Sygn. akt: KIO 3953/26

WYROK

Warszawa, dnia 22 września 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Robert Siwik

Protokolant:Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2026 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łubowie** oraz **T.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą w Rudnikach** („Odwołujący"),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**, w imieniu którego postępowanie prowadzi: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu** („Zamawiający"),

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

1)**FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**,
2)**ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego,

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w następujący sposób:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem 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 3953/26

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (dalej jako „**Zamawiający**") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024, poz. 1320 ze zm., dalej jako „**ustawa Pzp**" lub „**Pzp**"), pn. „*Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Oddziału w Poznaniu – Rejon w Środzie Wlkp. w latach 2026-2030*" (numer postępowania: OPO.D-3.2421.6.2), dalej jako „**Postępowanie**".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2026 r. pod numerem 134186-2026.

Dnia 10 sierpnia 2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łubowie oraz T.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą w Rudnikach (dalej jako „**Odwołujący**").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

„*(1) art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1–3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis S.A. i uznanie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny za wystarczające, pomimo że FBSerwis nie wykazał, iż zakwestionowane przez Zamawiającego ceny jednostkowe zostały skalkulowane w sposób realny, kompletny i zapewniający pokrycie wszystkich kosztów wykonania świadczeń wymaganych TER i właściwymi*

SST, a przedstawione wyjaśnienia oraz dowody nie pozwalają na prześledzenie spójnego przejścia od rzeczywistych nakładów i cen źródłowych do cen jednostkowych zaoferowanych w TER, w szczególności wobec:

a) przedstawienia dla GR 1 poz. 16.1 kilku niespójnych modeli realizacji i kalkulacji opartych kolejno na cenie MAXPERT, kwocie określonej jako „prowizja" FBSerwis oraz późniejszym dokumencie Budimex S.A., bez wykazania, który z tych modeli stanowił rzeczywistą podstawę ceny w chwili składania oferty, a także – w odniesieniu do dokumentu Budimex S.A. jako podmiotu powiązanego z FBSerwis w ramach grupy kapitałowej – bez przedstawienia analizy funkcjonalnej, struktury rozliczeń wewnątrzgrupowych ani jakiegokolwiek benchmarku rynkowego potwierdzającego, że przyjęta cena odpowiada warunkom, jakie ustaliłyby podmioty niezależne (zasada ceny rynkowej – art. 11c, 11d i 11q ustawy o CIT, Wytyczne OECD w sprawie cen transferowych);

b) niewykazania realności norm robocizny oraz pełnych kosztów sprzętu w pozycjach dotyczących oznakowania poziomego, w tym ujęcia pracy środków transportu i malowarki zasadniczo poprzez koszt paliwa, bez wykazania kosztów motogodzin, operatorów, amortyzacji, serwisu, ubezpieczenia i gotowości sprzętu;

c) przedstawienia dla pozycji dotyczących barier przede wszystkim cen samych elementów, bez wykazania pełnego kosztu wykonania pozycji TER, obejmującego m.in. transport, rozładunek, demontaż, montaż, robociznę, sprzęt, zabezpieczenie robót, koszty pośrednie, ryzyka i zysk;

d) oparcia części argumentacji na dokumentach sporządzonych już po złożeniu oferty oraz – w przypadku Budimex S.A. – na dokumencie pochodzącym od podmiotu powiązanego, bez wykazania, że dokumenty te odtwarzają warunki rzeczywiście przyjęte przy kalkulacji oferty;

e) powołania się na deklarowane oszczędności wynikające z know-how, siły zakupowej, efektu skali i synergii w wysokości 5–10%, 10–20% i 5–15%, bez wykazania ich rzeczywistego wpływu na którąkolwiek z konkretnych cen jednostkowych objętych wezwaniem;

f) nieprzedstawienia obiektywnego, weryfikowalnego klucza alokacji kosztów wspólnych pomiędzy pozycje TER, wobec własnego oświadczenia FBSerwis (str. 34 wyjaśnień z 1 czerwca 2026 r.), że alokacji tej dokonano „zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą", przy jednoczesnym przyznaniu, że część kosztów bezpośrednich oszacowano „w sposób zbiorczy i ogólny", a wszystkie koszty niepowiązane z jednostką obmiarową ujęto jako koszty pośrednie — co nie pozwala na zweryfikowanie, czy zakwestionowane ceny jednostkowe obejmują pełny koszt przypisanych im świadczeń.

(2) art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1–3 Pzp poprzez skierowanie do FBSerwis S.A. ponownego wezwania z dnia 25 czerwca 2026 r., a następnie uwzględnienie przy ocenie oferty wyjaśnień i dokumentów złożonych w jego następstwie, w zakresie, w jakim ponowne wezwanie nie służyło wyjaśnieniu nowych wątpliwości ujawnionych przez kompletne pierwsze wyjaśnienia, lecz umożliwiło wykonawcy uzupełnienie podstawowych kalkulacji i dowodów, których Zamawiający żądał już w szczegółowym wezwaniu z dnia 18 maja 2026 r., w tym ponowne wykazywanie realności GR 1 poz. 16.1 oraz przedstawienie nowych dowodów dotyczących pozycji barierowych.

(3) art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1–3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD sp. z o.o. i uznanie jego wyjaśnień za wystarczające, pomimo że wykonawca nie wykazał realności podstawowych założeń stanowiących podstawę kalkulacji pozycji objętych wezwaniem z dnia 18 maja 2026 r., w szczególności:

a) norm czasu pracy oraz wykorzystania sprzętu, w tym przyjętej dla GR 4 poz. 5.4 wydajności odpowiadającej 0,008 m-g WUKO na jedną studzienkę;

a) zasad przypisania ryczałtowego kosztu TOR oraz innych kosztów wspólnych do konkretnych jednostek robót; b) w GR 4 poz. 7.1 – podstawy przyjęcia kosztu zagospodarowania jedynie 0,12 m³ odpadów na 1 m³ jednostki obmiarowej, bez wykazania sposobu zagospodarowania i kosztu pozostałych 0,88 m³; c) w GR 5 poz. 2.4 – realności założenia uzupełnienia kostki jedynie na poziomie ok. 9%, odpowiadającego ponownemu wykorzystaniu ok. 91% kostki, aktualności kosztu podsypki oraz możliwości wykonania pełnego cyklu technologicznego w przyjętej normie robocizny;

d) w GR 7 poz. 7.3 – aktualności ceny słupka pochodzącej z oferty z lutego 2025 r., kosztów transportu i logistyki przy warunkach EXW, dostępności sprzętu oraz rzeczywistej wartości przychodu ze złomu, na który wykonawca powoływał się bez jego liczbowego ujęcia w kalkulacji, co uzasadnia również twierdzenie o błędzie w obliczeniu ceny tej pozycji (art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp);

e) rzeczywistej dostępności zasobów deklarowanych jako współdzielone z innymi kontraktami;

f) rzeczywistych norm i zakresu świadczenia dotyczących zimowego utrzymania (GR 10c), których nie dowodzi samo wykazanie jednostkowej ceny soli, w tym wewnętrznej niespójności kalkulacji GR 10c z własną, zadeklarowaną przez

ZABERD metodą ustalania kosztu roboczogodziny (44,10 zł/r-g × współczynnik 1,2 = 52,92 zł/r-g), skoro w GR 10c współczynnika 1,2 nie zastosowano, co skutkuje kosztem niższym o ok. 10% od wynikającego z własnej metody wykonawcy (29,34 zł/km wobec 32,28 zł/km);

g) w GR 2 poz. 1.1 (remont poboczy destruktem bitumicznym) — technicznej nierealności przyjętych norm pracy sprzętu (0,001 m-g/m² samochodu samowyładowczego, koparko-ładowarki, walca i samochodu dostawczego), w świetle objętości materiału przypadającej na jednostkę obmiarową oraz typowej pojemności łyżki koparko-ładowarki i gęstości zagęszczonego destruktu asfaltowego, bez wykazania odległości i czasu cyklu transportowego;

h) wewnętrznej niespójności modelu kosztu robocizny przyjętego przez ZABERD dla pozycji objętych wezwaniem (dwie rozbieżne metody ustalenia pełnego kosztu roboczogodziny — 42,29 zł/r-g i 44,10 zł/r-g — bez wykazania wzajemnej relacji tych wartości oraz bez wykazania zakresu prac wykonywanych w porze nocnej uzasadniającego zastosowanie dodatku nocnego ujętego w drugiej z tych kwot), a także zaoferowania w Grupie 8 poz. 5.1a (neutralizacja nawierzchni piaskarką) ceny usługi niższej od zadeklarowanego przez tego samego wykonawcę kosztu samej piaskarki z operatorem (Grupa 13 poz. 3), co czyni cenę tej pozycji ekonomicznie nierealną już na podstawie materiału dowodowego pochodzącego wyłącznie od ZABERD;

i) zaniechania przez Zamawiającego rozszerzenia z urzędu zakresu wezwania RNC na pozycje Grupy 13 poz. 19 i 20, pomimo że ceny tych pozycji odbiegają od kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego odpowiednio o ok. 84,92% i 21,59% oraz są niespójne z tabelą wyliczenia stawki roboczogodziny złożoną przez samego ZABERD — co stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

(4) art. 16 pkt 1–3 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania wskutek zastosowania odmiennego standardu aktualności, kompletności i wartości dowodowej dokumentów przedstawionych przez FBSerwis i ZABERD, polegającego w szczególności na zażądaniu od ZABERD aktualnego dowodu ceny soli, przy jednoczesnym zaakceptowaniu po stronie FBSerwis dokumentów FAM i Budimex z 1 i 3 lipca 2026 r., sporządzonych po złożeniu oferty, bez wykazania, że dokumenty te odzwierciedlają warunki istniejące w dacie jej kalkulowania, oraz na traktowaniu dowodów cen pojedynczych składników jako wystarczających dla wykazania pełnych cen jednostkowych TER.

(5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert FBSerwis S.A. i ZABERD sp. z o.o., pomimo że złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ujawniły przyjęcie węższego zakresu świadczenia niż wynikający z SWZ, TER i właściwych SST dla pozycji objętych wezwaniem z 18 maja 2026 r. — w szczególności ujęcia kosztu pracy malowarki i środków transportu (GR 6 poz. 7.1 i 7.3 FBSerwis) zasadniczo jako kosztu paliwa, oparcia ceny bariery (GR 7 poz. 7.1 i 7.3 FBSerwis) na dokumencie odnoszącym się do „słupka Sigma – sztuki", podczas gdy TER wymaga „słupka – kompletu", przyjęcia przez ZABERD w GR 10c wariantu jednokrotnego zabiegu odśnieżania i usuwania śliskości w miejsce wymaganego przez SST standardu ZUD, oraz zaoferowania przez ZABERD w GR 8 poz. 5.1a kompletnej usługi neutralizacji nawierzchni piaskarką za cenę niższą od ceny samej piaskarki z operatorem wskazanej w GR 13 poz. 3 – co stanowi niezgodność treści ofert z warunkami zamówienia, niezależną od podstawy odrzucenia z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

(6) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert FBSerwis S.A. i ZABERD sp. z o.o., złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na systemowym konstruowaniu cen jednostkowych TER w sposób nieujmujący pełnego kosztu wykonania danej pozycji lub przenoszący ten koszt do innych pozycji formularza cenowego (w tym do Grupy 11 – Zarządzanie kontraktem), wbrew wymogowi pkt 17.3–17.5 SWZ, co narusza interes wykonawców kalkulujących ceny zgodnie z pełnym zakresem wymaganym dokumentami zamówienia i zniekształca warunki konkurencji cenowej w postępowaniu.

(7) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez ograniczenie wezwań z 18 maja 2026 r. do wybranych pozycji TER, pomimo że również inne, samodzielnie wycenione pozycje — w szczególności Grupy 8 poz. 1.1 (mycie znaków) i poz. 3.5 (wywóz odpadów z koszy ulicznych) — obiektywnie rodziły wątpliwości co do możliwości ich należytego wykonania za zaoferowane stawki, a mimo to nie zostały objęte procedurą wyjaśniającą.

(8) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 oraz art. 16 pkt 1–3 Pzp poprzez wybór oferty FBSerwis S.A. jako najkorzystniejszej pomimo tego, że przy prawidłowej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zgodności treści ofert z warunkami zamówienia oraz zasad uczciwej konkurencji, oferta FBSerwis, a także oferta ZABERD, podlegały odrzuceniu".

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

„I. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, na podstawie art. 554 ust.

3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp, aby:

i. unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FBSerwis

S.A.;

ii. powtórzył czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu, w tym:

1. odrzucił ofertę FBSerwis S.A. z uwagi na to, że:

- oferta wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub jej istotne części składowe zawierają rażąco niskie ceny, a złożone wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają zaoferowanych cen, ewentualnie

- oferta wykonawcy w swojej treści jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie

- oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego – powtórzył czynność badania i oceny oferty FBSerwis z pominięciem tych wyjaśnień i dokumentów złożonych w następstwie wezwania z dnia 25 czerwca 2026 r., które nie stanowiły doprecyzowania wcześniej przedstawionych wyjaśnień, lecz służyły uzupełnieniu brakujących kalkulacji, dowodów, źródeł cen lub modeli realizacji wymaganych już wezwaniem z dnia 18 maja 2026 r.;

2. odrzucił ofertę ZABERD sp. z o.o. z uwagi na to, że:

- oferta wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub jej istotne części składowe zawierają rażąco niskie ceny, a złożone wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają zaoferowanych cen, ewentualnie

- oferta wykonawcy w swojej treści jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie

- oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie

- oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie wskazanym w zarzutach odwołania;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego – powtórzył czynność badania i oceny oferty ZABERD na podstawie wyjaśnień i dowodów już złożonych w odniesieniu do pozycji objętych wezwaniem z dnia 18 maja 2026 r., w odniesieniu do cen jednostkowych nieobjętych dotychczas procedurą wyjaśniającą – powtórzył czynność badania i oceny ofert oraz wezwał ZABERD sp. z o.o., na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczących w szczególności:

- GR 13 poz. 19 i 20 – w zakresie realności kosztów robocizny, brygady, kierowcy, pojazdu i sprzętu oraz zgodności tych cen z własnym modelem kosztu roboczogodziny przedstawionym przez ZABERD;

- GR 8 poz. 5.1a w powiązaniu z GR 13 poz. 3 – w zakresie wyjaśnienia, w jaki sposób cena kompletnej usługi neutralizacji nawierzchni wynosząca 91,50 zł/godz. może obejmować koszt piaskarki z operatorem, skoro ten sam wykonawca wycenił ten zasób na 123,30 zł/godz., jeszcze przed uwzględnieniem preparatu neutralizującego i pozostałych kosztów wykonania świadczenia;

- pozostałych wskazanych w odwołaniu pozycji TER, które nie zostały dotychczas objęte wezwaniem, a których ceny lub istotne części składowe obiektywnie budzą wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia.

II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a–b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437)".

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem:

„…Jego oferta odpowiada warunkom zamówienia i nie ma podstaw do jej odrzucenia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, interes Odwołującego doznał uszczerbku. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił oferty FBSerwis oraz ZABERD, wówczas doszedłby do jednoznacznej konstatacji, iż oferty tych wykonawców powinna zostać odrzucona."

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili:

1) FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**FBSerwis**"),

2) ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „**ZABERD**").

W dniu 2 września 2026 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W dniu 2 września 2026 r. swoje stanowiska procesowe wnieśli FBSerwis oraz ZABERD, w których wnosili o oddalenie odwołania w całości. W swoich pismach procesowych wnosili przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swoich stanowisk.

Odwołujący pismem z dnia 21 września przedstawił swoje stanowisko procesowe - replikę na odpowiedź Zamawiającego oraz stanowiska FBSerwis i ZABERD.

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

Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły opozycji ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia FBSerwis i ZABERD do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia FBSerwis i ZABERD do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie oświadczeń stron oraz dowodów przez nich składanych, które zostały przez Izbę przyjęte w poczet materiału dowodowego. Strony składały wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i na ich podstawie przeprowadzić dowody. W sytuacji, w której dany dowód miał znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu oceny całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Już na wstępie Izba wskazuje na zasadniczą kwestię, która miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a mianowicie na rozkład ciężaru dowodu.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nie ustanawia wyłącznie formalnego obowiązku procesowego. Jest on wyrazem podstawowej zasady, zgodnie z którą ten, kto twierdzi, powinien swoje twierdzenie wykazać.

W prawie rzymskim zasadę tę wyrażano paremią *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* – dowód obciąża tego, kto twierdzi, a nie tego, kto zaprzecza. Z kolei *onus probandi incumbit ei qui dicit* oznacza, że ciężar dowodu spoczywa na tym, kto z określonego twierdzenia wywodzi skutki prawne.

W ocenie Izby zasady te zachowują pełną aktualność w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący, formułując zarzuty i domagając się określonego rozstrzygnięcia, nie może poprzestać na przedstawieniu własnych wątpliwości, przypuszczeń czy hipotez, a następnie oczekiwać, że to Zamawiający albo Przystępujący będą zobowiązani wykazać, iż kwestionowane przez Odwołującego okoliczności nie występują.

Nie jest bowiem rolą Izby prowadzenie postępowania dowodowego niejako w zastępstwie strony, która powinna wykazać zasadność własnych twierdzeń. Rolą Izby jest ocena prawidłowości czynności Zamawiającego w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i na podstawie materiału przedstawionego przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego. Inaczej mówiąc, nie można odwracać reguły *onus probandi*. Samo postawienie pytania nie

jest jeszcze dowodem, podobnie jak sama wątpliwość nie stanowi wykazania naruszenia przepisów ustawy ani reguł prowadzonego postępowania.

W niniejszej sprawie Izba miała do czynienia właśnie z takim sposobem konstruowania argumentacji odwołania, czy wręcz stawiania zarzutów, co w konsekwencji bezpośrednio rzutowało na możliwość oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł szereg wątpliwości dotyczących sposobu kalkulacji cen ofertowych obu Przystępujących. W istocie nie wskazał jednak konkretnego błędu kalkulacyjnego, konkretnej pozycji kosztowej, konkretnego założenia lub konkretnego elementu kalkulacji, który pozostawałby w sprzeczności z warunkami zamówienia albo czyniłby zaoferowane ceny obu Przystępujących całkowicie nierealnymi.

Warto przy tym zwrócić uwagę na charakter argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny FBSerwis oraz ZABERD. W znacznej części nie polega ona bowiem na wykazaniu konkretnego błędu kalkulacyjnego prowadzącego do zaniżenia określonej ceny jednostkowej, lecz na sygnalizowaniu wątpliwości co do przyjętych przez tych wykonawców założeń, kompletności przedstawionych kalkulacji lub sposobu ich udokumentowania.

W odniesieniu do FBSerwis Odwołujący podważał m.in. przedstawienie kilku modeli kalkulacji dla GR 1 poz. 16.1, nie wskazując jednak, jaka konkretnie wartość została wskutek tego przyjęta nieprawidłowo i w jakiej wysokości powinna zostać skorygowana. Podobnie, w odniesieniu do oznakowania poziomego, kwestionował realność norm robocizny oraz kompletność kosztów sprzętu, wskazując na potencjalnie nieuwzględnione koszty motogodzin, operatorów, amortyzacji, serwisu, ubezpieczenia i gotowości sprzętu, lecz bez przedstawienia wiarygodnego wyliczenia pokazującego, w jakiej wysokości koszty te powinny zostać doliczone do konkretnej pozycji TER. Analogicznie, w przypadku pozycji dotyczących barier, wskazywał na brak wykazania pełnego kosztu wykonania, wymieniając poszczególne potencjalnie nieuwzględnione składniki, jednak bez wykazania realnej i konkretnej różnicy pomiędzy kosztem przyjętym przez FBSerwis a kosztem, który – zdaniem Odwołującego – powinien zostać przyjęty.

Podobny charakter ma argumentacja dotycząca deklarowanych przez FBSerwis oszczędności wynikających z know-how, siły zakupowej, efektu skali i synergii. Odwołujący zarzuca, że wykonawca ten nie wykazał ich rzeczywistego wpływu na konkretne ceny jednostkowe, ale sam również nie wskazuje, w odniesieniu do poszczególnych pozycji, jakiego wpływu należałoby oczekiwać i o jaką kwotę cena danej pozycji powinna zostać podwyższona. Również zarzut dotyczący braku obiektywnego klucza alokacji kosztów wspólnych odnosi się przede wszystkim do możliwości zweryfikowania sposobu kalkulacji, a nie do wykazania konkretnego błędu alokacyjnego powodującego określone zaniżenie ceny.

W przypadku ZABERD Odwołujący również w wielu miejscach ogranicza się do kwestionowania przyjętych założeń. Dotyczy to w szczególności norm czasu pracy i wykorzystania sprzętu, zasad przypisania kosztów TOR i innych kosztów wspólnych, przyjętego poziomu zagospodarowania odpadów, założenia dotyczącego uzupełnienia kostki, aktualności cen materiałów, kosztów transportu i logistyki, dostępności sprzętu czy rzeczywistej dostępności zasobów współdzielonych z innymi kontraktami. Są to niewątpliwie elementy, które mogą być przedmiotem weryfikacji, jednak samo zakwestionowanie ich realności nie stanowi jeszcze wykazania, że konkretna cena jednostkowa została zaniżona o określoną wartość. Zabrakło tutaj niewątpliwie przedłożenia przez Odwołującego takiego materiału argumentacyjnego i dowodowego, który poza wątpliwościami stanowiłby konkretny punkt odniesienia do weryfikacji cen konkurentów.

Co istotne, nawet tam, gdzie Odwołujący wskazuje na określone parametry liczbowe, należy odróżnić wskazanie potencjalnej niespójności lub nierealności założenia od wykazania jej rzeczywistego wpływu na cenę jednostkową. Dopiero przedstawienie prawidłowego parametru, określenie wynikającej z niego różnicy kosztowej oraz odniesienie tej różnicy do konkretnej pozycji TER pozwalałoby przejść od samego zakwestionowania założenia do wykazania konkretnego zaniżenia ceny.

Oczywiście nie wszystkie zarzuty mają taki ogólnikowy charakter. Przykładowo, bardzo wyjątkowo w odniesieniu np. do GR 10c ZABERD Odwołujący wskazuje już konkretną niespójność pomiędzy zadeklarowaną metodą ustalania kosztu roboczogodziny a zastosowaniem tej metody w kalkulacji i przedstawia jej liczbowy skutek. Podobnie wskazanie dwóch różnych wartości kosztu roboczogodziny (42,29 zł/r-g i 44,10 zł/r-g) stanowi konkretną rozbieżność w materiale kalkulacyjnym, jednak bez przełożenia tych rozbieżności na wadliwość kalkulacyjną danej pozycji, która wpływałaby na realność zaoferowanej ceny. Nie zmienia to jednak faktu, że znaczna część pozostałej argumentacji ma charakter jedynie sygnalizowania potencjalnych nieprawidłowości i wątpliwości, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy każdej z kwestionowanych pozycji.

W konsekwencji zasadnicza część argumentacji Odwołującego zmierza do wykazania, że wyjaśnienia wykonawców mogłyby być bardziej szczegółowe, transparentne lub lepiej udokumentowane, nie zaś do wykazania – poprzez konkretną kalkulację i dowody – że określone pozycje cenowe zostały rzeczywiście skalkulowane poniżej poziomu zapewniającego pokrycie kosztów ich wykonania.

Odwołujący oczekiwał niewątpliwie wnosząc niniejsze odwołanie dalszego, pogłębionego wyjaśniania przez konkurencyjnych wykonawców poszczególnych wskaźników, podstaw kalkulacji i przyjętej metodologii, a w istocie dalszego prowadzenia procedury wyjaśniającej.

Tymczasem procedura wyjaśniania ceny nie może być prowadzona w sposób nieograniczony wyłącznie z tego powodu, że konkurent wykonawcy pozostaje niezadowolony z poziomu szczegółowości uzyskanych wyjaśnień albo że liczy na dostarczenie mu tak naprawdę dalszego materiału do weryfikacji cen konkurentów.

Przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której żadne wyjaśnienia nie prowadziłyby do zakończenia procedury. Każde przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienie mogłoby generować kolejne pytania, wątpliwości i żądania dalszego wyjaśniania.

Taki sposób prowadzenia postępowania odwoławczego prowadziłby jednak do niedopuszczalnego przesunięcia ciężaru dowodu. Wykonawca musiałby nieustannie wykazywać prawidłowość swojej kalkulacji, podczas gdy Odwołujący nie byłby zobowiązany wskazać, jaki konkretnie element tej kalkulacji jest wadliwy.

Tymczasem zasada *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* oznacza właśnie, że obowiązek dowodowy nie może być zastąpiony obowiązkiem nieustannego odpierania kolejnych, niepopartych dowodami hipotez strony przeciwnej; a do tego niewątpliwie dążył Odwołujący.

Izba nie kwestionuje przy tym, że w sprawach dotyczących ceny oferty wyjaśnienia wykonawcy powinny być rzeczywiste, konkretne i umożliwiać Zamawiającemu ocenę realności zaoferowanej ceny. Nie można zaakceptować sytuacji, w której wykonawca ogranicza się do ogólnych deklaracji, powołując się wyłącznie na swoją organizację, doświadczenie czy skalę działalności. Takie konkretne zarzuty w sprawie zostały wyartykułowane przez Odwołującego.

W niniejszej sprawie jednak taka sytuacja w odniesieniu do przystępujących jednak nie wystąpiła.

Zdaniem Izby obaj Przystępujący sprostali skierowanym do nich wezwaniom. Przedstawili wyjaśnienia oraz materiał dowodowy, w tym kalkulacje, które pozwalały Zamawiającemu na dokonanie oceny zaoferowanych cen i przyjęcie, że kalkulacje te są rzetelne i odpowiadają warunkom realizacji zamówienia.

Izba, dokonując własnej oceny zgromadzonego materiału, nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wykonawcy FBSerwis i ZABERD zastąpili rzetelne wyjaśnienia samym powołaniem się na swoją sytuację organizacyjną czy skalę działalności. Przeciwnie – przedstawione przez nich wyjaśnienia odnosiły się do istotnych elementów kalkulacji i pozwalały na zweryfikowanie przyjętych założeń, a przy tym były niewątpliwie obszerne.

Istotne jest przy tym, że Odwołujący, mimo szerokiego zakwestionowania prawidłowości tych kalkulacji, nie wykazał konkretnego błędu, który prowadziłby do wniosku, że cena którejkolwiek z ofert została skalkulowana niezgodnie z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazywał przede wszystkim na brak dostatecznego – w jego ocenie – wyjaśnienia określonych wskaźników, podstaw kalkulacyjnych czy metodologii. Nie przełożył jednak tych wątpliwości na konkretny dowód naruszenia prawa przez Zamawiającego. A przecież, zgodnie z kolejną rzymską paremią – *affirmanti incumbit probatio* – na tym, kto twierdzi, spoczywa obowiązek dowodu.

Izba nie może zatem zastąpić brakującego dowodu samą możliwością występowania określonej wątpliwości.

W ocenie Izby nie jest bowiem wystarczające samo wskazanie, że wyjaśnienia są zdawkowe czy niepełne, jak w przeważającej części czynił to Odwołujący. Odwołujący nie wykazał w treści odwołania, aby obaj Przystępujący nie uczynili zadość wezwaniom Zamawiającego.

Izba wskazuje, że określony w art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku rzetelnego przedstawienia zarzutów odwoławczych dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny u konkurencyjnego wykonawcy. Przepis ten nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (tak: wyrok KIO z dnia 25 października 2023 r., KIO 2979/23). Nie uszło uwadze Izby, że w toku całej rozprawy Odwołujący nie był w stanie skonkretyzować argumentacji pod kątem konkretnych, zarzucanych konkurencyjnym wykonawcom uchybień, a jego stanowisko już wyrażane na samej rozprawie pozostawało w znacznej mierze ogólne i rzadko referowało do postawionych zarzutów.

Na tożsamym stanowisku stanął Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22, w którym wskazał, że: „*Zdaniem SO nie jest bowiem tak, jak zadaje się twierdzić skarżący, iż ciężar dowodu w opisywanej kwestii zawsze i w całości obciąża wykonawcę do którego skierowane było żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Jest jasne, że taki ciężar spoczywa na nim, ale wobec zamawiającego (art. 224 ust. 5 Pzp). Jeśli natomiast chodzi o powoływany w skardze art. 537 pkt 1 Pzp to należy go interpretować w połączeniu z pozostałymi przepisami dotyczącymi odwołania do KIO (art. 506 i n. Pzp). Obowiązkiem odwołującego jest wykazanie, że działania zamawiającego były niezgodne z prawem. W przypadku zarzutu (...) także obowiązkiem odwołującego jest wskazanie na czym konkretnie polegały domniemane błędy zamawiającego przy dokonywaniu przez niego oceny wyjaśnień danego wykonawcy co do (...). Nie jest wystarczające ani w postępowaniu przed KIO, ani w postępowaniu skargowym przed SO samo podniesienie zarzutu (...), ale konieczne jest wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp*."

W związku z powyższym Odwołujący już w treści odwołania powinien przedstawić szczegółowe argumenty i dowody uzasadniające twierdzenie, że Zamawiający błędnie ocenił złożone przez wykonawców wyjaśnienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostał powyższemu obowiązkowi, co przemawiało za oddaleniem odwołania. Analiza treści odwołania potwierdza, że Odwołujący w istocie nie podważył konkretnych elementów wyceny ofert Przystępujących, kwestionując przede wszystkim przyjęte przez nich założenia kalkulacyjne i metodologiczne, przy czym w znacznej mierze oczekiwał na wskazanie tych założeń, których mu brakowało w wyjaśnieniach. Argumentacja Odwołującego prowadziła w istocie do oczekiwania dalszego prowadzenia procedury wyjaśniania cen ofertowych konkurencyjnych wykonawców. Jednocześnie Odwołujący pozostawił Przystępującym inicjatywę argumentacyjną przed Izbą, oczekując przedstawienia przez nich dalszych wyjaśnień, do których następnie mógłby odnosić kolejne wątpliwości. Nie uszło przy tym uwadze Izby, że Odwołujący zarówno do odwołania, jak i do złożonego stanowiska procesowego nie załączył własnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

W takim przypadku uwzględnienie odwołania oznaczałoby *de facto* konieczność przedstawienia przez Izbę za Odwołującego argumentacji uzasadniającej jego twierdzenia, co jest niedopuszczalne w świetle art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Oceniając dalej wskazane w odwołaniu „wątpliwości kalkulacyjne" Odwołującego pod adresem konkurencyjnych wykonawców – Przystępujących – nie można *a priori* przyjąć, że argumenty przedstawiane przez Odwołującego są prawidłowe, szczególnie że nie zostały przez niego poparte dowodami, zaś założenia zawarte w wyjaśnieniach Przystępujących muszą być błędne. Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego wobec wyjaśnień złożonych przez Przystępujących może co najwyżej wskazywać, że Odwołujący kalkuluje określone elementy ceny w odmienny sposób. Okoliczność ta sama w sobie nie przesądza jednak o wadliwości kalkulacji ani, szerzej, wyjaśnień Przystępujących.

Podkreślić należy, że stanowisko orzecznictwa w podobnych stanach faktycznych jest co do zasady jednolite. Okolicznością notoryjną, a zatem niewymagającą dowodu, jest fakt, że na cenę oferty wpływa cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie Przystępujący są dużymi i znanymi na rynku utrzymaniowym podmiotami, czemu nie zaprzeczał sam Odwołujący, a okoliczność tę podnosił również w toku rozprawy. Różne podmioty, o odmiennej historii funkcjonowania na rynku, różnej wiarygodności finansowej, odmiennych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe. Sama różnica cen nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z wykonawców oraz o rynkowym charakterze ceny drugiego z nich (tak m.in. wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 823/22).

Tytułem podsumowania należy wskazać, że Izba przeanalizowała kompleksowo wyjaśnienia ceny Przystępujących FBSerwis i ZABERD i uznała, iż stanowią one adekwatną odpowiedź na wezwania Zamawiającego Odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń, a tym samym należało uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na pozytywnej ocenie złożonych wyjaśnień była prawidłowa.

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności, co oznacza, że to na nim spoczywa ciężar wykazania, iż stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu należy rozumieć z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu – w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej – za pomocą argumentacji oraz dowodów o słuszności swoich twierdzeń, z drugiej zaś jako ponoszenie konsekwencji zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Konsekwencją tą jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie miała wątpliwości, że Przystępujący w sposób adekwatny i

kompletny odpowiadali na wezwania Zamawiającego, dostarczając mu stosownych dowodów na realność zaoferowanych przez siebie cen.

Izba podkreśla również, za dotychczasowym orzecznictwem, że: „…z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy" (tak np. wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2288/23). Dlatego też również negatywnie należy ocenić oczekiwania Odwołującego pod adresem zakresu udokumentowania złożonych wyjaśnień przez Przystępujących.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości. Izba podzieliła w pełnym zakresie argumentację zaprezentowaną zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępujących w złożonych stanowiskach procesowych, w których, w odpowiedzi na ogólny charakter argumentacji odwołania, przedstawiono szczegółowe wyjaśnienia i argumenty odnoszące się do stawianych zarzutów (tam oczywiście, gdzie było to możliwe, uwzględniając lakoniczność argumentacji Odwołującego).

Odwołujący nie sprostał zatem obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Przedstawione przez niego twierdzenia nie zostały poparte takim materiałem dowodowym, który pozwalałby stwierdzić, że Zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia wykonawców lub że zaoferowane przez nich ceny zostały skalkulowane w sposób niezgodny z warunkami zamówienia.

Nie można również zaakceptować sytuacji, w której ciężar wykazania prawidłowości oferty zostaje przerzucony na jej autora wyłącznie dlatego, że konkurent zgłasza kolejne, coraz bardziej szczegółowe wątpliwości.

Postępowanie odwoławcze nie jest bowiem postępowaniem służącym do nieograniczonego poszukiwania podstaw do zakwestionowania oferty konkurenta. Jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym każda ze stron powinna wykazać okoliczności, z których wywodzi skutki prawne.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia obu wykonawców, a Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp, które uzasadniałoby uwzględnienie odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba, na podstawie art. 553 ust. 1 Pzp, orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:……