

WYROK

Warszawa, dnia 10 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 21 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (sygn. akt KIO 3845/23),

B.w dniu 21 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (sygn. akt KIO 3847/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3845/23 oraz o sygn. akt KIO 3847/23 - wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**,

orzeka:

KIO 3845/23:

- 1.uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,
- 2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie i:
 - 2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2zasądza od zamawiającego Generalnej Dyрекji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3847/23:

- 1.oddała odwołanie,
- 2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego Generalnej Dyрекji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 3845/23

KIO 3847/23

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa dk 94 na odcinku w Olkuszu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 19 lipca 2023 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 137-437014. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

sygn. akt KIO 3845/23

Dnia 21 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie złożył Wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPO1 S.A. z siedzibą w Sopocie, Masfalt Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej „Odwołujący NDI”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego:

1. nieprawidłowej oceny oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego NDI w zakresie ceny ofertowej, prowadzących do uznania, że Odwołujący NDI nie udzielił wyjaśnień odnoszących się do ceny oferty i nie wykazał, że cena ta nie jest rażąco niska;
2. odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego NDI;
3. ewentualnie, zaniechania skierowania do Odwołującego NDI wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
4. uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej „Strabag”) i dokonania wyboru tej oferty w postępowaniu.

Odwołujący NDI zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez niezasadne ich zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, będące konsekwencją uznania, że Odwołujący nie wyjaśnił, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska, gdy tymczasem Odwołujący złożył szczegółowe, merytoryczne, odnoszące się do oczekiwań Zamawiającego oraz poparte dowodami wyjaśnienia;
2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty złożonej przez Strabag;
3. ewentualnie (tj. na wypadek uznania, że niezbędne jest przeprowadzenie dalszej procedury w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny), art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień;
a w konsekwencji powyższego;
4. art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosil o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego NDI;
3. uznanie, że oferta Odwołującego NDI nie jest rażąco niska;
4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego NDI;
5. ewentualnie (tj. na wypadek uznania, że niezbędne jest przeprowadzenie dalszej procedury w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny), wezwanie Odwołującego NDI do udzielenia dalszych wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej;
6. dokonanie wyboru oferty Odwołującego NDI.

Odwołujący NDI wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego NDI kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący NDI wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego NDI, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący NDI uzyskał w dniu 11 grudnia 2023 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 21 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący NDI prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego NDI:

Odwołujący przedstawiając postawione zarzuty, odnosił się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty w układzie odpowiadającym argumentacji Zamawiającego.

Odnosząc się „ogólnych uwag” Odwołujący NDI zaznaczył, że w treści wezwania Zamawiającego z dnia 17 października 2023 r., Zamawiający nie uzasadnia wszczęcia procedury wyjaśniającej różnicą pomiędzy ceną Odwołującego NDI a cenami innych wykonawców, lecz pomiędzy ceną Odwołującego NDI a szacunkową wartością zamówienia. Odwołujący NDI tłumaczył, że fragmenty wskazujące na swoje doświadczenie oraz inwestycje realizowane w pobliżu przyszłego placu budowy, umowy z podwykonawcami czy zasoby sprzętowe to informacje wstępne, nieprzypadkowo przywołane w części zatytułowanej UWAGI OGÓLNE. Nie budzi żadnych wątpliwości, że meritem wyjaśnień stanowią pytania szczegółowe i to one mają mieć skonkretyzowany i szczegółowy charakter. Odwołujący NDI podkreślił przy tym, że podobnie jak inni wykonawcy ma pewien ogólny wzór wyjaśnień, który oczywiście każdorazowo jest dostosowywany do treści wezwania i składał już podobne wyjaśnienia, także na wezwanie GDDKiA, a wyjaśnienia te nigdy nie spotkały się z negatywnym odbiorem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego NDI ten sam Zamawiający nie powinien stosować różnych standardów do oceny wykonawców, raz uznając, że wyjaśnienia takie spełniają jego oczekiwania, innym razem kwestionując je.

Przechodząc do „wyjaśnień szczegółowych”, Odwołujący NDI podniósł, że wstęp do tej części nie odnosi się do żadnej konkretnej wątpliwości Zamawiającego (ani nie odpowiada na żadne konkretne pytanie), nie sposób uznać, że może on wpływać negatywnie na ocenę całych wyjaśnień. W opinii Odwołującego NDI Zamawiający usiłuje sprowadzić analizę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do (niebezpiecznego) absurdu. Analizując uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego NDI dojść można bowiem do wniosku, że każdy argument użyty w tego typu wyjaśnieniach musi być okraszony konkretną kwotą i kalkulacją. Dotyczy to również informacji, o które wprost nie wnioskował Zamawiający, a które z własnej inicjatywy, niejako dodatkowo przedstawił wykonawca. Zamawiający pomija, że w tej części Wyjaśnień zaprezentowany został założony (skonkretyzowany) zys Odwołującego NDI. Jak wskazał Odwołujący NDI, wspólna dla całego stanowiska Zamawiającego wadliwość widoczna jest na przykładzie kosztów pośrednich, gdyż Zamawiający decyduje się zadać Odwołującemu NDI kilkadziesiąt bardzo szczegółowych pytań. Jednocześnie w żadnym z nich nie uznaje za zasadne zwrócenie uwagi na koszty pośrednie. A decydując się na odrzucenie oferty wykonawcy stwierdza, że ten nie wyjaśnił właśnie kosztów pośrednich. Zamawiający zdaje się zatem narzucać na wykonawców obowiązek antycypowania Jego oczekiwań. Tożsame stanowisko Odwołujący NDI utrzymał w odniesieniu do kosztów bezpośrednich.

W zakresie części dotyczącej się „kosztów ogólnych” Odwołujący NDI w pierwszej kolejności wskazywał na pytanie Zamawiającego: „Co wpłynęło na tak niską cenę kosztów ogólnych w porównaniu do pozostałych ofert?” oraz okoliczności, które wymienił w odpowiedzi na to pytanie. W ocenie Odwołującego NDI sformułowane pytanie nie wskazuje na konieczność przedstawienia kalkulacji, mierzalnych danych, względnie innych skwantyfikowanych informacji. Pytanie odnosi się do okoliczności wpływających na wycenę w zakresie kosztów ogólnych. Takie okoliczności Odwołujący NDI wymienił i powinno to zostać przez Zamawiającego uznane za spełniające Jego oczekiwania. Natomiast niezasadnym jest deprecjonowanie wyjaśnień wykonawcy tylko z tego powodu, że przywoływane czynniki mające wpływ na cenę ofertową są właściwe także dla innych wykonawców. Ponadto Zamawiający całkowicie pomija milczeniem okoliczności, które wynikają wprawdzie z odpowiedzi szczegółowych udzielonych przez Odwołującego NDI, niemniej jednak, w związku z tym, że stanowią one składową „kosztów ogólnych”, wpisują się również w wyjaśnienia dotyczące tej zbiorczej pozycji. Jako przykłady podaje przy tym wygrodzenie placu budowy, płyty drogowe, samochody do transportu.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego: „*Na szczegółowe pytania odnoszące się do wybranych wymagań ogólnych zawartych w D-M-00.00.00, wykonawca odpowiada podając koszty dla poszczególnych elementów (częściowo poparte ofertami podwykonawców). Jednak podanie samych kwot, bez przedstawienia kompletnej kalkulacji Kosztów ogólnych nie stanowi wiarygodnego materiału dowodowego*”, Odwołujący NDI zestawiał treść pytań oraz odpowiedzi w zakresie kosztów

tej części wezwania, podkreślając, że odpowiedział szczegółowo na każde z pytań. Ponadto Odwołujący NDI wskazał, że Zamawiający oczekuje na obecnym etapie od Odwołującego „kompletnej kalkulacji kosztów ogólnych”, jednak o takie zestawienie nigdy nie poprosił. Zamiast tego zdecydował się na sformułowanie bardzo szczegółowych pytań odnoszących się do kosztów wchodzących w skład kosztorysu zawierającego koszty ogólne. Jeśli, zdaniem Zamawiającego, któraś z odpowiedzi jest nieprawidłowa, to obowiązkiem Zamawiającego było wykazać tę okoliczność w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący wskazywał na przykłady, gdy jego zdaniem Zamawiający oczekiwał informacji ponad zakres „czy i w jakiej wysokości” (większość zadanych pytań), np. jakie elementy zostały wycenione, a Odwołujący udzielał stosownej odpowiedzi.

Następnie, Odwołujący NDI negował przytoczone w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdzenie Zamawiającego dotyczące nienależytej kalkulacji kosztów wskazanych w szczegółowych odpowiedziach, wskazując, że jego wadliwość zauważa sam Zamawiający, który dostrzega, że koszty utrzymania placu budowy oraz zaplecza są uwzględnione w cenach jednostkowych kosztorysu. Tymczasem właśnie ta okoliczność dowodzi, że nie sposób przyznać Zamawiającemu racji. Skoro bowiem Zamawiający jest świadomy, że do sumy kwot wymienionych przez Odwołującego w tej części Wyjaśnień nie należy doliczać kosztów utrzymania placu budowy oraz zaplecza, to nie sposób zrozumieć dlaczego Zamawiający postępuje dokładnie odwrotnie.

Zdaniem Odwołującego NDI, zupełnie nietrafione są również argumenty bazujące na tym, że Odwołujący rzekomo nie wyjaśnił/ nie udowodnił umieszczenia tych kosztów w innych pozycjach, nie wyjaśnił przyczyn umieszczenia ich w innych miejscach etc. Zamawiający zdaje się zupełnie pomijać, że w pytaniu z lit. a) Zamawiający zapytał: „Czy i w jakiej wysokości przewidzieli Państwo koszty utrzymania placu budowy?” A zatem obowiązkiem Odwołującego było potwierdzić lub zaprzeczyć uwzględnieniu kosztów utrzymania placu budowy (Czy uwzględniono koszty?) oraz podać precyzyjną kwotę (W jakiej wysokości koszty przewidziano?). Obie wątpliwości Zamawiającego zostały rozwiane w udzielonych Wyjaśnieniach. Ponadto nie jest prawdą, że Wykonawca nie wskazał pozycji cen jednostkowych, w których ujął stosowne koszty. W opinii Odwołującego mamy tu do czynienia z klasycznym wręcz przykładem, w którym na skutek analizy wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę rodzi się po stronie Zamawiającego dodatkowa wątpliwość (w tym zakresie związana z przydzieleniem kosztów w zakresie utrzymania placu budowy w innych pozycjach). Zatem, jeśli zdaniem Zamawiającego, okoliczność ta ma istotne znaczenie i budzi wątpliwości Zamawiającego, to powinien On wystosować do Odwołującego wezwanie do udzielenia dalszych wyjaśnień. Zamawiający pomija także fakt, iż również w znacznej części koszt związany z geodezją przypisany jest do pozycji kosztorysowych, zatem również ten element wyceny nie powinien być uwzględniany w tabelarycznym zestawieniu umieszczonym na stronie 5 pisma zawierającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

W dalszej kolejności Odwołujący NDI podnosił, że oferty podwykonawców, podobnie jak każdy inny argument przedstawiany w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu, podlegają ocenie. Jeśli zatem Zamawiający zamierza dokument ten zakwestionować, to powinien precyzyjnie i adekwatnie określić, na czym rzekoma wadliwość w tym dokumencie polega. Takiej argumentacji ze strony Zamawiającego jednak brak.

Odwołujący NDI wskazywał również, że równie gołostowny i niezrozumiały jest argument, iż różnica pomiędzy cenami z oferty Odwołującego a ofertami podwykonawców wynosi 6-8%. Zdaniem Odwołującego NDI, Zamawiający całkowicie pomija przy tym, że wartości te są w pełni zgodne z deklarowanym przez Odwołującego zyskiem oraz, że ów poziom procentowy przekłada się finalnie na kilka milionów PLN.

Nawiązując do części uzasadnienia odrzucenia oferty referującego do stolarki okiennej, Odwołujący NDI podał, że już w treści udzielonej odpowiedzi wskazał, że zgodnie z postanowieniami DM 00.00.00 parametry nowej stolarki okiennej należy uzgodnić z Zamawiającym przed montażem (czyli na etapie realizacji). Trudno więc zrozumieć Zamawiającego, który zdaje się na obecnym etapie wprost formułować oczekiwania, które wykraczają poza treść opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji Postępowania. Ponadto, nie sposób też nie dostrzec, że pozycja ta opiewa na kwotę kilku, kilkunastu tysięcy złotych.

W zakresie dotyczącym branży konstrukcyjno-inżynierskiej, w ocenie Odwołującego NDI, Zamawiający całą swoją argumentację buduje na założeniu, iż ceny Wykonawcy, w tym za wskazany mur oporowy, zostały skalkulowane *na poziomie znacznie niższym od pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu (...)*. Podał przy tym przykłady, które miały wykazać, że trudno mówić tutaj o „znacznie niższej” cenie.

Dalej Odwołujący NDI podnosi, że oferta podwykonawcy wnosi - istotny wkład do składanych wyjaśnień. Mamy tu bowiem do czynienia z podwykonawcą, który potwierdza gotowość wykonania prac w zaoferowanej cenie, która zgodna jest z kalkulacjami Odwołującego. Nie sposób zrozumieć zarzutu opartego na tym, że oferta jest tożsama z treścią tabel wypełnionych przez wykonawcę. W odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego, że nie jest to kalkulacja szczegółowa, gdyż przepisy dotyczące kosztorysowania wskazują na zasadność obliczenia wszystkich pozycji poprzez wskazanie wysokości robocizny, materiałów i sprzętu, kosztów pośrednich i zysku, Odwołujący podkreślił, że w treści wezwania

Zamawiający nie nawiązuje do rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Trudno oczekiwać, aby wykonawcy zakładali, że takie jest właśnie oczekiwanie Zamawiającego, skoro przywołane rozporządzenie kierowane jest co do zasady do autorów kosztorysu inwestorskiego. Odwołujący NDI zwrócił przy tym uwagę na różnice w brzmieniu wezwania GDDKiA O/Katowice z dnia 29.06.2023 r. skierowanego do wykonawcy w innym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego NDI, obecnie Zamawiający zdaje się oczekiwać (pomijając, że wcale nie napisał tego w treści Wezwania), aby kalkulacje przedkładane przez podwykonawców wiele tygodni temu przybrały formę, którą Zamawiający narzucił już po złożeniu ofert w Postępowaniu. Odwołujący NDI wskazywał również na wyciągnięcie niewłaściwych wniosków przez Zamawiającego co do cen szczegółowych betonu oraz kolektora, a także różnych cen betonu za analogiczne produkty. Odwołujący oświadcza, że Zamawiający nawet nie próbuje Odwołującemu wykazać, że wycena podwykonawcy ma nierynkowy charakter. Jedynie natomiast w takim przypadku można by mówić, że Odwołujący „chowa się za plecami” podwykonawcy. Zamawiający powołuje się w tym zakresie na różnice sięgające kilkudziesięciu (czy nawet kilkuset) tysięcy złotych przy ofercie wartej ok. 220 mln zł. Wskazuje także na wadliwość argumentacji Zamawiającego co do odpowiedzi, jakich Odwołujący udzielił w ramach pytań dotyczących „Kładki dla pieszych DK-02 w km 297,421,99”, „Wiaduktu drogowego WD-03 w km 297+722,23”, „Przejścia podziemnego PP-04 w km 298+101,2” oraz „Przejścia podziemnego PP-05 w km 298+804,34”.

Poza tym Odwołujący NDI zaznaczył, że Zamawiający, celem wykazania nierealności ceny, powołuje się również odnośnie zadanych w tym zakresie pytań na ceny średnie. W ocenie Wykonawcy takie „żonglowanie” – raz odwoływanie się do kosztorysu inwestorskiego, raz do średniej ofert, innym razem też poprzestawanie na stwierdzeniu o „znacznym zniżeniu” bez powołania konkretnego punktu odniesienia, świadczy o celowym doborze przez Zamawiającego w tym zakresie, aby udowodnić przyjętą tezę. Wykonawca konsekwentnie stoi na stanowisku, że występujące między wykonawcami różnice cenowe wskazują na naturalne różnice (zjawisko) cenowe, a nie na rażąco niską cenę zaproponowaną przez Odwołującego. Jest to o tyle istotne, iż Zamawiający właśnie te okoliczności powołuje jako rzekomo podważające wyjaśnienia NDI.

W zakresie branży elektroenergetycznej podtrzymał powyższą argumentację, podnosząc w szczególności, że Zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek oceny złożonych wraz z Wyjaśnieniami ofert oraz niewłaściwie ocenia również oświadczenia podwykonawców, którzy potwierdzają w swoich ofertach uwzględnienie wymagań SWZ (w odniesieniu do zapytania Zamawiającego o poszczególne pozycje). Tożsame stanowisko Odwołujący NDI zajął w zakresie branży sanitarnej.

W zakresie dodatkowych pozycji do wyjaśnienia Odwołujący NDI podniósł, że Zamawiający po raz kolejny odnosi się do ceny średniej wszystkich ofert nie dostrzegając, że jest ona dwukrotnie wyższa od ceny z kosztorysu inwestorskiego oraz np. innego wykonawcy. Podaje przy tym przykłady cen studni drenarskich, budowy kanalizacji deszczowej, złączy przelotowych. Co do kosztów pracy Odwołujący NDI zwrócił uwagę, że Zamawiający nigdy nie wezwał Odwołującego do przedstawienia jakichkolwiek szczegółowych informacji w tym zakresie, ograniczając się do zdawkowo opisanego wymagania stanowiącego odzwierciedlenie 224 ust. 3 pkt 4) i 6) Pzp.

Na końcu Odwołujący NDI zaznaczył, że Zamawiający miał pełne prawo do przeprowadzenia dalszej (uzupełniającej) procedury wyjaśniającej w zakresie badania ceny ofertowej Odwołującego NDI.

Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 8 stycznia 2024 r. Strabag złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

sygn. akt KIO 3847/23

Dnia 21 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 3) i art. 505 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, odwołanie złożył Wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Odwołujący PORR”).

Odwołanie złożono wobec czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty Strabag pomimo, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Strabag wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu PORR zastrzeżonych przez Strabag niejawnych części wyjaśnień ceny.

Odwołujący PORR zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonanie prac w: (1) branży drogowej – budowa

układu drogowego w zakresie pozycji 28, 29, 32, 33 i 34 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, (2) branży sanitarnej – budowa kanalizacji deszczowej w zakresie pozycji 1.3.1.13 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, (3) branży konstrukcyjno-inżynierskiej – wiadukt drogowy WD-03 W KM 297+722,2 w zakresie pozycji 7 i 8 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, jak również w zakresie wymagań ogólnych z pozycji 0 w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, który nie przedstawił wyjaśnień wraz z dowodami, z których wynikałoby, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę oraz podczas gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie istotnych elementów składowych z kosztorysu ofertowego i w konsekwencji ceny całkowitej;

1.2 art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Projekcie Wykonawczym oraz Przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym) w zakresie dotyczącym wykonania prac w: (1) branży drogowej – budowa układu drogowego w zakresie pozycji 28, 29, 32, 33 i 34 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, (2) branży sanitarnej – budowa kanalizacji deszczowej w zakresie pozycji 1.3.1.13 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, (3) branży konstrukcyjno-inżynierskiej – wiadukt drogowy WD-03 W KM 297+722,2 w zakresie pozycji 7 i 8 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót, jak również w zakresie wymagań ogólnych z pozycji 0 w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów; choć istotny element składowy jaki stanowią ceny za ww. pozycje prowadzi to wniosku, że Strabag nie uwzględnił wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów, względnie zastosował rozwiązania niespełniające wymagań Zamawiającego wynikających z dokumentacji projektowej;

a w konsekwencji

art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Strabag i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej;

oraz

1.3 art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Strabag niejawnych części wyjaśnień ceny, podczas gdy Strabag nie wykazało, że w stosunku całej w dalszym ciągu utrzymanej w tajemnicy treści wyjaśnień zachodzą przesłanki uzasadniające skuteczne zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący PORR wnosil o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 11 grudnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag;
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na fakt, iż oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na to, że złożone przez wykonawcę Strabag wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny a także z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia;
5. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie informacji składanych przez Strabag w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postępowaniu;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego PORR kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego PORR na rozprawie.

Odwołujący PORR wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący PORR wskazał, że złożona przez niego oferta w postępowaniu została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący PORR uzyskał w dniu 11 grudnia 2023 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 21 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący PORR prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego PORR:

W pierwszej kolejności Odwołujący PORR zaznaczył, że zarzuty z pkt. 1.1 i 1.2. dotyczące niezgodności oferty Strabag z warunkami zamówienia oraz zarzuty dotyczące zaoferowania rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym kluczowych części zamówienia obejmują wspólną argumentację faktyczną.

Odwołujący PORR wskazał, że w pozycji nr 32 kosztorysu ofertowego wykonawcy wyceniali koszt wypełnienia pustek krasowych z zastosowaniem mieszanek pyłowo-spoiwowych. Podkreślił, że Strabag zaoferował kwotę w wysokości 121,04 zł, podczas gdy średnia cena za ten element ustalona na podstawie cen z wszystkich złożonych ofert wynosi aż 370,95 zł a w ofercie Strabag wartość całej pozycji nr 32 wynosi 3 177 300,00 zł netto. Zatem wartość oferty Strabag stanowi 32,6% średniej wartości pozycji z ofert wszystkich oferentów (średnia wartość pozycji 32 wynosi 9 737 437,50 zł netto), co oznacza iż wartość oferty Strabag jest niższa od średniej o 6 560 137,50 zł netto. Wskazywał przy tym, że z pkt 5.6 STWiORB wyraźnie wynika szeroki zakres prac, które muszą zostać wykonane w zakresie pozycji nr 32 kosztorysu ofertowego. Zamawiający wymaga wykonania odwiertów podsadzenie/wypełnienia pustek w zakresie pasa drogowego w siatce 10m x 10m. Oznacza to, konieczność wykonania otworów iniekcyjnych w ilości szacunkowej 7260 mb. o głębokości sięgającej nawet 23 m p.p.t. (pod poziomem terenu). Ilość odwiertów jaka jest konieczna do wykonania jak również ich głębokość, wynika z dokumentacji geologicznej udostępnionej przez Zamawiającego, w której wskazano występowanie pustek krasowych np. z projektu budowlanego tom 8 opinia geotechniczna oraz z projektu wykonawczego, w którym również zaznaczone są pustki krasowe. Podaje w tym kontekście, że sam koszt wykonania odwiertów wraz z kosztem sporządzenia i zatłaczania zaczynu iniekcyjnego do wypełniania pustek bez materiału przewyższa kwotę zaoferowaną przez Strabag. Zwraca też uwagę, że w ofertach złożonych w Postępowaniu ceny ww. pozycji kosztorysu przewyższają 500 zł, pozostałe (z wyjątkiem Budimex) ustalone są na poziomie nie niższym niż 250 zł (co i tak stanowi już w ocenie Odwołującego kwotę zaniżoną). Strabag w wyjaśnieniach próbuje uzasadniać realność zaoferowanej kwoty tym, że cenę na podobnym poziomie zaoferował Budimex. W ocenie Odwołującego powyższe świadczy co najwyżej o tym, że Budimex również zaoferował w zakresie pozycji nr 32 cenę rażąco niską, gdyż pozostałe oferty, jak również oferty pozyskane przez Odwołującego, świadczą o tym, że kwota 121,04 zł w żaden sposób nie może być uznana za rynkową. Nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w ww. zakresie za tak niskie wynagrodzenie. Wskazuje także, że konieczne jest dodanie poza samym materiałem wsadowym, również innych wymagań narzuconych przez STWiORB.

Odwołujący PORR podkreśla dalej, że w pozycji nr 28 kosztorysu ofertowego wykonawcy wyceniali koszt wykonania wykopów mechanicznie w gr. nieskalistym z transportem urobku na odkład/odwóz do 5 km. Strabag zaoferował cenę jednostkową 9,00 zł/m³, podczas gdy średnia za ten element ustalona na podstawie cen z wszystkich złożonych ofert wynosi 20,24 zł/m³ co w przeliczeniu na wartość danej pozycji wynosi odpowiednio:

- wartość pozycji Strabag – 9,00 zł/m³ x 170.406,87 m³ = 1.533.661,83 zł netto
- wartość wg. średniej złożonych ofert – 20,24 zł/m³ x 170.406,87 m³ = 3.449.035,05 zł netto

W ten sposób oferta Strabag jest niższa o 1.915.373,22 zł netto od średniej cen w Postępowaniu.

Podobne wyliczenia Odwołujący PORR zaprezentował również odpowiednio do pozycji nr 29, 33 oraz 34 kosztorysu ofertowego. Odwołujący PORR zaznacza również, że Strabag usiłuje wytłumaczyć bardzo niską cenę w poz. 33 wskazując, że Odwołujący PORR zaoferował cenę jedynie nieznacznie wyższą podczas, gdy różnica „jedynie 2 zł” stanowi w istocie około 33% ceny jednostkowej firmy Strabag, a więc jest to znacząca różnica za wykonanie przedmiotowej pozycji robót. Podobną argumentację prezentuje w stosunku do pozycji nr 34. Na rażąco niską cenę w pozycjach 28 i 34 wskazuje również koszt dostawy piasku i jego transport. Odwołujący PORR wskazał, że analizując zakres robót ziemnych koniecznych do wykonania, należy stwierdzić że Strabag zastosował inżynierię cenową nie wyceniając wszystkich wymaganych robót zgodnie z założeniami zamawiającego wynikającymi z dokumentacji projektowej lub robiąc to błędnie. Z zaoferowanych przez Strabag cen wynika bowiem, że wykonawca ten przyjął wykorzystanie materiału z wykopu przeznaczonego do wywiezienia na odkład (poz. 28) do wykonania nasypów z gruntu z dokopu (poz. 34) co jest w świetle dokumentacji projektowej (i treści samego kosztorysu ofertowego) niedopuszczalne. Podsumowując, łączna wartość pozycji 28, 29, 32, 33, 34 kosztorysu ofertowego zaoferowana przez firmę Strabag wynosi 8.037.436,79 zł netto, jednocześnie łączna średnia wartość tych samych pozycji ustalona na podstawie cen z wszystkich złożonych ofert wynosi 20.407.179,18 zł netto. Oznacza to różnicę w wysokości 12.369.742,39 zł netto, co stanowi wartość poniżej 50% średniej na podstawie cen z wszystkich złożonych ofert. Należy również wskazać, że zgodnie z powyższą argumentacją, oferta Strabag w ww. zakresie jest również niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Projekcie Wykonawczym oraz Przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym). Oferując wykonanie zamówienia w pozycjach 28, 29, 32, 33, 34 za kwoty wskazane w ofercie, Strabag musiał zaniechać objęcia ofertą pełnego zakresu robót wymaganego przez Zamawiającego do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, względnie niezgodnie z wymogami Zamawiającego wycenił i przyjął w ofercie rozwiązanie zamiennie, niezgodnie z dokumentacją projektową, nie wykazując przy tym jego równoważności, co powoduje tym samym nieporównywalność oferty Strabag z innymi ofertami w Postępowaniu oraz

niezgodność oferty Strabag z wymogami Zamawiającego i powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

W zakresie branży sanitarnej Odwołujący PORR podnosił, że kluczową i zasadniczą część robót zgodnie z OPZ stanowią prace do wykonania opisane z kosztorysie ofertowym w pozycji dla branży sanitarnej nr. 1.3.1.13 Budowa i montaż zbiornika retencyjnego podziemnego o pojemności czynnej V-1306 m³ ze strukturalnych rur PE SN8 DN 2600-3000 oraz zintegrowaną przepompownią P1 - o wydajności Q25l/s. Dowodzi tego między innymi fakt, iż Zamawiający wezwał Strabag do wyjaśnień w tym zakresie, co potwierdza istotność tego elementu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego PORR, Strabag w wyjaśnieniach nie zdołał obalić domniemania rażąco niskiej ceny w ww. zakresie. Zaoferowana cena jest zbyt niska aby możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia. Firma Strabag przyjęła cenę jednostkową za tę pozycję w wysokości 876.800,00 zł netto, podczas gdy średnia cena za ten element ustalona na podstawie cen z wszystkich złożonych ofert wynosi 2.556.465,47 zł netto, co oznacza, iż wartość oferty Strabag jest niższa od średniej o 1.679.656,47 zł netto. Odwołujący PORR wskazuje, że cena przyjęta przez Strabag nie wystarcza nawet na zakup materiału niezbędnego do wykonania tej pozycji. Innymi słowy, Strabag oferując wykonanie zamówienia za pozycję 1.3.1.13 kosztorysu ofertowego za kwotę 876.800,00 zł netto, musiałyby zaniechać objęcia ofertą pełnego zakresu robót poprzez nieuwzględnienie w ofercie całości materiału składającego się na kpl. pozycji przedmiarowej tj. przyjęcie tylko części materiału (zbiornik nr 1 V =1306 m³ składa się z elementów 4xDN2500 o wartości materiału 682.687,99 zł netto oraz 4xDN3000 o wartości materiału 1.186.394,91 zł netto), wymaganego przez Zamawiającego do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, o czym świadczy tak niska zaoferowana cena (np. na skutek braku rzetelnej analizy oferty podwykonawczej co do zgodności z projektem wykonawczym, i STWiORB i brak wyceny wszystkich 8 wymaganych zbiorników), względnie niezgodnie z wymogami Zamawiającego wycenił i przyjął w ofercie rozwiązanie zamienne, niezgodne z dokumentacją projektową, nie wykazując przy tym jego równoważności, co powoduje tym samym nieporównywalność oferty Strabag z innymi ofertami w Postępowaniu oraz niezgodność oferty Strabag z wymogami Zamawiającego i powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

W zakresie branży konstrukcyjno-inżynierskiej Odwołujący PORR wskazywał, że Strabag w kosztorysie ofertowym wycenił pozycje związane z betonem w sposób prowadzący do wniosku o niezgodności z wymaganiami dokumentacji projektowej w tym z STWiORB. Firma Strabag dokonała swego rodzaju manipulacji (inżynierii) cenowej i de facto objęła ofertą rozwiązanie inne niż wymagane w dokumentacji. Strabag wycenił beton klasy wyższej tj. C35/45 w stosunku do betonu klasy niższej C30/37 o 350,00 zł/m³ taniej (taniej ok 30 %). Co więcej Firma Strabag w tej samej ofercie, w kosztorysie w zakresie „BRANŻA KONSTRUKCYJNO - INŻYNIERSKA – KŁADKA DLA PIESZYCH KD-02 V 297+421,99” wyceniła tą samą klasę betonu tj. C35/45 na poziomie: 2479,53 zł/m³ (co istotne - w oparciu o tą samą specyfikację M.13.01.00). Jest to nieracjonalne i świadczy o zaniżeniu ceny ofertowej w zakresie pozycji 7 i 8 dla wiaduktu drogowego. O przyjęciu swoistej „inżynierii cenowej” w wycenie Strabag może świadczyć fakt, iż wykonawca ten w swojej ofercie celowo zaniżył klasę betonu C35/45, a zawyżył w tym samym kosztorysie chociażby pozycję nr 1, tj. „Wytyczenie obiektu” gdzie zaproponowana przez Strabag cena ryczałtowa to 1.300.000,00 zł netto za samo wytyczenie obiektu. W porównaniu do średniej ceny wszystkich oferentów to 197.811,77 zł netto (a bez uwzględnienia zawyżonej oferty Strabag średnia wynosi 40.356,24 zł netto). Biorąc powyższe okoliczności i treść oferty Strabag pod uwagę, oferta tego wykonawcy w ww. zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Projekcie Wykonawczym oraz Przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym). Strabag przyjął i ujął w ofercie rozwiązania inne niż przewidziane w dokumentacji projektowej co powoduje niezgodność oferty z wymogami Zamawiającego oraz powoduje, że oferta Strabag jest nieporównywalna z ofertami pozostałych wykonawców.

W zakresie wymagań ogólnych Odwołujący PORR podał nadto, że pozycja w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów „Wymagania Ogólne” oferty Strabag w znacznym stopniu odbiega od średniej cen zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wykazana różnica w wysokości 4.584.006,71 zł netto (w przypadku uwzględnienia odrzuconej oferty NDI: 2.871.309,68 zł netto), budzi realne wątpliwości co prawidłowo sporządzonej wyceny z uwzględnieniem wszystkich wymagań objętych dokumentacją zamówienia i powinna spowodować odrzucenie ofert Strabag, bądź co najmniej wezwanie Strabag do wyjaśnień w trybie art. 224 PZP w tym zakresie, czego Zamawiający zaniechał.

Odwołujący PORR w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia części wyjaśnień Strabag podał, że Strabag nie wykazał, że wszystkie zastrzegane w wyjaśnieniach ceny z dnia 6 listopada 2023 r. informacje posiadają wartość gospodarczą lub mają inny charakter zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, który uzasadniałby całkowite utrzymanie tych informacji w poufności. Zamawiający ujawnił co prawda część wyjaśnień, jednakże w sposób dalece niewystarczający. Strabag w szczególności jako poufne zastrzegł „rozbicia cenowe” (kalkulacje cenowe) jak również oferty i faktury od podwykonawców i dostawców co w świetle okoliczności sprawy jest bezpodstawne. Odwołujący PORR stoi na stanowisku, że Strabag utajnił ww. informacje tylko i wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców rzetelności sporządzenia oferty a nie z uwagi na ich charakter jako tajemnica

przedsiębiorstwa. W tym kontekście należy wskazać, że Strabag w wyjaśnieniach nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przede wszystkim w zakresie szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, faktur oraz ofert podwykonawców i dostawców tj. w sposób wystarczający do uznania ich poufności, ograniczając się do ogólnych twierdzeń, sprowadzających się do wniosku, że zastrzeżone informacje są wyrazem przewagi konkurencyjnej wykonawcy i mają ją chronić. Strabag w sposób ogólnikowy wskazywał w uzasadnieniu tajemnicy na to że zastrzeżone informacje zawierają dane o szczegółowym sposobie kalkulacji oferty oraz przyjętych przez tego wykonawcę założeniach i stanowią jego know-how. Odwołujący PORR wskazuje, że całość uzasadnienia tajemnicy Strabag opiera się o niekonkretne sformułowania, które mają na celu zbudowanie wrażenia, że informacje te zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, choć w rzeczywistości tak nie jest.

Odwołujący PORR podkreśla, że nie ma żadnego uzasadnienia traktowania jako poufne cen jednostkowych, w tym cen materiałów i innych kosztów wynikających z ofert podwykonawców, dostawców, faktur i kalkulacji cenowych (poza chęcią uniemożliwienia weryfikacji rzetelności sporządzonej kalkulacji.). Wszystkie rzekome zagrożenia ujawnienia tych informacji wskazywane przez Strabag (np. próba podjęcia współpracy przez konkurencyjne firmy z podwykonawcami Strabag w oparciu o podobne ceny) Zamawiający może z łatwością wyeliminować, poprzez dokonanie całkowitej anonimizacji ujawnianych dokumentów. W ten sposób Odwołujący PORR czy inne podmioty, które uzyskałyby takie dokumenty, nie będą mogły nawet hipotetycznie zaszkodzić Strabag w sposób przez tego wykonawcę opisany w uzasadnieniu tajemnicy. Jednocześnie umożliwi to weryfikację przez konkurencję rzetelności ustalenia ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego PORR jedynym celem Strabag w kontekście uzasadnienia pozostawienia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest chęć ukrycia przed konkurencją ww. faktów. Strabag nie jest w stanie udowodnić ofertami podwykonawców i dostawców realności zaoferowanej ceny w zakresie kluczowej części pozycji kosztorysowych, więc wyjaśnienia uzupełnia kalkulacjami własnymi, które mają na celu sztuczne wypełnienie tej luki tak aby wyjaśnienia wyglądały wiarygodnie. Znamienne, że Strabag w uzasadnieniu tajemnicy wyjaśnień nie wskazał konkretnie jaką szkodę mógłby ponieść na skutek ujawnienia ofert podwykonawców czy kalkulacji cenowych, nie wskazano wprost wartości gospodarczej jaką rzekomo mają zastrzeżone informacje, poza ogólnymi stwierdzeniami, że to „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy”.

Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 8 stycznia 2024 r. Strabag złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniach nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Odwołującemu NDI oraz Odwołującemu PORR zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia i mają interes w jego uzyskaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił Strabag. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu Strabag do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić Strabag do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także dowody przedstawione na posiedzeniu przez Odwołującego NDI, tj. dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego uprzednio przez GDDKiA, Oddział w Katowicach (wezwanie w zakresie RNC z dnia 29 czerwca 2023 r., wyjaśnienia z dnia 7 lipca 2023 r. wyjaśnienia z 30 sierpnia 2021 r.) oraz Odwołującego PORR (zestawienie cenofertowych STRABAG Sp. z o. o. i opracowanie własne odwołującego pn. "pustki krasowe - zestawiania"). Tym samym Izba postanowiła oddalić zgłoszone w sprawach wnioski Zamawiającego oraz Przystępującego o pominięcie ww. dowodów złożonych przez Odwołujących.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stan faktyczny nie jest między Stronami i uczestnikiem postępowania sporny i został właściwie przedstawiony w treści odwołań z tego powodu nie będzie powielany w pełnej formie. Ponadto szczegółowe zreferowanie stanu faktycznego, w tym przedstawienie całych treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, których dotyczą odwołania, nie jest możliwe z uwagi na okoliczność, iż wyjaśnienia zostały częściowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zostało pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

sygn. akt KIO 3845/23

W ocenie Izby zarzut nr 1 oraz stanowiące jego konsekwencję zarzuty nr 2 oraz nr 4 potwierdziły się, natomiast do zarzutu nr 3, jako ewentualnego, Izba nie odnosiła się merytorycznie.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie było to, czy w oparciu o treść udzielonych przez Odwołującego NDI wyjaśnień w

zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 6 listopada 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 października 2023 r., Zamawiający dokonał prawidłowej ich oceny, odrzucając ofertę Odwołującego NDI na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czego wyrazem była informacja o odrzuceniu oferty z dnia 11 grudnia 2023 r.

Należy zauważyć, że Zamawiający w wystosowanym do Odwołującego NDI wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 17 października 2023 r. zadał szereg szczegółowych pytań dotyczących kosztorysu ofertowego w zakresie „kosztów ogólnych”, „branży konstrukcyjno-inżynierskiej”, „branży elektroenergetycznej”, czy „branży sanitarnej”. Zwrócił się w tym zakresie o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym złożenie dowodów, w szczególności w zakresie wskazanym w treści pytań (przykładowo przedstawienie szczegółowego wyliczenia ceny dla danej pozycji, wskazanie elementów uwzględnionych w cenie pozycji, wyjaśnienie założeń przyjętych do wyceny, wskazanie podstaw pozwalających na skalkulowanie ceny wraz z przedstawieniem przyjętych założeń oraz szczegółowej kalkulacji), a także zasugerował wykonawcy przesłanie innych niewymienionych informacji i dowodów, które mogą wzmocnić stanowisko prawidłowości wyceny. Istotnym przy tym jest fakt, iż ww. wezwanie zostało wystosowane z uwagi na to, że cena oferty Odwołującego NDI stanowi 69,82 % wartości zamówienia, a więc była niższa o ponad 30 % od tej wartości. Tymczasem wielokrotnie w treści wezwania Zamawiający odwoływał się do średnich cen jednostkowych i co za tym idzie niższej wyceny poszczególnych elementów przez Odwołującego NDI aniżeli dokonali tego inni wykonawcy. W treści wezwania trudno też szukać dalszych odniesień do szacunków Zamawiającego (stanowiących podstawę wezwania) w zakresie kwestionowanych elementów, z wyjątkiem „dodatkowych pozycji wymagające wyjaśnienia”.

Odnosząc się do treści udzielonych wyjaśnień w dniu 6 listopada 2023 r. oraz ich oceny przez Zamawiającego (vide informacja o odrzuceniu oferty z dnia 11 grudnia 2023 r.), w pierwszej kolejności w ocenie Izby poczynione przez Odwołującego NDI „uwagi ogólne” oraz „wyjaśnienia szczegółowe” (wstępne uwagi), jakkolwiek nieodnoszące się konkretnie do oczekiwań Zamawiającego, nie mogły stanowić dla Zamawiającego okoliczności przeważającej w żadną ze stron. Poczynione uwagi miały zdaniem Izby charakter uzupełniający, wprowadzający do dalszych, szczegółowych rozważań odnoszących się do pytań Zamawiającego. Nie powinny mieć jednak wpływu na całokształt oceny tych wyjaśnień.

W nawiązaniu do części dotyczącej kosztów ogólnych, Zamawiający wskazał, że Odwołujący NDI *„mimo czytelnego wezwania nie przedstawił szczegółowego wyliczenia ceny dla pozycji „Koszt dostosowania się do wymagań ogólnych zawartych w D-M-00.00.00” oraz „Koszt wymiany stolarki okiennej w budynku przy ul. Kościuszki 26a zgodnie z zapisami D-M-00.00.00, pkt. 1.5.5” oraz nie wskazał jakie elementy zostały uwzględnione w cenach ww. pozycji. W swoich wyjaśnieniach ograniczył się jedynie do udzielenia odpowiedzi na szczegółowe pytania dotyczące konkretnego zakresu, jednak same odpowiedzi bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji oraz wskazania wszystkich elementów, nie stanowią materiału pozwalającego na dokonanie obiektywnej oceny prawidłowości wyliczenia ceny oferty w tym zakresie”*. Nie można jednak pominąć, że Zamawiający stwierdził również, że: *„Na szczegółowe pytania odnoszące się do wybranych wymagań ogólnych zawartych w D-M-00.00.00, wykonawca odpowiada podając koszty dla poszczególnych elementów (częściowo poparte ofertami podwykonawców). Jednak podanie samych kwot, bez przedstawienia kompletnej kalkulacji Kosztów ogólnych nie stanowi wiarygodnego materiału dowodowego”*.

Podobnie, w zakresie branży konstrukcyjno-inżynierskiej, uwagi Zamawiającego w przedmiocie prawidłowości wyceny sprowadzały się w głównej mierze do braku przytoczenia przez Odwołującego NDI szczegółowych kalkulacji. Jak podawał Zamawiający: *„Wykonawca jako dowód uzasadniający przyjętą cenę przedstawia ofertę podwykonawcy, wskazując że „stanowi ona również szczegółową kalkulację, o którą pyta Zamawiający”. Jednak cała treść załączonej oferty podwykonawcy to tylko wypełniony w części dotyczącej przedmiotowego obiektu kosztorys ofertowy, stanowiący załącznik do SWZ, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej (...)”*. Natomiast: *„Wobec zapisów SWZ (pkt 17.2 IDW, Tom I SWZ) nie ulega również wątpliwości, że nie jest to kalkulacja szczegółowa, o którą prosił Zamawiający. Zgodnie z przepisami kosztorysowanie metodą kalkulacji szczegółowej polega na określeniu wartości kosztorysowej przez obliczenie dla wszystkich pozycji przedmiaru robót wartości kosztów bezpośrednich (robocizna, materiały, sprzęt) oraz doliczenie odpowiednio kosztów pośrednich i zysku. Definicja ta z pewnością jest znana Wykonawcy, jako podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się realizacją inwestycji budowlanych i uczestniczącemu w rynku zamówień publicznych”*.

Uwagi w zakresie branży konstrukcyjno-inżynierskiej Zamawiający odnosił również odpowiednio do branży elektroenergetycznej oraz branży sanitarnej oraz „dodatkowych pozycji wymagających wyjaśnienia”.

W tym miejscu Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 224 ust. 5 Pzp wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Odwrócony ciężar dowodowy nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty wraz z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Uzasadnienie takie może się jednak opierać

wyłącznie na przypuszczeniach i uprawdopodobnieniach, jeżeli na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego wykonawca nie wykazał (lub wykazał w sposób nienależyty) bezprzedmiotowości przypuszczeń.

Mając powyższe na względzie, Izba uwzględniła odwołanie w związku z błędną oceną wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako wskazujących na rażąco niską cenę Odwołującego NDI.

W ocenie Zamawiającego forma złożonych wyjaśnień była niedostateczna dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Zamawiający podkreślał lakoniczność stwierdzeń Odwołującego NDI. Jak wskazywał Zamawiający: „Wykonawca nie udzielił merytorycznych wyjaśnień na zdecydowaną większość zagadnień ujętych w wezwaniu, nie dostarczył Zamawiającemu materiału pozwalającego na dokonanie obiektywnej oceny prawidłowości sporządzenia wyceny oferty, ani nie przedstawił wiarygodnych dowodów, które wskazywałyby na jej realność”. W szczególności Zamawiający podawał, że w wyjaśnieniach brak było szczegółowych kalkulacji oraz założeń przyjętych do wyceny.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż wyjaśnienia były gołostowne, czy lakoniczne. Kwalifikację wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego NDI przez Zamawiającego należy uznać za zbyt formalistyczną i pozostającą w oderwaniu od faktycznych danych prezentowanych przez Odwołującego NDI nie tylko w wyjaśnieniach, ale również załączonych ofertach podwykonawczych, z których można było ustalić, czy cena w danym elemencie ma uzasadnienie rynkowe.

Zamawiający powinien odnieść się szczegółowo do podniesionych w wyjaśnieniach przez Odwołującego NDI okoliczności, nie poprzestając na ogólnych stwierdzeniach, a także wykazać, iż prowadzą one do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający tymczasem ograniczył się choćby do porównania wyjaśnień Odwołującego NDI z tym, w jaki sposób swoją cenę wyjaśniał konkurencyjny wykonawca Strabag (na co zwracał uwagę w odpowiedzi na odwołanie) i na tej podstawie dokonał oceny. Takie podejście zaprzecza konieczności zindywidualizowanej oceny wyjaśnień danego wykonawcy. Nie można również pominąć, iż obie oferty były do siebie bardzo zbliżone cenowo, a o odrzuceniu oferty Odwołującego faktycznie przesądziło stwierdzenie, iż nie ma szczegółowych kalkulacji, co zamawiający rozumiał przez konieczność rozbicia ceny na robociznę, materiały, zysk, ale w wezwaniu w ten sposób tego nie opisał. Wykonawca mógł zatem uznać, iż wystarczającym będzie przedłożenie kompleksowych ofert podwykonawczych, co faktycznie zastępuje szczegółową kalkulację, jaką można byłoby zaprezentować dokonując własnej wyceny danego elementu prac. Jednocześnie, w opinii składu orzekającego nie można zignorować faktu, że podstawą domniemania rażąco niskiej ceny było ustalenie, iż cena oferty Odwołującego NDI odbiegała o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia, a tym samym nie miała odniesienia do średniej arytmetycznej ofert wykonawców. Natomiast większość pytań Zamawiającego i udzielanych na nie odpowiedzi przez Odwołującego NDI referowała do zestawienia z cenami ofert konkurencyjnych, chociaż to właśnie nie różnica ceny do pozostałych ofert uzasadniać miała podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. To, że Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia ceny w stosunku do cen zaoferowanych w innych ofertach nie mogło uzasadniać oceny wyjaśnień przez pryzmat innych ofert i porównywania tego w jaki sposób wykonawcy wykazywali realność kalkulacji. Nie było podstawą podejrzenia rażąco niskiej ceny różnica ceny do średniej cen zaoferowanych w innych ofertach, a każdy wykonawca mógł w odmienny sposób prezentować dane dotyczące założeń kalkulacyjnych.

Nadto należy zauważyć, że w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego odnoszące się do „kosztów ogólnych”, że: „Zamawiający podliczył koszty wskazane w szczegółowych odpowiedziach, jednak uzyskany wynik nie pozwala na stwierdzenie, że cena oferty została skalkulowana należycie”, zostało oparte jedynie na przypuszczeniu Zamawiającego. Zamawiający bowiem stwierdza dalej, że „nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca miał podstawy, aby koszt utrzymania placu budowy oraz zaplecza były uwzględnione w innych pozycjach kosztorysu, to Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy pozostała kwota (...) jest wystarczająca na pokrycie kosztów wynikających z pozostałych, niewyartykułowanych w wezwaniu wymagań ogólnych opisanych w D-M-00.00.00”. Powyższe sugeruje jednocześnie, że według Zamawiającego kalkulacja przyjęta przez Odwołującego NDI jest wiarygodna, tym niemniej przeciwny wniosek należało wywieść z uwagi na brak szczegółowych wyjaśnień w tym względzie („Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje zdawkowo, że koszty utrzymania placu budowy oraz zaplecza w wysokości 2 000 000,00 zł są uwzględnione w cenach jednostkowych kosztorysu (bez wskazywania, w których), jednak nie wyjaśnił z jakich przyczyn nie są one ujęte w kosztach ogólnych, zgodnie z D-M-00.00.00. Nie udowodnił również, że koszt ten faktycznie zawiera się w cenach jednostkowych innych pozycji”). Zdaniem Izby powyższe oczekiwania Zamawiającego należało potraktować jako wcześniej niewyartykułowane w treści wezwania.

Podobnie za niesprecyzowane w treści wezwania należało według Izby uznać, stanowisko Zamawiającego, że: „Z wyjaśnień nie wynika również, żeby Wykonawca w jakikolwiek sposób uwzględnił w cenie oferty ryzyko wycofania się podwykonawcy ze swojej oferty, co w świetle przyjętego poziomu cenowego jest bardzo realne. Nie wykazał również, że ma podpisane jakiegokolwiek umowy gwarantujące utrzymanie tych jakże korzystnych cen”.

W związku z powyższym, Izba nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje ponowną ocenę złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

sygn. akt KIO 3847/23

W ocenie Izby żaden z zarzutów nie potwierdził się, wobec czego odwołanie należało oddalić w całości.

Ad zarzutu 1.1

Zarzut sprowadzał się do kwestii zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Strabag z uwagi to, iż złożone przez Strabag wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta Strabag zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych tj.:

- branży drogowej – budowa układu drogowego w zakresie pozycji 28, 29, 32, 33 i 34 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót,
- branży sanitarnej – budowa kanalizacji deszczowej w zakresie pozycji 1.3.1.13 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót,
- branży konstrukcyjno-inżynierskiej – wiadukt drogowy WD-03 W KM 297+722,2 w zakresie pozycji 7 i 8 kosztorysu ofertowego/przedmiaru robót,
- wymagań ogólnych z pozycji 0 w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów.

W odniesieniu do powyższego przede wszystkim wskazać należy, że rażąco niska kalkulacja pojedynczych pozycji kosztorysowych może uzasadniać odrzucenie oferty jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Należy mieć bowiem na względzie treść art. 224 ust. ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres wezwania do złożenia wyjaśnień może obejmować także istotne części składowe ceny lub kosztu. Z tego też wynika, że skoro w przepisach ustawy Pzp wyrażono obowiązek wyjaśnień tylko do takich części składowych ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że nieistotne części składowe nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Przy czym Ustawa Pzp nie definiuje ani nie określa kryteriów istotności części składowej ceny (lub kosztu). Niemniej, w ocenie Izby za takąową należy uznać część, która w większym stopniu aniżeli pozostałe elementy wpływa na powstawanie kosztów po stronie wykonawcy, bądź też od której w większym stopniu zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane.

W ocenie Izby Odwołujący PORR nie wykazał, aby wskazane przez niego elementy prac, co do których wyjaśnienia miały budzić uzasadnione wątpliwości, stanowiły istotną część składową pod względem kalkulacji ceny i możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę całkowitą.

Należy zauważyć, że relacje wartościowe kwestionowanych pozycji kosztorysowych do ceny oferty Strabag jako całości wskazywały, że pozycje te stanowiły elementy, którym trudno przypisać charakter istotnych części składowych, tj.:

- pozycja 28 branży drogowej ok. 0,87% ceny całkowitej,
- pozycja 29 branży drogowej ok. 0,44% ceny całkowitej,
- pozycja 32 branży drogowej ok. 1,8% ceny całkowitej,
- pozycja 33 branży drogowej ok. 0,43% ceny całkowitej,
- pozycja 34 branży drogowej ok. 1,02% ceny całkowitej,
- pozycja 1.3.1.13 branży sanitarnej ok. 0,5% ceny całkowitej,
- pozycja 7 branży konstrukcyjno-inżynierskiej – wiadukt drogowy WD-03 W KM 297+722,2 ok. 0,83% ceny całkowitej,
- pozycja 8 branży konstrukcyjno-inżynierskiej – wiadukt drogowy WD-03 W KM 297+722,2 ok. 2,11% ceny całkowitej.

Zważyć też trzeba, że za wystąpieniem rażąco niskiej ceny nie mogą przemawiać wyłącznie różnice między zaoferowaną ceną a wartością pozostałych ofert. Jednakże takie okoliczności mogą być powodem uzasadniającym potrzebę przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce. Niemniej, jak podnosi Izba, występowanie różnic w wycenie poszczególnych prac budowlanych jest normalnym zjawiskiem, którego uzasadnieniem mogą być przede wszystkim odmienne uwarunkowania towarzyszące wycenie poszczególnych branż i potrzebie posilkowania się ofertami z rynku. Odwołujący PORR składając uzyskane z rynku oferty nie mógł skutecznie podważyć ofert, jakie przedstawił w wyjaśnieniach Strabag. Nie ma żadnego uzasadnienia dla nadania większej wagi dowodom Odwołującego PORR niż te, jakie złożył Strabag do wyjaśnień w celu uwiarygodnienia kalkulacji ceny ofertowej.

Zarazem, jak wyżej zostało zaznaczone, dla oceny istotności części składowej można też przyjąć miernik znaczenia i istotności części ocenianej z punktu widzenia jej niezbędności i konieczności zaistnienia dla funkcjonowania przedmiotu zamówienia. Dla wykazania istotności tych elementów prac nie jest jednak wystarczające samo wskazanie na potrzebę ich realizacji, gdyż taki przymiot w zasadzie można przypisać każdemu elementowi zamówienia, w szczególności przy robotach budowlanych, które jako cały proces inwestycyjny prowadzić mają do finalnego efektu końcowego. Odwołujący PORR powinien wykazać, iż wybrane przez niego wyceny prac faktycznie mają takie znaczenie dla całości oferty, iż ich wykonanie za zaoferowaną cenę nie będzie możliwe. Odwołujący PORR dokonał wybiórczo wyboru pozycji wskazując na te wycenione niżej, co samo nie jest wystarczające dla wykazania ich istotności, jak również rażąco niskiej ceny całej oferty.

Ponadto, w zakresie kwestionowanego zbiorczego zestawienia kosztów w pozycji 0 należy dodać, że co do pozycji 0

Zamawiający nie powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach w tym zakresie. W ocenie Izby, argumentację Odwołującego PORR sprowadzającą się jedynie do zestawienia cen Strabag ze średnią cen z ofert innych wykonawców, należy postrzegać jako niewystarczającą dla stwierdzenia, iż Zamawiający niezasadnie odstąpił od wezwania Strabag co do zbiorczego zestawienia kosztów.

Zatem, zdaniem składu orzekającego, wyjaśnienia złożone przez Strabag w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny pozwalały wywieść, że oferta została skalkulowana prawidłowo na poziomie rynkowym i zapewniającym zysk. Załączone do wyjaśnień wykonawcy dowody w postaci szczegółowych własnych kalkulacji cenowych oraz na podstawie ofert podwykonawczych wskazują, że zaoferowane ceny są cenami na poziomie rynkowym.

Uzupełniająco należy wskazać, że choć zarzut nie został przekonująco udowodniony przez Odwołującego PORR, to za zrozumiałą uznać trzeba okoliczność trudności w tym względzie z uwagi na zastrzeżenia przez Strabag informacji składanych Zamawiającemu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując, stwierdzić należy, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie ceny części tej ceny. Zniżenie ceny lub kosztu części ceny oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska (tak: Komentarz UZP do art. 224 ustawy, red. H. Nowak i M. Winiarz, Warszawa 2023).

Wobec powyższego, zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzutu 1.2

W stosunku do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania prac w zakresie tych samych pozycji kosztorysowych, które tyczą się zarzutu 1.1, gdyż Strabag nie uwzględnił wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów, względnie zastosował rozwiązania niespełniające wymagań Zamawiającego wynikających z dokumentacji projektowej, należy wskazać, iż zarzut uzasadniony był tożsamą argumentacją przez Odwołującego PORR. Z tego już względu oraz z uwagi na to, że zarzut jest pochodny wobec zarzutu 1.1, można stwierdzić, że wobec nieuwzględnienia pierwszego zarzutu, również zarzut 1.2 nie zasługuje na aprobatę.

Niemniej jednak warto wskazać po pierwsze, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Chodzi o niezgodność merytorycznych elementów oferty na wykonanie świadczenia przez wykonawcę z merytorycznymi wymogami zamawiającego co do zakresu tego świadczenia, w szczególności odnoszących się do ilości lub jakości, warunków realizacji lub pozostałych istotnych aspektów przedmiotu zamówienia.

Po drugie, koniecznym przy odrzuceniu na tej podstawie jest stwierdzenie, na czym dokładnie polega niezgodność w ofercie w odniesieniu do konkretnie podanych zapisów dokumentacji postępowania. Argumentacja oparta w głównej mierze na twierdzeniu o niedoszacowaniu wartościowym określonego elementu oferty nie może być wystarczająca do uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucając ofertę, zamawiający musi stwierdzić jednoznacznie, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu wobec braku w ofercie wymagań opisanych w dokumentacji. W związku z tym w ocenie Izby, Odwołujący PORR nie wykazał w sposób dostateczny, że treść oferty Strabag była niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji oddalenia zarzutów 1.1 oraz 1.2 należy także za niezasadny, jako akcesoryjny wobec powyższych, uznać zarzut dokonania wyboru oferty Strabag i zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na zarzuty wskazane powyżej.

Ad zarzutu 1.3

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu PORR zastrzeżonych przez Strabag niejawnych części wyjaśnień ceny, Odwołujący PORR podał, że Strabag w szczególności jako poufne zastrzegł „rozbicia cenowe” (kalkulacje cenowe) jak również oferty i faktury od podwykonawców i dostawców, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń, sprowadzających się do wniosku, że zastrzeżone informacje są wyrazem przewagi konkurencyjnej wykonawcy i mają ją chronić.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, znajduje się w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do nieodtajnienia kalkulacji cenowych, skład orzekający popiera w tym zakresie stanowisko dotychczas wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo choćby w przytoczonym przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie wyroku o sygn. akt: KIO 649/23): „Wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty. Są to szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje

ponieść przystępujący w związku z realizacją zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja wykonawcy będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Tym samym, informacje podane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji". Powyższe potwierdza, iż również w przedmiotowej sprawie, zakres szczegółowych kalkulacji wyczerpuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazywał bowiem Strabag w swoim zastrzeżeniu: „Składając zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie przyjętych kosztów oraz czynników, pokazując szczegółowe rozbicia ceny, i dane jakie miały wpływ na sposób wyliczenia ceny ofertowej, Wykonawca przedstawił w nich wyliczenia nieznane jego konkurentom na rynku. Informacje te ujawniają podstawy przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej dla poszczególnych elementów oferty oraz sposób kalkulacji cen. Z uwagi na powyższe, uzasadnione jest również objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, ponieważ inni oferenci, mając do nich wgląd, będą mogli pozyskać wiedzę na temat strategii Wykonawcy oraz przyjętych założeń kalkulacji. Każda z powyższych informacji, w aktualnej sytuacji na rynku zamówień publicznych, gdzie dominuje ogromna konkurencja w pozyskiwaniu zamówień w zakresie infrastruktury drogowej, gdy ceny poszczególnych ofert składanych przez wykonawców różnią się często promilami wartości, ma dla Wykonawców szczególną wartość gospodarczą i przekłada się bezpośrednio na możliwość skalkulowania przez Wykonawcę optymalnej oferty, przy uwzględnieniu wszelkich ryzyk oraz potencjalnych zysków". Powyższe należy w ocenie Izby uznać zatem za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie odnoszącym się do nieodtajnienia ofert dostawców podwykonawców należy zaznaczyć po pierwsze, że mimo wszystko znaczną część ofert kontrahentów Zamawiający odtajnił. Tym niemniej, cztery takie oferty zostały zdaniem Zamawiającego skutecznie zastrzeżone. Skład orzekający uznaje za zasadną taką ocenę Zamawiającego, który dokonywał analizy zastrzeżeń Strabag i uznał, że wykazał on wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Podwykonawcy zawarli w swoich ofertach/korespondencji informacje o konieczności zachowania ich w poufności. Oceniając wartość gospodarczą ofert podwykonawców, na uwagę zasługuje fakt, iż oferty te zostały indywidualnie wycenione dla wykonawcy. Okoliczność ta została potwierdzona w treści złożonych ofert. Strabag w ocenie Izby wykazał więc szczególną relację z podwykonawcami, którzy współpracują z wykonawcą na szczególnie korzystnych warunkach. Ostatnią przesłanką zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, podjąć odpowiednie działania celem ochrony poufności zastrzeganych informacji. Jako dowody takich działań Strabag przedstawił: Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych i Politykę bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie należy zauważyć, że wszystkie faktury zostały przez Zamawiającego odtajnione, więc w tym aspekcie zarzut zaniechania odtajnienia jest bezprzedmiotowy.

Wobec powyższego, zarzut w postaci zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu PORR zastrzeżonych przez Strabag niejawnych części wyjaśnień ceny należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, tj.:

- w sprawie o sygn. KIO 3845/23 na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437),
- w sprawie o sygn. KIO 3847/23 na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....