

WYROK

Warszawa, 28 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 września 2025 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

ZABERD Sp. z o.o. Wrocław, KRS 883006 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia:

Saferoad Services Sp. z o.o. Włocławek, KRS: 152355 i

ORFIX Sp. z o.o. Prusice, KRS: 1107065

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty odwołującego: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz koszty odwołującego i zamawiającego po: 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych 8e, S8e, A8e od km 0+000 do km 29+219 zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu”; Numer postępowania OWR.D-3.2421.15.2025; Numer ogłoszenia: 356702-2025 Dz.U. S: 105/2025 (Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

8 września 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia ZABERD Sp. z o.o. Wrocław (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław) KRS 883006 (odwołujący).

Po udostępnieniu przez zamawiającego kopii odwołania 9 września 2025 r., 11 września 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza: Saferoad Services Sp. z o.o. Włocławek, KRS: 0000152355 (ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek) i ORFIX Sp. z o.o. Prusice, KRS: 0001107065 (Świerzów 11A, 55-110 Prusice) (przystępujący). Izba uznała przystąpienie za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

-wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta powinna zostać odrzucona,

-zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy

1) oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wyjaśnił ani ceny oferty, ani też poszczególnych cen jednostkowych i nie udowodnił, że nie są one rażąco niskie, a w konsekwencji nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny

3) oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, albowiem istotne części składowe wskazane w uzasadnieniu odwołania są rażąco niskie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu z uwagi na brak ujęcia w ofercie:

- prac w zakresie oznakowania i zabezpieczenia, sprzętu do wykonania robót wymaganego przez Zamawiającego (określonych w Tablicy elementów rozliczeniowych (dalej również TER) w pozycji TER 4 poz. 4.1),

- prac w zakresie utylizacji (TER 4 poz. 41, TER 5 poz. 1.6, TER 6 poz. 7.4 oraz TER 7 poz. 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3 4.4, 5.3, 5.4.) oraz

- całości robót z zakresu zarządzania kontraktem wraz z patrołowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (TER 11);

2)art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pzp, art. 224 ust. 4 - 6 pzp i art. 223 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że nie udowodnił, że istotne części składowe jego oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny:

- nie złożył kalkulacji szczegółowych dla pozycji TER 1 poz. 1.1, 1.2, 9.1 i 13. 1 i TER 4 poz. 7.1 w zakresie wskazanym w wezwaniu zamawiającego z 18 lipca 2025r.,

- nie złożył wyjaśnień odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

a w konsekwencji nie dowiódł, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3)226 ust. 1 pkt 8 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że zawiera rażąco niską cenę, gdyż istotne części składowe oferty tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co przekłada się na rażąco niski charakter ceny całkowitej oferty;

w konsekwencji zarzutów z pkt 1-3 naruszenie:

4)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty przystępującego pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1

5)art. 224 ust. 1 i art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględni wszystkie wymagania zawarte w (SWZ) w zakresie istotnych części składowych oferty, tj. robót z zakresu zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych zgodnie z wymaganiami zamawiającego (TER 11).

Odwolujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

2.odrzucenie oferty przystępującego,

3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert

ewentualne na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych powyżej o nakazanie

4.unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ w zakresie robót z zakresu zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (TER 11).

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika oddaliła zarzuty wobec nie wykazania przez odwołującego, że treść oferty przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ani,

że cena ofertowa przystępującego jest rażąco niska i że przystępujący nie podolał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub jej istotnej części składowej, bo nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami, które uzasadniałyby podane w ofercie ceny jednostkowe ani wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a ceny jednostkowe są zaniżone w takim stopniu, że są niewystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia, ani że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do wyceny pozycji TER 11 jako będącej rażąco niską ceną i tego czy obejmuje ona wszystkie wymagania SWZ.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ, ofertach, wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i treści oferty (Wezwanie) oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i treści oferty (Wyjaśnienia). Oceniając materiał dowodowy izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba stwierdza, że zarzuty opierały się na założeniu, że:

- Wyjaśnienia nie obejmowały wszystkich elementów, do których wyjaśnienia wzywał zamawiający i były niewystarczające;

- fakt pominięcia w Wyjaśnieniach wyjaśnienia danego elementu TER lub wymaganego SST kosztu dla danego TER (brak jednoznacznego opisanie w kalkulacjachwymagania dla danego TER z SST) oznaczał wolę nieobjęcia przez przystępującego zakresem oferty tej pozycji.

- pozycje tabeli elementów scalonych powinny zostać wycenione zgodnie z założeniem własnym odwołującego, który stanowi probierz prawidłowej kalkulacji ceny, również w zakresie ustalenia prawidłowych cen rynkowych;

- w zakresie ceny pozycji TER 11 obowiązek ewentualnego wezwania przystępującego do wyjaśnień wywodził z faktu, że cena jednostkowa przystępującego jest niższa od wynikającej z kalkulacji własnej odwołującego.

Izba stwierdziła, że założenia były błędne a odwołujący nie złożył wystarczających dowodów dla wykazania ich poprawności. Odwołujący nie wykazał okoliczności na których oparł zarzuty.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art.223. 1. Pzpw toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność polega na złożeniu oferty, której treść jest niezgodna ze skonkretyzowanym, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonym warunkiem zamówienia. Stąd w sytuacji powstania po stronie zamawiającego wątpliwości, co do tego, czy treść oferty

odpowiada warunkom zamówienia, przed odrzuceniem oferty zamawiający winien zażądać wyjaśnień jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Zamawiający zobowiązany jest do przeanalizowania cen ofertowych pod kątem przesłanek z art. 224 Pzp, co w niniejszej sprawie uczynił oraz podjęcia następnie decyzji o ewentualnej potrzebie wezwania do wyjaśnień. Decyzja w tym zakresie, poprzedzona analizą, opierać winna się na okoliczności danej sprawy i uwzględniać może doświadczenie i wiedzę konkretnego zamawiającego. Nie może mieć charakteru uznaniowego. W tej sprawie odwołujący nie wykazał, że ocena cen ofertowych nie miała waloru zobjektywizowanej okolicznościami sprawy.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpiecza zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską

Z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny podważając ocenę zamawiającego, że cena nie jest rażąco niska, od obowiązku wykazania, udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny i które wymagane są dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw.z art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 6 Pzp. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na głośnym podważeniu treści wyjaśnień, własnych twierdzeniach i założeniach i przerzucić na uczestnika postępowania całość ciężaru dowodowego.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności (zaznaczenia własne izby):

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie zamówienia publicznego pn. Całoroczne utrzymanie dróg krajowych 8e, S8e, A8e od km 0+000 do km 29+219 zarządzanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu”;
2. Zgodnie z SWZ wykonawcy zobowiązani byli podać cenę ofertową skalkulowaną w oparciu o ceny jednostkowe pozycji z Tabeli elementów rozliczeniowych, dla których zamawiający przywołał właściwy opis roboty z SST i szacunkową ilość robót danej pozycji, celem zapewnienia porównywalności ofert. Roboty w ramach realizacji zamówienia będą rozliczane przez zamawiającego w zależności od jego bieżących potrzeb w oparciu o ceny jednostkowe z TER, przy czym zamawiający gwarantuje wykonanie robót do 30% ceny ofertowej i nie więcej niż cena ofertowa plus 30 % ceny ofertowej;
3. SWZ nie przewiduje szczególnych zasad dokonania kalkulacji ceny, poza wskazaniem procentowego udziału danej pozycji TER w cenie ofertowej, co nie było kwestionowane odwołaniem;
4. Dana pozycja SST zawiera pozycje opisowe i uniwersalne wymagań dla kilku pozycji TER łącznie, czego konsekwencją jest potrzeba dokonywania przez wykonawców decyzji i wyceny poszczególnych pozycji TER w oparciu o właściwą SST i wskazane tam wymagania ale z uwzględnieniem specyfiki prac danej TER, co łączy się np. z doбором właściwych danej pozycji TER urządzeń z SST (co izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia zamawiającego i uczestnika znajdujące oparcie w ofertach wykonawców, kalkulacjach przystępującego z Wyjaśnień i kalkulacji odwołującego złożonej w postępowaniu odwoławczym, SST i TER, w których np. SST D030103H pkt 5.3. jest dedykowany różnego charakteru robotom z TER, w tym realizowanym ręcznie z TER 1.1, 4.1, 4.2, 4.3, a za pomocą sprzętu specjalistycznego TER 4 poz 5.6, 5.7, 5.8)
5. Szacunkowa wartość zamówienia to: Podstawowego 20 589 993,91 PLN (netto), 25 325 692,52 PLN (brutto), o którym mowa w pkt 5a/ 5b Wniosku 10 294 996,96 PLN (netto), 12 662 846,26 PLN (brutto), 3) prawa opcji zgodnie z paragrafem 4 ust. 1a pkt 1 PPU; 4 117 998,78 PLN (netto), 5 065 138,50 PLN (brutto), 4) prawa opcji zgodnie z paragrafem 4 ust. 1a pkt 2 PPU. 4 117 998,78 PLN (netto), 5 065 138,50 PLN (brutto), ŁĄCZNA WARTOŚĆ SZACUNKOWA ZAMÓWIENIA: 39 120 988,44 PLN (netto), 48 118 815,78 PLN (brutto),

6. W Postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

- oferta przystępującego z ceną brutto:

23 558 400,55 zamówienie podstawowe

4 711 680,11 opcja I

4 711 680,11 opca II

32 981 760,77 łączna cenna ofertowa

- oferta odwołującego z cena brutto

29 995 032,64 zamówienie podstawowe

5 999 006,53 opcja I

5 999 006,53 opcja II

41 993 045,70 łączna cena ofertowa

- oferta BUDIA-Standard sp. z o.o. Oleśnica z ceną brutto:

33 356 501,61 zamówienie podstawowe

6 671 300,32 opcja I

6 671 300,32 opcja II

46 699 102,25 łączna cena brutto

7. Zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia: 25 325 692,52 zł brutto – za wykonanie zamówienia podstawowego, 5 065 138,50 zł brutto - za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (zgodnie z § 1 ust. 8 pkt 1 Tom II PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY, 5 065 138,50 zł brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (zgodnie z § 1 ust. 8 pkt 2 Tom II PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY, Łączna kwota: 35 455 969,52 zł brutto; szacunkowa wartość zamówienia wynosiła:

8. W toku badania i oceny ofert zamawiający dokonał porównania cen jednostkowych zawartych w złożonym przez przystępującego kosztorysie ofertowym w zakresie pozycji asortymentów kluczowych. Istotne części składowe w/w kosztorysu zostały porównane: 1. z cenami jednostkowymi zawartymi w kosztorysie zamawiającego, 2. ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

9. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w zakresie 18 z ponad 280 pozycji kosztorysowych zawartych w TER; cena całkowita robót określonych kosztorysem TER (bez opcji) wynosiła 19 153 171,18 netto zł tj. 23 558 400,55 zł brutto;

Izba ustaliła również, że (zaznaczenia własne)

10. Zamawiający Wezwaniem domagał się „potwierdzenia realnego charakteru ceny oferty - adekwatnej do

przedmiotu zamówienia i gwarantującej możliwość jego prawidłowego wykonania” w zakresie wymienionych w tabeli pozycji TER:1.1., 1.2., 9.1, 13.1, 4.1, 4.1, 5.1, 7.1, 1.6, 7.4, 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3, 4.4, 5.3, 5.4.; zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w zakresie objętej zarzutami pozycji TER 11, „(...) m.in. o złożenie kalkulacji szczegółowych dla wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wymienionych w powyższej tabeli. Kalkulacje szczegółowe powinny zawierać wszystkie koszty skalkulowane i niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia tj. wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku. Prosimy o podanie wyczerpujących i szczegółowych informacji dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, w szczególności w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które uważacie Państwo za istotne. Jednocześnie zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust.3 pkt 4) i 6) ustawy Pzp, tj. o potwierdzenie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. (...)”

Izba stwierdza, że Wezwanie miało charakter ogólny i dotyczyło wymienionych pozycji TER. Zamawiający domagał się wyjaśnień w zakresie wartości jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczenia narzutów kosztów pośrednich i zysku dla danego TER; wskazywał również na obowiązek udzielenia wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust.3 pkt 4) i 6) Pzp tj potwierdzenia zgodności kalkulacji z prawem pracy – w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia oraz prawa pracy i ubezpieczeń społecznych.

Przystępujący złożył Wyjaśnienia w terminie; Wyjaśnienia zawierały kalkulacje własne wszystkich pozycji TER z Wezwania w tym wszystkie elementy, których wyjaśnienia oczekiwał zamawiający, w tym także potwierdzenie zgodności kalkulacji z SWZ i przepisami („Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, Wykonawca potwierdza i wyjaśnia, że jego oferta, jak i złożone wyjaśnienia są zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Stosowne potwierdzenie zastosowanej stawki do zaangażowania pracowników/ współpracowników przedstawiają załączone kalkulacje”) a kalkulacje zawierały pozycje wynagrodzenie, którego stawka nie został skutecznie zakwestionowana odwołaniem (Wezwanie, Wyjaśnienia i spójne z ww wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego), bo

11.kalkulacje obejmowały między innymi wszystkie zakwestionowane zarzutami elementy, kalkulacje obejmują bowiem:

- wyceny kosztów bezpośrednich

- doliczenia narzutów kosztów pośrednich

- zysk dla danego TER

TER obejmują oprócz wskazania wymaganych dla danego SST kosztów materiałów, urządzeń i robocizny także pozycje:

- koszty towarzyszące Kt R+M+S,

- koszty pośrednie Kp R+S,

- narzut wraz z zyskiem

i łączne koszty,

a jak wskazano w Wyjaśnieniach Załącznik nr 1

- koszty towarzyszące obejmują „bezpośrednie koszty robocizny (R), materiałów budowlanych (M), pracy sprzętu (S) w tym również koszty utylizacji, koszty zabezpieczenia robót itp.”

Izba dała w tym zakresie wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, znajdującym oparcie w Wyjaśnieniach, że „wykonawca wskazuje i potwierdza, że całość oferty (w odniesieniu do wszystkich pozycji TER) została prawidłowo skalkulowana i uwzględnia pełny zakres oczekiwanych przez Zamawiającego świadczeń opisanych w dokumentacji Postępowania, w tym pozwala Wykonawcy, wraz z uwzględnieniem kosztów ogólnozakładowych, na osiągnięcie EBITDA na poziomie 7,5%”, w tym także że w pozycji kalkulacji koszty towarzyszące objęte zostały również kwestionowane koszty oznakowania i zabezpieczenia sprzętu.

Odwolujący nie przedłożył w kwestionowanym zakresie wystarczających dowodów. Oparł zarzuty na twierdzeniach, w tym kalkulacjach, własnych jako wyliczonych na cenach rynkowych wyższych częściowo od stanowiący podstawę kalkulacji przystępującego. Przedstawił ceny z innych postępowań na usługi wykonania nawierzchni bitumicznych, betonem asfaltowym, własne kalkulacje oraz fragment kosztorysu ofertowego złożonego przez przystępującego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie izby dowody odwołującego na to, że ceny oferty są zaniżone nie pozwoliły na podważenia kalkulacji przystępującego. Dowody wskazują wyłącznie na to, że na rynku oferowane są różne ceny za tożsame lub podobne usługi. Nie wykazują, że przystępującemu nie są dostępne ceny w oparciu, o które kalkulował cenę ofertową. Przystępujący w ramach Wyjaśnień przedłożył kalkulacje szczegółowe własne oparte na cenach z Sekocenbudu lub ofertach podwykonawców i dostawców. Załączył dokumenty źródłowe w postaci ofert i cenników podmiotów trzecich. Dobór sposobu wykonania poszczególnej TER dokonany został zgodnie z SWZ tj. właściwą SST. Kwestionowane pozycje TER zawierają wymagania z SST, w tym także urządzenia, w zakresie dostosowanym do danej TER (co izba ustaliła w oparciu o SWZ, Wyjaśnienia i kalkulacje odwołującego złożone w postępowaniu odwoławczym (zawierające kalkulacje sprzętów dobranych z SST z uwzględnieniem charakteru usługi TER) i SST a także spójne z ww. wyjaśnieniami zamawiającego i przystępującego)

12. Zamawiający nie kwestionował Wyjaśnień, uznał je za wystarczające dla oceny, że treść oferty przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a cena ofertowa i jej części składowe nie są rażąco niskie w rozumieniu art. 224 Pzp i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przystępującego.

W zakresie TER 11 izba dodatkowo ustaliła, że:

13. zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień dla pozycji TER 11;
14. pozycja TER 11 oferty przystępującego jest wyższa od ceny wskazanej w kosztorysie inwestorskim (4 250 880,00 zł brutto) o 9,7% i wynosi 4 663 356,17 zł brutto. W odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert cena pozycji TER 11 kształtuje się na poziomie 86,10%,;
15. zgodnie z SWZ usługi obejmujące TER 11 nie mogą stanowić więcej niż 19,8 % całkowitej ceny szacowanej przez zamawiającego (16,8% + max. 3%);
16. przystępujący wycenił grupę robót zawierających TER 11 na poziomie 19,79% całkowitej ceny oferty;

Izba stwierdza, że odwołujący opiera zarzut na kalkulacji własnej ceny pozycji TER 11 zarzucając zaniżenie części składowej ceny wskazując jako probierz właściwej wyceny kwotę na poziomie co najmniej 46 753,05 zł miesięcznie, jednocześnie odwołujący oferuje wykonanie usług objętych pozycją TER 11 za cenę 40 600,00 zł. Izba stwierdza, że wycena pozycji TER 11 nie odbiega znacząco od cen szacunkowych zamawiającego ani ceny odwołującego z oferty. Treść oferty ani Wyjaśnienia nie wskazują na wolę zaoferowania w ramach pozycji TER 11 usługi niezgodnej z SWZ.

Mając na uwadze powyższe izba wskazuje, że każda ze stron postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej strategii dowodowej. W niniejszym postępowaniu odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanych przez niego zarzutów. Jednocześnie twierdzenia i dowody powołane przez przeciwników procesowych potwierdzają adekwatność Wyjaśnień do Wezwania i możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za cenę ofertową a także wolę zaoferowania przez przystępującego przedmiotu zamówienia zgodnego z warunkami zamówienia (tutaj zapewnienia realizacji usług opisanych kwestionowanymi pozycjami TER zgodnie z wymaganiami SWZ w tym SST) i objęcia wyceną wszystkich wymagań SWZ w tym właściwego SST dla danego TER.

Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane ceny TER zagrażają możliwości realizacji całego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub odrębnymi przepisami. W sytuacji udzielenia Wyjaśnień zgodnie z Wezwaniem i ich oceny jako prawidłowych przez zamawiającego, dla uznania zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny jako podstawy odrzucenia oferty w związku z art. 224 ust. 6 Pzp a także z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp nie jest wystarczające samo zakwestionowanie prawidłowości Wyjaśnień ani wybranych TER – konieczne jest bowiem jednoczesne skuteczne podważenie ceny ofertowej (lub jej istotnej części składowej) jako nierzeczywistej i nierynkowej – nie gwarantującej realizacji całego przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami lub warunkami zamówienia, czemu odwołanie nie sprostało. Odwołujący nie wykazał również, że treść Wyjaśnień i oferty, jest takiego rodzaju, że uprawnia do założenia woli przystępującego zaoferowania realizacji usług niezgodnie z SWZ, w tym także SST. Tutaj również wobec tego, że kalkulacje obejmowały kwestionowane a wymagane SWZ i SST koszty niezbędne do realizacji zamówienia (danego TER).

Odwołujący nie wykazał, że Wyjaśnienia były takiego rodzaju i treści, także w świetle okoliczności sprawy, że nie uprawniały do oceny, że cena ofertowa i wyjaśnione części składowe ceny są rażąco niskie, ani że oferta nie obejmuje całości robót – wymagań SWZ.

Izba stwierdziła, w oparciu o treść oferty, SWZ, Wezwanie i Wyjaśnienia oraz wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego zgodne z ww., że kalkulacje przystępującego obejmowały zakwestionowane jako zaniżone lub pominięte wobec woli realizacji zamówienia niezgodnie z wymaganiami SST pozycje kosztowe w ramach zakwestionowanego TER. W zakresie pozycji TER 11 Wezwanie w ogóle nie obejmowało żądania wyjaśnienia tej pozycji i wykonawca, w świetle Wezwania nie był zobowiązany do jej wyjaśnienia. Stąd założenie braku woli realizacji, jakiegokolwiek elementu z pozycji TER 11 było chybione również wobec ujęcia tej pozycji kosztowej w formularzu cenowym i dokonania jej wyceny na poziomie wyższym od wyceny odwołującego.

Wyjaśnienia potwierdzają, że przystępujący kalkulował ofertę w oparciu o całość SWZ, uwzględniając wymagania z SWZ i że intencją przystępującego jest realizacja zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Odwołujący nie złożył dowodów wykazujących, że było inaczej.

Odwolujący nie wykazał, w zakresie TER 11, że powinna budzić po stronie zamawiającego wątpliwości wymagające wezwania do wyjaśnienia.

Udzielane wyjaśnienia mają na celu rozwianie wątpliwości istniejących po stronie zamawiającego, co do wysokości ceny ofertowej jako rażąco niskiej w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp lub zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Izba wskazuje, że ocena wyjaśnień wraz z dowodami dotyczy ceny ofertowej i pozycji TER i uwzględniać powinna dokumenty zamówienia w tym również warunki zamówienia a także odrębne przepisy. Powstanie wątpliwości, jak ich usunięcie uzależnione jest od okoliczności danej sprawy i wiedzy zamawiającego, np. znajomości rynku relevantnego, które podmiot ten może wziąć po uwagę. Analiza zachodzi w czasie. Ocena zamawiającego nie może być uznaniowa i powinna być weryfikowalna. Ocena prawidłowości wyjaśnień powinna uwzględniać wyrażony w wezwaniu zakres wątpliwości.

Odwolujący przedstawił własne kalkulacje ceny ofertowej. Przywołał dowody, które w jego ocenie były wystarczające i jednocześnie konieczne do wykazania prawidłowości wyliczeń. Zanegował dowody przystępującego. Założenia kalkulacji, co do wysokości kosztów, odwołującego oparte zostały na odbiegających od tych, które przyjął do kalkulacji ceny przystępujący. Założenia obu wykonawców były zgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazywał, że cena przystępującego oparta została na nierealnych i zaniżonych cenach lub nie obejmowała wszystkich wymagań SWZ. Odwołujący nie wykazał twierdzeń, na których oparł zarzuty.

Reasumując:

Odwolujący nie wykazał, że cena jest rażąco niska. Tym samym nie mógł zostać uwzględniony zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp).

Odwolujący nie wykazał, że udzielone Wyjaśnienia były takiego rodzaju, że nie pozwalały zamawiającemu na ocenę, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. Tym samym nie mógł zostać uwzględniony zarzut zaniechania odrzucenia oferty wobec tego, że Wyjaśnienia nie uzasadniły ceny ofertowej.

Zarzut złożenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia stanowił konsekwencję twierdzonego braku wyjaśnienia danej pozycji TER lub nie uwzględnienia w jej wycenie kosztów wszystkich składowych danej usługi wynikających z SWZ w tym SST. Wobec nie wykazania zaniechania wyjaśnienia pozycji oraz nie dokonania wyceny elementów danej pozycji TER wymaganych SWZ, zarzut podlegał oddaleniu.

Konsekwencją oddalenia powyższych zarzutów jest również oddalenie zarzutu wynikowego naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień izba wskazuje, że nie każdy błąd, omyłka, nieścisłość albo pominięcie winno skutkować wezwaniem czy to w oparciu o art. 224 czy 223 Pzp. W tej sprawie jednak odwołujący nie wykazał, że istniały jakiegokolwiek obiektywne przesłanki, które rodzić powinny po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie TER 11. Wobec niewykazania, że cena jest takiej wysokości, że budzić winna wątpliwości co do realności wykonania świadczenia objętego TER 11 lub przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ ani żadnej innej okoliczności, która mogłaby wskazywać na wątpliwość, co do zakresu oferowanej w ramach TER 11 usługi zarzut został oddalony.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwolanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie

odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....