiedztwie roboty budowlane, o czym informował w wyjaśnieniach, co niewątpliwie ma wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający podkreślił jednak, że nie istnieje żadne domniemanie prawne czy faktyczne nakazujące przyjąć taki stan rzeczy, chociaż Zamawiający nie wyklucza, że taka okolicznością może mieć wpływ na cenę. Wykonawca w żaden sposób tego wpływu nie przedstawił.
Oferty podwykonawcze załączone do wyjaśnień nie potwierdzały żadnej okoliczności oprócz tego, że odpowiednie kolumny zostały wypełnione cenami jednostkowymi, które
po zsumowaniu dały cenę odpowiednio niższą niż cena Odwołującego. Zamawiający nie posiadał żadnej wiedzy, jak oferty podwykonawcze zostały skalkulowane i jakie czynniki miały wpływ na takie ukształtowanie tych cen.
Odwołujący wskazał w odwołaniu na stawkę 32 zł/rbg jako koszt zatrudnienia pracowników. Stawka ta przekraczała wysokość minimalnego wynagrodzenia, ale Zamawiający nie był
w stanie ustalić skąd wzięła się owa stawka. Jeśli Odwołujący zatrudnia dobrze wykwalifikowana kadrę, doświadczoną, stabilną itd. to winien wykazać, że faktycznie koszt pracy takiej kadry to 32 zł/rbg poprzestać na jej wskazaniu.
Odnosząc się natomiast do kwestii braku wykazania rażąco niskiej ceny w odniesieniu
do całości zaoferowanej ceny, to Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami
pkt 15.1 lit. c) IDW, wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego Przedmiaru Robót.
Z Przedmiaru Robót złożonego przez Intop wynikało, że w poz. Tunel drogowy zaoferował on wykonanie tej części za kwotę netto 15.869.572,04 zł, natomiast w pozycji Ściany oporowe – 18.341.903,40 zł. Obie pozycje stanowiły istotne części składowe - sumarycznie to 59% wartości robót budowlanych w ofercie. Obie te branże stanowiły również ponad 73% wartości szacunkowej zamówienia bez kwoty warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej.
Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty przedstawił swoje argumenty na okoliczność niewykazania przez wykonawcę iż jego oferta nie jest rażąco niską. Zamawiający
opisał chociażby wątpliwości związane z wyceną ścian szczelinowych, wskazując przy tym m.in., że w wybranych pozycjach koszty materiału zostały niedoszacowane. Ponadto szeroko zostały opisane wątpliwości dotyczące wyceny pali jet – grouting czy próbnych obciążeń ścian szczelinowych. Zamawiający wskazał również, że wątpliwości budzi wycena dotycząca wykonania okładzin betonowych ścian szczelinowych oraz wykonania rozpór stalowych, oraz wskazał, że analizując wyjaśnienia, to na te pozycje zwrócił szczególną uwagę, z powodu przyjęcia przez wykonawcę bardzo niskich/miejscami wręcz abstrakcyjnie niskich cen jednostkowych, w stosunku do zakresu rzeczowego tych pozycji, wynikającego z SWZ. Niemniej jednak, w taki sam sposób, jak w odniesieniu do ww. pozycji, Wykonawca przedłożył wyjaśnienia do pozostałych pozycji przedmiarów robót. Zamawiający mógłby swoje uwagi zaadresować do każdej jednej pozycji przedmiarowej, tym samym ewentualne kolejne wezwanie stanowiłoby w rzeczywistości powielenie wezwania pierwotnego.
Przechodząc do przedstawionych w odwołaniu cen za beton i stal na potrzeby wykonania ścian szczelinowych, Zamawiający podniósł, że miał wiedzę na jakim poziomie kształtują
się te ceny stąd też uważał, że był w pełni uprawniony do wykonania „symulacji" przedstawionej w uzasadnieniu odrzucenia. Wykonawca dopiero w odwołaniu przedstawił
te ceny, przy czym nie udowodnił, że ceny te byłyby dla niego osiągalne. Były to tylko jego twierdzenia.
Kalkulacja własna wykonawcy w zakresie ścian szczelinowych podważała ofertę podwykonawczą przedstawioną na potrzeby wykazania realności tych cen. Odwołujący
w kalkulacji przedstawił koszty materiału na poziomie od 821,47 zł do 965,40 zł w przypadku Tunelu drogowego i na poziomie od 782,17 zł do 994,28 zł w przypadku Ścian oporowych. Tym samym koszt samego materiału w niektórych pozycjach przekraczał całkowitą cenę jednostkową za wykonanie 1 m^3 ściany szczelinowej przedstawioną w ofercie

podwykonawcy tj. 925 zł/m^3. Oczywistym jest że cena 925 zł musiała ujmować koszty materiałów, robocizny, sprzętu narzuty i zysk podwykonawcy. W takiej sytuacji oferta podwykonawcza nie stanowiła wiarygodnego dowodu. Nie była to tylko subiektywna ocena Zamawiającego, lecz wynikała jednoznacznie z wyjaśnień wykonawcy.
Analogicznie dla Zamawiającego niewytłumaczalna była kalkulacja wykonania pali jet – grouting.

Zamawiający wskazał również na przedstawione koszty materiału na poziomie 81,17 zł / m^2, mimo, że sam koszt kształtownika HEB 100 wymaganego jako zbrojenie pali, zgodnie ze STWIORB M.11.05.01 kształtował się na poziomie ponad 200 zł / na 1 pal. W kosztach materiału należało uwzględnić jeszcze koszty cementu i wody oraz innych materiałów pomocniczych niezbędnych do wykonania robót. Nie było tu więc mowy o „subiektywnej" ocenie, lecz obiektywnie cena przedstawiona przez Wykonawcę w wysokości 100,80 zł /m^2
(w tym 81,17 zł za materiał) była rażąco niska.
Zamawiający wskazał także, że nie był w stanie powiązać faktu nieudostępnienia kosztorysu z utrudnieniem możliwości skorzystania z środków ochrony prawnej. Odrzucenie dotyczyło braku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i kosztorys nie miał w tym zakresie żadnego znaczenia, szczególnie w kontekście, że Odwołujący nie skarżył zasadności wezwania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
18 września 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie KIO 2690/23 oświadczył,
że uwzględnia je w całości.
Przystępujący Roverpol 22 września 2023 r., przed otwarciem posiedzenia niejawnego
z udziałem stron, złożył pisemne oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Następnie w tym samym dniu, w toku rozprawy, Przystępujący oświadczył, że wycofuje sprzeciw. Ponieważ żaden przepis Pzp nie wprowadza ograniczeń dotyczących możliwości wycofania oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu, Izba uznała, że Przystępujący był uprawniony do złożenia takiego oświadczenia do czasu zamknięcia rozprawy.
W konsekwencji zaistniały przesłanki określone w art. 522 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie,
a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Wynikiem postępowania KIO 2960/23 było jego umorzenie na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 Pzp, dlatego Izba uznała, że w zakresie kosztów postępowania zastosowanie będą miały przepisy dotyczące uwzględnienia odwołania przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy i orzekła na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. 2020 poz. 2437).

Izba merytorycznie rozpoznała odwołanie KIO 2691/23, uznając, nie zasługuje ono
na uwzględnienie.
KIO 2691/23
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. Dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:
   a) SWZ wraz z załącznikami oraz:
   b) oferty Odwołującego Intop wraz z załącznikami,
   c) korespondencji Zamawiającego z Odwołującym Intop dotyczącej wyjaśnień ceny oferty tego wykonawcy,
   d) korespondencji Zamawiającego z innymi wykonawcami, którzy zostali wezwani do wyjaśnień cen swoich ofert;

2.Dokumentów złożonych przez Strony wraz z pismami procesowymi.
3.Dokumentów złożonych przez Odwołującego Intop i Zamawiającego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2 Tomu I SWZ (IDW) przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót
dla rozbudowy drogi powiatowej nr 2284W wraz z budową tunelu drogowego w ciągu DP2284W. Zadanie obejmuje rozbiórkę istniejącego przejazdu w km 21,049 linii kolejowej nr 2 oraz rozbudowę układu drogowego dowiązującego się do projektowanego tunelu. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWIORB), Przedmiarze Robót oraz Części opisowej rysunkowej Dokumentacji Projektowej.

W punkcie 12.4 IDW: „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje
się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach tej pozycji, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami
i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących w Dacie Odniesienia przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.

Zgodnie z punktem 1.3 STWiORB zakres robót obejmuje m.in.:

–budowę tunelu drogowego wraz z niezbędną infrastrukturą w ciągu drogi powiatowej nr 2284W,
–budowy ścian oporowych wzdłuż drogi powiatowej nr 2284W,
–budowę ścian szczelinowych wzdłuż drogi powiatowej nr 2284W,
–rozbudowę istniejącej drogi powiatowej nr 2284W (ul. Przejazd, ul. Zygmunta Krasińskiego) na odcinku około 375 m wraz z dojazdami do tunelu,
–budowę ul. Władysława Reymonta,
–przebudowę i rozbudowę istniejących dróg (ul. Dworcowej, ul. Kombatantów II Wojny Światowej, ul. Stanisława Staszica, ul. Kolejowej, ul. Dzielnej, ul. Jana III Sobieskiego, ul. Stefana Okrzei),
–przebudowę ronda (ulice: Przejazd, Krasińskiego, Dworcowa, Kolejowa i Dzielna),
–budowę skrzyżowania ul. Dworcowej z ul. Dzielną,
–likwidację skrzyżowania DP2284W z ul. Kombatantów II Wojny Światowej,
–likwidację skrzyżowania DP2284W z ul. W. Reymonta,
–likwidację skrzyżowania DP2284W z ul. S. Staszica poprzez zamknięcie ul. Staszica,
–likwidację skrzyżowania DP2284W z ul. Dworcową,
–przebudowę skrzyżowania DP2284W z ul. S. Okrzei,
–przebudowę skrzyżowania DP2284W z ul. J. Sobieskiego.

Zgodnie z Informacja z otwarcia ofert z 9 marca 2023 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1.WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie - cena 135 731 655,35 PLN,
2.STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - cena 119 580 093,26 PLN,
3.BUDREX Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku - cena 157 020 170,96 PLN,
4.Konsorcjum w składzie: SARINŻ sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TREE CAPITAL Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze - cena 125 068 208,42 PLN,
5.Konsorcjum w składzie: ROVERPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. siedzibą w Walencji - cena 108 558 155,88 PLN,
6.BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie - cena 117 934 087,78 PLN,
7.TRAKCJA S.A. z siedzibą w Warszawie - cena 113 312 779,99 PLN,
8.Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu - cena 122 309 741,27 PLN,
9.PRIMOST POŁUDNIE sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - cena 121 969 915,10 PLN,
10.INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) - cena 98 835 285,87 PLN,
11.Konsorcjum w składzie: Nowak-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ENSA DG sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - cena 110 212 512,01 PLN,
12.Konsorcjum w składzie: Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROBUDOWA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - cena
109 937 304,18 PLN.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość przedmiotu zamówienia oszacowana została

na 120 215 643,22 zł. Na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył
110 331 000,00 zł.
Zamawiający wezwał do wyjaśnień cen złożonych ofert następujących wykonawców:

1.Odwołującego – 11 kwietnia 2023 r.,
2.BUDIMEX S.A. – 23 czerwca 2023 r.,
3.Konsorcjum w składzie: SARINŻ sp. z o.o. i TREE CAPITAL Sp. z o.o. – 23 czerwca 2023 r.,
4.Konsorcjum w składzie: ROVERPOL sp. z o.o. i ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. – 23 czerwca 2023 r.

Do ww. wykonawców, poza Odwołującym, Zamawiający skierował wezwania do dodatkowych wyjaśnień cen złożonych ofert.
Pierwsze wezwanie do wyjaśnień jednakowe co do swojego zakresu w przypadku wszystkich
ww. wykonawców:
„(...) żądam od Państwa udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny w odniesieniu do poniższych Przedmiarów Robót:
TUNEL DROGOWY oraz ŚCIANY OPOROWE.
Powyższa wycena istotnych elementów składowych ceny zaoferowanych przez Wykonawcę w Przedmiarze Robót budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.
Zgodnie z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP, Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4)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 10.10.2002 r.
5)minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
6)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
7)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
8)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
9)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wskazuję, że zgodnie z art. 224 ust. 4 Ustawy PZP żądam wyjaśnień, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4 i 6 powyżej.
Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w wyjaśnieniach informacje dotyczące założonych do wyceny:

1)kosztów i ilości niezbędnych materiałów i urządzeń,
2)kosztów i ilości założonej robocizny,
3)kosztów pracy sprzętu,
4)narzutów kosztorysowych.

w odniesieniu do wszystkich pozycji wyżej wskazanych Przedmiarów Robót.
W wyjaśnieniach należy przedstawić kalkulacje i dowody potwierdzające należytą wycenę każdej z czynności wskazanych w powyższych punktach niniejszego wezwania.
Ww. wyjaśnienia oraz dowody powinny w sposób nie budzący wątpliwości wykazać,
że zaoferowana cena wyżej wskazanych istotnych części składowych zamówienia rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wykazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny zaoferowanej za roboty z pozycji
ww. Przedmiarów Robót wraz ze wskazaniem opisu tych czynników oraz skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) (...)”.
18 kwietnia 2023 r. Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia. Wraz z wyjaśnieniami, w zakresie dotyczącym ceny oferty (inne załączniki dotyczyły uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) Odwołujący złożył następujące dokumenty:

1.Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wraz z następującymi załącznikami poniższych punktach:
2.Załącznik nr 1 - Kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych – rozbicie ilości, wartości: R,M,S, Kp, Z i ryzyko;
3.Załącznik nr 2 - Szczegółowa kalkulacja ceny jednostkowej;

4.Załącznik nr 3 - Oferty Podwykonawcze, cz.1 i cz.2;

5.Załącznik nr 4 - Częściowe zestawienie maszyn i sprzętu – własności INTOP Warszawa Sp. z o.o.

Na wstępie Odwołujący podjął polemikę z zasadnością wezwania go do wyjaśnień ceny i podniósł szereg argumentów na potwierdzenie swojego stanowiska. W zasadniczej części pisma Odwołujący wskazał: „Skalkulowane przez Wykonawcę wszystkie pozycje Kosztorysu ofertowego zawierają wszelkie koszty bezpośrednie (R – robocizna, M – materiały (z kosztami ich zakupu), S-sprzęt), koszty pośrednie (Kp), Zysk (Z) oraz ryzyko. W każdej pozycji kosztorysowej zaoferowanej w kosztorysach ofertowych w poszczególnych cenach jednostkowych zostało również ujęte ryzyko, stąd też przedstawiona kalkulacja ceny zawiera jednostkowe ceny niższe (niż zaoferowane), a różnica stanowi ryzyko na czynności nie ujęte bezpośrednio w kosztorysach szczegółowych. Doświadczenie Wykonawcy pozwala na stwierdzenie, że ujął ryzyko występujące podczas realizacji robót, które ewentualnie można później zakwalifikować jako dodatkowy zysk Wykonawcy.

W załączeniu przekazujemy szczegółowe kosztorysy opracowane przez Wykonawcę obrazujące założenia cenowe na etapie składania oferty, a następnie dodatkowo weryfikowane przed złożeniem niniejszych wyjaśnień, potwierdzające właściwie przyjętą kalkulację całej oferty, jak i cen jednostkowych w ofercie Wykonawcy w tym zadaniu, poparte wieloletnim doświadczeniem podczas wykonywania analogicznych robót m.in. na zlecenie Zamawiających (…). Ceny zostały skalkulowane na podstawie zakresu prac wynikających z dokumentów przetargowych, dokumentacji projektowej, udziału w wizji lokalnej, doświadczenia Wykonawcy nabytego podczas wykonywania analogicznych robót (sąsiadujący obecnie wykonywany tunel drogowy w Sulejówku) i umów oraz obejmują wszystkie wymagane przez Zamawiającego czynności i prace. Zamówienie będzie zrealizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (np. określającymi wysokość wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp itp.) (…).

Cena oferty Wykonawcy stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

1)dysponowaniu stabilną i dobrze zorganizowaną kadrą, o wszechstronnych kwalifikacjach, co gwarantuje optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe oraz sprawną i terminową realizację robót budowlano – montażowych,

2)posiadaniu własnego sprzętu i urządzeń do realizacji kluczowych elementów przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu (…). Załączony częściowy wykaz sprzętu obejmuje kluczowy sprzęt i urządzenia, które wpłynęły na obniżenie cen, które zostały skalkulowane na poziomie niższym niż oferty konkurencji,

3)korzystaniu z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, ponadprzeciętne rozpoznanie rynku dostawców materiałów, podwykonawców, a także umiejętność właściwej wyceny tego rodzaju kontraktów (…),

4)ponadprzeciętne doświadczenie z uwagi na wieloletnie wykonywanie robót, znajomość topografii, znajomości dojazdu do obiektu, znajomości procedur i czynności, koniecznych do uzyskania uzgodnień, zabezpieczeń terenu budowy niezbędnych do wykonywania tego typu robót,

5)kosztach pracy – przyjęta wartość ustalenia ceny za pracę była wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) oraz z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. t.j. Dz.U. 2022 poz. 1952) oraz zgodne i wynikające z innych przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienia. Ceny robocizny zostały skalkulowane na podstawie umów o pracę pracowników na stałe zatrudnionych w naszej firmie, którzy posiadają wieloletnie doświadczenie, w tym kadry nadzorującej (…),

6)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – nie występuje pomoc publiczna udzielana Intop Warszawa Sp. z o.o.,

7)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie – zamówienie realizowane będzie zgodnie z powyższymi przepisami,

8)zgodności wynikającej z przepisów prawa ochrony środowiska - zamówienie realizowane będzie zgodnie z przepisami prawa ochrony środowiska,

9)powierzenia wykonania części Zamówienia podwykonawcy – roboty wykonane będą przez pracowników własnych, zatrudnionych na umowę o pracę. W przypadku konieczności podzlecenia części zakresu robót, Podwykonawcy,

Dostawcy
i Usługodawcy zostaną zgłoszeni zgodnie z umową z Zamawiającym.

(…)

Ceny jednostkowe wskazane w Kosztorysie ofertowym zostały ustalone wg kalkulacji własnych Wykonawcy, obejmują wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to w szczególności:

a)koszty bezpośrednie, w tym:

- koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac itp., w wartości stawki robocizny nie niższej od wynikającej z najniższej płacy wg rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.
- koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca
  ich zakupu bezpośrednio na miejsce składowania na placu budowy, z wyłączeniem materiałów, urządzeń i konstrukcji określonych w wykazie stanowiącym załącznik
  do projektu umowy, dostarczanych przez zamawiającego,
- koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu na placu budowy, jego montaż i demontaż
  po zakończeniu robót;

b)koszty ogólne budowy:

- koszty zatrudnienia przez Wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego
  i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników nie zaliczane do płac bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń oraz wszystkie inne związane z tym koszty wynikające z obowiązujących ustaw i rozporządzeń,
- wynagrodzenie bezosobowe, które według Wykonawcy obciążają daną budowę,
- koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów,
- metody kosztorysowania robót budowlanych,
- koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego (…),
- koszty zużycia, konserwacji i remontów lekkiego sprzętu, przedmiotów i narzędzi kwalifikowanych jako środki nietrwałe,
- koszty bezpieczeństwa i higieny pracy obejmujące koszty wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonywania robót, koszty odzieży
  i obuwia ochronnego, koszty środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych (…),
- wszystkie inne, nie wymienione wyżej koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem czynności i robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i prawnymi oraz innymi wynikającymi z dokumentacji przetargowej.

(…)

Na właściwy poziom cenowy wskazują również zaoferowane ceny przez potencjalnych Podwykonawców, w ofertach to ofertach analogiczne pozycje, obecnie wymagających wyjaśnień, tj: były zaoferowane w cenach niższych, co należycie odzwierciedla poziom
cen rynkowych i możliwość wykonania ich w cenach oferowanych przez Intop Warszawa
Sp. z o.o. (…)

Dodatkowo wyjaśniając cenę globalną Wykonawca dla przykładu przedstawia co następuje:

Wykonawca w wyjaśnieniu złożonej ceny przedstawia:

- Ofertę Podwykonawczą (…) – roboty i czynności w zakresie m.in. wykonania ścian szczelinowych, przesłony filtracyjnej,
- Ofertę Podwykonawczą (…) – roboty w zakresie mostowe, m.in. żelbetowe, wykończeniowe, wyposażenie obiektu.

Poziom cenowy powyższych ofert był brany pod uwagę w złożonej ofercie na etapie jej składania, pomimo własnej kalkulacji kosztów pozostają do dyspozycji firmy podwykonawcze, którym można będzie podzlecić oferowane zakresy robót (z wyłączeniem robót zastrzeżonych do wykonania własnym potencjałem). Zaznaczamy również, że oferty mogą ulec zmianie
po negocjacjach, obecnie prezentują cenowo poziom rynkowy z potwierdzoną możliwością uzyskania dodatkowych upustów (…).

Dodatkowo nadmieniamy, że w podstawowym założeniu (na etapie składania oferty
i postępowania aukcyjnego) prace będą realizowane przez podwykonawców, co zwiększa koszty wykonania o zysk podwykonawcy. Docelowo zawsze dążymy do wykonania bezpośredniego i realizacji prac siłami własnymi, stąd

dodatkowy zapas kwotowy (w postaci zysku Podwykonawcy) na wykonanie tych pozycji (…).
W zaoferowanej przez nas cenie:
–tunel drogowy 15 869 572,04 PLN netto,
–ściany oporowe 18 341 903,40 PLN netto,
uwzględnione zostały wszystkie czynniki cenotwórcze:
–koszty bezpośrednie,
–koszty pośrednie Wykonawcy,
–ryzyko Wykonawcy,
–zysk Wykonawcy,
–inne, pozostałe koszty.
(…)
Wykonawca zaznacza, iż wskazane przez nas poszczególne ceny jednostkowe w Kosztorysie Ofertowym, jak również cena globalna i poszczególnych zakresów robót naszej oferty zakłada marże Wykonawcy zapewniającą tzw. „godziwy zysk", co zostało potwierdzone kosztorysami szczegółowymi i ofertami Podwykonawczymi (…).
Jednocześnie wyjaśniamy, iż kalkulację cenową wykonaliśmy zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, podpierając się wielokrotnymi wizjami lokalnymi w terenie. Z racji naszej obecności w terenie mogliśmy pozyskać cenne informacje dla zakresu prac koniecznych do wykonania tego zadania.
Wskazujemy także, że w przedstawionej cenie w kosztach pośrednich oraz zysku zostało również uwzględnione ryzyko Wykonawcy związane ze wzrostem cen materiałów, robocizny, sprzętu oraz ryzyko związane z całą realizacją przedmiotowego zadania.
Jednocześnie wyjaśniamy, iż wartość poniesionych kosztów na wykonanie przedmiotu zamówienia, została skalkulowana przede wszystkim na podstawie posiadanej wiedzy
i doświadczenia, cen rynkowych oraz biuletynów cen jednostkowych i Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) uwzględniając wszystkie wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót. Wykonawca dla określenia wartości przedmiotu zamówienia uwzględnił wymagania stawiane przez Zamawiającego (…)".
31 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o ofertach odrzuconych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał m. in.:
„(…) co prawda Wykonawca INTOP przedłożył wyjaśnienia, jednak są to wyjaśnienia, które
w żaden sposób nie uzasadniają, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.
W pierwszej kolejności należy podnieść, że okoliczności, na które powoływał się INTOP w wyjaśnieniach (dysponowanie odpowiednią kadrą, posiadanie własnego sprzętu, korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, ponadprzeciętne doświadczenie, korzystanie
z własnych pracowników), być może mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i możliwość obniżenia kosztów, ale Wykonawca w żaden sposób nie wykazał tego. Przykładowo, twierdzenie o wyjątkowo korzystnych rabatach w odniesieniu do kupna materiałów pozostaje jedynie gołosłownym twierdzeniem, nie popartym żadnym dowodem. Podobnie rzecz się ma w przypadku dysponowania własną, doświadczona kadrą – INTOP również w tym przypadku nie pokusił się o wykazanie, że faktycznie taką kadrą dysponuje oraz jaki jest koszt „użycia" tej kadry przy realizacji zamówienia. Jest to o tyle istotne, że raczej za notoryjny należy uznać fakt, że w parze z doświadczeniem winny iść wyższe zarobki, a tym samym wykonawca,
aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego winien przedstawić kalkulację dot. użycia kadry oraz kosztów z tym związanych.
Krytycznie należy również odnieść się do przedstawionych szczegółowych kalkulacji cenowych, które zawierają jedynie rozbicie ceny globalnej z podziałem na: koszty pośrednie, zysk, robociznę, koszty sprzętu, koszty materiałów. Wyjaśnienia i załączone dowody w żaden sposób nie wyjaśniają natomiast skąd wzięły się te ceny. Przyjmując nawet, że ceny
te wynikają z przemnożenia cen jednostkowych przez ilość materiałów, roboczogodzin niezbędnych do wykonania, kosztów jednostkowych sprzętu itp. to w wyjaśnieniach brak jest jakiejkolwiek odpowiedzi, w jaki sposób INTOP uzyskał poszczególne ceny jednostkowe
i czy są one realne i osiągalne dla Wykonawcy.
Jest to o tyle istotne, że Zamawiający dokonując analizy przekazanej kalkulacji cenowej powziął szereg wątpliwości do wskazanych kosztów i cen jednostkowych związanych
z wykonaniem istotnych pozycji przedmiarowych, m.in. w zakresie:
1)Kalkulacja ceny za wykonanie ścian szczelinowych.
Wykonawca w Przedmiarze dotyczącym Tunelu drogowego w poz. od 11 do 15 wskazał cenę jednostkową 1110 zł / m3 ściany szczelinowej. W kalkulacji przedstawił rozbicie tej ceny

na koszty robocizny, materiału, sprzętu, koszty pośrednie i zysk. W zależności od danego typu ściany, koszty robocizny wahają się w przedziale od 118 do 150 zł/m3, koszty materiału
od 821,47 do 965,40 zł/m3, a koszt pracy sprzętu wynosi 10 zł/m3 (w jednej z pozycji 8 zł/m3).
W przedmiarze dotyczącym Ścian oporowych w poz. 11 wskazano cenę 2516 zł/m3,
w poz. 12 – 17 wskazano ceny 2072 zł/m3 a w poz. 18-24 ceny 1110 zł/m3 ściany szczelinowej. W tym przypadku koszty robocizny wahają się w przedziale od 120 do 1190,50 zł/m3, koszty materiału od 782,17 do 994,28 zł/m3, a koszt pracy sprzętu od 8 do 37,50 zł/m3.
Z wyjaśnień i załączonej kalkulacji Zamawiający nie jest w stanie określić na jakiej podstawie i z czego wynikają ww. wartości. Przedstawiona kalkulacja tego nie wyjaśnia, lecz przedstawia jedynie suche wyliczenia matematyczne, których suma jest zgodna z cenami wskazanymi
w ofercie. Nie da się określić jakie nakłady dla określenia kosztów robocizny / sprzętu zostały przyjęte i czy zostały przyjęte na realnym poziomie.
O ile dla Zamawiającego logicznym jest że koszty te mogą różnić się w zależności od typu ściany szczelinowej (różne ilości stali zbrojeniowej, lokalizacja ściany, powierzchnia ściany)
to wyjaśnienia nie zawierają żadnym informacji w tym zakresie, a występujące różnice
są dla Zamawiającego nie jasne. Chociażby z niewiadomych przyczyn występuje ponad dwukrotna różnica przy wycenie ścian szczelinowych w poz. 11 do 17 Przedmiaru dot. Ścian Oporowych względem pozostałych pozycji. Przyjęte koszty robocizny dla tych pozycji
są kilkukrotnie wyższe od kosztów podanych w innych pozycjach. Dla Zamawiającego jest
to niejasne, gdyż zgodnie z dokumentacją projektową to ściany szczelinowe ujęte w innych pozycjach powinny być wycenione drożej np. w zakresie Tunelu drogowego ściany zawierają większe ilości zbrojenia i są bardziej skomplikowane wykonawczo z uwagi na konieczność zastosowania dodatkowego zbrojenia w połączeniach z ustrojami nośnymi.
Dla przykładu:

a) Cena jednostkowa w poz. 12 Przedmiaru Ściany Oporowe wynosi 2072 zł/m3 na którą składają się koszt robocizny 810 zł/m3, koszt materiału 833,55 zł/m3, koszt sprzętu
30 zł/m3. Zgodnie z SWZ w tej pozycji należy wykonać ścianę szczelinową o wysokości 16 m, a ilość stali zbrojeniowej do wbudowania wynosi ok. 117 kg /m3.
b) Z kolei w poz. 11 Przedmiaru Tunel drogowy cena jednostkowa wynosi 1110 zł/m3
na którą składają się koszty robocizny 120 zł/m3, koszty materiału 921,72 zł/m3 i koszty sprzętu 8 zł/m3. Zgodnie z SWZ w tej pozycji należy wykonać ścianę szczelinową
o wysokości 20 m, a ilość stali zbrojeniowej do wbudowania wynosi ok. 170 kg/m3.

Mając na uwadze powyższe logicznym jest że koszty wykonania ściany szczelinowej
dla Tunelu drogowego powinny być określone na wyższym poziomie niż koszty dla Ścian oporowych, lecz wyjaśnienia mówią co innego. Zamawiający nie jest w stanie domyślić
się sposobu i logiki takich kalkulacji.
Analogiczne wątpliwości Zamawiającego budzą występujące różnice w kosztach materiałów tzn. w niektórych pozycjach zawierających zgodnie z SWZ większe ilości materiału
do wbudowania (stali zbrojeniowej) koszt tego materiału określono na niższym poziomie
niż w pozycjach gdzie materiału jest mniej.
Zamawiający na podstawie wyjaśnień nie jest również w stanie ustalić jakie materiały przyjęto do wyceny i czy koszt tych materiałów przyjęto na realnym poziomie, gdyż Wykonawca nie przedstawił żadnych wyjaśnień w tym zakresie oprócz wskazania w sposób ogólny kosztów materiału.
Zamawiający dysponuje wiedzą własną jak kształtują się ceny rynkowe kluczowych materiałów (stali zbrojeniowej i betonu) i przyjmując je nawet na bardzo korzystnym poziomie, w niektórych pozycjach ceny te zostały przez Wykonawcę niedoszacowane. Co więcej, zgodnie z SWZ
w tym STWIORB M 11.04.01 w ramach pozycji dotyczących ścian szczelinowych należało także uwzględnić oprócz wbudowania stali i betonu, także inne materiały pomocnicze konieczne do prawidłowego wykonania robót np. wytworzenie zawiesiny do utrzymania stateczności szczeliny, materiał do wykonania murków prowadzących, materiały do wykonania platformy roboczej. Już samo wyliczenie kosztów betonu i stali zbrojeniowej przy cenach rynkowych zdaniem Zamawiającego, przekraczają koszty materiału podane przez Wykonawcę.
Przykładowo, przyjmując cenę betonu klasy C35/45 kontraktor na poziomie 390 zł/m3 i cenę stali zbrojeniowej na poziomie 3,60 zł/kg tylko dla poz. 11 Przedmiaru Tunel drogowy w ramach której należało wycenić 3120 m3 ściany szczelinowej (w pozycji tej ujęto największą objętość ścian szczelinowych do wykonania) cena samego betonu i stali zbrojeniowej obliczona przez Zamawiającego wynosi - 3 132 228,96 zł, natomiast Wykonawca wskazał koszt materiału

na poziomie 2 875 766,40 zł, co stanowi niedoszacowanie 256 462,60 zł tylko dla tej pozycji, i tylko przy uwzględnieniu samego kosztu stali zbrojeniowej i betonu. Zamawiający nie ma wiedzy, czy w kosztach materiałowych Wykonawca ujął inne materiały pomocnicze,
ale tak czy inaczej przeprowadzone obliczenia Zamawiającego stanowią wariant korzystny
dla Wykonawcy i uwzględnienie innych niezbędnych materiałów będzie powodowało jeszcze większe niedoszacowanie. Dla pozostałych pozycji przedmiarowych przy stawkach przyjętych przez Zamawiającego różnice te są mniejsze, niemniej jednak za wyjątkiem pozycji wyraźnie drożej wycenionych (poz. 11 do 17 Przedmiaru dot. Ścian Oporowych) przez Wykonawcę różnice te za każdym razem stanowią niedoszacowanie kosztów materiału. Należy podkreślić, że ceny przyjęte przez Zamawiającego są cenami korzystnymi i nie ma pewności,
czy Wykonawca jest w stanie zapewnić kluczowe materiały w takich cenach.
Abstrahując od powyższego, Zamawiający dokonał również analizy porównawczej kosztów ww. materiałów, ale przyjmując cenę jednostkową wykonania zbrojenia ścian szczelinowych na podstawie oferty Wykonawcy tj. wg pozycji 24 Przedmiaru Tunel Drogowy i poz. 28 Przedmiaru Ściany Oporowe, która wynosi 5,43 zł/kg. W takim wariancie całkowite niedoszacowanie kosztów betonu i stali dla wszystkich pozycji dotyczących wykonania ścian szczelinowych może wynieść ponad 2 300 000 zł.

2)Kalkulacja ceny za wykonanie próbnego obciążenia ściany szczelinowej.

Wykonawca w Przedmiarze Tunel drogowy w poz. 16 i w Przedmiarze Ściany oporowe
w poz. 25 wskazał cenę jednostkową 110,20 zł / kpl. wykonania próbnego obciążenia ściany szczelinowej. Ilość próbnych obciążeń dla tunelu drogowego zgodnie z przedmiarem wynosi 30 kpl., natomiast dla ścian oporowych 33 kpl. Łącznie Wykonawca wycenił 66 kpl. próbnych obciążeń na kwotę 6942,60 zł. Jest to kwota wielokrotnie mniejsza od wyceny pozostałych Wykonawców.
Zgodnie z SWZ w tym STWIORB M.11.04.01. obowiązkiem Wykonawcy jest sporządzenie Projektu Próbnego Obciążenia wraz z opracowaniem wyników badań, który musi zostać zaakceptowany przez Inżyniera. Ponadto w punkcie 5.14.1 tej specyfikacji określono zakres prac związanych z wykonaniem próbnych obciążeń:
-wykonanie wykopów wraz z jego zabezpieczeniem (ściany szczelne, rozpory),
-wykonanie konstrukcji oporowej za ścianą dla próbnego obciążenia poziomego
-montaż siłowników, balastu itp. do wywołania obciążeń
-montaż konstrukcji pomiarowych i czujników - przeprowadzenie próbnego obciążenia - demontaż stanowisk badawczych.
Wykonawca w wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do rozbicia podanej ceny jednostkowej
110,20 zł na koszty robocizny 64 zł, koszt materiału 1,02 zł i koszt sprzętu 1,00 zł. Ponadto wskazano koszty pośrednie 24,70 zł i zysk 19,48 zł. Za wyjątkiem przedstawienia kosztów
w sposób matematyczny, w żaden inny sposób nie odniesiono się do tego zakresu, nie przedstawiono żadnych założeń przyjętych do wyceny.
Zamawiający nie jest w stanie w żaden logiczny sposób uzasadnić tych kalkulacji i nie wie
z czego wynikają przytoczone ceny na tak abstrakcyjnie niskim poziomie, mając na uwadze zakres czynności które należy wykonać w ramach tej pozycji.

3)Kalkulacja ceny za wykonanie pali typu jet-grouting.

Wykonawca w przedmiarze Tunel drogowy w poz. 19 wskazał cenę jednostkową 100,80 zł/m2 wykonania pali typu jet-grouting – kolumny średnicy 1,2 m długości 3 m. W pozycji
tej przewidziano do wykonania 3330 m2 pali, co przy ww. cenie jednostkowej daje kwotę
335 664,00 zł.
W wyjaśnieniach Wykonawca ograniczył się jedynie do rozbicia podanej ceny jednostkowej 100,80 zł/m2 na koszt robocizny 7,96 zł/m2, koszt materiału 81,17 zł/m2 i koszt sprzętu 4,20 zł/m2. Ponadto wskazano koszty pośrednie 6,54 zł/m2 i zysk 0,93 zł/m2.
Za wyjątkiem przedstawienia kosztów w sposób matematyczny, w żaden inny sposób nie odniesiono się do tego zakresu, nie przedstawiono żadnych założeń przyjętych do wyceny.
Zgodnie z SWZ obowiązkiem Wykonawcy jest opracowanie projektu technologicznego wykonania pali jet-grouting co może mieć wpływ na ostateczną cenę, niemniej jednak Zamawiający nie jest w stanie w żaden logiczny sposób uzasadnić tych kalkulacji i nie wie
z czego wynikają przytoczone ceny i jakie nakłady zostały przyjęte.
Analogiczne do opisanych powyżej wątpliwości Zamawiającego budzi również wycena pozycji 35 (Przedmiar Tunel drogowy), pozycji 42 (Przedmiar Ściany oporowe) dotyczących wykonania okładzin betonowych ścian szczelinowych oraz pozycji 48 (Przedmiar Ściany oporowe) dotyczącej wykonania rozpór stalowych.
Wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, jak już wspomniano powyżej, ograniczają się tylko do matematycznego rozbicia

cen jednostkowych (zdaniem Zamawiającego bardzo niskich)
na poszczególne koszty. Zamawiający na podstawie takich wyjaśnień nie jest w stanie ocenić, czy przyjęte ceny są wiarygodne i realne do uzyskania przez Wykonawcę.
Reasumując, powyżej opisane pozycje stanowią jedynie fragment przedmiarów robót dotyczących Tunelu drogowego i Ścian oporowych. Zamawiający analizując wyjaśnienia zwrócił na nie szczególną uwagę z powodu bardzo niskich cen jednostkowych.
Pozostałe pozycje przedmiarowe zostały przedstawione przez Wykonawcę w ten sam sposób, a przedłożona kalkulacja stanowi główny element wyjaśnień. Zamawiający nie jest w stanie ocenić, z czego wynikają takie, a nie inne koszty robocizny, materiału, sprzętu, koszty pośrednie i zysk.
Zamawiający uważa również, że kwoty przewidziane na „Zysk wraz z ryzykiem" dla pozycji wątpliwie wycenionych określone zostały na poziomie nie pozwalającym na pokrycie strat.
Wykonawca w celu udowodnienia poprawności dokonanej przez siebie kalkulacji do wyjaśnień dołączył dwie oferty podwykonawcze, które łącznie zawierają w sobie cały zakres robót branż Tunel drogowy i Ściany oporowe. W ofertach tych powielono przedmiary robót dotyczące tych branż i wskazano w nich ceny jednostkowe jeszcze niższe od tych które Wykonawca wskazał w ofercie i swojej kalkulacji RMS.
Zamawiający powyżej szeroko opisał chociażby wątpliwości związane z wyceną ścian szczelinowych, wskazując przy tym m.in. że w wybranych pozycjach koszty materiału zostały niedoszacowane. Te same wątpliwości można przenieść wprost na ofertę podwykonawcy,
w której wykonanie ścian szczelinowych zostało wycenione na kwotę 925,00 zł/m3 (ok. 190 zł taniej), a cena ta ma zawierać w sobie koszty materiału, koszty robocizny, koszty pracy sprzętu, inne koszty podwykonawcy, a także marżę podwykonawcy.
Oczywistym jest więc, że wątpliwości Zamawiającego co do wiarygodności i realności ceny przedstawionej w ofercie podwykonawczej będą analogiczne jak do kalkulacji i ceny Wykonawcy, przy czym w tym przypadku cena wydaje się być jeszcze mniej realna i osiągalna, i może nie wystarczyć na pokrycie kosztów samego materiału.
Zamawiający nie wie, w jaki sposób podwykonawcy skalkulowali swoje oferty i z czego wynikają przyjęte w nich ceny na tak niskim poziomie, lecz wszelkie wątpliwości i uwagi odnoszące się wprost do wyjaśnień Wykonawcy można przenieść na obie oferty podwykonawcze, gdyż treść tych ofert sprowadza się do przedstawienia cen jednostkowych.
Dalej, odnosząc się do załączonych ofert podwykonawców, należy wskazać, że „dowody"
te nie mogą służyć potwierdzeniu, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Powyższy wniosek wynika z faktu, że również w odniesieniu do tych ofert brak jest jakichkolwiek dowodów, że ceny wskazane w tych ofertach są realne
Należy również zauważyć, że jak wskazuje ugruntowane orzecznictwo KIO, prezentowane m. in. w wyroku z dnia 13 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 1053/21, samo przedłożenie oferty podwykonawcy nie zastępuje wyjaśnień RNC, w zakresie w jakim wyjaśnienia te miały obejmować sposób kalkulacji oferty:
Wymaganej przez zamawiającego kalkulacji nie może zastąpić załączona do wyjaśnień oferta podwykonawcy. Dokument ten mógłby być co najwyżej uzupełnieniem takiej kalkulacji, ale złożony samodzielnie nie może w żaden sposób rozwiać wątpliwości zamawiającego, wynikających z treści wezwania.
Odnosząc się do twierdzeń INTOP zawartych w wyjaśnieniach, że w ramach rażąco niskiej ceny, ocenie podlega cena w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, wskazać należy, że badaniu podlegała cena w zakresie dwóch najważniejszych asortymentów tj. tunelu drogowego i ścian oporowych. Sumarycznie wartość tych dwóch pozycji stanowi ponad 50% wartości całego zamówienia i ponad 70% wartości samych robót budowlanych (wartość bez kwoty warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej), a Wykonawca wycenił te branże
na poziomie 59% wartości zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że wystąpienie rażąco niskiej ceny w zakresie przekraczającym połowę zamówienia, czyli niewątpliwie istotnych,
a w zasadzie najistotniejszych części składowych zamówienia ma wpływ na całą cenę ofertową. Wniosek taki wynika także wprost z dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wskazał, że badaniu może podlegać również cena istotnych części składowych, zakładając, że zaoferowanie rażąco niskiej ceny w istotnych częściach składowych niewątpliwie ma wpływ na całą cenę ofertową. Nie może przy tym budzić wątpliwości,
że te pozycje stanowią istotne części składowe zamówienia (…)".
Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego: „podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1
pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy, gdyż Wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny".
Szczególnie istotną okolicznością, która przesądziła o oddaleniu odwołania był fakt,
że Odwołujący praktycznie nie podjął polemiki z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w uzasadnieniu

odrzucenia oferty. Uzasadnienie to zostało przytoczone wyżej w całości – Odwołujący nie podjął realnych prób zakwestionowania choćby części z ustaleń i argumentów Zamawiającego.

Odwołujący położył główny nacisk na fakt, że pozostali wzywani do wyjaśnień swoich cen wykonawcy, po ich złożeniu byli wzywani przez Zamawiającego do wyjaśnień uzupełniających. Stąd Odwołujący wywodził, że został potraktowany w sposób nieodpowiadający zasadzie równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odwołujący podnosił również, że gdyby został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień, to zdołałby wtedy rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego dotyczące ceny złożonej oferty.

W ocenie Izby stanowisko takie nie może być uznane za prawidłowe. Zgodnie z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp:

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty odnosi się do konkretnej oferty, a zatem winno mieć charakter zindywidualizowany. O ile powszechnie znana jest praktyka kierowania przez zamawiających wezwań do wykonawców, w których treści znajduje się lakoniczna informacja o konieczności wyjaśnienia ceny i złożenia dowodów na poparcie wyjaśnień, to nawet takie wezwanie traktować należy jako przekazane do konkretnego wykonawcy, w odniesieniu do konkretnej ceny w określonych warunkach. Co za tym idzie, zamawiający dopiero po otrzymaniu wyjaśnień mogą podjąć decyzję czy niektóre okoliczności wymagają dodatkowych informacji od wykonawcy. Zasadą jest jednokrotne wzywanie wykonawców do wyjaśnień cen ofert, więc dodatkowe wezwania muszą wynikać z treści tych wyjaśnień, a nie z konieczności zapewnienia wykonawcy kolejnej szansy.

Odwołujący błędnie zatem zakładał, że skierowanie dodatkowych wezwań do wyjaśnień cen do wykonawców: Budimex, Konsorcjum Sarinż oraz Przystępującego obligowało Zamawiającego do skierowania takiego wezwania również do Odwołującego. W sytuacji gdy Zamawiający uznał, że Odwołujący nie udzielił mu należytych wyjaśnień lub nie uzasadniały one podanej w ofercie ceny, to miał on obowiązek zastosować art. 224 ust. 6 Pzp. Biorąc pod uwagę argumenty Zamawiającego wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie było podstaw do dodatkowego wezwania.

Odwołujący składając wyjaśnienia ceny nie mógł też wiedzieć jakie będą działania Zamawiającego wobec ofert innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wezwania do wyjaśnień cen ofert do wykonawców: Budimex, Konsorcjum Sarinż oraz Przystępującego datowane są na 23 czerwca 2023 r. Niezależnie więc od nietrafności argumentacji opartej na twierdzeniu o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu, co do wezwania do dodatkowych wyjaśnień tylko części z tych wykonawców, Odwołujący winien zakładać, że ma udzielić Zamawiającemu możliwie najsolidniejszych i przekonywujących wyjaśnień by uniknąć sankcji określonej w art. 224 ust. 6 Pzp. Wskazać również należy, że argumentacji Odwołującego przeczy dodatkowo fakt, że po uzyskaniu dodatkowych wyjaśnień od wykonawców Budimex oraz Konsorcjum Sarinż, Zamawiający odrzucił ich oferty z postępowania. Nie ma więc podstaw do uznania, że Zamawiający kierując wezwania do dodatkowych wyjaśnień cen ofert w jakikolwiek sposób wspierał czy faworyzował określonych wykonawców kosztem Odwołującego.

Odwołujący jeśli nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, winien w postępowaniu odwoławczym podważyć trafność argumentacji Zamawiającego zawartej w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że Zamawiający błędnie ocenił kalkulację złożoną wraz z wyjaśnieniami ceny oferty. Zamawiający uznał, że kalkulacja stanowiła jedynie matematyczne rozbicie ceny na poszczególne ceny składowe, przy czym istotą tego stwierdzenia było przyjęcie, że Odwołujący przygotowując kalkulację dokonał wstecznych obliczeń w oparciu o ceny w złożonej ofercie.

Odwołujący nie zaprzeczył powyższemu stanowisku Zamawiającego. Ponadto, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył dowody, w tym:

1. Oferta handlowa Nr 35/DAL/3/2023 z 1 marca 2023 r. dotycząca zbrojeń budowlanych za cenę 3 050 zł netto za tonę,
2. Oferta nr 22101926/03/02/2023 z 3 lutego 2023 r. dotycząca sprzedaży betonu oraz najmu pomp i innych maszyn (narzędzi).

W przypadku pierwszego z ww. dowodów Izba zwróciła uwagę na następujące postanowienia w treści oferty:

1. „Oferta ważna do 1 dni od daty jej otrzymania do godziny 12:00 lub do wyczerpania mocy produkcyjnych.
2. Gwarancja stałej ceny do 31.01.2024 W przypadku uiszczenia przedpłaty na zaliczkę w wysokości 1500 000 zł

3.Zastrzeżenie możliwości zmiany ceny po zapoznaniu się z dokumentację techniczną.

4.Ze względu na częste zmiany cen w hutach, zastrzeżenie ostatecznego potwierdzenia ceny przed podpisaniem umowy lub przyjęciem zamówienia do realizacji".

Podmiot, który złożył tą ofertę w praktyce nie był nią w ogóle związany, oferta nie mogła więc stanowić wiarygodnego dowodu na możliwość zaoferowania zbrojeń budowlanych
w określonej cenie, ani na rynkowy poziom takiej ceny.

W przypadku drugiej z ofert wskazano w jej treści, że niezmienność cen gwarantowana jest do 30 czerwca 2023 r., ale oferta ważna była do 10 lutego 2023 r.

Termin składania ofert w postępowaniu upływał 9 marca 2023 r.

Oba dowody, w szczególności Oferta handlowa Nr 35/DAL/3/2023 z 1 marca 2023 r., zostały uznane przez Izbę za niewiarygodne. Ponadto złożenie przez Odwołującego Oferty handlowej Nr 35/DAL/3/2023 z 1 marca 2023 r. jako dowodu na określony, rynkowy poziom cen zbrojeń wywołało skutek odwrotny od zamierzonego – wobec przytoczonych wyżej postanowień wyłączających rzeczywistą ważność oferty, skład orzekający uznał, że cena zbrojeń budowlanych wynosząca 3 050 zł netto za tonę jest nierealna.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że zarzuty nr 1 - 4 jako niezasadne podlegają oddaleniu.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba wskazuje ponadto, że podstawą odrzucenia oferty był art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, a nie art. 224 ust. 1 pkt 8 Pzp. Izba ustaliła,
że Zamawiający miał podstawy do uznania, że niewykazanie przez Odwołującego realności cen dwóch istotnych elementów przedmiotu zamówienia świadczyło o tym, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty.

W zakresie zarzutu nr 4 Izba wskazuje, że podstawą decyzji Zamawiającego nie były wymagające dodatkowych wyjaśnień wątpliwości, powstałe na gruncie odpowiedzi Odwołującego z 18 kwietnia 2023 r., a stwierdzenie, że udzielone wyjaśnienia były niewystarczające.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Izba wskazuje, że między stronami nie było sporu co do faktu, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu kosztorysu inwestorskiego dotyczącego przedmiotu zamówienia. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego
do Izby również brak jest tego kosztorysu. Izba nie ma zatem podstaw do uznania,
że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji postępowania. Ze stanowiska Odwołującego jasno wynikało, że chciał
on posłużyć się tym dokumentem, by kwestionować prawidłowe oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Okoliczność ta nie ma jednak żadnego znaczenia dla oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania go do wyjaśnień ceny oferty, tj. nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania od tej czynności. Jego obowiązkiem było więc złożenie należytych wyjaśnień i obalenie domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty. Ewentualne błędy Zamawiającego popełnione na etapie szacowania wartości przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie stałyby na przeszkodzie wykazania przez Odwołującego,
że cena jego oferty ma realny charakter i pozwala na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego oddaleniu podlegał również zarzut nr 6, jako wynikowy wobec zarzutów podstawowych odwołania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

……..……..……..……..……..……..……

……..……..……..……..……..……..……