

WYROK
z dnia 2 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Iechicka 24, 40-609 Katowice**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** (adres do korespondencji: **CML Constructions Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbiórkę i budowę mostu nad rzeką Żylica w ciągu drogi wojewódzkiej nr 942 w km 22+527 w miejscowości Szczyrk o nr. ewid. 262”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 listopada 2022 r. pod nr 2022/BZP 00449717/01.

W dniu 18 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

1. Dokonanie wyboru oferty wykonawcy Strabag sp. o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą Strabag”, jako najkorzystniejszej podczas gdy oferta tego wykonawcy winna podlegać wyjaśnieniom jako zawierająca rażąco niską cenę (rażąco niskie istotne części składowe ceny).
2. Zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych, które to są rażąco niskie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak jego zastosowania i zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie w zakresie jej istotnych części składowych.
2. Art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

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

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie wezwanie wykonawcy Strabag do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 244 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że najistotniejszym kryterium pozostawała w tym postępowaniu cena gdyż przyporządkowano jej wagę wynoszącą 60 punktów. Jednym z elementów oferty zgodnie z punktem 12.10. SWZ pozostawał kosztorys ofertowy obejmujący wszystkie roboty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zawarte w przedmiarze robót w układzie TER, Opisie Przedmiotu Zamówienia i dokumentach zamówienia. Zgodnie z punktem 16.4 SWZ cena jednostkowa robót musiała zawierać sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty związane z realizacją (np. opłaty za nadzory, badania, koszty pracowników, itp.). Dodatkowo punkt 16.6. przewiduje, iż wykonawca był zobowiązany wycenić wszystkie elementy zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik nr 1 do SWZ i uwzględnić koszty, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia i dokumentach zamówienia. Punkt 16.12. wskazuje, że wyliczone wartości z poszczególnych Tabeli Elementów Rozliczeniowych (Kosztorys ofertowy) należy przenieść do Zbiorczego zestawienia kosztów i wpisać do Formularza Ofertowego – załącznik nr 2 do SWZ. Do Formularza ofertowego należy przenieść wartość kosztorysu netto wraz z kwotą tymczasową, wartość VAT oraz wartość brutto.

Oferty w niniejszym postępowaniu złożyło 10 wykonawców. W toku badania i oceny ofert Zamawiający skierował wezwanie na podstawie art. 244 ust. 1 ustawy Pzp jedynie do Konsorcjum firm PBW Inżyniera J. G. w spadku oraz Probudowa Sp. z o.o. Takie wezwanie nie zostało skierowane natomiast do wykonawcy Strabag pomimo istnienia do tego ewidentnych podstaw. Należy bowiem zwrócić uwagę na fakt, iż istotne części składowe ceny ofertowej wykonawcy Strabag pozostają rażąco niskie i winny budzić wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na cenę zaproponowaną przez wykonawcę Strabag w pozycji nr 59 kosztorysu TER, tj. wartości stali zbrojeniowej dla ustroju nośnego. Cena ta w kosztorysie tego wykonawcy wynosi 409 874,17 zł za komplet. Powyższa kwota stanowi 38% średniej. Z przyrównania jej wartości do wartości tych pozycji w kosztorysach innych wykonawców nieodrzuconych wynika, że wartość pozycji nr 59 kosztorysu wykonawcy Strabag pozostaje niższa od najtańszej z pozycji pozostałych z oferentów o 62%, natomiast od najdroższej pozycji pozostałych oferentów o ponad 72%. Wykonawcy w skalkulowanych cenach zobowiązani byli zawrzeć również koszty dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu oraz Wymagań Ogólnych zawartych w ST DM.0.00.00.

Tak więc cena jednostkowa proponowana przez oferentów za dany element kosztorysu nie mogła obejmować jedynie tzw. kosztów bezpośrednich wykonania robót

budowlanych, ale szereg innych czynników cenotwórczych, które w sposób proporcjonalny winny być zaliczane do każdej z obowiązujących pozycji. Co więcej jednak Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót budowlanych dla każdego z asortymentów robót przewiduje dodatkowe wymagania co do kosztów jakie winny być zaliczane w każdej z cen jednostkowych. Dla wymienionej pozycji nr 59 kosztorysu odnosi się dział specyfikacji dot. Zbrojenia (M.12.00.00) a konkretnej Zbrojenie Betonu Stałą Klasy A-IIIN (M.12.01.03).

Zakres kosztów jakie winny być przyjęte przez wykonawców w cenie pozycji 59 kosztorysu TER cena zaproponowana przez wykonawcę Strabag w odniesieniu do cen innych wykonawców winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Pozycja ta pozostaje istotną częścią składową ceny ofertowej. Jej wartość w odniesieniu do wartości ceny ofertowej netto samego wykonawcy Strabag wynosi prawie 9%, podczas gdy dla przykładu w ofercie Odwołującego, która pozostaje druga w kolejności rankingu ofert wartość ta stanowi ponad 20%, natomiast w stosunku do oferty Jawal (liczonej jako 3 w rankingu) wartość ta to już 29%. Jak wynika z zestawienia ofert cena pozycji 59 wynosi ok 20% wartości netto ofert.

Okoliczność znacznej różnicy między ceną pozycji 59 zaoferowaną przez a pozostałymi oferentami, którzy nie zostali odrzuceni z postępowania oraz powszechnym wzrostem cen we wszystkich sektorach gospodarki powinna skłonić Zamawiającego do pogłębionej analizy złożonych ofert. Oczywiście różnice pomiędzy cenami poszczególnych wykonawców są elementem gry rynkowej, a kalkulacje cen w różnych postępowaniach nie muszą być oparte o tożsame ceny jednostkowe, co nie wyklucza jednak sytuacji, uwzględniając zwłaszcza aktualne uwarunkowania związane z powszechnym wzrostem cen, w której okoliczności te mogą, a nawet powinny mieć wpływ na ocenę Zamawiającego danej oferty i powzięcie przez niego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.¹

Po drugie zbrojenie pozostaje elementem istotnym pod względem technologicznym. Od tego asortymentu robót zależy bezpieczeństwo całego obiektu mostowego. Głównym elementem niniejszego zamówienia pozostaje budowa obiektu mostowego. Zatem nie sposób nie przypisać istotności takiemu elementowi jak zbrojenie całej ramy obiektu tj. fundamentów, przyczółków i płyty ustroju nośnego. Element ten jest bowiem elementem konstrukcyjnym odpowiedzialnym za odpowiednią pracę obiektu. Jego odpowiednie dostosowanie do gabarytów obiektu, a także obciążeń jakie ma on przenosić jest niezbędne w celu nie tylko osiągnięcia zakładanych parametrów mostu, ale przede wszystkim dopuszczenia go do użytkowania.

Kolejną z pozycji jaka winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego pozostaje pozycja nr 90 kosztorysu ofertowego, tj. Most tymczasowy wraz z drogą objazdową - wykonanie, utrzymanie i rozbiórka. Wykonawca Strabag pozycję tą wycenił w kwocie 362 783,88 zł co stanowi 49,68% średniej arytmetycznej cen tej pozycji wszystkich pozostałych oferentów.

Pozycja nr 90 w ofercie wykonawcy Strabag pozostaje niższa od najniższej z pozostałych ofert o 20% oraz najniższa od najwyższej z pozostałych ofert o 67%.

Zgodnie z punktem 33 Opisu Przedmiotu Zamówienia w ramach w/w pozycji oferenci zobowiązani byli do uwzględnienia szeregu kosztów - zobowiązań, które wykonane zostaną w ramach przewidzianej w tej pozycji ceny. Nie jest więc możliwa realizacja wszystkich wynikających z powyższego założeń w cenie zaoferowanej przez wykonawcy Strabag.

Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest oczywiście wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi bowiem, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Odwołujący podniósł także, że w jego ocenie nie jest możliwa realizacja przez wykonawcę Strabag wskazanego zakresu pozycji 59 oraz 90 kosztorysu ofertowego za zaproponowaną cenę, która pozostaje nie tylko nierynkowa, ale przede wszystkim nierealna.

Odnosząc się natomiast do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż analiza ofert w zakresie zaistnienia przesłanek zastosowania art. 244 ust. 1 ustawy Pzp dokonana została przez Zamawiającego w sposób wybiórczy oraz nie dość dokładny. Zamawiający ograniczył się bowiem do zwrócenia się o złożenie wyjaśnień jedynie do jednego oferenta (którego oferta w konsekwencji została odrzucona z postępowania) podczas gdy chociażby oferta złożone przez wykonawcę Strabag nie została wnikliwie przeanalizowana, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2023 r. przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzieleni przedmiotowego zamówienia zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, tj. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W dniu 23 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Strabag zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 stycznia 2023 r. (pismem z dnia 29 stycznia 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Strabag do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego (wykonawcy Strabag) wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego (wykonawcy Strabag).

Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego i złożone na rozprawie oraz załączone do pisma procesowego w sprawie dowody, tj.:

1. Opinia projektanta z dnia 30 stycznia 2023 r.
2. Pismo kierowane do Głównego Projektanta Pani B. Ś. z dnia 13 stycznia 2023 r.
3. Tabela nr 1.
4. Tabela nr 2 – Zbrojenie – ilość wg projektu oraz po optymalizacji.
5. Tabela nr 3 – Nakłady rzeczowe robocizny dla montażu zbrojenia wg Normy – KNR – uśredniony.
6. Tabela nr 4 – Cena jednostkowa sprzętów wg nakładów i cen średnich za mg dla montażu zbrojenia wg Normy – KNR – uśredniona.
7. Tabela nr 5 – Minimalna cena jednostkowa zbrojenia wyliczona na podstawie KNR.
8. Tabela nr 6 – Cena jednostkowa minimalna/uśredniona/maksymalna wg sekocenbud IV kwartał 2022.
9. Tabela nr 7.
10. Oferta handlowa BOWIM z dnia 16 grudnia 2022 r.
11. Oferta handlowa CMC Poland z dnia 14 grudnia 2022 r.
12. Oferta handlowa Konsorcjum Stali S.A. z dnia 6 grudnia 2022 r.
13. Tabela nr 8.

Izba dopuściła zawnioskowany przez wykonawcę Strabag i złożony na rozprawie dowód, tj.: zestawienie cen kosztorysowych pozycji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z wyłączeniem oferty, która została odrzucona.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załączniku do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamieścił m.in. następującą treść:

„20.Koszty ogólne przewidziane STWiORB DM.00.00.00 należy uwzględnić w poszczególnych wycenianych pozycjach kosztorysu ofertowego i nie podlegają one odrębnej zapłacie. Dodatkowo Zamawiający informuje, że zgodnie z STWiORB DM.OO.OO.OO. punkt 9.1 Wykonawca kalkulując cenę jednostkową, w ramach kosztów pośrednich, jest zobowiązany uwzględnić wskaźnik inflacji, pomniejszony o limit waloryzacji, określony w OPZ w pkt. 55.c. Jako wskaźnik inflacji należy przyjąć dostępny na stronie GUS aktualny na dzień składania ofert „Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych” na dany miesiąc.

Wskaźnik inflacji (pomniejszony o 5% waloryzację - zgodnie z OPZ pkt. 55. c) należy uwzględnić na cały okres realizacji umowy z prognozowanym trendem wzrostu/spadku.

27. Zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z części robót nie mających wpływu na realizację całości zadania. Minimalny zakres zrealizowanych robót wynosić będzie 70% wartości netto kosztorysu ofertowego. Z tego tytułu Wykonawcy nie przysługują jakiegokolwiek roszczenia finansowe.

29. Zamawiający dopuszcza optymalizację ramy ustroju nośnego w zakresie konstrukcji i zbrojenia. Niedopuszczalna będzie zmiana geometrii przedstawiona na rys. UN.I, zwłaszcza w zakresie światła pionowego i poziomego, rzędnej spodu konstrukcji, podstawowych wymiarów geometrycznych, ingerująca w wydane Decyzje (środowiskowe, wodnoprawne, pozwolenia na budowę) czy uzgodnienia oraz prowadząca do kwalifikacji zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane art. 36a.5 do istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę. Kwalifikacji wpływu optymalizacji na zatwierdzony projekt budowlany oraz inne warunki pozwolenia na budowę dokonywać się będzie na wniosek, za staraniem i na koszt Wykonawcy przez projektanta obiektu (widniejącego na Projekcie Budowlanym oraz w Decyzji nr 74/B-B/19 o pozwoleniu na budowę), w ramach nadzoru autorskiego. W zakresie optymalizacji należy spełnić wymagania STWiORB M. 12.01.03 oraz M.13.01.03. Jednostką rozliczeniową zarówno dla zbrojenia jak i betonu będzie „kpi”.

Zamawiający w rozdziale 16 SWZ „Sposób obliczenia ceny” zamieścił postanowienia:

„16.1. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). (...)

16.4. Cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty związane z realizacją (np. opłaty za nadzory, badania, koszty pracowników, itp.).(...)

16.6. Wykonawca jest zobowiązany wycenić wszystkie elementy zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik nr 1 do SWZ i uwzględnić koszty, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia i dokumentach zamówienia. (...)

16.12. Wyliczone wartości z poszczególnych Tabeli Elementów Rozliczeniowych (Kosztorys ofertowy) należy przenieść do Zbiorczego zestawienia kosztów i wpisać do Formularza Ofertowego – załącznik nr 2 do SWZ. Do Formularza ofertowego należy przenieść wartość kosztorysu netto wraz z kwotą tymczasową, wartość VAT oraz wartość brutto.”.

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 5 608 785,06 zł, co stanowi równowartość 1 259 382,31 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 6 898 805,62 zł.

W postępowaniu złożono 10 ofert, a ich ceny brutto były następujące: oferta nr 1 (BERGER BAU Sp. z o.o.) - cena oferty 7 926 539,95 zł; oferta nr 2 (Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-PODBESKIDZIE” Sp. z o.o. – cena oferty 7 474 944,97 zł; oferta nr 3 (konsorcjum firm: PBW Inżynieria J. G. w Spadku i „PTOBUDOWA” Sp. z o.o.) – cena oferty 6 349 737,58 zł; oferta nr 4 (SARINŹ Sp. z o.o.) – cena oferty 8 486 425,85 zł; oferta nr 5 (Zakład Budowlany „MOST-BUD” E. K. – cena oferty 6 971 041,69 zł; oferta nr 6 (Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo „JAWAL” Sp. z o.o.) – cena oferty 6 894 955,40 zł; oferta nr 7 (Strabag Sp. z o.o.) – cena oferty 6 068 315,23 zł; oferta nr 8 (MOSTMARPAL Sp. z o.o.) – cena oferty 7 343 958,12; oferta nr 9 (konsorcjum firm: N.-MOSTY Sp. z o.o. i ENSA DG Sp. z o.o.) – cena oferty 7 200 087,62 zł i oferta nr 10 (PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o.o. – Odwołujący) – cena oferty 6 877 102,36 zł.

Zamawiający w kosztorysie inwestorskim, pozycja 59 „ustrój nośny” dla stali zbrojeniowej podał „wartość” „460 000,00” a dla pozycji 90 „Most tymczasowy wraz z drogą objazdową – wykonanie, utrzymanie i rozbiórka” „900 000,00”

Wykonawca Strabag dla pozycji 59 podał wartość „409 874,17” zł a dla pozycji 90 wartość „362 783,88”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.

Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i mają szerokie możliwości zastosowania. Tak więc Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji zaistnienia okoliczności określonych w tym przepisie. Instytucja ta umożliwi bowiem weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę i daje możliwość wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Strabag o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp a więc sytuacji, która dotyczyłaby ceny całkowitej oferty. Podstawą wezwania wykonawcy w trybie powyższym miałyby być ceny dwóch pozycji kosztorysowych a mianowicie pozycji 59 i 90, które - w ocenie Odwołującego – stanowią

istotną część składową ceny ofertowej, których wartość powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący zestawia ceny tych pozycji w ofercie wykonawcy Strabag z ich cenami w ofertach innych wykonawców i odnosi je do średniej arytmetycznej innych ofert w tych właśnie pozycjach, dokonując wyliczeń w tym tylko zakresie. Przesłanki wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, na które powołuje się Odwołujący, to w istocie obligatoryjne przesłanki wezwania do złożenia wyjaśnień ceny całkowitej oferty a nie jej elementów. Przepis ten nie określa bowiem przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych.

To Zamawiający dokonuje oceny kalkulacji ceny ofert. Ocena nie oznacza jeszcze, że wystąpiły wątpliwości dotyczące kalkulacji ceny. „Jeżeli jednak ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień”. (wyrok Izby w sprawie KIO 1935/19) W tym stanie faktycznym sytuacja taka miała miejsce. Zamawiający – jak konsekwentnie podkreślał w toku rozprawy i jak wskazał w złożonym piśmie procesowym – nie miał wątpliwości zarówno co do ceny całkowitej oferty wykonawcy Strabag, jak i poszczególnych pozycji kosztorysowych oferty tego wykonawcy.

Wartość pozycji 59 dla stali zbrojeniowej (w odniesieniu do tej tylko pozycji) została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 460 000,00 zł. Natomiast wykonawca Strabag podał dla tej pozycji kosztorysowej kwotę o wartości 409 874,17 zł. Istotnie kwota ta różni się od kwot zawartych w tej pozycji w ofertach innych wykonawców. Nie oznacza to jednak, że kwota ta jest rażąco niska. Jak wyżej bowiem wskazano nie odbiega ona znacznie od wartości zawartej w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego. A ponadto z zestawienia aktualnie realizowanych przez Zamawiającego obiektów mostowych wynika, że cena kompletu zbrojnego ustroju nośnego a więc kwestionowanej pozycji, dla mostu będącego przedmiotem tego zamówienia jest wyższa niż średnia sumaryczna wartości zużytej stali dla wyspecyfikowanych w tabeli obiektów. Wyższa jest także cena za jeden kg stali zbrojeniowej. Obiekty mostowe na, które powołał się Zamawiający, są to obiekty ukończone w ubiegłym roku lub też aktualnie realizowane. Cena jest więc adekwatna do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju prac. Dla skalkulowania ceny tej pozycji istotna jest bowiem długość teoretyczna ustroju nośnego i cena jednostkowa kg stali zbrojeniowej. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił optymalizację ramy ustroju nośnego w zakresie konstrukcji i zbrojenia. I takiej optymalizacji wykonawca Strabag, jak przyznał na rozprawie, szacując cenę oferty i tej pozycji, faktycznie dokonał. Co więcej Projekt, jak także wskazywał Zamawiający jest przewymiarowany, gdyż przewiduje zastosowanie większej ilości stali niż ilość stosowana na tego rodzaju obiektach. Tak więc koszty w tym zakresie po uwzględnieniu optymalizacji, którą zastosował wykonawca Strabag, ulegają obniżeniu. Optymalizację – w ocenie Zamawiającego – zastosował jeszcze

tylko jeden wykonawca a świadczy o tym wysokość wynagrodzenia skalkulowana przez niego w tej pozycji kosztorysowej. Dla powstania obowiązku Zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego koniecznym byłoby powstanie wątpliwości po stronie Zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do tej pozycji Zamawiający tych wątpliwości nie miał i rzeczywiście mieć ich nie mógł. Z okoliczności sprawy jednoznacznie bowiem wynika, że cena tej pozycji kosztorysowej została skalkulowana prawidłowo.

Tabele przedstawione przez Odwołującego stanowią jego własne kalkulacje, gdyż założenia jakie przyjął do kalkulacji oferty wykonawcy Strabag nie są mu znane. Natomiast przedstawione oferty są ofertami uzyskanymi przez tego wykonawcę (Odwołującego) i nie oznacza to przy porównywalności ceny (określonych pozycji kosztorysowych) oferty tego wykonawcy w innych postępowaniach, że wykonawca Strabag nie mógł otrzymać korzystniejszych ofert cenowych.

Kolejną kwestionowaną pozycją w kosztorysie ofertowym wykonawcy Strabag jest pozycja 90 „Most tymczasowy wraz z drogą objazdową – wykonanie, utrzymanie i rozbiórka”, którą Zamawiający wycenił na kwotę 900 000,00 zł, a wykonawca Strabag na kwotę 362 783,88 zł. Kwota ta nie wzbudziła także wątpliwości u Zamawiającego, gdyż jest kwotą porównywalną z kwotami jakie wykonawca ten oferował w odniesieniu do tej pozycji przy realizacji innych obiektów mostowych w innych postępowaniach na rzecz tego Zamawiającego. Zamawiający posiada bowiem wiedzę, że wykonawca ten dysponuje mostem, który może być dostosowany do realizacji tego obiektu mostowego, a jego posadowienie będzie miało miejsce w dużo łatwiejszych warunkach geologicznych niż te, w których dotychczas był posadowiony. Stąd też możliwość zastosowania niższej ceny tej pozycji.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: