

WYROK
z dnia 8 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawców:

Polimex Infrastruktura sp. z o.o. (al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa),

Polimex Mostostal S.A. (al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) oraz

POLBUD-POMORZE sp. z o.o. (Łączko 18, 88-170 Pakość)

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa),

przy udziale wykonawców:

NDI S.A. (ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot) oraz

NDI SOPOT S.A. (ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot)

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. oraz POLBUD-POMORZE sp. z o.o. ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w całości i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania a także poniesione przez odwołującego oraz zamawiającego tytułem kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika kwoty po 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

2.2. zasądza od odwołującego: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. oraz POLBUD-POMORZE sp. z o.o. ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Królewo - granica województwa” (numer referencyjny: O.Gd.D-3.2411.01.2022; ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 006-010507 w dniu 10 stycznia 2022 r.) (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 22 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz POLBUD-POMORZE sp. z o.o. w Pakość (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 25 sierpnia 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy NDI S.A. w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. w Sopocie ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (dalej również „Przystępujący” lub „NDI”). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty NDI, jako zawierającej rażąco niską cenę i wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej oraz (ewentualnemu) zaniechaniu wezwania NDI do wyjaśnień kalkulacji cenowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty NDI oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na dokonanie w niej nierealnej, oczywiście zaniżonej, nieuwzględniającej obiektywnych czynników, w tym m.in. niepokrywającej kosztów materiałów wyceny pozycji 178-183 kosztorysu ofertowego należących do kategorii „ROBOTY ZIEMNE”, stanowiących istotną część składową zaoferowanej ceny za wykonanie całego zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie i

zaniechanie odrzucenia oferty NDI oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przez zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia; ewentualnie

3. art. 224 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy NDI do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że zaoferowana przez tego wykonawcę cena za pozycje 178-183 kosztorysu ofertowego należące do kategorii „ROBOTY ZIEMNE”, stanowiące istotną część składową zaoferowanej ceny za wykonanie całego zamówienia, powinna zostać uznana za co najmniej budzącą wątpliwości jako nieuwzględniająca obiektywnych czynników rynkowych, w tym m.in. niepokrywająca kosztów materiałów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu; odrzucenia oferty złożonej przez NDI; ewentualnie wezwania NDI do wyjaśnień kalkulacji cenowej w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 31 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący wskazał, że zarzut numer jeden postawiony zostały w związku z dokonaniem przez wykonawcę NDI nierealnej, zaniżonej wyceny pozycji 178-183 kosztorysu ofertowego, uniemożliwiającej realizację zakresu prac dla kwestionowanych pozycji kosztorysowych za cenę kosztorysową i że ceny zaoferowane przez NDI za wyżej wymienione pozycje kosztorysowe, w świetle realiów rynkowych, nie pozwalają na wykonanie ujętych w nich części zamówienia bez poniesienia straty i nie zostały przez NDI wycenione w sposób realny:

1. Najbardziej jaskrawym przykładem nieprawidłowości wycen zawartych w kosztorysie stanowią pozycje 181-182 - „wzmocnienie kolumnami betonowymi” - które zostały wycenione poniżej ceny już tylko jednego z materiałów niezbędnych do ich wykonania, tj. cementu.
2. Prace objęte pozycjami 178-183 kosztorysu ofertowego stanowią istotne części składowe zaoferowanej ceny pod kątem wartości i ich znaczenia dla przedmiotu zamówienia. Łączna wartość pozycji 178-183 wynosi odpowiednio dla pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu: w ofercie Budimex S.A. 31,45% zaoferowanej ceny netto, w ofercie PORR S.A. 27,63% ceny netto, w ofercie Rubau Polska sp. z o.o. i Poltores sp. z o.o. 44,89% ceny netto, w ofercie Odwołującego 31,45% ceny netto, w ofercie NDI cena za pozycje 178-183 wynosi

jedynie 17 037 421,09 zł netto, co stanowi 11,93% łącznej ceny netto NDI 142 795 985,70 zł. Wycena kwestionowanych pozycji u wszystkich oferentów wynosi średnio 29,94% ceny netto za całość zamówienia. Stąd nieprawidłowości w wycenie tak istotnej części składowej ceny za wykonanie całości zamówienia mogą wpływać na ocenę całości oferty NDI pod kątem rażąco niskiej ceny.

3. Opis przedmiotu zamówienia zawierał stanowiący część Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również: „SWZ”) Projekt wykonawczy opracowania „Szczegółowe Specyfikacje Techniczne” (dalej również: „SST”) i poszczególne ceny jednostkowe powinny być oszacowane w sposób zgodny z pkt 17 SWZ. W szczególności w świetle pkt 17.4. SWZ wykonawca musi uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót i nie może samodzielnie dokonywać zmian. Zgodnie z pkt 17.8. SWZ oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu. Zamawiający wymaga, aby poszczególne stawki (ceny jednostkowe) były kalkulowane w sposób realistyczny. Potencjalne niedoszacowanie jednej z pozycji RCO wpływa bowiem także na nierealność ceny całkowitej (przy rzetelnym ustaleniu ceny pozycji jednostkowej kwota globalna powinna się podnieść). Stąd, gdyby NDI rzetelnie i prawidłowo wycenił pozycje składowe wskazane konkretnie przez Zamawiającego w RCO, wówczas jego cena całościowa byłaby wyższa od pozostałych ofert w tym postępowaniu.

W zakresie pozycji 178 kosztorysu ofertowego pn. „Wykonanie wykopów w gruncie kat. I-IV wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją” Odwołujący wskazał, że:

1. W SST na str. 176 w sekcji D-02.01.01. „Wykonanie wykopów” przesądzono, że cena wykonania metra sześciennego wykopu powinna uwzględniać szereg czynników, w tym również koszt robocizny i utylizacji, w szczególności:

9.2. Cena jednostki obmiarowej

9.2.1. Cena wykonania 1 m³ wykopu w gruntach nieskalistych obejmuje:

176

D-02.01.0L Wykonanie wykopów

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze.
- oznakowanie robót.
- wykonanie wykopu Z transportem urobku na nasyp lub odkład, obejmujące: odspojenie, przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek.
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania,
- utrzymywanie drożności rowów w trakcie inwestycji w zakresie funkcjonowania istniejącego układu odwodnienia.
- profilowanie dna wykopu, rowów, skarp według Dokumentacji Projektowej.
- wzmocnienie podłoża jeżeli jest konieczne:
- zagęszczenie powierzchni wykopu (doprowadzenie podłoża rodzinnego do określonych Dokumentacją Projektową wymagań).
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w STWIORB.
- koszty legalnego umiejscowienia odkładu.
- rozplantowanie urobku na odkładzie.
- wykonanie, utrzymanie a następnie rozebranie dróg dojazdowych ilub technologicznych.
- przywrócenie do stanu pierwotnego istniejącego terenu.

- wszelkie urnę czynności związane z prawidłowym wykonaniem robót zgodnie z wymaganiami niniejszych STWIORB.
2. W świetle dostępnych na rynku ofert cena na wykonanie tej usługi powinna oscylować około 30 zł/m³ (tak np. oferta firmy K.Z. ZdanPOL z innego kontraktu w województwie pomorskim). Sam koszt wywozu i utylizacji ziemi z wykopu (czyli bez wykonania samego wykopu) w przypadku najtańszej dostępnej oferty DREKAR wynosi 12 zł/tona, co uwzględniając gęstość materiału (do przeliczeń z tony na metry sześciennie należy zastosować współczynnik 1,65) przekłada się na wartość 19,80 zł/m³. Nie można uznać za realną dokonaną przez NDI wycenę tego elementu za 10 zł/m³ - wartość niższą od kosztu wywozu i utylizacji bez wykonania samego wykopu. Na dowód nierynkowości i nierealnego charakteru wyceny ceny kosztorysowej pozycji 176 Odwołujący przedłożył oferty: K.Z. ZdanPOL oraz DREKAR zawierające ceny wyższe od ceny kosztorysowej NDI.
 3. NDI za wykonanie analogicznych wykopów w innej branży (telekomunikacyjnej) oferuje cenę 48,19 zł/mb.; w zakresie robót mostowych NDI oferuje wielokrotnie wyższe ceny za wykopy w gruncie niespoistym/spoistym wahające się od 19,79 zł/m³ do aż 229,11 zł/m³. Nawet uwzględniając inną specyfikę branży mostowej, mniejsze ilości i co za tym idzie mniejsze wydajności sprzętu, i tak nie da się uzasadnić aż takiej rozbieżności średniej z cen tego rodzaju robót siedemnastu przepustów wynoszącej 90,46 zł/m³ względem zaoferowanej w pozycji 178 dziewięciokrotnie mniejszej kwoty 10,00 zł/m³.
 4. zaoferowana przez NDI w pozycji 178 cena 10,00 zł/m³ jest wielokrotnie niższa od cen dla tej pozycji zawartych w ofertach pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Za tę pozycję inni oferenci przewidywali odpowiednio 33,58 zł/m³ (Budimex S.A.), 30,87 zł/m³ (PORR S.A.), 30,78 zł/m³ (Konsorcjum: Rubau Polska SP. z o.o. Poltores Sp. z o.o.), 70,00 zł/m³ (Odwołujący).

W zakresie pozycji 179 kosztorysu ofertowego „platformy robocze”, Odwołujący wskazał, że:

1. w sekcji D.02.02.01 SST (str. 190 tego dokumentu) przewidziano zakres:
 - 9.1. Platforma robocza

Cena jednostkowa 1 m2 platformy roboczej dla ciężkiego sprzętu budowlanego obejmuje:

 - prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie terenu robót.
 - wykonanie uszczegółwiających oraz kontrolnych badań geotechnicznych i odkrywek sieci.
 - zakup, dostarczenie i składowanie niezbędnych materiałów.
 - sprawdzenie i ewentualna naprawę podłoża.

190

D-02.02.01. __ Wzmocnienie podłoża

- przygotowanie materiału ziarnistego na platformę;
- zakup lub/i dostarczenie i ułożenie geowłókniny separacyjno-filtracyjnej (w

- przypadku konieczności wykonania warstwy separacyjnej)
- dostarczenie materiału ziarnistego na miejsce wbudowania, rozłożenie, zagęszczenie i wyrównanie:
- wykonanie wszystkich niezbędnych badań. prób. pomiarów i sprawdzeń, wraz z kosztami opracowania wyników tych badań
- oznakowanie obszaru roboczego platformy:
- utrzymanie platformy w czasie robót wraz z ich ewentualnymi naprawami.
- stały nadzór geotechniczny.
- koszt utrzymania czystości na przyległych drogach
 - wszystkie inne koszty niezbędne do realizacji robót objętych Dokumentacją Projektową. Specyfikacją i wiedzą techniczną.

czym przesądzono, że w wycenie wymagane było uwzględnienie szeregu elementów.

2. Przyjęta przez NDI cena 14,56 zł/m² jest prawie dwukrotnie niższa od średniej cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów. Nawet najtańsze na rynku oferty na sam materiał przewidują koszt (nieuwzględniający robocizny) wyższy niż skalkulowany przez NDI za całość pozycji 179. Oferta firmy DREKAR przewiduje koszt materiału 19 zł/tona, co przy uwzględnieniu gęstości minimum 1,75t/m³ i zalecanej grubości 0,5 metra (stosownie do doświadczenia Odwołującego i oferty MENARD) przekłada się na 16,63 zł/m². Przy ofercie Żwirowni Nowe Gołębiewko należy (dla porównywalności) doliczyć transport na odległości 52 km (od żwirowni do środka odcinka). Sam koszt paliwa, który jest tylko jedną częścią składową transportu wynosi 8,65 zł za tonę (52km*
*2*32l/100km*6,5zl/25t=8,65zł).

Na dowód nierynkowości i nierealnego charakteru wyceny ceny kosztorysowej *Odwołujący przedłożył oferty* DREKAR., AGROPO, Żwirowni Nowe Gołębiewko oraz MENARD zawierające ceny wyższe od ceny kosztorysowej NDI.

W zakresie pozycji 180 kosztorysu ofertowego „materac geosyntetyczny z kruszywa naturalnego”, której szczegółowy zakres opisano we fragmencie SST, Odwołujący wskazał, że:

1. zgodnie ze szczegółowym opisem zakresu prac prace powinny obejmować:
 - 9.3. Warstwa transmisyjna
 - Płatność należy przyjmować na podstawie jednostek obmiarowych, zgodnie z obmiarem, po odbiorze Robót. Cena 1 m2 wykonanej warstwy transmisyjnej obejmuje:
 - prace pomiarowe i oznakowanie robót,
 - zakup, przywiezienie, składowanie i wbudowanie materiału przeznaczonego do wbudowania (geosyntetyku) zgodnie z Dokumentacją Projektową. W powierzchni gcosyntetyku należy uwzględnić dodatkową powierzchnię wynikającą z konieczności zastosowania odpowiednich zakładów sąsiednich pasm,
 - przycinanie geosyntetyków do odpowiedniego wymiaru
 - rozkładanie, łączenie, napinanie, zawijanie i kotwienie geosyntetyków,
 - wbudowanie (rozścielanie) kruszywa wypełniającego geomaterace, wraz z profilowaniem i zagęszczaniem każdej rozłożonej warstwy,
 - zakup, przywiezienie, składowanie i wbudowanie kruszywa,
 - zagęszczenie materiału,
 - przeprowadzenie wymaganych w ST badań terenowych, laboratoryjnych i pomiarów geodezyjnych,
 - uporządkowanie i oczyszczenie terenu robót z odpadów, ich usunięcie i likwidacja/utylicacja,

- sporządzenie dokumentacji powykonawczej,
 - stały nadzór geotechniczny
 - inne niezbędne czynności związane bezpośrednio z wykonaniem warstw wzmacniających z geosyntetyków i kruszywa.
2. Cena zaoferowana przez NDI - 39,09 zł jest niższa od kosztów materiałów. Sam koszt kruszywa w najkorzystniejszych na rynku ofertach wynosi 87,08 złotych /m² (2,15t/m³ 10,5m³ (58zł [cena materiału według oferty] + 23zł [cena transportu według oferty] = 87,08zł/m²).
- Na dowód nierynkowości i nierealnego charakteru wyceny ceny kosztorysowej Odwołujący przedłożył oferty: Kopalni w Sambrodzie, Żwirowni Nowe Gołębiówko czy firmy KRUSZ-POL sp. z o.o. zawierające ceny wyższe od ceny kosztorysowej NDI.
3. Do cen z punktu 2 powyżej należy jeszcze doliczyć koszt geotkaniny o wytrzymałości 200x50 kN/m (2 warstwy +10% zakłady) 2*1,1*1,21Euro*4,64 Euro/PLN na 04.04.2022 = 5,61zł/m², co tym bardziej czyni ofert nierealną.

W zakresie pozycji 181 i 182 kosztorysu ofertowego „wzmocnienie kolumnami betonowymi” Odwołujący wskazał, że:

1. Zamawiający potwierdził klasę betonu C16/20 S4 w odpowiedzi na pytanie 37 z dnia 1 lutego 2022 r. W SST przywołano m.in. normę PN-EN 12699, co oznacza, że przy wykonywaniu betonowania na sucho minimalna ilość cementu w składzie betonu musi wynosić 325 kg/m³. Całość składu betonu tej klasy wygląda natomiast następująco: cement - 325 kg/m³; popiół lotny - 35 kg/m³, piasek 650 kg/m³, 2/16 - 1130 kg/m³ oraz środki chemiczne - co najmniej 5 kg/m³. Szczegółowe wymagania co do wyceny pozycji 181 i 182 opisano w poniższym fragmencie SST. Zgodnie z SST zakres obejmuje w szczególności:

9.2. Pale przemieszczeniowe zwieńczone głowicą żwirową

Cena jednostkowa wzmocnienia podłoża palami przemieszczeniowymi powinna uwzględniać:

- składniki ceny jednostkowej określone w D-M.00.00.00,
- wykonanie uszczegółwiających oraz kontrolnych badań geotechnicznych
- opracowanie projektów technologicznych wraz z ich uzgodnieniem
- sprawdzenie założeń projektowych i ich ewentualna weryfikacja,
- inwentaryzacje stanu technicznego budynków, budowli oraz obiektów infrastruktury sąsiadujących z terenem robót a będących w zasięgu drgań powstałych w trakcie pogrążania pali (opcjonalnie - w razie konieczności),
- prace zabezpieczające przed wpływem drgań powstałych w trakcie pogrążania pali - w razie konieczności.
- monitoring drgań oraz bieżącą kontrolę budynków, budowli oraz obiektów infrastruktury sąsiadujących z terenem robót - w razie konieczności
- wykonanie wszystkich innych elementów wynikających z opracowań roboczych Wykonawcy, o ile nie są przedmiotem rozliczeń odrębnych Specyfikacji,
- oznakowanie i zabezpieczenie miejsca robót.
- prace pomiarowa związane z lokalizacją i wytyczeniem robót.
- montaż, demontaż i przemieszczanie w obrębie budowy palownicy i urządzeń towarzyszących.
- wykonanie pali (testowych i docelowych),
- wykonanie próbnego obciążenia pala,
- prowadzenie dziennika palowania oraz innych wymaganych dokumentów'

realizacyjnych i odbiorczych.

- **przygotowanie głowic pali po ich wykonaniu (obcięcie, rozkucie betonu, obcięcie zbrojenia ewentualne nadbetonowanie).**
- wykonanie głowicy żwirowej,
- **koszt ewentualnych odszkodowań za zniszczenia powstale w wyniku prowadzenia robót,**
- **wykonanie wszystkich niezbędnych badań. prób. pomiarów' i sprawdzeń**
- **uporządkowanie i oczyszczenie terenu robot z odpadów, ich usunięcie i likwidacja utylizacja,**
- **sporządzenie dokumentacji powykonawczej.**
- **stały nadzór geotechniczny,**

m

D-02.02.01. Wzmocnienie podłoża *

2. cena kosztorysowa NDI - 16,32 zł za metr bieżący wzmocnienia kolumnami betonowymi w przypadku pozycji 182 nie pokryje nawet kosztów cementu; cena cementu w dostępnych na rynku ofertach przedstawia się relatywnie podobnie i wynosi ona tytułem przykładu 390,00 zł/t (oferta Cemex), 405-410,00 zł/t (oferta Lafarge), 451,00 zł/t (oferta Thomas). Na dowód nierynkowości i nierealnego charakteru wyceny ceny kosztorysowej Odwołujący przedłożył oferty Cemex, Lafarge, Thomas zawierające ceny wyższe od ceny jak zastosowana była do kalkulacji ceny kosztorysowej NDI.
3. Dodatkowo wskazał, że wyceniając kolumny wykonawca powinien uwzględnić koszt kruszywa, piasku, popiołu, dodatkowych substancji chemicznych, transportu, usługi mieszania, usługi produkcji betonu czy opłat środowiskowych a także rozkrusz na betonie, a więc na jeden metr bieżący powinien przyjąć dodatkowo od 107% do 112% wydatku betonu w zależności od rodzaju grunt. Przy wyżej wskazanych cenach udział samego cementu wynosi od 17,51 zł do 20,24 zł, czego cena kosztorysowa NDI w ogóle nie pokrywa.
4. cena cementu stanowi około 35-40% ceny betonu, także cena 25,00 zł zaoferowana przez NDI za pozycję 181 jest niższa od ceny materiałów. Cena betonu jest w istotnym stopniu uzależniona od ceny energii, która w ostatnim czasie znacząco wzrasta. Nawet w sytuacji spadku ceny energii w związku z zastosowaną w umowie klauzulą waloryzacyjną, ewentualne spadki ceny tego elementu kosztotwórczego będą przekładały się na obniżenie całej (łącznie) ceny. Wykonawca NDI nie skorzysta zatem na tego typu obniżce, aby zrekompensować sobie ewidentne straty.
5. Istotnym składnikiem kosztu pozycji 181 i 182 jest obok betonu również stal. Wyodrębniona cena za stal przewyższa cenę kosztorysową zaoferowaną przez wykonawcę NDI. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dwa skrajne rzędy kolumn powinny być zbrojone kształtownikiem stalowym, co będzie stanowić istotną część ceny jednostkowej ww. asortymentu robót. W przypadku kształtownika powyższe przekłada się na cenę 25,37 zł/mb.
6. dodatkowo NDI zaoferowała w dwóch bardzo zbliżonych do siebie pozycjach

181 i 182 dwie znacząco różne ceny jednostkowe - 25,00 zł/mb i 16,32 zł/mb. Trudno jest znaleźć racjonalne uzasadnienie dla różnicy 50% przy tak podobnych pozycjach, co przemawia za uznaniem, że nie zostały one wycenione w sposób realny.

7. NDI - w przeciwieństwie do Odwołującego - nie posiada własnego parku maszynowego wymaganego dla realizacji robót objętych pozycjami 181 i 182. Stąd musi się posilkować wyspecjalizowanymi podwykonawcami. Firmy podwykonawcze wyspecjalizowane w realizacji robót polegających na wzmocnieniu podłoża wyceniają tego typu roboty znacznie drożej niż zrobił to wykonawca NDI na dowód czego Odwołujący przedłożył ofertę Menard gdzie cena jednostkowa oferowana za wykonanie pozycji 181 i 182 wynosi 113,5 zł/mb a więc jest wyższa od ceny NDI i czyni cenę kosztorysową NDI nierealną
8. Podobnie jak w przypadku wykopów (pozycja 178) w przypadku pozycji 181 i 182 za nierealnością założeń przyjętych przez NDI przemawia również porównanie z podobnym zakresem zaoferowanym w części kosztorysu dotyczącej robót mostowych. Cena jednostkowa w ofercie NDI za analogiczny element - pale przemieszczeniowe, których wykonania oraz technologia jest bardzo zbliżona do kolumn, w zależności od przepustu waha się od 340,05 zł/mb do 453,05 zł/mb. Nawet uwzględniając, że powyższe prace w ramach robót mostowych mają charakter punktowy, wobec czego przy ich kalkulacji należy wliczyć koszty mobilizacji oraz przerzuty na budowie, wciąż tak rażąca, ponad 2000-procentowa rozbieżność pomiędzy zaoferowanymi cenami nie ma uzasadnienia.

W zakresie pozycji 183 kosztorysu ofertowego „Formowanie i zagęszczanie nasypów z gruntu Wykonawcy (wraz z pozyskaniem gruntu)” Odwołujący wskazał, że:

1. Sam koszt piasku w świetle znanych Odwołującemu ofert dostępnych na rynku powinien wynosić $33,25 \text{ zł/m}^3$ ($1,75 \text{ t/m}^3 * 19 \text{ zł/t} = 33,25 \text{ zł/m}^3$). Tym wycena tej pozycji przez NDI na kwotę 18,82 zł/m³ jest nierealna. Przy ofercie Żwirowni Nowe Gołębiewko należy (dla porównywalności) doliczyć transport na odległości 52 km (od żwirowni do środka odcinka). Sam koszt paliwa, który jest tylko jedną częścią składową transportu wynosi 8,65 zł za tonę ($52 \text{ km} * 2 * 32 \text{ l} / 100 \text{ km} * 6,5 \text{ zł} / 25 \text{ t} = 8,65 \text{ zł}$). Na dowód Odwołujący przedłożył oferty DREKAR, AGROPROM, Żwirowni Nowe Gołębiówko zawierające ceny wyższe podważające realność wyceny kosztorysowej NDI.

W ocenie Odwołującego uchybienia wykonawcy NDI szczegółowo opisane powyżej dają podstawę do uznania, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, a co za tym idzie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 8 Pzp Uwzględniając charakter postępowania, w którym przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe, zdaniem Odwołującego nie jest celowe wzywanie wykonawcy NDI do wyjaśnień kalkulacji cenowej, gdyż każdy z wykonawców przedstawiając kosztorys *de facto* zaprezentował Zamawiającemu podstawy dokonanej wyceny.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że zarzut numer dwa postawiony został w związku ze złożeniem przez NDI oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wobec oferowanie wykonania usługi (pozycje kwestionowane w ramach zarzutu numer jeden i uzasadnienie ich nierealności) za ceny nierynkowe, poniżej kosztów ich wytworzenia czy świadczenia, z zastosowaniem szeroko rozumianej inżynierii finansowej, polegających na przrzucaniu kosztów cen jednostkowych pomiędzy sobą.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że zarzut numer trzy postawiony został w związku ze złożeniem przez NDI oferty wobec oferowanie wykonania usługi (pozycje kwestionowane w ramach zarzutu numer jeden) za ceny nierynkowe, poniżej kosztów ich wytworzenia czy świadczenia, których oczywistość nierynkowości i nierealności wykonania zamówienia winna budzić wątpliwości Zamawiającego i stanowić podstawę do wezwania NDI do wyjaśnień kalkulacji cenowej. Zarzut ten został złożony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NDI na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z ostrożności Odwołujący wskazał, że wobec opisanych dla uzasadnienia zarzutu numer jeden wątpliwości NDI powinien co najmniej zostać wezwany do wyjaśnień zastosowanej kalkulacji cenowej na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. W ramach tych wyjaśnień zadane powinny zostać m.in. pytania o podstawę dokonanej wyceny pozycji 178-183 kosztorysu ofertowego.

Odwołujący na rozprawie dodatkowo wskazał, że urynkowanie kwestionowanych pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem dokonanych przez niego wyliczeń spowodowałaby zbliżenie ceny NDI do pozostałych cen ofertowych w szczególności Odwołującego; w odniesieniu do kwestionowanych pozycji pomiarowych doszło do nieuprawnionego przeniesienia pozycji kosztowej w postaci prace pomiarowe przygotowawcze do innych pozycji a mianowicie D.00.00.00 i D.01.00.00 SST; wobec rażąco niskiej wyceny kwestionowanych pozycji kosztorysowych mechanizm waloryzacyjny przewidziany w umowie na poziomie 10 procent nie będzie wystarczający dla zniwelowania zaniżenia (tutaj nawet kilkadziesiąt procent).

Na posiedzeniu Odwołujący przedłożył również dla wykazania nierealności cen kosztorysowych:

1. Opinię Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z września 2022 r. – dotyczącą wzmocnienia podłoża pod nasypy dla zamierzenia inwestycyjnego pn.:

„rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Królewo – granica województwa w zakresie stosowania materiałów, wskazującą między innymi na zgodność z opinią przyjętych przez Odwołującego do wyliczenia ilości zapotrzebowania cementu dla pozycji kosztorysowych parametrów tego materiału i w konsekwencji wyliczeń własnych.

2. Katalog Sekocenbud za drugi kwartał 2022 - Kserokopia stron 48-49 grupa 16 surowce mineralne, kruszywa oraz mt. I elementy kamienne grupa 17: materiały wiążące oraz wapienne i gipsowe, wskazująca średnie ceny rynkowe cementu wyższe od tych będących podstawą kalkulacji cen kosztorysowych NDI
3. Karta receptury betonu z dnia 18 marca 2022 r. – receptura na potrzeby kalkulacji, wskazująca recepturę wykonania betonu
4. Wyliczenie własne odwołującego – sposób obliczenia ceny cementu za mb kolumny
5. Korespondencja email z 13 stycznia i 14 kwietnia 2022 r. pomiędzy odwołującym a firmą konwers zawierająca ofertę geotkaniny i geowłókniny oraz georusztu, wskazującą, że ceny ofertowe tego podmiotu są wyższe od wynikające z kalkulacji ceny kosztorysowej NDI
6. Mapy z trasami do lokalizacji inwestycji (żwirownia Rokitniki/ Tczew, Stary Dzierżoń, Godziszewo, k. Godziszewa), wskazujące na poprawność przyjętej odległości od wybranych przez Odwołującego lokalizacji cementowni do lokalizacji inwestycji i tym samym poprawności wyliczenia kosztów dowozu
7. Informacje z otwarcia ofert z dnia: A. 10 maja 2022 r. dla inwestycji pn. Budowa drogi krajowej nr 11 na odcinku od ronda „Janiska” do węzła „Kołobrzeg Wschód” GDDKiA B. 28 kwietnia 2022 r dla inwestycji Rozbudowa drogi krajowej nr 46 na odcinku Nysa – Pakosławice C. Dla inwestycji rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Chojnice – Czersk, wskazujące, że ceny ofertowe są zróżnicowane i nie zawsze odpowiadają cenie szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego
8. Wyliczenie własne Odwołującego - tabelaryczne zestawienie kwestionowanych pozycji kosztorysowych wykonawców, wskazujące obrazowo różnice w wartościach kwestionowanych pozycji kosztorysowych we wszystkich ofertach w Postępowaniu i to, że ceny kosztorysowe tych pozycji NDI były niższe niż innych wykonawców.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. kosztorysowania robót budowlanych w przedmiocie potwierdzenia, że oferta Przystępującego - pozycje kosztorysowe 178 – 183 - w sposób rażący odbiega od cen rynkowych.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2022 r. NDI zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że wszystkie zaoferowane przez niego ceny składowe są cenami realnymi, rynkowymi, uzyskanymi w oparciu o indywidualne uwarunkowania i relacje biznesowe wypracowane przez Przystępującego. Wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego zostały wycenione rzetelnie, na podstawie SWZ i uwzględniają ogół wymagań Zamawiającego określonych w dokumentach zamówienia, Warunkach Kontraktu, z uwzględnieniem wszelkich zmian, wyjaśnień i uzupełnień oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie, wszystkie elementy składowe zaoferowanej ceny, w tym elementy uwzględnione w poz. 178-183 kosztorysu ofertowego, zawierają ceny realne i rynkowe, dając rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i stosownych przepisach prawa.

Przystępujący w odniesieniu do zarzuty pierwszego i drugiego wskazał również, że:

1. w ramach Postępowania nie wystąpiły okoliczności skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, a Odwołujący nie udowodnił, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską i winna budzić wątpliwości Zamawiającego ani tym bardziej odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny
2. cena oferty NDI w kwocie 175 639 062,41 zł brutto przekracza o 11,07 % wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług i jest niższa zaledwie o 15,81 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. stanowi 84,19 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 podniósł, że mając na względzie rynkowy charakter złożonej przez Przystępującego oferty, czego dowodzą także złożone a pozyskane przez Przystępującego oferty na wykonanie kwestionowanych w poz. 178-183 kosztorysu ofertowego zakresów prac, Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wypełniający znamiona klauzuli generalnej lub stypizowanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie poz. 178 kosztorysu ofertowego pn. „Wykonanie wykopów w gruncie kat. I-IV wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją” NDI wskazał, że:

1. cena jednostkowa za m³ w poz. 178 jest ceną realną, uwzględniającą wszelkie czynności konieczne do wykonania robót zgodnie z projektem. Cena ta skalkulowana została na podstawie ofert otrzymanych od kontrahentów, z którymi Przystępujący współpracuje także na innych Inwestycjach, a które posiadają własną bazę sprzętową oraz kopalnie surowców mineralnych.
2. wymienione w SST D.02.01.01 „Wykonanie wykopów” prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, jak również oznakowanie robót zostały wycenione w działach D.00.00.00 oraz D.01.00.00.
3. wskazane przez niego w innych pozycjach kosztorysu ofertowego ceny za wykonanie „wykopu” (przepusty), różnią się charakterystyką, zakresem i tym samym organizacją prac, co przekłada się na koszt ich wykonania i nie są to porównywalne pozycje.
4. Dodatkowo Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że realna cena powinna wynosić min. 19,80 zł/m³, a jednocześnie oferuje wykonanie wykopów wraz z wywozem i odwodnieniem wykopu pod zbiornik, przy wysokim zwierciadle wody gruntowej, w poz. 219 i 228 dot. Zbiorników retencyjnych pn. „Wykopy w gruncie wraz z wyprofilowaniem skarp” za ceną jednostkową 17,91 zł/m³, co potwierdza że załączone oferty są wybrane losowo, nie zostały przenegocjowane i są zawyżone, mając na celu wytworzenie mylnego wrażenia co do „właściwej” ceny.

Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył oferty RICHERT, STENTRANS, MMKa, zawierające ceny ofertowe niższe od ceny kosztorysowej NDI na ten sam zakres prac, oraz wyciąg SST I SWZ.

Odnośnie do poz. 179 kosztorysu ofertowego pn. „Platformy robocze” NDI wskazał, że:

1. cena jednostkowa za m² w poz. 179 jest ceną realną, skalkulowaną na podstawie ofert otrzymanych od kontrahenta, z którymi Wykonawca współpracuje także na innych Inwestycjach, a które posiadają własną bazę sprzętową oraz kopalnie surowców mineralnych.
2. wymienione w SST D.02.02.01 „Platformy robocze” prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, jak również oznakowanie terenu robót oraz stały nadzór geotechniczny zostały wycenione w działach D.00.00.00 oraz D.01.00.00 kosztorysu ofertowego.

Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył oferty RICHERT, STENTRANS, MMKa, zawierające ceny ofertowe niższe od ceny kosztorysowej NDI na ten sam zakres prac, oraz wyciąg SST I SWZ.

Odnośnie do poz. 180 kosztorysu ofertowego pn. „Materac geosyntetyczny z kruszywa naturalnego” NDI wskazał, że:

1. cena jednostkowa za m² w poz. 180 jest ceną realną, uwzględniającą pełen zakres prac wraz z materiałem,
2. wymienione w SST w pkt. 9.3. „Warstwy transmisyjne” prace pomiarowe i oznakowanie robót, jak również stały nadzór geotechniczny oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej zostały wycenione w działach D.00.00.00 oraz D.01.00.00 kosztorysu ofertowego.
3. poz. 2 kosztorysu pn. „Opracowanie i dostarczenie dokumentacji realizacyjno-technologicznej i dokumentacji powykonawczej – wg pkt. 9.3 SST D.00.00.00”, która zgodnie z wytycznymi Zamawiającego wyceniona jest jako ryczałt, a ponadto zgodnie z wyraźnym opisem poz. ma być wyceniona zgodnie z pkt. 9.3 SST D.00.00.00, zawiera w sobie zarówno sporządzenie dokumentacji powykonawczej, jak i opracowanie projektów technologicznych, które to zakresy prac występują także w poz. 181 oraz 182 (pkt 9.2 SST „Pale przemieszczeniowe zwieńczone głowicą żwirową”).
4. Cena skalkulowana została na podstawie ofert otrzymanych od kontrahentów, z którymi Przystępujący współpracuje także na innych Inwestycjach, a które posiadają własną bazę sprzętową oraz kopalnie surowców mineralnych.

Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył oferty RICHERT, STENTRANS, MMKa, zawierające ceny ofertowe niższe od ceny kosztorysowej NDI na ten sam zakres prac, oraz wyciąg SST I SWZ.

Odnośnie do poz. 181 pn. „Wzmocnienie kolumnami betonowymi w rozstawie 1,8 x 1,8m” i poz. 182 pn. „Wzmocnienie kolumnami betonowymi w rozstawie 1,6 x 1,6m” kosztorysu ofertowego NDI wskazał, że:

1. cena jednostkowa za mb w poz. 181 i 182 jest ceną realną, uwzględniającą pełen zakres prac wraz z niezbędnym materiałem i została skalkulowana na podstawie oferty otrzymanej przez kontrahenta, jednego z liderów na rynku wzmocnień. Przystępujący przedstawia także ofertę innego kontrahenta, która jednak nie została przenegocjowana, ale pokazuje poziom dostępnych wartości robót wzmocnieniowych.
2. wymienione w Specyfikacji Technicznej w pkt. 9.2. „Pale przemieszczeniowe zwieńczone głowicą żwirową” prace pomiarowe, oznakowanie robót, jak również stały nadzór geotechniczny oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej jak i projektów technologicznych zostały wycenione odpowiednio w działach D.00.00.00 oraz D.01.00.00 kosztorysu ofertowego.
3. poz. 2 kosztorysu pn. „Opracowanie i dostarczenie dokumentacji realizacyjno-technologicznej i dokumentacji powykonawczej – wg pkt. 9.3 SST D.00.00.00”, która zgodnie z wytycznymi Zamawiającego wyceniona jest jako ryczałt, a ponadto zgodnie z wyraźnym opisem poz. ma być wyceniona zgodnie z pkt. 9.3

SST D.00.00.00, zawiera w sobie zarówno sporządzenie dokumentacji powykonawczej, jak i opracowanie projektów technologicznych.

4. przedłożona przez Odwołującego oferta MENARD zależy od indywidualnych uwarunkowań, potencjału, możliwości pozyskania cen i upustów przez jednego z wykonawców i nie rzutuje na owe uwarunkowania pozostałych uczestników rynku budowlanego; została złożona przez wykonawcę specjalizującego się w wykonywaniu wzmocnień podłoża na rzecz Odwołującego w skład, którego wchodzi podmiot specjalizujący się właśnie w wykonywaniu wzmocnień; pomimo przedłożenia przez Odwołującego oferty MENARD opiewającej na kwotę bez mała 50 000 000 zł, sam Odwołujący poz. 181 i 182 wycenił łącznie na nieco ponad 24 000 000 zł.

Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył oferty MENARD oraz SOILTECH, zawierające ceny ofertowe niższe od ceny kosztorysowej NDI na ten sam zakres prac, oraz wyciąg SST I SWZ.

Odnośnie do poz. 183 kosztorysu ofertowego pn. „Formowanie i zagęszczanie nasypów z gruntu Wykonawcy (wraz z pozyskaniem gruntu)” NDI wskazał, że:

1. cena jednostkowa za m³ w poz. 183 jest ceną realną, uwzględniającą pełen zakres prac wraz z niezbędnym materiałem.
2. Twierdzenia Odwołującego co do rzekomego braku realności wyceny poz. 183 przez NDI, poparte jest ofertami pozyskanymi przez Odwołującego a więc zależnymi od wzajemnych uwarunkowań tychże
3. Cena ww. poz. skalkulowana została na podstawie oferty otrzymanej przez kontrahentów, z którymi Wykonawca współpracuje także na innych Inwestycjach, a które posiadają własną bazę sprzętową oraz kopalnie surowców mineralnych.

Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył RICHERT, STENTRANS, MMKa, zawierające ceny ofertowe niższe od ceny kosztorysowej NDI na ten sam zakres prac, oraz wyciąg SST I SWZ.

Przystępujący wskazał, że w odniesieniu do wszystkich kwestionowanych pozycji, niektóre z elementów opisów poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, zawierają się także w opisach w dziale ogólnym D.00.00.00 i robotach przygotowawczych D.01.00.00. np.:

1. roboty pomiarowe zostały wycenione jako ryczałt w dziale D.01.01.01 poz. 8 – „Geodezyjna obsługa Inwestycji”.
2. uszczegóławiające badanie i projekt technologiczny oraz dokumentacja powykonawcza – zostały wycenione w dziale D00.00.00 – poz. 2 „Opracowanie

i dostarczenie dokumentacji realizacyjno-technologicznej i dokumentacji powykonawczej - wg pkt. 9.3 SST D.00.00.00”

3. oznakowanie i zabezpieczenie robót – w dziale D 00.00.00 poz. 1 Koszt dostosowania się do wymagań ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej D.00.00.00 - wg SST D.00.00.00

Na rozprawie Przystępujący dodatkowo wskazał, że Odwołujący nie wykazał, że NDI nie jest w stanie wykonać prawidłowo prac objętych zamówieniem za cenę oferowaną; Oferty przedłożone przez NDI sformułowane zostały w oparciu o dokumentację postępowania i dotyczą prac objętych SWZ w określonym zakresie; NDI wycenił całość prac objętych postępowaniem zgodnie z SWZ i wymaganiami Zamawiającego i przytoczonymi wprost postanowieniami SST; zgodnie z SWZ i SST dopuszczono możliwość stosowania materiałów z wykopów i potwierdzona została przydatność materiałów zalegających do użycia co zapisane zostało w części geologicznej oraz geotechnicznej SST (tutaj zapis 5.13 części geotechnicznej) która przewiduje brak obowiązku dowozu kruszyw naturalnych w znacznej ilości. Dokumentacja postępowania nie potwierdza, że grunty ze względu na zawartość części organicznych np. o zawartości 2 procent, będzie nie przydatna do ponownego wykorzystania. Stąd oferta kalkulowana była z uwzględnieniem pozysku materiałów z wykopów.

Przystępujący przedłożył dowód na fakt prawidłowego i rzetelnego dokonania wyceny kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego 178-183, w tym rynkowego i realnego charakteru poziomu cen kosztorysu, w postaci pięciu ofert oraz ich aktualizacji (podtrzymanie ważności):

1. oferta RICHERT z dnia 14 kwietnia 2022 r. na: roboty przygotowawcze, roboty ziemne (w tym także pozycje 178, 179, 180, 183 kosztorysu ofertowego), podbudowy wraz z aktualizacją z dnia 30 sierpnia 2022 r.
2. oferta Stentrans z dnia 12 kwietnia 2022 r. na: roboty rozbiórkowe, roboty ziemne (w tym także pozycje 178, 179, 180, 183 kosztorysu ofertowego) wraz z aktualizacją z dnia 2 września 2022 r.
3. oferta MMKa z dnia 11 kwietnia 2022 r. na: roboty przygotowawcze, roboty ziemne (w tym także pozycje 178, 179, 180, 183 kosztorysu ofertowego) podbudowy wraz z aktualizacją z dnia 1 września 2022 r.
4. oferta Menard z dnia 14 kwietnia 2022 r. na: wzmocnienie podłoża w technologii kolumn betonowych (w tym także pozycje 181, 182 kosztorysu ofertowego) wraz z aktualizacją z dnia 1 września 2022 r.
5. oferta Soiltech z dnia 13 kwietnia 2022 r. na: opracowanie projektu technologicznego, wykonanie wzmocnienia podłoża betonowymi kolumnami przemieszczeniowymi, wykonanie wzmocnienia podłoża pod przepustami (w tym

także pozycje 181, 182 kosztorysu ofertowego) wraz z aktualizacją z dnia 5 września 2022 r.

Powyższe oferty wskazują ceny niższe niż ujęte przez NDI w kosztorysie cenowym.

Przystępujący, na wyżej wskazane okoliczności, złożył także fragment dokumentacji postępowania w postaci wyciągu ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (dalej również: „SST”) oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również: „SWZ”) wymagania ogólne, D-M-00.00.00, D-02.02.01 WZMOCNIENIE PODŁOŻA, pytań i odpowiedzi, oraz szczególnych warunków kontraktu.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że:

1. zarzuty odwołania związane są z tą samą okolicznością tj. rzekomym zaniżeniem przez NDI pozycji nr 178-183 kosztorysu ofertowego w kategorii „Roboty ziemne”, co prowadzić miałyby do zaoferowania przez NDI ceny rażąco niskiej w zakresie jej istotnych części składowych.
2. Cena ofertowa NDI jest prawidłowo skalkulowana i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i w toku badania i oceny ofert brak było wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania przez NDI ceny oferty - tak w wartości globalnej (przewyższającej kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz ustaloną wartość zamówienia) jak i w zakresie poszczególnych jej elementów składowych,
3. cena oferty NDI nie jest niższa o co najmniej 30% względem wartości zamówienia ani od średniej arytmetycznej wszystkich ofert niepodlegających wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp,
4. zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z zasadniczym rozkładem ciężaru dowodu, może zostać uznany za skuteczny pod warunkiem wykazania przesłanek zawartych w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, który odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co nie zostało przez Odwołującego wykazane,
5. w przeciwieństwie do sytuacji, o której mowa w przepisie art. 537 Pzp w przypadku zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, obowiązują podstawowe reguły dowodowe, nakładając ciężar dowodzenia na Odwołującego,
6. oferty przedłożone przez Odwołującego odnoszą się zasadniczo do innego zakresu lub ilości od wynikającej z kosztorysu ofertowego i nie są miarodajne dla oceny oferty NDI

7. mając na uwadze prowadzone obecnie inwestycje drogowe (na skalę ponadprzeciętną w porównaniu z innymi oddziałami GDDKiA) Zamawiający posiada bardzo szerokie rozeznanie co do - również cenowych - rynkowych możliwości realizacyjnych w zakresie zamawianych robót, nie tylko w świetle otrzymywanych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych ofert, ale i w świetle np. weryfikowanych umów podwykonawczych, wniosków waloryzacyjnych czy harmonogramów robót. W świetle tego, w ocenie Zamawiającego, ceny w zakresie pozycji 178-183 kosztorysu ofertowego zaferowane przez NDI są realnymi i możliwymi do osiągnięcia i sfinansowania określonych tam robót, a tym samym brak jest też podstaw do przyjęcia, że te ceny składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.
8. ceny ofertowe dotyczące przykładowych pozycji kosztorysowych 178 i 183 są miarodajne na dzień dzisiejszy i dotyczą prac wykonywanych aktualnie i odnoszą się do cen z kontraktów, które zawarte były niedawno w okresie 10 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, osoby zaangażowane w przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania mają doświadczenie i wiedzę w zakresie kosztorysowania cen ofertowych i sytuacji rynkowej oraz, że na poziomie centrali GDDKiA tworzone są statystyki i analityka cen ofertowych (CZD – centralny zasób danych) i ceny i ceny przystępującego nie budziły jego wątpliwości
9. Zaznaczył, że w jego ocenie urynkowienie wyłącznie elementów kwestionowanych zgodnie z twierdzeniami Odwołującego doprowadziłoby jedynie do zbliżenia oferty przystępującego a tym samym brak jest interesu we wniesieniu odwołania.
10. Nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego co do sprzeczności kosztorysu przystępującego wobec nieuwzględnienia w szczególności wyceny projektów technologicznych i pomiarów przygotowawczych w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych a uwzględnienie w pozycjach D000000 i D010000 oczywistym jest, że pomiary przygotowawcze poprzedzają wykonanie projektu technologicznego stąd ich wycena uwzględniona powinna być również w tych wskazanych wyżej pozycjach.

Zamawiający dla wykazania prawidłowości oceny oferty NDI w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego przedłożył zestawienia cen ofertowych dla prac z pozycji 178 i 183 wskazujące na zróżnicowanie cen, ofertowania cen zarówno niższych jak i wyższych od NDI. Zamawiający złożył również dokumentację postępowania.

Odwołujący, Przystępujący oraz Zamawiający w pismach procesowych i dodatkowo na rozprawie przedstawili również uzasadnienie prawne zajmowanego stanowiska oraz podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Strony wzajemnie poddawały pod wątpliwość dowody drugiej strony. Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jako zmierzającej do przedłużenia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W dniu 10 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 006010507 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Królewo - granica województwa” (numer postępowania O.Gd.D-3.2411.01.2022). Opis przedmiotu zamówienia zawierał stanowiący część SWZ Projekt wykonawczy opracowania „Szczegółowe Specyfikacje Techniczne”.

Termin składania ofert w Postępowaniu mijał w dniu 19 kwietnia 2022 r. We wskazanym terminie ofertę w Postępowaniu złożyli m.in. Odwołujący i NDI.

Wraz z ofertą NDI złożyło kosztorys ofertowy, w którym w łącznej cenie zaoferowanej przez NDI wynoszącej 175 640 408,95 zł brutto ujęto pozycje 178-183 przynależące do kategorii „ROBOTY ZIEMNE”. Prace ujętych w kosztorysie pozycji w pozycjach 178 – 183 NDI wyceniło w następujący sposób:

*	D.02.00.00.	ROBOTY ZIEMNE				
*	D.02.01.01	Wykonanie wykopów w gruntach I - V kat.				
178		Wykonanie wykopów w gruncie kat. I-IV wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją	m3	145 079,00	10,00	1 450 845,84
*						1 450 845,84
*	D.02.02.01	Wzmocnienie podłoża				
179		platformy robocze	m2	90 203,00	14,56	1 313 653,43
180		materac geosyntetyczny z kruszywa naturalnego	m2	90 203,00	39,09	3 526 447,59
181		wzmocnienie kolumnami betonowymi w rozstawie 1,8 x 1,8m	mb	37 583,00	25,00	939 630,80
182		wzmocnienie kolumnami betonowymi w rozstawie 1,6 x 1,6m	mb	398 962,00	16,32	6 511 159,59
*						12 290 891,41
*	D.02.03.01	Wykonanie nasypów				
183		Formowanie i zagęszczanie nasypów z gruntu Wykonawcy (wraz z pozyskaniem gruntu)	m3	175 165,00	18,82	3 297 201,14
						3 297 201,14

W ramach Postępowania złożono następujące oferty:

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę w wysokości 158 138 067,16 zł brutto.

W ramach Postępowania oferty złożyli:

1 Budimex S.A. - Cena: 219 813 924,09 zł brutto.

2 NDI - Cena: 175 640 408,95 zł brutto.

3 Odwołujący - Cena: 215 917 004,84 zł brutto.

4 PORR S.A. - Cena: 225 190 896,41 zł brutto.

5 Rubau Polska Sp. z o.o. i Poltores Sp. z o.o. - Cena: 206 617 206,21 zł brutto.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty NDI jako najkorzystniejszej.

Cena oferty NDI przewyższa wartość szacunkową zamówienia i nie jest niższa o co najmniej 30% względem wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej wszystkich ofert niepodlegających wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi analizy i statystyki ofert, w tym cen ofertowych dla prowadzonych przez siebie postępowań. Cena ofertowa NDI oraz ceny kosztorysu ofertowego NDI są niższe lub wyższe od cen oferowanych przez innych wykonawców w ramach prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na podobne roboty.

Na rynku funkcjonują w zakresie każdej z kwestionowanych pozycji kosztorysowych zarówno wyższe jak i niższe ceny od cen ofertowych NDI.

Na rynku są aktualnie realizowane zakresy robót analogiczne do objętych kwestionowanymi pozycjami kosztorysu ofertowego za ceny wyższe lub niższe od cen kosztorysowych NDI.

Wykonawcy w ramach Postępowania składali oferty, których poszczególne elementy kosztorysu ofertowego wycenione były różnie także w zależności od tego, gdzie dany wykonawca wygenerować zamierzał większy zysk.

Wykonawcy, także NDI i Odwołujący, zakładali różne stawki w ramach jednej oferty dla podobnych robót, także niższe i wyższe od kwestionowanych wartości kosztorysu NDI. Kwestionowane pozycje kosztorysu ofertowego NDI, niższe od tożsamyh pozycji innych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, obejmowały prace fakturowane w początkowej fazie realizacji inwestycji, co wskazywało na brak woli zagregowania głównego zysku na tym etapie realizacji zamówienia.

Oferty dla robót, usług lub dostaw w ramach podwykonawstwa dostępne dla różnych wykonawców są różne i zależą od wzajemnych powiązań i interesów oblata i oferenta.

Oferty podwykonawcze przedłożone przez NDI są:

- zebrane przez upływem terminu składania ofert w Postępowaniu,
- aktualne na dzień orzekania,
- obejmują poszczególne zakresy opisane w każdej z zakwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego i ich zakres zgodny jest z wymogami SWZ i SST,
- opiewają na ceny niższe od cen kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego NDI, pozwalając na generowanie zysku i finansowanie części kosztów ogólnych Wykonawcy.

Możliwe jest zrealizowanie zamówienia za kwestionowane ceny kosztorysowe w oparciu o pozyskane przez NDI oferty.

Zmiana oferty NDI w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego, z zastosowaniem wskazówek Odwołującego, co do cen i współczynników kalkulacji,

spowodowałyby zbliżenie oferty NDI do pozostałych złożonych w Postępowaniu, a więc zastosowanie wyceny sugerowanej przez Odwołującego nie zmieniłoby rankingu ofert.

Ustalając powyższy stan faktyczny Izba dopuściła dowody złożone przez Strony a także oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie. Powyższe ustalenia zgodne są także z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Izba oddaliła wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność rażąco niskiej ceny ofertowej NDI jako zmierzający do przedłużenia postępowania oraz nieprzydatny do rozstrzygnięcia istoty sporu w niniejszym postępowaniu, wobec dokonanych ustaleń faktycznych i zakresu zarzutów odwołania.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska uczestników Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie i oddaliła odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy.

Izba wskazuje, że:

- zgodnie z normą art. 224 ust. 1 Ustawy Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

- zgodnie z normą art. 226 ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) pkt. 7 została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; pkt. 8 zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233)): 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w

szczegółności: (...) utrudnianie dostępu do rynku (...). Zaś zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 tejże: 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że warunkiem wykazania niezgodności z Ustawą zachowania Zamawiającego, wspólnym w odniesieniu do każdego z trzech zarzutów, jest wykazanie przez Odwołującego (zgodnie z ciężarem dowodzenia wynikającym z zasad ogólnych, także z uwzględnieniem art. 537 pkt. 1 Ustawy) istnienia rażąco niskiej ceny w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego – nierealności, nierynkowości wyceny w tym zakresie (zarzut drugi), która wpływa na cenę ofertową powodując, że jest rażąco niska (jeśli chodzi o zarzut pierwszy), wydaje się, rażąco niska, w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu, stanowiących istotną część składową ceny, w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie (jeśli chodzi o zarzut trzeci) czemu odwołanie nie sprostало. Dodatkowo kontrdowody przedłożone w tym zakresie przez Przystępującego i Zamawiającego skutecznie, w ocenie Izby, podważyły stanowisko Odwołującego o nieprawidłowości, nierynkowości czy nierealności wyceny NDI w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych, a tym samym ceny ofertowej. Stanowisku Zamawiającemu o braku wątpliwości, co do prawidłowości wyceny NDI, nie można, wobec powyższego, w tym również w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, postawić zarzutu uznaniowości oceny oferty i kosztorysu NDI jako prawidłowych i rynkowych. Ponadto zarzut pierwszy odwołania, w sytuacji gdy NDI nie składał wyjaśnień w Postępowaniu z uwagi na brak podejrzenia wystąpienie rażąco niskiej ceny u Zamawiającego, czego Odwołujący skutecznie nie podważył, nie zasługiwał na uwzględnienie. Uwzględnienie zarzutu drugiego wymagałoby, zaś wykazania zastosowania nieuzasadnionego i zmierzającego do utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawców obniżenia ceny lub jej elementów przez NDI, co również nie zostało wykazane. W postępowaniu nie wykazano też stosowania żadnych mechanizmów inżynierii cenowej.

Na marginesie Izba wskazuje, że podziela stanowisko Odwołującego, co do negocjowania zgodności z Ustawą oparcia decyzji o prawidłowości wyceny wyłącznie na subiektywnym przekonaniu Zamawiającego. Przekonanie to nie może mieć charakteru uznaniowego. Jednak w niniejszej sprawie nie doszło do takiej sytuacji. Zamawiający działał w subiektywnym, lecz usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami przekonaniu, co do prawidłowości wyceny i realności ceny ofertowej. Jednocześnie stanowisko to znalazło potwierdzenie w stanie faktycznym ustalonym przez Izbę w oparciu o dowody i twierdzenia NDI i Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutów odwołania w ocenie Izby nie wykazano naruszenia przepisów Ustawy, w tym również pozostałych przesłanek niezgodności z Ustawą zachowania Zamawiającego, które mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, a opisanych wyżej przywołanymi przepisami. 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 „Odwołanie 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, z którym można było powiązać sformułowany w odwołaniu zarzut. Dodatkowo twierdzenia poparte dowodami przedłożonymi przez Przystępującego i Zamawiającego nie pozwoliły Izbie na przyjęcie, że cena kosztorysowa kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego lub cena ofertowa ustalona została w oparciu o ceny nierealne, nierynkowe lub niedostępne NDI, zaś twierdzenia i dowody przedłożone przez Zamawiającego spowodowały, że dodatkowo również nie sposób uznać, że na czas dokonywania oceny ofert brak było obiektywnych okoliczności uzasadniających powzięcie wątpliwości, co prawidłowości ceny ofertowej NDI (jej zaniżenia, lub możliwości zrealizowania za tę cenę lub jej istotną część składową zamówienia). Nie ma również podstaw do przyjęcia, by zachowanie NDI w zakresie dokonanej wyceny pozycji kosztorysu ofertowego miało charakter bezprawny lub niezgodny z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie jakiegokolwiek podmiotu z obrotu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 z uwzględnieniem warunku opisanego art. 554 ust. 1 pkt. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący

