Sygn. akt KIO 1880/19
KIO 1895/19

WYROK

z dnia 21 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Odrzywolska
Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Członkowie:
Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2019 r. i w dniu 17 października 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą

w Warszawie (sygn. akt KIO 1880/19);

B. w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 1895/19);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie;

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1880/19 po stronie odwołującego;

B. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1880/19, KIO 1895/19 po stronie zamawiającego;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo

Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozach, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1880/19, KIO 1895/19 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie;

2. oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie;

3. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1880/19 obciąża odwołującego Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie; kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1895/19 obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od dowołania o sygnaturze KIO 1880/19 oraz uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A., tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 1895/19;

3.2. zasądza od odwołującego Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 4 060 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu;

3.3. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 5 592 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 1880/19
KIO 1895/19

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i budowa drogi S11 Koszalin - Szczecinek, odc. w. Koszalin Zachód (bez węzła) - w. Bobolice. Odcinek 3. węzeł Koszalin Południe (bez węzła) - węzeł Bobolice (z węzłem)", znak sprawy GDDKiA O.Sz.D-3.2410.10.2019 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 1 marca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 043-096927.

W dniu 23 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania

wniesione przez:

1. wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1880/19 (dalej „odwołujący" lub „Mostostal"), który wniósł odwołanie, podnosząc niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w rezultacie odrzucenie oferty odwołującego; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny złożonej przez niego oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazywał, że podczas badania i oceny ofert, zamawiający wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, w odpowiedzi na pytania zamawiającego, udzielił obszernych odpowiedzi odnośnie kwestii, o które był pytany, a także dołączył do pism szereg dowodów - w tym również w zakresie kalkulacji cen jednostkowych.

W piśmie z dnia 13 września 2019 r., w którym zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, argumentując swoją decyzję powołał się na niedoszacowanie w przedmiocie trzech zaoferowanych przez odwołującego pozycji cenowych: (i) Cena za usunięcie warstwy ziemi urodzajnej humusu grubości 30 cm z transportem na 10 km; (ii) Cena za wykonanie nasypu z wykopu z ulepszeniem spoiwem hydraulicznym w ilości średniej 3% bez doziarnienia; (iii) Cena za wykonanie podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C5/6 gr 15 cm z dowozem mieszkanki z zewnętrznej wytwórni. Argumentując swoje stanowisko w zakresie trzech powyższych punktów, zamawiający stwierdził, że na ich gruncie nastąpiło niedoszacowanie oferty odwołującego oraz, że ceny zaproponowane przez odwołującego są cenami rażąco niskimi w zakresie istotnych części zamówienia, a także, że wyjaśnienia składane przez odwołującego nie uzasadniały w jego ocenie zaproponowanych cen.

Odwołujący zwracał uwagę, że cena jego oferty (ryczałtowa) wynosi 429.819.506,55 zł, natomiast budżet, jaki zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynosi 471.166.092,72 zł, co oznacza, że cena oferty odwołującego jest niższa od budżetu o 9%. Dodatkowo w odniesieniu do średniej arytmetycznej ofert jest od niej niższa o 15%.

Z pisma o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że zamawiający skoncentrował się na badaniu i ocenie wybranych cen jednostkowych za poszczególne pozycje robót budowlanych, a nie na cenie (ryczałtowej, którą zaoferował odwołujący w ofercie). Błędnie też zamawiający wskazuje w informacji o odrzuceniu oferty, iż „zaproponowane przez oferenta ceny są cenami rażąco niskimi w zakresie istotnych części zamówienia". Odwołujący z całą mocą kwestionuje takie uzasadnienie po pierwsze z uwagi na fakt, że zaoferował jedną cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia, a po drugie, że zamawiający nie uzasadnił, jakoby cena wskazana w formularzu ofertowym lub w „Wykazie płatności" miała charakter rażąco niski. Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości również fakt, że cena ofertowa odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)". A zatem, zgodnie z przytoczoną powyżej treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyjaśnienia ceny lub jej elementów składowych w sytuacji, gdy wydają się one rażąco niskie. Odwołujący zaoferował ryczałtową cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia w kwocie 429.819.506,55 zł. - co wynika z formularza ofertowego. Dodatkowo, co było obowiązkiem wykonawców, Odwołujący złożył

wraz z ofertą „Wykaz płatności", w którym wskazał części składowe ceny, składające się na cenę ryczałtową. „Wykaz płatności" obejmuje III części: (i) Wymagania ogólne - Koszty ogólne wykonawcy - ryczałt w wysokości 20.267.911,68 zł.; (ii) Dokumenty wykonawcy - ryczałt w wysokości 16.773.444,17 zł.; (iii) Roboty - 312.405.97,44 zł. Części składowe wskazane w Wykazie płatności również miały charakter ryczałtowy, dodatkowo ten element należy uznać za istotną część składową ceny, skoro zamawiający wymagał właśnie takiego, a nie innego rozbicia ceny ofertowej. Co warte podkreślenia w tym miejscu - zamawiający nie wymagał od wykonawców składania żadnych innych dokumentów wskazujących na rozbicie ceny, poza pozycjami z wykazu, co zresztą jest naturalną konsekwencją przyjęcia formuły wynagrodzenia ryczałtowego w ramach postępowania.

Dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście zaoferowanej ceny, stanowi o istotnych częściach składowych ceny, co do których w przypadku gdy wydają się zamawiającemu rażąco niskie, zamawiający zwraca się do wykonawcy o ich wyjaśnienie. Na gruncie zaistniałego stanu faktycznego, obowiązkiem zamawiającego było zbadanie dwóch aspektów oferty odwołującego: ceny globalnej oraz jej poszczególnych części składowych zawartych właśnie w „Wykazie płatności". Wobec powyższego, zamawiający nie powinien czynić istotnych elementów z żadnych pozycji poza pozycjami wymaganymi przez niego w Wykazie płatności, ponieważ to właśnie jest istotą wykazu - ujęcie w ofercie tych elementów, które są istotne pod kątem danego zamówienia. W toku badania oferty odwołującego nie zostały zbadane, ani cena globalna, ani ceny z wykazu płatności. Natomiast zamawiający skupił się jedynie na cenach jednostkowych wybranych robót, które odwołujący przedstawił mu w swoich wyjaśnieniach.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający forsuje - w sposób dość ekwilibrystyczny - że własne wewnętrzne kalkulacje odwołującego wskazujące na prace o wartości minimalnej i nie mające w ocenie odwołującego charakteru istotnego, a przede wszystkim - wiążącego - wpłynęły również na zaniżenie ceny globalnej. Nie można zatem stwierdzić, aby jakiekolwiek składowe zaoferowanej w ofercie ceny, a w szczególności jej cena globalna jak również jej poszczególne elementy istotne były nie tylko rażąco niskie, ale i w ogólności niskie, co stanowi, iż nie została spełniona przesłanka rażąco niskiej ceny opisana w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, tj. że cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: (i) wartości zamówienia lub (ii) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe oznacza, że sam fakt, iż globalna cena oferty odwołującego jest niższa od budżetu zamawiającego, nie może determinować uznania, że jest to cena rażąco niska bądź zaniżona, zwłaszcza w odniesieniu do jej części składowych.

Zdaniem odwołującego rzekome niedoszacowanie wskazywane przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty jest jego subiektywną oceną zaproponowanych przez odwołującego cen jednostkowych oraz ilości robót na podstawie Koncepcji Programowej, jako dokumentu niewiążącego (pomocniczego) i nie powinno stanowić o odrzuceniu oferty tylko z tego powodu. Fundament, na którym zamawiający zbudował swoją argumentację, jest całkowicie nietrafiony i fałszywy, gdyż opary na nierealnych założeniach kalkulacji tj. na przyjęcie cen jednostkowych z Sekocenbud oraz wstępnych ilościach robót, które wykonawca ma obowiązek, w toku dalszego procesu projektowego zaprojektować w związku z formułą zamówienia. Jest zatem czynnością całkowicie nieuprawnioną porównywanie wartości robót, które wykonawca przedstawił w swoich wyjaśnieniach a wymienionych w podstawie odrzucenia oferty, jako rażąco niskiej, z wartością tych samych robót zamawiającego wynikających z ilości tychże robót z koncepcji programowej. Gdyby przyjąć takie rozumowanie oznaczałoby że wykonawca nie ma prawa dokonywać zmiany ilości tych robót w projekcie, za który będzie odpowiedzialny i za które to ilości ponosić będzie ryzyko. Skoro zatem ryzykiem wykonawcy będą ostateczne ilości robót, nie można czynić mu zarzutu że wartość robót wynikająca z przemnożenia cen jednostkowych oraz wstępnie przyjętych ale zmienionych w stosunku do koncepcji programowej ilości, jest inna niż wyliczył to zamawiający w swoim budżecie.

W dalszej treści odwołania wskazywał, że w art. 7 ustawy Pzp zawarta jest fundamentalna zasada zamówień publicznych, która stanowi w ustępie 1, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości." Konkurencyjność polega natomiast na zaproponowaniu usługi za cenę niższą od pozostałych uczestników postępowania, przy zachowaniu wymogów dotyczących wydajności i jakości, jakiej wymaga od wykonawców zamawiający. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył dyspozycję powyższego przepisu z uwagi na to, że uszczerbku doznały zasady uczciwej konkurencji i tym samym działał na niekorzyść interesu publicznego, ponieważ jego obowiązkiem jest wybór najkorzystniejszej ze wszystkich złożonych ofert. Przejawia się to też w tym, że do oceny oferty odwołującego przyjął wskaźniki znane tylko sobie, nie uwzględnił wskazanych kalkulacji oraz dokonał porównania pewnych wartości w sposób nielogiczny (argumentacją w tym zakresie przedstawiona została w części

niejawnej odwołania).

Odwołujący nie kwestionował przy tym samej możliwości wezwania go do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów pozycji cenowych oferty w przypadku, gdy zamawiający posiada jakiekolwiek wątpliwości w tym przedmiocie, jednak nie jest to wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty, zwłaszcza gdy wyjaśnienia są spójne, jasne i poparte dowodami lub oświadczeniami stron w tym zakresie. Ponadto wskazał na orzeczenie KIO z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt: 1944/18, w którym Izba uznała, że: „Przesłanki określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp dotyczę całkowitej ceny oferty, a nie ceny jej części składowych". Skoro zatem cena globalna oferty nie spełniła jako taka przesłanek przewidzianych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający nie miał prawa jej odrzucić.

Odwołujący wskazywał, że przepis artykułu 90 ustawy Pzp stanowi o tym, kiedy i jakie elementy ceny ofertowej zamawiający ma prawo badać. Podstawę odrzucenia stanowi natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten zatem nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty w przypadku, gdy to poszczególne części składowe ceny wydają się zamawiającemu rażąco niskie. Przepis ten stanowi o cenie całościowej, globalnej. Zamawiający natomiast w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdza, że „(...) zaproponowane przez Oferenta ceny są cenami rażąco niskimi w zakresie istotnych części zamówienia jaką są roboty ziemne". Posługuje się więc on pojęciem „cen", podczas gdy nie jest to przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1392/18 wypowiedziała się w tej kwestii stwierdzając, że cytowany przepis jasno stanowi o tym, że składowe ceny nie mogą być podstawą odrzucenia oferty. Stanowczego podkreślenia wymaga także, iż wynagrodzenie przewidziane na gruncie niniejszego zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że Wykonawca nie może w trakcie realizacji zamówienia żądać jego podwyższenia. Takie stanowisko poparła KIO w wyroku z dnia 07.01.2019 r. (sygn. akt: 2640/18) uznając, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wskazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować, co do zasady, uznaniem całej ceny za rażąco niska i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 6.03.2001 r., sygn. akt: I ACa 1147/00 wskazuje, że „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego". Odwołujący, w wyjaśnieniach z dnia 24 lipca 2019 r. - w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa - załączył do wyjaśnień własną wewnętrzną kalkulację ceny („kosztorys").

Zamawiający - oprócz innych podstaw zawartych w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego - opiera swoją decyzję właśnie na kosztorysie. Ten z kolei nie był wymagany treścią dokumentacji przetargowej, a jednostkowe ceny w nim wskazane, nie powinny stanowić podstawy odrzucenia oferty odwołującego tak jak to uczynił zamawiający. Kalkulacja nie stanowiła bowiem treści oferty, a jedynie uszczegóławiała podane przez niego ceny. W konsekwencji oznacza to, że nawet gdyby poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegały od cen rynkowych i były zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac - czemu odwołujący stanowczo zaprzecza - to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający zdaje się nie zauważać celu, jakim jest realizacja zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj", a rozpoczyna niczym nieuzasadnioną analizę cen jednostkowych, nie posiadając i nie przedstawiając rzetelnego uzasadnienia dla ich rzekomej niepoprawności. Tymczasem, jak zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2588/17) co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Natomiast, ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. A zatem, przesłanką jej stosowania powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy. W sytuacji kiedy podczas wykonywania umowy rozliczenia zamawiającego i wykonawcy będą odbywały się na podstawie cen jednostkowych, z całą pewnością zamawiający powinien dokonać weryfikacji tych cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny. W sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego za całość przedmiotu umowy, ceny jednostkowe w zakresie rażąco niskiej ceny przestają mieć znaczenie. W świetle powyższego wyroku KIO, odwołujący przywołał postanowienia Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej „SWK"), na podstawie których będą rozliczane prace w ramach zawartej umowy i z których jasno wynika, że nie będą się one odbywały na podstawie cen jednostkowych. Na stronach 66 - 68 SWK znajduje się postanowienie o brzmieniu: „Przed rozpoczęciem Robót Stałych wykonawca jest zobowiązany

przedłożyć Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych (dalej „ZPRS") oparty o własne wyliczenia wykonawcy oparte na rozbiciu cen poszczególnych elementów rozliczeniowych, na podstawie Projektu budowlanego/ wykonawczego sporządzonego przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami zamawiającego. ZPRS obejmie przewidywane końcowe ilości poszczególnych asortymentów Robót Stałych, objętych opisem przedmiotu zamówienia, z przypisaną im ceną jednostkową, wycenionych jako wartości ryczałtowe tak, aby suma ich pokrywała odpowiednią część Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zawartą w Wykazie Płatności, z wyłączeniem wartości Dokumentów Wykonawcy i innych jego należności niezwiązanych z Robotami. ZPRS jest uszczegółowieniem Wykazu Płatności i będzie służył do celów oszacowania wartości i zaawansowania Robót Stałych. ZPRS nie będzie miał żadnego wpływu na Cenę Kontraktową należną na mocy Kontraktu i będzie podlegał zatwierdzeniu przez Inżyniera, które zawsze może zostać przez Inżyniera uchylone." Z powyższego wynikają następujące konkluzje: (i) ZPRS będzie wykonany w oparciu o wyliczenia własne, nie natomiast o wskazania wynikające z wyliczeń lub dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego; (ii) własne wyliczenia będą oparte o ceny jednostkowe na podstawie projektu budowlanego oraz wykonawczego, które zostaną wykonane przez wykonawcę zadania; (iii) końcowe ilości asortymentu objęte opisem przedmiotu zamówienia należy wskazać jako wartości ryczałtowe - a ich suma ma pokrywać odpowiednią część wynagrodzenia wykonawcy wskazaną w Wykazie płatności - który był elementem oferty; (iv) ZPRS nie będzie miał wpływu na Cenę Kontraktową. Błędnie zatem i w sposób nieuprawniony, zamawiający przypisuje cenom i jak należy domniemywać wartościom podanym w kosztorysie odwołującego charakter najistotniejszego elementu oferty. Sam zamawiający zdaje sobie sprawę - konstruując Warunki Kontraktu - że zarówno przedmiar robót, jak również ceny jednostkowe w kwocie nieprzekraczającej kwot ryczałtów wskazanych w Wykazie płatności, powstaną dopiero po zawarciu umowy oraz wykonaniu dokumentacji projektowej. Realizacja zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj" oznacza, że PFU przewiduje w istocie najważniejsze elementy zamówienia, ale stanowi on jedynie zabiór wytycznych. Wykonawca, składając ofertę, szacuje ją na podstawie dokumentów udostępnionych przez zamawiającego - na podstawie SIWZ i własnych kalkulacji - jest to więc jego ryzyko jak oszacuje wielkości potrzebne do realizacji inwestycji. PFU stanowi więc tylko zarys wymagań, szczególnie w zakresie obliczania ceny oferty - zawiera ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakie zamawiający chciałby uzyskać w wyniku realizacji robót. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Wykonawca ma zatem prawo do czynienia własnych założeń w przedmiocie wyboru sposobu wykonywania danych prac, w granicach określonych w SIWZ (PFU), a także szczegółowych rozwiązań techniczno-materiałowych. Odwołujący podkreślał, że istotą formuły „Zaprojektuj i wybuduj", z której skorzystał zamawiający, jest niejako obciążenie ewentualnym ryzykiem niedoszacowania (czemu odwołujący jednak zaprzecza) w przedmiocie danych pozycji oferty wykonawcy, gdyż to on dokonuje oszacowania planowanych przez siebie prac. Obowiązkiem odwołującego było więc skorzystanie z wytycznych zamawiającego i poczynienie własnych ustaleń w przedmiocie najistotniejszych punktów zamówienia. Działanie zamawiającego, którego dopuścił się na gruncie odrzucenia oferty odwołującego i jego próba narzucenia swoich wielkości, a także rodzajów materiałów jest wiec niedopuszczalna ponieważ przeczy tej formule i doprowadza do jej modyfikacji, a wiec i modyfikacji całego zamówienia. Zgodnie z SWK, dokumentacja projektowa - ZPRS zostanie sporządzony bezpośrednio przed rozpoczęciem robót. Ponadto ZPRS ma zostać sporządzony w oparciu o wyliczenia własne wykonawcy, przy uwzględnieniu wymagań Zamawiającego. Dopiero ZPRS ma być uszczegółowieniem wykazu płatności składanego przez wykonawcę wraz z ofertą i ma służyć oszacowaniu wartości i zaawansowania robót.

Dalej odwołujący wywodził, że zamawiający w piśmie argumentującym przyczyny odrzucenia powołuje się również na ceny zawarte w założeniach wg wydawnictwa Sekocenbud za II kwartał 2019 r. i na tej podstawie uznaje, że kalkulacje poczynione przez odwołującego w kosztorysie są nierealne i rażąco niskie. Odnosząc się do argumentacji zamawiającego odwołujący podkreślał, iż ceny przewidziane przez wydawnictwo Sekocendub nie mogą być traktowane przez zamawiającego jako wiążące. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2018 r. (sygn. akt: KIO 1589/18) w którym Izba uznała, że „w zakresie zastosowania cennika Sekocenbudu, jak powszechnie wiadomo, ceny wskazywane w tej publikacji i ceny oferowane przez wykonawców zamawiającym znacząco się różnią, więc nie mogą być porównywane bezpośrednio. Należy zgodzić się z odwołującym, że ww. wydawnictwo nie ujmuje w wartości ofert obniżek cen następujących w wyniku długoletniej współpracy stron, nabywania wolumenów zakupowych na potrzeby kliku kontraktów, czy też siły negocjacyjnej partnerów. Wydawnictwo to nie wskazuje także katalogu nakładów rzeczowych podlegających wycenie w ramach prezentacji danej stawki jednostkowej. Nie zmienia to jednak faktu, że publikacja ta zbiera informacje z rynku budowlanego i może być pewnym wyznacznikiem, ale nie powinna stanowić jedynego punktu odniesienia. Dotyczy to w szczególności sytuacji gdy istnieje różnica pomiędzy cenami tam wskazywanymi a cenami zaoferowanym przez wykonawcę na potrzeby konkretnego przetargu. Jeśli różnica ta istnieje, to zdaniem Izby, nie można przesądzić, że oferowane przez wykonawcę stawki należy ocenić jako zaniżone. Szczególnie, że w przypadku kontraktów infrastrukturalnych nie bez znaczenia pozostaje skala i lokalizacja inwestycji drogowej, rodzaj

użytych mieszanek z uwagi na kategorię ruchu drogi, czy też rodzaj zastosowanego asfaltu". Powyższe świadczy o tym, że stawki wskazywane przez wydawnictwo Sekocenbud nie mogą stanowić racjonalnej i rzetelnej wykładni w przedmiocie oceniania cen jednostkowych zaproponowanych przez wykonawców. Mogą stanowić one każdorazowo jedynie niejako wskazówkę dla zamawiającego, często przy oszacowywaniu wartości budżetu zamawiającego, ale w żadnym razie nie mogą służyć do weryfikacji racjonalności przyjętych cen jednostkowych przez wykonawców. W szczególności rzekoma różnica cen jednostkowych wykazywana przez zamawiającego właśnie przy pomocy cen z Sekocenbud nie może stanowić rzetelnego argumentu na odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący przytoczył również tezy zawarte w następujących orzeczeniach KIO: wyroku KIO z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 895/18; wyroku KIO z dnia 9 marca 2018 r., sygn. akt. KIO 343/18; wyroku KIO z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1116/17.

Zwrócił uwagę, że odrzucenie jego oferty nastąpiło zasadniczo po przedstawieniu przez niego na potrzeby wyjaśnienia składowych cen oferty na wezwanie zamawiającego - kosztorysu. Zamawiający dopatrzył się w kosztorysie zaniżenia proponowanych cen w odniesieniu do cen przedstawionych wg wydawnictwa Sekocenbud. Pomimo, że odwołujący przedstawił w składanych przez siebie wyjaśnieniach rozbudowaną argumentację odnośnie kwestii, o które pytał go zamawiający to w piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdza, że brak jest dowodów na potwierdzenie wyjaśnianych przez odwołującego okoliczności. Odwołujący nie zgadza się z tak postawioną tezą. Co zostanie wykazane w części niejawnej odwołania, odwołujący przedstawił szereg dowodów wskazujących na kalkulację ceny - były to zarówno oferty dostawców materiałów, umowa z projektantem, ale również wyliczenia własne poparte dokumentami. Co wymaga w tym kontekście podkreślenia pojęcie dowodu na gruncie ustawy Pzp nie zawsze sprowadza się do pojęcia dokumentu. Takie wnioski płyną również ze stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „UZP") zaprezentowanego w piśmie pt. Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r., w którym zauważono, że: „Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy". Nie sposób się z tym stanowiskiem nie zgodzić. Pomimo daty pisma UZP, zachowuje ono swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego. Wskazuje na to okoliczność, że w swoich wyrokach KIO niejednokrotnie się na nie powołuje (tak np. w wyroku KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 431/17; uchwale KIO z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt KIO/KU 40/14). W tym kontekście zwrócił również uwagę na tezy zawarte w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 132/15, w myśl których „Jeżeli okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy".

W dalszej części odwołania odwołujący zwracał uwagę, że w treści informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający wielokrotnie odwołuje się do przedmiarów z Koncepcji Programowej Twierdzi, iż na podstawie danych tam zawartych oraz na podstawie przedmiarów stwierdził, że poszczególne wartości pozycji kosztorysowych są zaniżone w ofercie odwołującego. Odwołujący podkreśla, że Koncepcja programowa - zgodnie z twierdzeniami samego zamawiającego nie ma w całości charakteru wiążącego, nie znajdywały się w niej przedmiary robót. Tym samym wykonawca nie dysponował danymi w zakresie jednostek, na które powołuje się zamawiający, ani na etapie przygotowania oferty, ani na etapie wyjaśnień - zamawiający bowiem nie udostępnił tych danych w całym toku trwania postępowania. Istotą Koncepcji programowej, udostępnionej przez zamawiającego jest to, że wykonawca, który składa ofertę, może (choć z uwagi na niewiążący co do zasady charakter tego dokumentu - nie musi) skorzystać z zaproponowanych w niej założeń i rozwiązań, aby móc w przybliżeniu oszacować cenę składanej przez siebie oferty. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie udostępnił wykonawcom przedmiaru robót do Koncepcji programowej - odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 29 marca 2019 r. (pytania nr 1 i nr 3). Natomiast w piśmie z dnia 13 września 2019 r. zamawiający odnosi się następczo do założeń zawartych w Koncepcji programowej, która była dokumentem niewiążącym, a także do przedmiaru - który był znany tylko jemu jako wewnętrzny dokument. Odwołujący natomiast z oczywistego względu bazował jedynie na dokumentach, które zostały udostępnione wykonawcom oraz jako profesjonalista w swojej branży konstruował ofertę rzetelnie opierając się na własnych założeniach opartych o wymagania zamawiającego. Odwołujący nie kwestionuje przy tym, że pewne elementy zawarte w Koncepcji programowej były dla wykonawców wiążące i zamawiający wprost wskazywał, które - PFU, pkt 1.2, w szczególności akapit na str. 39 zaczynający się od słów „Materiały przekazane w TOM-ie V SIWZ w zakresie niewymienionym powyżej (...)", Odwołujący więc wziął elementy obligatoryjne pod uwagę przy konstruowaniu swojej oferty, natomiast elementy fakultatywne w części, które nie odpowiadały jego założeniom, pominął. Zdaniem odwołującego,

zamawiający wykazuje się swoistą niekonsekwencją we własnych działaniach, ponieważ z jednej strony nie udostępnił wykonawcom przedmiaru, a następnie argumentując przyczyny odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że wielkości znane tylko jemu (zawarte w przedmiarze jak może wobec braku tych danych jedynie zakładać odwołujący) w połączeniu ze stawkami bazowymi wydawnictwa Sekocenbud stanowią prawidłową kalkulację oferty. Powołując się więc na kwoty zaczerpnięte z wyjaśnień odwołującego we wszystkich trzech punktach stanowiących podstawę odrzucenia oferty razem z ustalonymi według niego cenami rynkowymi, porównuje dwie, w istocie nieporównywalne ze sobą wielkości.

Zdaniem odwołującego jedynym, racjonalnym co do zasady, schematem działania ze strony zamawiającego, byłaby próba dokonania wyliczenia oparta na cenach oraz ilościach zaproponowanych materiałów wraz z rozwiązaniami przez odwołującego. Tylko wtedy zamawiający mógłby podjąć próbę dowiedzenia, czy i w jakiej ewentualnie skali można mówić o rażąco niskiej cenie na gruncie oferty odwołującego. I to także jest jedynie założeniem, gdyż powyższe mogłoby wypełnić się jedynie w sytuacji, gdyby zamawiający dysponował argumentacją obalającą stawki odwołującego. Odnosząc się bowiem do argumentacji sporządzonej na podstawie cenników Sekocenbud, tak się jednak nie stało. Zamawiający nie podjął się budowania argumentacji w oparciu o wskazany schemat, mając pełną świadomość, że pozorna przesłanka rażąco niskiej ceny nie uzyskałaby skali, której zamawiający użył jako chybionego uzasadnienia w informacji o odrzuceniu oferty. Ponadto ilości zaczerpnięte przez zamawiającego z przedmiaru, który nie był udostępniony wykonawcom, nie powinny być w ogóle brane pod uwagę, gdyż w formule „Zaprojektuj i buduj" to do wykonawcy należy decyzja o sposobie realizacji zamówienia w granicach określonych w PFU, o ile tylko spełnia on założenia i cel zamawiającego określony w SIWZ. Zamawiający nie wymagał żadnych konkretnych ilości w tym względzie w dokumentacji przetargowej - tym bardziej nie zrozumiałe jest dlaczego na etapie badania oferty odwołującego posługuje się znanymi tylko sobie wielkościami (wyliczonymi na podstawie koncepcji która jest jego wstępnym założeniem które sam określił że nie wiążą wykonawców poza ściśle określonymi parametrami) i na ich podstawie dokonuje oceny oferty.

Co należy wyraźnie zdaniem odwołującego podkreślić, to fakt, iż zamawiający podjął się uzasadnienia rzekomo rażąco niskich stawek jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę w sposób, który ocenić można jako nadzwyczaj „karkołomny". Swoje uzasadnienie w tym zakresie zawarł w części niejawnej odwołania, w której odniósł się szczegółowo do argumentacji zamawiającego w zakresie poszczególnych cen jednostkowych zaproponowanych w ofercie odwołującego, które zamawiający uznał za rażąco niskie.

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie w sprawie o sygn. akt KIO 1895/19 (dalej „odwołujący" lub „Konsorcjum NDI"). Odwołujący podniósł niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na:

1) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia (w tym przedstawienia dowodów) dotyczących wyliczenia tych cen jednostkowych, które w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie;

2) braku wyczerpującego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz sformułowaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób niepełny, lakoniczny i nie odnoszący się ani do konkretnej treści wezwań skierowanych przez zamawiającego, ani do konkretnych złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów;

3) odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnosząc odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz załączonych do nich dowodów i zaniechanie wezwania odwołującego do: wyjaśnienia (w tym przedstawienia dowodów) dotyczących wyliczenia tych cen jednostkowych, które zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji pozbawienie odwołującego prawa do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi że te konkretne ceny jednostkowe nie są cenami

rażąco niskimi oraz podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wyłącznie w oparciu o nie wyartykułowane w wezwaniach wątpliwości co do realności tych konkretnych cen jednostkowych, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wyczerpującego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego prowadzącej do uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób niepełny, lakoniczny i nie odnoszący się ani do konkretnej treści wezwań skierowanych przez zamawiającego, ani do konkretnych złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie

oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty odwołującego, jak i ceny jednostkowe wymienione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej.

Odwołujący, wskazując powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania ponownej oceny oferty odwołującego, a także ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia tych cen jednostkowych, które w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 13 września 2019 r. zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie.

Uzasadniając powyższe odwołujący podnosił, że zamawiający nie przeprowadził rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i dokonał błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz załączonych do nich dowodów. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach konsekwentnie wskazuje, że „obowiązek wykonawcy wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) powiązany jest z obowiązkiem wskazania przez zamawiającego jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W oparciu o tak skonstruowane żądanie można obiektywnie oczekiwać, iż wykonawca będzie w stanie złożyć dowody dotyczące wyliczenia ceny, które pozwolą zamawiającemu na weryfikację pozytywną kalkulacji wykonawcy. W orzecznictwie wskazuje się również na zasadność ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia, jeżeli pierwsze wezwanie zamawiającego nie pozwalało ustalić oczekiwanego ich zakresu (tak wyrok KIO z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1602/17 i KIO 1614/17). Uzupełniająco należy również zauważyć, że nie jest wystarczającym wskazanie, że cena wydaje się rażąco niska i pozostawienie wykonawcy w niejasnej sytuacji, co do intencji i oczekiwań zamawiającego. Skoro oczekiwanym jest wykazanie przed zamawiającym, iż jego obawy są bezpodstawne, to należy również oczekiwać od zamawiającego, iż ten sprecyzuje jakie elementy budzą jego wątpliwości co do możliwości ich wykonania w kontekście złożonej oferty" (tak KIO w wyroku z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 718/18). Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy należy zwrócić uwagę na treść wezwań sformułowaną przez zamawiającego oraz odpowiadające tym wezwaniom wyjaśnienia złożone przez odwołującego (wraz z dowodami).

Pismem z dnia 5 lipca 2019 r. zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W treści wezwania wskazano, że „wątpliwości Zamawiającego wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne, poniżej wymienione elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny". Poza wyrażoną w wezwaniu wątpliwością co do realności ceny całkowitej oferty, zamawiający sprecyzował kilkadziesiąt numerowanych elementów, które w jego ocenie wymagały szczególnego wyjaśnienia. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Konsorcjum NDI złożyło obszerne wyjaśnienia zgodne z treścią wezwania. Wyjaśnienia dotyczyły zarówno realności ceny całkowitej oferty, jak i odpowiedzi na numerowane pytania zamawiającego. Na potwierdzenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską odwołujący przedłożył także szereg dowodów, w tym m.in. harmonogramy, tabele obrazujące koszty robót w konkretnych branżach (w tym ceny jednostkowe) oraz koszty materiałów, tabele wskazujące przyjęte rozwiązania projektowe, niweletę, plan sytuacyjny oraz oferty podwykonawców, usługodawców i dostawców. W kolejnych wezwaniach z dnia 8 sierpnia 2019 r. i 30 sierpnia 2019 r. zamawiający formułował dalsze konkretne numerowane pytania, w tym odnoszące się

do uprzednio udzielonych przez odwołującego wyjaśnień. Odwołujący w odpowiedzi na ww. kolejne wezwania udzielił stosownych wyjaśnień, odpowiadając na wszystkie pytania zamawiającego i przedkładając kolejne żądane przez zamawiającego dowody, w tym m.in. ofertę biura projektowego, tabelę obrazującą zestawienie kosztów ogólnych, zestawienia obrazujące założone wzmocnienia podłoża, tabele obrazujące ceny jednostkowe robót i ceny jednostkowe kolizji, bilans robót ziemnych wraz ze wzmocnieniami, zestawienia zasobów sprzętowych i środków transportowych niezbędnych do realizacji zamówienia. Pomimo tego zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego ocena działań zamawiającego dokonywana przez pryzmat treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty prowadzi do uznania, że zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz załączonych do nich dowodów. W uzasadnieniu tym czytamy, że „Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedłożyć przekonujące dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanych zamawiającemu wyjaśnieniach nie wskazał dokładnie jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wyżej wymienionych cen dotyczących istotnych części zamówienia jaką są roboty ziemne". Poza tak ogólnikowym sformułowaniem zamawiający w ogóle nie odniósł się ani do któregokolwiek z elementów wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, ani do któregokolwiek z szeregu dowodów załączonych do tych wyjaśnień i potwierdzających, że cena oferty odwołującego jest ceną realną i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Tymczasem wyjaśnienia Konsorcjum NDI zawierały informacje i dowody, które zamawiający mógł ocenić i powinien się do nich odnieść. Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty jest w tym zakresie obarczone brakami o takim charakterze, że nie spełnia ono wymogów należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący przywoływał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazywała na obowiązek zamawiającego _przedstawiania uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełna wiedze na temat przyczyn wykluczenia, czy odrzucenia oferty (tak w wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 4/13; wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 669/18). Zamawiający, w ocenie odwołującego, w treści informacji o odrzuceniu oferty z dnia 13 września 2019 r. nie zawarł właściwego, wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego zarówno w zakresie dokonanej oceny wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, jak i w zakresie dokonanej oceny oferty jako zawierającej rażąco niską ceną. Pomimo przedstawienia przez odwołującego obszernych wyjaśnień i licznych dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny oferty, Zamawiający w ogóle nie wskazał, jakie elementy wyjaśnień uznał za nieprzekonujące i nie podał, dlaczego odmówił wiarygodności dowodom złożonym w trakcie postępowania wyjaśniającego lub chociaż które z nich ocenił jako niewiarygodne czy też jakich dowodów oczekiwał ponad te, które zostały mu przedstawione. Uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zostało sformułowane w sposób niepełny, lakoniczny i nie odnoszący się ani do konkretnej treści wezwań skierowanych przez zamawiającego, ani do konkretnych złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający z jednej strony w ogóle nie zakwestionował realności ceny całkowitej oferty odwołującego, a z drugiej strony wskazał siedem wybranych przez siebie cen jednostkowych z zakresu robót ziemnych, ocenił je jako rażąco niskie i arbitralnie stwierdził, że przesądza to o rażąco niskiej cenie w zakresie istotnej części zamówienia (roboty ziemne). Tymczasem w treści wezwań skierowanych do odwołującego zamawiający w ogóle nie wskazywał, że te konkretne ceny jednostkowe (podane przez odwołującego nie w samej ofercie, lecz w ramach udzielanych wyjaśnień) budzą jego wątpliwości i że wymaga on, aby odwołujący przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi, że te konkretne ceny jednostkowe są cenami realnymi i rynkowymi. Zamawiający wymagał jedynie, aby odwołujący te ceny wskazał oraz aby podał jakie przyjął założenia do ich kalkulacji. Odwołujący udzielił zatem odpowiedzi zgodnie z treścią pytań zadanych przez zamawiającego. Z treści wezwań w ogóle nie wynikało natomiast, że zamawiający ocenia ww. ceny jednostkowe jako ceny rażąco niskie. Wysokość cen uznawanych przez zamawiającego jako ceny rynkowe, pochodzących z wydawnictwa Sekocenbud oraz bliżej nieokreślonych „kalkulacji kosztorysowych", Zamawiający wskazał dopiero w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty-nie podawał ich jednak jako punktu odniesienia na etapie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty odwołującego. Zwracał uwagę na to, że w treści pisma z dnia 5 lipca 2019 r., w którym zamawiający po raz pierwszy wezwał odwołującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, uzasadniając skierowanie tego wezwania zamawiający odniósł wyłącznie cenę całkowitą oferty odwołującego do średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Jak jednak wynika z decyzji o odrzuceniu oferty, po otrzymaniu wyjaśnień wraz z dowodami, zamawiający nie miał wątpliwości, że cena całkowita oferty Konsorcjum NDI nie jest ceną rażąco niską, skoro wyraźnie podał, że podstawą odrzucenia oferty były tylko wybrane ceny jednostkowe, a nie cena całkowita. Pomimo zakwestionowana ww. cen jednostkowych, zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty nie odniósł tych cen ani do cen wynikających z kosztorysu inwestorskiego, ani do cen przyjętych w ofertach pozostałych wykonawców w niniejszym postępowaniu, lecz

wyłącznie do czysto teoretycznych wartości wynikających z wydawnictwa Sekocenbud. 5koro zamawiający na etapie składania ofert w ogóle nie wymagał, aby pozycję Wykazu płatności pn. „Roboty" rozbijać na mniejsze elementy, a już tym bardziej aby wskazywać konkretne ceny jednostkowe za konkretne roboty, to jeżeli zamierzał badać realność cen jednostkowych przyjętych przez odwołującego, to postępowanie wyjaśniające przeprowadzone w sposób należyty wymagało zbadania, jakie ceny jednostkowe w tych pozycjach ustalili poszczególni wykonawcy (poza odwołującym), gdyż dopiero wówczas zamawiający miałby pełen obraz i punkt odniesienia do oceny, czy ceny jednostkowe odwołującego są zaniżone czy też są na poziomie rynkowym. Zamawiający zaniechał jednak rzetelnego badania w tym zakresie. Zamawiający nie zbadał także (a przynajmniej nie wynika to z uzasadnienia odrzucenia oferty), jaki wpływ te sporne ceny jednostkowe mają na całkowitą cenę ofertową odwołującego w świetle wszystkich złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów.

Odwołujący podkreślał, że przy cenie ryczałtowej ryzyko ewentualnego błędu obciąża wykonawcę. Powyższa konstatacja nie oznacza, że przy cenie ryczałtowej zamawiający nie może badać określonego, jednego z wielu elementów ceny-jednak wykonawca powinien być wprost zapytany o element, budzący wątpliwości zamawiającego, a ocena wyliczenia ceny jednostkowej i jej wpływu na stwierdzenie rażąco niskiej ceny całej oferty powinna być badana przez pryzmat okoliczności danej sprawy, tj. m.in. ze względu na wycenę innych pozycji oraz całokształt informacji podanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach (tak KIO w wyroku z dnia 08 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 515/19). Jak wskazała Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 1 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 852/18) okoliczność, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art 90 ust. 2 ustawy Pzp), nie zwalnia zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy. Izba zwracał uwagę, że nie można uznać za prawidłowego działania zamawiającego, który sformułował lakoniczne wezwanie w ww. zakresie, podejmując następnie decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie swoich oczekiwań, które nie zostały wyartykułowane w treści wezwań wystosowanych do wykonawcy.

Odwołujący stwierdzał, że uznać należy, że dokonana przez zamawiającego ocena spornych cen jednostkowych jako cen rażąco niskich była błędna. Co jednak równie istotnie w niniejszej sprawie, ta błędna ocena zamawiającego nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w wezwaniach w ogóle nie wskazał, iż realność tych konkretnych cen budzi jego wątpliwości i tym samym pozbawił odwołującego prawa do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że ceny ta nie są cenami rażąco niskimi. Stanowi to także o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie cen jednostkowych uzasadniających w jego ocenie odrzucenie oferty odwołującego. Wynikający z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i spoczywający na wykonawcy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - nie oznacza, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest wyjaśnienie każdego elementu mającego wpływ na cenę oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego w zakresie jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień. Wobec tego zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy, tak aby ten wiedział, który konkretny element ceny należy wyjaśnić i jakimi dowodami należy się posłużyć, aby wykazać realność zaoferowanej ceny (por. wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 710/18). Jeżeli w świetle dokonanych wezwań i otrzymanych wyjaśnień zamawiający miał wątpliwości, czy sporne ceny jednostkowe są cenami realnymi i rynkowymi, to powinien skierować do odwołującego kolejne wezwanie, w którym wyraźnie i precyzyjnie wyartykułuje zakres żądanych wyjaśnień. Takiej czynności jednak zamawiający zaniechał, a w konsekwencji naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Możliwość, jak i obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie miało ogólny charakter, w szczególności było odzwierciedleniem przepisów ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty odwołującego, jak i ceny jednostkowe wymienione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej. Zwrócił uwagę na fakt, że cena oferty odwołującego wynosi 393 213 059,82 zł. brutto, natomiast wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim to 450 980 941,11 zł. brutto, a wysokość środków, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 471 166 092,72 zł. brutto. Co za tym idzie, cena całkowita oferty odwołującego odpowiada 87,19% wartości zamówienia i jednocześnie opiewa na kwotę stanowiącą 83,46% tzw. budżetu zamawiającego (w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku). Jednocześnie, odnosząc powyższe do średniej arytmetycznej cen wszystkich

złożonych ofert która wynosi 501 675 711,10 zł brutto, dostrzec należy, że cena oferty odwołującego jest jedynie o niecałe 22% niższa od tej średniej. Druga najtańsza oferta po ofercie odwołującego, tj. oferta Mostostal opiewa na kwotę 429 819 506,35 zł., a zatem cena odwołującego jest jedynie o ok. 8,5% niższa od drugiej w kolejności ceny zaoferowanej w postępowaniu. Z powyższych wartości wynika przede wszystkim to, że w odniesieniu do ceny oferty Konsorcjum NDI nie było podstaw do obligatoryjnego wezwania do złożenia wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. la pkt 1 ustawy Pzp. Za niezmiernie istotną okoliczność, jaką należy uwzględnić przy dokonywaniu oceny, czy cena oferty Konsorcjum NDI wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej czy też jest ceną realną i rynkową, jest charakter wynagrodzenia wykonawcy ustalony w niniejszym postępowaniu. W Tomie IV SIWZ, obejmującym m.in. dokument zatytułowany „Opis sposobu obliczenia ceny", Zamawiający ustalił, że „Cena Oferty jest ceną ryczałtowa i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności". Zgodnie z tezą zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 93/16) „przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy)". Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia". Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego zupełnie pominął fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zarówno charakter tego wynagrodzenia, jak i fakt, że zamawiający nie wymagał rozbicia pozycji „Roboty" w Wykazie płatności, lecz oczekiwał wyłącznie wskazania łącznej ceny za wszystkie roboty objęte przedmiotem zamówienia, prowadzi do wniosku, że co do zasady wysokość danej ceny jednostkowej nie może przesądzać o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Należy zaznaczyć, że zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zakwestionował przecież w ogóle ceny całkowitej zaoferowanej przez Konsorcjum NDI. Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego w niniejszym postępowaniu powoduje, że wykonawcy (w tym również Konsorcjum NDI) mają pewną swobodę w kalkulowaniu poszczególnych pozycji. W ramach tej swobody niższe ceny jednostkowe w części pozycji wykonawcy mogą zrekompensować wyższymi cenami jednostkowymi w innych pozycjach - ostatecznie bowiem całkowity koszt realizacji zamówienia i tak zostanie pokryty w ramach łącznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, które jako całość ma odzwierciedlać koszty poniesione przez wykonawcę i uwzględniać założony zysk. Należy bowiem podkreślić, że „przy cenie ryczałtowej wycena poszczególnych elementów robót nie musi stanowić odpowiednika jakiejś wysokości średniej cen wskazanych w innych ofertach i niczego w tym zakresie nie dowodzi. Żaden przepis ustawy nie określa wymogu odnośnie poziomu cen składowych w stosunku do średnich cen składowych wszystkich złożonych ofert. Każdy wykonawca ma prawo indywidualnie kalkulować poszczególne elementy oferty, w szczególności w przypadku ceny ryczałtowej" (tak KIO w wyroku z 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2007/16). Nawet jeżeli zamawiający uznał, że 7 (siedem) cen jednostkowych wskazanych przez odwołującego (co istotne - nie w samej ofercie, gdyż nie było to wymagane, lecz dopiero na etapie wyjaśnień) nosi znamiona cen rażąco niskich, to takich twierdzeń i takiej oceny o rzekomym rażącym zaniżeniu tych konkretnych cen jednostkowych w ogóle nie powiązał z ceną całkowitą oferty - a tej przecież nie zakwestionował. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla w swoich orzeczeniach, że „przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niska i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp" (wyrok KIO z dnia 07 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2640/18).

Ceny jednostkowe zakwestionowane przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty nie mogą być uznane za rażąco niskie w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp także z tego powodu, że niniejsze postępowanie zostało ogłoszone przez zamawiającego w formule „zaprojektuj i wybuduj". W tak przyjętej formule realizacji jest już regułą, iż oferty poszczególnych wykonawców znacznie się od siebie różnią, także w zakresie poszczególnych cen jednostkowych. Nawet znaczne różnice w tym zakresie pomiędzy ofertami nie oznaczają, że oferty zawierające najniższe ceny kwalifikują się jako rażąco niskie. Co więcej, w formule realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj" nie można mówić o generalnym pojęciu „rażąco niskiej ceny", mającym jednakowe zastosowanie do wszystkich wykonawców. Pojęcie to winno być odniesione do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia i tak zaproponowane rozwiązanie winno podlegać weryfikacji pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny takich kosztów (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1185/15).

Jak zauważył odwołujący zamawiający ocenił wskazane przez siebie ceny jednostkowe

jako rażąco niskie odnosząc je wyłącznie do cen „wg wydawnictwa Sekocenbud za II kwartał 2019 roku" oraz na podstawie bliżej nieokreślonych „kalkulacji kosztorysowych". Z całą stanowczością należy stwierdzić, że ocena realności przyjętych przez odwołującego cen jednostkowych nie może być dokonywana w oparciu o ceny z wydawnictwa Sekocenbud, a już na pewno nie może to być jedyny punkt odniesienia przy dokonywaniu tej oceny. Wartości z niego wynikające nie są miarodajne dla stwierdzenia, czy konkretna cena ofertowa jest ceną realną. Szacując poziom cen dla danej inwestycji wykonawcy nie opierają się bowiem na kalkulacji oraz czysto teoretycznych danych z Sekocenbudu, jak to czyni zamawiający, lecz na twardych wyliczeniach i aktualnej sytuacji na rynku. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „co do zastosowania cennika Sekocenbud - jest wiadome w branży, że ceny wskazywane w tej publikacji i ceny oferowane przez wykonawców zamawiającym znacząco się różnią, więc nie mogą być porównywane bezpośrednio. Nie zmienia to jednak faktu, że publikacja ta zbiera informacje z rynku budowlanego i choć nie jest niczym niezwykłym duża różnica pomiędzy cenami tam wskazywanymi jako minimalne a oferowanymi, to jeśli jednak różnica ta wynosi wielokrotność stawki, to jest zrozumiałe, że oferowane stawki można ocenić jako zaniżone, jak zrobił to zamawiający" (tak KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2507/17). W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z różnicami na poziomie wielokrotności stawki, różnice te są znacznie mniejsze. Dodatkowo zamawiający odnosił ceny odwołującego do średnich cen z Sekocenbud, a nie próbował nawet odnosić ich do cen minimalnych. Porównanie, które zamawiający uczynił w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty z cenami z Sekocenbud jest całkowicie nietrafione. Ceny wskazane w wyjaśnieniach przez odwołującego za pozycje kwestionowane przez zamawiającego to wyłącznie koszty bezpośrednie wykonania danej pozycji, natomiast koszty, które zamawiający wskazał opierając się na Sekocenbud to jest suma kosztów, w które wchodzą nie tylko koszty bezpośrednie, ale także koszty pośrednie, koszty zakupu materiału oraz zysk. Wartości przyjęte przez zamawiającego są zatem kompletnie nieporównywalne z cenami podanymi przez odwołującego w wyjaśnieniach. Co znamienne, zamawiający nie odniósł cen jednostkowych przyjętych przez odwołującego ani do wartości podanych w kosztorysie inwestorskim, ani do cen jednostkowych przyjętych przez pozostałych wykonawców. Poprzestał jedynie na błędnym metodologicznie odniesieniu tych cen wyłącznie do wartości wynikających z Sekocenbud i bliżej niedookreślonych „kalkulacji kosztorysowych" (których w dodatku nie przedstawił i nie wyjaśnił). Wbrew twierdzeniom zamawiającego, ceny jednostkowe podane w ramach wyjaśnień przez odwołującego nie są cenami rażąco niskimi, lecz realnymi i możliwymi do uzyskania na rynku.

W dalszej części odwołania odwołujący odniósł się do poszczególnych cen zakwestionowanych przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty, zastrzegając swoją argumentację w przeważającej części jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający, w dniu 24 września 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1880/ 19 oraz KIO 1895/19, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 26 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozach, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1880/19, KIO 1895/19 po stronie zamawiającego. W dniu 27 września swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1880/19, KIO 1895/19 po stronie zamawiającego zgłosił także wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI Sp. z o.o., NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1880/19 po stronie odwołującego w dniu 27 września 2019 r.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył, w formie pisemnej, odpowiedź na odwołanie w połączonych sprawach KIO 1880/19, 1895/ 19, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako bezzasadnych.

Prezentując swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Mostostal (sygn. akt KIO 1880/19) wskazał, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że złożona przez odwołującego oferta jest ona niższa o 9% od wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto odniósł również cenę oferty odwołującego do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jest ona o 14% niższa od tej średniej. Przede wszystkim jednak zauważył, że oferta odwołującego kwotowo znacznie odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Zamawiający nie podziela tezy odwołującego dotyczącej braku możliwości traktowania

cen przewidzianych w wydawnictwie Sekocenbud jako punktu wyjścia do analizy zamawiającego czy cena zaproponowana przez wykonawcę jest realna. Ceny te są powszechną podstawą do sporządzania kosztorysów, są dostępne w branży i odzwierciedlają aktualne ceny rynkowe. Wydawnictwo to gromadzi, przetwarza i publikuje informacje o cenach w budownictwie. Jeżeli w istocie jest tak, że wykonawca posiada jakieś nieuwzględnione w w/w publikacji rabaty lub istnieją inne okoliczności wpływające na możliwość osiągnięcia przez niego ceny korzystniejszej, winien to wykazać w wyjaśnieniach udzielanych zamawiającemu. Zamawiający wbrew twierdzeniom nie odnosi się do pozycji, w których kluczową rolę odgrywa koszt zakupu materiałów, w tym mieszanek mineralno - asfaltowych lub asfaltu. Ponadto Zamawiający pismem z dnia 05 lipca 2019 r. zobowiązał odwołującego do przedstawienia w treści wyjaśnień sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, • rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Niezrozumiałym jest zatem stwierdzenie odwołującego przekazane w odwołaniu, jakoby zamawiający porównywał koszty odwołującego, które nie zawierają narzutów z cenami z Sekocenbudu, które takie narzuty zawierają.

Odwołujący złożył ofertę na cenę 429 819 506,55 zł. brutto. Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty odwołującego, gdyż jest ona niższa o 20 180 493,45 zł. od ceny kolejnej oferty a także o 71 856 204,57 zł od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zdaniem zamawiającego powzięte wątpliwości, czy zaoferowana cena złożona przez dwóch spośród dwunastu wykonawców gwarantuje należyte wykonanie, są jak najbardziej uzasadnione. Zamawiający boryka się z dużymi problemami dotyczącymi wykonawców, którzy mimo zapewnień na etapie oceny ofert, że ich oferty zostały skalkulowane prawidłowo i uwzględniały wszelkie ryzyka, obecnie nie są w stanie realizować zamówień. Niniejsze zamówienie będzie dofinansowane ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, zamawiający wobec tego szczególnie wnikliwie i z wielką ostrożnością podszedł do weryfikacji ofert. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług. Argumentacja forsowana w odwołaniu, jakoby fakt iż oferta wykonawcy jest niższa od budżetu jaki przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o mniej niż 30%, powoduje, że cena nie może być uznana za rażąco niską nie znajduje oparcia ani w przepisach prawa ani w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Okoliczności związane z konkretnym zamówieniem, powodują, że w konkretnych stanach faktycznych zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę również, gdy ten procentowy stosunek jest niższy, a jedynie w przypadku osiągnięcia różnicy na poziomie 30% powstaje obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający de facto w każdym przypadku, jeżeli ma wątpliwości co do zaoferowanej ceny (lub jej części składowych), może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest oczywiste, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o mniej niż 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W konsekwencji pismem z dnia 5 lipca2019 r. w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, zaznaczając zarazem, iż złożone wyjaśnienia powinny przedstawiać „szczegółowe wyliczenia tub kalkulacje cenowe dla nw. elementów przedmiotu zamówienia, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny". Zamawiający w formie szczegółowych pytań jakich kwestii ' miały dotyczyć wyjaśnienia i przyjęte przez wykonawcę do wyceny założenia. Ponadto zamawiający w niniejszym piśmie wnosił także o podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie odwołujący wycenił w ofercie a także o przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej we wskazanych w pytaniach kwestiach, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Wobec powyższego należy zauważyć, że zamawiający przedstawił swoje intencje i oczekiwania wskazując wprost jakie elementy budzą jego wątpliwości. Z uwagi na fakt, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie wypełniały treści wezwania, gdyż były zbyt ogólne (brakowało kluczowych elementów istotnie wpływających na cenę m.in. stawek cenotwórczych, tj. kosztu roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów) a tym samym nie ukazywały wpływu szeregu okoliczności na cenę, zamawiający pismami z dnia 8 sierpnia 2019 r. oraz z dnia 30 sierpnia 2019 r. zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający zatem aż trzykrotnie kierował wezwania do odwołującego. W ocenie zamawiającego wezwania te były bardzo precyzyjne.

Zamawiający zainteresowany był uzyskaniem określonych informacji. Ponadto wychodząc naprzeciw odwołującemu, ale także po to aby mógł on rzetelnie przygotować swoje uzasadnienie, zamawiający każdorazowo przychylał się do wniosków o przedłużenie terminu na składanie wyjaśnień.

Według doktryny w przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Udzielone wyjaśnienia wraz ze stosownymi dowodami winny przekonać zamawiającego, iż oferta została opracowana w sposób rzetelny, zaproponowane rozwiązania spełniają wymogi określone przez zamawiającego, a cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający stoi na stanowisku, iż odwołujący powyższych rygorów nie spełnił.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej adekwatności złożonych wyjaśnień, w tym, w szczególności, przedłożonych kalkulacji, w stosunku do skierowanych przez zamawiającego wezwań, podnosił co następuje: wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i ust. la ustawy Pzp, a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja, ale tylko i wyłącznie w zakresie w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie wykonawcy. Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów

lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko wykonawcy.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, wskazać należy, iż roboty ziemne, zgodnie z informacją przekazaną przez odwołującego, miały być realizowane przy udziale podwykonawców. Koszty związane z wykonaniem robót ziemnych nie są zatem kosztami, które leżą po stronie odwołującego, lecz są zależne od cen zaoferowanych przez podwykonawców. Winny być zatem wykazane przez odwołującego dowodami innymi niż tylko własna kalkulacja.

W piśmie zawierającym informację o odrzuceniu oferty w uzasadnieniu faktycznym, zamawiający zawarł szczegółową analizę każdej zakwestionowanej pozycji, zestawiając ceny jednostkowe zaproponowane przez odwołującego z cenami, które zdaniem zamawiającego mają charakter rynkowy. Wskazano również powody uznania złożonych wyjaśnień za niewystarczające.

Zamawiający podnosi, iż przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, z powodów wskazanych powyżej, dało podstawę zamawiającemu do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący nie udowodnił, aby wykonanie zakwestionowanego przez zamawiającego zakresu zamówienia, a w konsekwencji całego zamówienia, było możliwe.

W dalszej części zamawiający odniósł się do argumentacji odwołującego dotyczącej poszczególnych cen jednostkowych, zawartej w części niejawnej odwołania.

Odpowiadając na zarzuty podniesione w odwołaniu, sformułowane przez Konsorcjum NDI (sygn. akt KIO 1895/19) zamawiający przedstawił swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W przypadku oferty tego wykonawcy zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że złożona przez niego oferta jest niższa o 17% od wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto zamawiający odniósł również cenę oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jest ona o 22% niższa od tej średniej. Przede wszystkim oferta ta kwotowo znacznie odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przetargowym.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie odniósł się do pierwszego z zarzutów, tj. nieprzeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego i zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia (w tym przedstawienia dowodów) dotyczących cen jednostkowych, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty. Wskazał, że w przedmiotowej sprawie aż trzykrotnie kierował wezwania do odwołującego. W jego ocenie wezwania te były bardzo precyzyjne. Bezspornym jest, iż obejmowały one zakres robót oraz cen, który ostatecznie został przez zamawiającego zakwestionowany i stanowił podstawę odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający zainteresowany był uzyskaniem określonych informacji. Ponadto wychodząc naprzeciw odwołującemu, ale także po to aby mógł on rzetelnie przygotować swoje uzasadnienie, zamawiający każdorazowo przychylał się do wniosków

o przedłużenie terminu na składanie wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według orzecznictwa, w przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Udzielone wyjaśnienia wraz ze stosownymi dowodami winny przekonać zamawiającego, iż oferta została opracowana w sposób rzetelny, zaproponowane rozwiązania spełniają wymogi określone przez zamawiającego, a cena oferty nie jest rażąco niska.

Jego zdaniem zebrany w sprawie materiał potwierdza, iż w odniesieniu do zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji cenowych dotyczących robót ziemnych, oprócz wyjaśnień i ofert dotyczących sprzedaży odwołującemu kruszywa, ten nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że wykonanie zamówienia jest możliwe w cenach jednostkowych podanych w złożonych wyjaśnieniach. Podkreślenia wymaga, iż w załączniku nr 9, odwołujący, w każdej pozycji wskazuje, iż podstawą udzielonych w toku postępowania przetargowego wyjaśnień była „kalkulacja własna NDI w oparciu o oferty". Żadne oferty (za wyjątkiem sprzedaży kruszywa), nie zostały przez odwołującego złożone. Jeżeli był w ich posiadaniu, winien je przedłożyć na etapie postępowania wyjaśniającego. Już z pierwszego, skierowanego do odwołującego wezwania wprost wynikało, że jest on zobowiązany przesłać wszelkie informacje i dowody, które uzna za istotne dla oceny sposobu obliczenia ceny zamówienia. Stawianie w opisanym stanie faktycznym zamawiającemu zarzuty zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień (w tym przedstawienia dowodów) dotyczących cen jednostkowych, jest bezpodstawne i zmierza do usprawiedliwienia faktu, ze odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu, który bez wątpienia leży po jego stronie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wyczerpującego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz nienależytego sformułowaniu uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, zamawiający podnosił, iż wbrew twierdzeniom odwołującego skierowane do odwołującego odrzucenie oferty spełniało wymogi określone w ustawie. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Skierowane do odwołującego pismo zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne.
W uzasadnieniu faktycznym, zamawiający zawarł szczegółową analizę każdej zakwestionowanej pozycji, zestawiając ceny jednostkowe zaproponowane przez odwołującego z cenami, które zdaniem zamawiającego mają charakter rynkowy. Wskazano również powody uznania złożonych wyjaśnień za niewystarczające. Z kolei w uzasadnieniu prawnym przytoczono podstawę prawną rozstrzygnięcia zamawiającego. Nie można zatem zgodzić się z odwołującym, iż sporządzone przez odwołującego pismo o odrzuceniu oferty nie daje możliwości poznania motywów decyzji zamawiającego.

W dalszej części zamawiający odniósł się do sposobu kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych, zaproponowanych w ofercie Konsorcjum NDI oraz argumentacji odwołującego zawartej w części odwołania, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na posiedzeniu w dniu 7 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., MIRBUD S.A. składają pismo procesowe w sprawach KIO 1880/19 i KIO 1895/19, w którym prezentują swoje stanowisko w sprawie.

Odwołujący w sprawie 1880/19 - Mostostal na rozprawie, w części niejawnej złożył pismo procesowe będące repliką na odpowiedź zamawiającego na odwołanie w zakresie części niejawnej (zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa), ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów na okoliczność, że przyjęte przez niego w ofercie ceny są cenami rynkowymi w postaci zestawienia prezentującego zawarte kontrakty z wykonawcami, w ramach których te roboty były wykonywane, załączając także zawarte umowy z podwykonawcami wskazując, iż jest to tajemnica przedsiębiorstwa; pisma GDDKiA Oddział w Rzeszowie z treści którego wynika, iż zamawiający w innym postępowaniu zaakceptował stawkę zawartą w umowie na poziomie, który określił wykonawca w złożonej ofercie.

Konsorcjum NDI, odwołujący w sprawie 1895/19 wniósł, na rozprawie, o przeprowadzenie dowodu w postaci informacji zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, gdzie prezentuje informacje na temat realizowanych inwestycji drogowych na terenie województwa zachodniopomorskiego na okoliczność, że zamawiający mógł w łatwy sposób dokonać porównania cen jednostkowych z prowadzonych robót z cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie odwołującego i na tej podstawie ustalić ich poziomy rynkowe. Na rozprawie z wyłączeniem jawności wnosił również o przeprowadzenie dowodów z umów i ofert na okoliczność potwierdzenia, że ceny przedstawione przez niego w ofercie, w zakresie który kwestionuje zamawiający, są ustalone na poziomie rynkowym tj. w oparciu o

przedstawione dokumenty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, zmianami do niej, treścią pytań i odpowiedzi do SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, w tym kosztorysów załączonych do ofert, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofertach Mostostal i Konsorcjum NDI, po zapoznaniu się z treścią odwołań, odpowiedzią zamawiającego na odwołania, pismami procesowymi złożonymi przez uczestnika postepowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w sprawach KIO 1880/19 i 1895/19, wnoszący przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i ubiegają się o zamówienie. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców Mostostal i Konsorcjum NDI, jako zawierające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdyby stawiane przez odwołujących zarzuty potwierdziły się, każdy z odwołujących się wykonawców, miałby szansę na wybór jego oferty i zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz ze zmianami, treści pytań do SIWZ oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień, treści ofert złożonych w postępowaniu, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami.

Izba pominęła dowody wnioskowane przez Mostostal na okoliczność, że przyjęte przez niego w ofercie ceny są cenami rynkowymi w postaci: zestawienia, prezentującego zawarte kontrakty z wykonawcami, w ramach których te roboty były wykonywane oraz wnioskowany przez Konsorcjum NDI wniosek o przeprowadzenie dowodów z treści umów i ofert na okoliczność potwierdzenia, że ceny przedstawione przez niego w ofercie, w zakresie który kwestionuje zamawiający, są ustalone na poziomie rynkowym tj. w oparciu o przedstawione dokumenty, jako że te winny być przedłożone w ramach postępowania wyjaśniającego i tylko jako takie mogły mieć znaczenie dla oceny decyzji zamawiającego.

Należy zauważyć, że w ramach postępowania odwoławczego ocenie Izby podlegają tylko czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym informacje i dowody przedstawiane przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego - celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty - a nie przedstawiane dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba oddaliła wniosek dowodowy wykonawcy Mostostal, dotyczący przeprowadzenia dowodu z treści pisma GDDKiA Oddział w Rzeszowie z treści którego wynika, iż zamawiający w innym postępowaniu zaakceptował stawkę zawartą w umowie na poziomie, który określił wykonawca w złożonej ofercie. Izba uznała, że dowód ten pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, nie było bowiem podstaw do przyjęcia, że zakres robót w obu postępowaniach był analogiczny, co ma istotne znaczenie przy kontraktach realizowanych w formule "zaprojektuj i wybuduj". Z uwagi na to, że wynagrodzenie w tym postępowaniu miało charakter ryczałtowy, dla oceny stawki jednostkowej konieczne jest uwzględnienie danego zakresu prac, z uwzględnieniem szerszej perspektywy, jaka może wynikać z faktu przyjęcia szczegółowych założeń projektowych i wyliczeń indywidualnych dostosowanych do propozycji wykonania prac.

Oddaleniu podlegał również wniosek złożony przez Konsorcjum NDI w postaci informacji zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, gdzie prezentuje informacje na temat realizowanych inwestycji drogowych na terenie województwa zachodniopomorskiego na okoliczność, że zamawiający mógł w łatwy sposób dokonać porównania cen jednostkowych z prowadzonych robót z cenami jednostkowymi zawartymi w ofercie odwołującego i na tej podstawie ustalić ich poziomy rynkowe. Dowód ten nie ma bowiem znaczenia dla oceny zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów. Izba poddaje bowiem ocenie wyjaśnienia

wykonawcy, składane w toku niniejszego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i budowa drogi S11 Koszalin-Szczecinek, odc. W. Koszalin Zachód (bez węzła) - w. Bobolice. Odcinek 3 węzeł Koszalin Południe (bez węzła) - węzeł Bobolice (z węzłem). Zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj".

Konsekwencją przyjęcia takiej formuły realizacji zamówienia było, że w formularzu ofertowym wykonawcy prezentowali cenę za całość zamówienia. Dodatkowo obowiązkiem wykonawców było przedłożenie „Wykazu płatności", w którym zamawiający dokonał podziału na trzy części składowe: (i) Wymagania ogólne - koszty ogólne (ryczałt), dokumenty wykonawcy (ryczałt), (iii) Roboty. Wszystkie te elementy miały charakter ryczałtowy, a zamawiający nie wymagał aby w pozycji „Roboty" wykonawcy dokonali podziału na mniejsze elementy. Po stronie wykonawców nie było również obowiązku składania szczegółowych kosztorysów.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w kosztorysie inwestorskim na kwotę 450 980 941,11 zł. brutto. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 14 czerwca 2019 r. cena zaproponowana w ofercie Mostostal wynosiła 429 819 506,55 zł., zaś Konsorcjum NDI za realizację zamówienia zaoferowało kwotę 393 213 059,82 zł.

W postępowaniu złożonych zostało dwanaście ofert. Zamawiający w ramach procedury odwróconej przystąpił do ich weryfikacji merytorycznej i skierował do każdego z odwołujących się wykonawców trzykrotnie wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływu na wysokość ceny ofertowej (zamawiający zwracał się do Mostostal i Konsorcjum NDI kierując do nich wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - pisma z 5 lipca 2019 r., z 8 sierpnia 2019 r. i z 30 sierpnia 2019 r.). Pismem z 5 lipca 2019 r. zamawiający wezwał Mostostal i Konsorcjum NDI, działając w oparciu o art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy złożone oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta zawiera wszystkie wymagania opisane w SIWZ. Wskazał w tych wezwaniach na brzmienie przepisu, a także uzasadnienie dla podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofertach, które zawierało się zasadniczo we wskazaniu poziomu różnicy ceny ofertowej, w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia, która w przypadku Mostostal była niższa o 9% od szacunkowej wartości, zaś w przypadku Konsorcjum NDI o 17%. Zamawiający odniósł także oferowane ceny do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (501 675 711,10 zł) stwierdzając, że oferta Mostostal jest niższa od średniej o 14% a NDI o 22%. Stwierdził, że fakt porównywania przez zamawiającego cen ofert tych wykonawców do innych ofert złożonych w postępowaniu wynika z orzecznictwa Sądów Okręgowych w tym zakresie. Wskazane różnice procentowe dają zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że oferty mogły zostać nienależycie skalkulowane a dodatkowo oferta może nie uwzględniać wszystkich wymagać opisanych w SIWZ. Wątpliwości, jego zdaniem, budzi nie tylko cena ogółem ale również trzy jej składowe elementy, wycenione w Wykazie płatności.

W dalszej części zamawiający zadał szczegółowe pytania do poszczególnych zakresów zamówienia, odnoszące się zarówno do sposobu jego realizacji przez wykonawców, jak też poziomu zaoferowanych przez nich cen. Wykonawcy złożyli wyjaśnienia (pisma z 24 lipca 2019 r.), odpowiadając na postawione pytania i przedkładając dowody na potwierdzenie, że cena zawarta w ich ofertach nie nosi znamion ceny rażąco niskiej w postaci zarówno własnych kalkulacji, zawartych umów, ofert usługodawców, dostawców i podwykonawców. Zamawiający jeszcze dwukrotnie wzywał odwołujących się wykonawców, precyzując szereg

pytań, odnosząc się do tych elementów oferty, które jego zdaniem wymagały szczegółowego wyjaśnienia (pisma z 8 sierpnia 2019 r. i 30 sierpnia 2019 r.). Odwołujący odpowiedzieli na zadane przez zamawiającego pytania, przedkładając dowody, na poparcie swoich stanowisk. Składane wyjaśnienia zostały przez wykonawców zastrzeżone w części jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zastrzeżenia te zostały przez zamawiającego uznane za skuteczne.

W dniu 13 września 2019 r. zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu ofert złożonych przez Mostostal i Konsorcjum NDI, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdzając, że oferty przez nich złożone zawierają rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Swoją decyzję uzasadnił wskazując, że analiza złożonych przez wykonawców wyjaśnień prowadzi do uznania, że ceny jednostkowe, wskazane przez odwołujących się wykonawców, w zakresie istotnych części składowych zamówienia, do których należą roboty ziemne, są rażąco niskie. W przypadku Mostostal zamawiający wymienił trzy spośród cen jednostkowych składających się na ten

element zamówienia, w przypadku Konsorcjum NDI - siedem. Oceniając ceny jednostkowe zaproponowane w ofertach odwołujących się wykonawców, zamawiający odniósł się do cen zawartych w założeniach wg wydawnictwa Sekocenbud za II kwartał 2019 r. i na tej podstawie uznał, że kalkulacje wykonawców są nierealne. Na rozprawie uzupełnił argumentację zawartą w treści pism stwierdzając, że przyjął w tym zakresie założenia korzystne dla wykonawców, bowiem przyjął ceny średnie wynikające z tego publikatora, a nie ceny najwyższe. Jego zdaniem założenia w tym zakresie są miarodajne, zwracając uwagę że roboty budowlane będą realizowane za około 18 miesięcy a powszechnie wiadomym jest, że ceny prac budowlanych stale rosną. Wywodził również, że zaniżanie przez wykonawców cen za roboty budowlane powoduje, że nie są oni w stanie realizować zawartych z zamawiającym umów, w konsekwencji musi on odstępować od zawartych kontraktów i organizować kolejne postępowania. Kolejnym założeniem, które przyjął zamawiający, było przyjęcie ilości wykonywanych robót na podstawie przedmiarów zawartych w Koncepcji Programowej, czyli wstępnego zakresu, który w sposób wiążący zostanie ustalony dopiero po wykonaniu projektu, zgodnie z przyjętą formułą zamówienia tj. „zaprojektuj i wybuduj".

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W sprawie o sygn. akt KIO 1880/19

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że nie podziela twierdzeń odwołującego, jakoby możliwość weryfikacji ceny oferty, w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego była ograniczona. Twierdzenia te, zdaniem Izby, nie znajdują normatywnej podstawy. Żaden przepis ustawy Pzp nie prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien w odmienny sposób prowadzić procedurę udzielania wyjaśnień przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w zależności od charakteru oferowanego wynagrodzenia, a co za tym idzie, również ich ocenę. Na próżno w powołanym przepisie poszukiwać odmiennego ukształtowania procedury prowadzącej do badania ceny oferty dla wynagrodzenia ryczałtowego i kosztorysowego. Skoro tak, to w ocenie Izby, wolą ustawodawcy nie było ustalenie odrębnych procedur ze względu na stosowane w postępowaniu wynagrodzenie.

Nie mogą również znaleźć aprobaty twierdzenia, że zamawiający badając wysokość zaoferowanej ceny winien odnosić się wyłącznie do dwóch aspektów oferty odwołującego tj. ceny globalnej oraz wyodrębnionego w „Wykazie płatności" elementu pod nazwą „Roboty". Żądanie przez zamawiającego „Wykazu Płatności", który referuje jedynie do trzech głównych elementów zamówienia, nie ma wpływu na obowiązek wykonawcy w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Okoliczność, że ten nie jest szczegółowy i nie zawiera „rozbicia" na mniejsze, bardziej szczegółowe elementy, nie ogranicza zamawiającego w badaniu ceny zaoferowanej przez odwołującego i pozostaje bez wpływu na treść wyjaśnień, jakie wezwany wykonawca winien złożyć, aby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Co istotne w każdym z elementów, które zostały w „Wykazie płatności" wymienione, mieści się jakiś zakres prac i kosztów, które poniesie wykonawca ubiegający się o to zamówienie. Nie jest przecież tak, że wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rozmiaru wykonanych prac i wartości poniesionych kosztów. Takie podejście oznaczałoby, że wynagrodzenie, które skalkulowane zostało w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, zupełnie nieadekwatne do zakresu zamówienia, winno być przez zamawiającego przyjęte. Oczywiście z taką koncepcją nie sposób się zgodzić. Przyjęcie w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego wcale nie powoduje, że cena nie musi być skalkulowana w sposób realny i żaden z działających na rynku przedsiębiorców z pewnością tak nie czyni. Nie budzi wątpliwości, że każde wynagrodzenie jest wynikiem kalkulacji, które w celu ograniczenia ryzyka niepowodzenia danego przedsięwzięcia, dokonywane są na etapie przygotowania ofert i znajdują swoje uzasadnienie w realiach życia rynkowego. Tym samym zamawiający ma prawo zbadać, na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czy zaoferowana cena lub koszt lub składowe tej ceny, są adekwatne do przedmiotu zamówienia i czy zostały w sposób rynkowy skalkulowane.

Bez znaczenia dla możliwości badania poziomu zaproponowanej w ofercie Mostostal ceny jest również okoliczność, że zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie cen zaproponowanych w kosztorysie, który został złożony przez niego w załączeniu do wyjaśnień z 24 lipca 2019 r. a więc stanowi własną, wewnętrzną kalkulację wykonawcy. Wprawdzie nie był on wymagany treścią dokumentacji przetargowej,

jednakże stanowił on odpowiedź na wezwanie zamawiającego, który prosił o przedstawienie wyliczenia w zakresie tych robót. To, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego taki kosztorys ma odmiennych charakter niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym, również nie wpływa na powyższą ocenę. Okoliczność, że rzeczony kosztorys nie ma przesądzającego znaczenia dla określenia zakresu (rozmiaru) zobowiązania wykonawcy, inaczej niż ma to miejsce w wynagrodzeniu kosztorysowym, nie powoduje, zdaniem Izby, że sposób badania ceny winien być ograniczony. Znaczenie kosztorysu nie modyfikuje również obowiązków wykonawcy w zakresie wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) i nie wpływa na zakres wyjaśnień, jakie winien złożyć wykonawca. Raz jeszcze należy podkreślić, że również wykonawca, który oferuje wynagrodzenie ryczałtowe, jest zobowiązany obalić domniemanie rażąco niskiej ceny.

Również rozważania odwołującego w zakresie formuły, w jakiej realizowane jest zamówienie ("zaprojektuj i wybuduj"), a w związku z tym swoboda kalkulacji ceny oferty ze względu na różne możliwości osiągnięcia wyniku końcowego, pozostaje bez znaczenia dla możliwości badania rażąco niskiej ceny w ofercie Mostostal. Zamawiający realizuje przedmiotowe zamówienie w formule, dla której charakterystyczne jest to, że zadaniem wykonawcy jest najpierw zaprojektowanie, a następnie realizacja robót na podstawie przygotowanej przez niego dokumentacji projektowej. Co istotne, przedmiot zamówienia w takim postępowaniu jest opisany za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego, w którym określone są wymagania i oczekiwania zamawiającego dotyczące danego zadania budowlanego (przeznaczenia wykonywanych robót oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, materiałowe, funkcjonalne i architektoniczne). Stanowi podstawę ustalania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty przede wszystkim w zakresie obliczania jej ceny oraz wykonania prac projektowych. W oparciu o program funkcjonalno-użytkowy, inwestor zarysowuje zatem jedynie swoje wymagania względem wykonawcy, ten zaś określa cenę oferty w oparciu o ogólne wytyczne zamawiającego. Skoro ani zamawiający ani wykonawca nie dysponują dokumentacją projektową nie jest wykluczone, że wykonawcy składający ofertę w postępowaniu organizowanym w formule zaprojektuj i wybuduj przyjmą odmienne założenia w przedmiocie wykonania prac budowlanych. Jest to jednak dopuszczalne tylko w takich granicach, w jakich określił to zamawiający w SIWZ (a konkretnie w PFU). Zamawiający winien wziąć pod uwagę owe różne założenia wykonawców co do sposobu realizacji zamówienia i uwzględnić je o tyle, o ile nie są one sprzeczne z założeniami określonymi w dokumentacji przetargowej. Stąd również w tym postępowaniu zamawiający, zwracając się do wykonawców w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny prosił o wskazanie założeń przyjętych przez nich do realizacji zamówienia i prosił o kalkulacje kosztów do nich się odnoszące. Tylko bowiem przekazanie informacji na temat przyjętego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia daje możliwość oceny czy skalkulowane wynagrodzenie jest rynkowe, adekwatne do przyjętych założeń. Jeśli wykonawca nie wskaże, w sposób szczegółowy, jakie rozwiązania zastosował, nie wskaże jakie materiały i sprzęt zastosuje - trudno jest zamawiającemu w sposób precyzyjny odnieść się do przygotowanego przez wykonawcę wyliczenia.

Co istotne również taki sposób realizacji zamówienia nie powoduje, że cena oferty mogła być oderwana od przedmiotu zamówienia, albo bliżej nieustalona na etapie składania ofert, co przeczyłoby zresztą racjonalności wykonawcy. Oczywistym dla Izby jest, że tę cenę wykonawca kalkulował na wcześniejszym etapie i sposób tej kalkulacji w ramach wyjaśnień należało przedstawić. Bez znaczenia jest przy tym, czy wyjaśnienia te będą miały postać kosztorysu czy też inną, stąd też bezprzedmiotowe są wywody odwołującego, że kosztorys miał być przedłożony na etapie realizacji zamówienia. Ważne, aby wyjaśnienia dawały zamawiającemu podstawę, w sensie przedmiotowym i kosztowym, do weryfikacji ceny oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę Mostostal, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazał, że decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy spowodowana była negatywną oceną wyjaśnień, składanych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwania. Zamawiający, w toku badania i oceny ofert wzywał wykonawcę Mostostal trzykrotnie do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie zamawiającego z dnia 5 lipca 2019 r., wezwanie zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2019 r., wezwanie zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2019 r.). Odwołujący udzielił odpowiedzi na zadane pytania (pisma odwołującego z dnia 24 lipca 2019 r., z dnia 21 sierpnia 2019 r., z dnia 6 września 2019 r.), jednakże te nie czyniły zadość wezwaniom zamawiającego. Argumentację w tym zakresie zamawiający przedstawił w treści pisma. Spór w niniejszej sprawie sprowadzał się zatem nie tyle do oceny, czy przedstawione przez wykonawcę ceny jednostkowe za roboty ziemne uznać można za rażąco niskie, ile do weryfikacji czy wyjaśnienia składane przez Mostostal w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego czyniły zadość wezwaniom zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe wielokrotnie podkreślały w swoich orzeczeniach, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności

złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2185/14; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt: I Ca 117/12; wyrok Sądu Okręgowego Warszawa- Praga, sygn. akt: IV Ca 1299/09; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX 179/13). Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umową zawartą z podwykonawcą czy ofertą handlową). Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Zgodnie z wolą ustawodawcy, wyrażoną w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, jest zawarcie w treści wyjaśnień takich okoliczności i przedłożenie takich dowodów, które umożliwią zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych. Nie do zaakceptowania, w ocenie Izby, uznać należy stanowisko wyrażone przez Mostostal w odwołaniu, iż skoro kosztorys ofertowy dla robót ziemnych został przedłożony w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, to ceny w nim zwarte nie mogły być podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Skoro odwołujący został wezwany do przedstawienia szczegółowej kalkulacji określonego elementu zamówienia to jego obowiązkiem, w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, było w sposób szczegółowy wyliczenia w tym zakresie przedłożyć oraz poprzeć je stosownymi dowodami, których przedstawienia zamawiający żądał.

Izba, po analizie skierowanych do Mostostal wezwań oraz udzielonych odpowiedzi doszła do przekonania, że odwołujący nie uczynił zadość nałożonemu na niego obowiązkowi udzielenia wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień. Już w pierwszym wezwaniu zamawiający sprecyzował swoje wątpliwości, co do określonych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przyjąć należy, że wykonawca już w pierwszym piśmie został zobligowany do złożenia wyjaśnień i przedstawienia szczegółowej kalkulacji dotyczącej pozycji „Roboty". Zauważyć należy, że zamawiający sformułował również szereg szczegółowych pytań, dając odwołującemu możliwość wypowiedzenia się co do elementów budzących najwięcej wątpliwości zamawiającego. Izba uznała, że już pierwsze złożone wyjaśnienia nie były wyczerpujące. Jako przykład wskazać należy, że dla jednej z pozycji odwołujący przyjął założenia co do użytego materiału, których nie wyartykułował wprost w składanych wyjaśnieniach. Do wyjaśnień załączył też różne oferty, nie precyzując jakiego zakresu i jakiej pozycji dotyczą. Zamawiający, na tej podstawie, wyciągnął wnioski co do użytego materiału. Chcąc jednak doprecyzować tą kwestię, ponownie zwrócił się o wyjaśnienia do odwołującego, wymieniając wprost nazwę materiału. Ten, odpowiadając na pytanie, nie zaprzeczył, że założenie zamawiającego jest błędne. Zamiast odnieść się do tej kwestii wskazując, że zamawiający wyciągnął błędne wnioski z wcześniej złożonych wyjaśnień, powołał się w odpowiedzi na wcześniejsze pismo.

W ocenie Izby, nie jest rolą zamawiającego doszukiwanie się w wyjaśnieniach wykonawcy czy domyślanie się jakie założenia przyjął w swoich kalkulacjach. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To jakie to są okoliczności winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający zaś może drogą kolejnych wyjaśnień doprecyzować kwestie wskazane przez wykonawcę w treści wyjaśnień wcześniej złożonych. Przy czym należy zaznaczyć, że nie jest to obowiązkiem zamawiającego. Już bowiem pierwsze wezwanie do wyjaśnień obliguje, i miało to miejsce w tym przypadku, do przedstawienia szczegółowych wyliczeń i poparcia ich dowodami potwierdzającymi ich realność.

Bez znaczenia, w ocenie Izby, w tym przypadku pozostają również wywody Mostostal co do przyjętych przez zamawiającego błędnych ilości wynikających z Koncepcji Programowej. Izba podziela wprawdzie pogląd odwołującego, że zamawiający przyjmując założenia z koncepcji, nie odnosząc się jednocześnie do sposobu wykonania zamówienia przyjętego przez odwołującego który, co wynika z treści wyjaśnień, był odmienny dokonał porównania dwóch wielkości, które nie były porównywalne. Zauważyć jednak należy, że podstawą odrzucenia oferty nie było to, że cena oferty odwołującego odbiega od przyjętych założeń zamawiającego o określoną wartość. Przyczyną uznania, że wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, była ocena przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Porównanie wartości w danej pozycji kosztorysowej, jak wskazał zamawiający w piśmie, miało jedynie na celu zobrazowanie o ile kwota w ofercie odwołującego była niedoszacowana. Wielkość ta nie miała jednak wpływu na ocenę zamawiającego i wskazaną podstawę prawną odrzucenia. Jak zresztą wcześniej wskazano, Izba nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że badając poziom ceny zamawiający powinien się oprzeć na cenie końcowej. Cena końcowa nic nie mówi bowiem o sposobie kalkulacji ceny oferty. Temu służą wyjaśnienia, które winny mieć taką postać, aby na ich podstawie zamawiający miał możliwość prześledzenia sposobu ustalenia ceny przez wykonawcę i zweryfikowania jej poprawności i adekwatności do przedmiotu zamówienia.

Zgodzić się należy z odwołującym, że założenia zamawiającego, polegające na odnoszeniu cen zaproponowanych przez Mostostal w kosztorysie do cen zawartych w wydawnictwach Sekocenbud za II kwartał 2019 r. i ustalanie na tej podstawie, które z cen jednostkowych można uznać za rynkowe, a które uznać za rażąco niskie, jest założeniem błędnym. Jak wyjaśnił zamawiający ceny te traktuje jako ceny rynkowe. Tymczasem ceną rynkową jest taka cena jednostkowa wykonania danej roboty budowlanej, która ustalona przez wykonawcę pozwala na wykonanie zamówienia z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz wymaganiami zamawiającego. Wpływ na cenę rynkową mają zatem obiektywne czynniki takie jak możliwość uzyskiwania obniżek cen w wyniku stałej współpracy wykonawcy z podwykonawcami i dostawcami, nabywania większych ilości w ramach zawartej umowy i stosowanych często rabatów. Niewątpliwie Sekocenbud jest wydawnictwem, stanowiącym publikowane źródło informowania o cenach materiałów. Często posługują się nim kosztorysanci i jako taki stanowi też źródło pozyskania cen do celów kosztorysowania. Nie może być jednak podstawą, a z pewnością nie jedynym odniesieniem dla ustalenia rzeczywistej ceny wykonania danej roboty budowlanej. Wprawdzie zamawiający przyjął jako rynkowe średnie ceny z Sekocenbud (publikator zawiera dla materiałów ceny minimalne, średnie i maksymalne) a więc jak zauważył zamawiający wariant, który był dla wykonawców korzystny, nie wpływa to na ocenę, że założenie takie należy uznać za obarczone błędem.

Niezależnie od powyższego kluczowym jest, że to odwołujący był zobowiązany wskazać, że zaoferował dla danego zakresu robót ceny, których poziom ustalony został na takim poziomie, który pozwala na wykonanie zamówienia. Przedmiotem oceny winny być wyłącznie wyjaśnienia złożone przez odwołującego, bowiem to on zobowiązany jest obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, a zamawiający nie ma obowiązku poszukiwać okoliczności, które świadczą o tym, że odwołujący tej ceny nie zaoferował (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, że chociaż założenia poczynione przez zamawiającego były błędne, argumentacja wskazywana w piśmie informującym Mostostal o odrzuceniu jego oferty, dotyczyła kwestii złożenia wyjaśnień, które były niewystarczające do uznania, że ceny robót ziemnych ustalono na poziomie rynkowym, czyli takim który wynika z negocjacji handlowych z kontrahentami odwołującego a cena końcowa jest na określonym poziomie z uwagi np. na ilości kupowanego materiału, powtarzalność zakupów, formę i terminy zapłaty, czy warunki dostaw.

Z powyższych powodów Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów i zasadnie odrzucił ofertę Mostostal uznając, że złożone przez niego wyjaśnienia były niewystarczające do uznania, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej za wskazany element zamówienia jakim są roboty ziemne.

W sprawie o sygn. akt KIO 1895/19

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione przez Konsorcjum NDI nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na tożsamość niektórych z podnoszonych zarzutów oraz argumentacji zawartej w odwołaniu Konsorcjum NDI, zachowują aktualność rozważania natury ogólnej w przedmiocie rażąco niskiej ceny, poczynione w sprawie o sygn. akt KIO 1880/19.

Ponadto, odnosząc się do dodatkowej argumentacji odwołującego Izba zauważa, że bez znaczenia dla oceny zarzutów jest również okoliczność, że ewentualnie zamawiający zaniżył kosztorys inwestorski i błędnie oszacował wartość robót (czy pewnych ich elementów), lub też nawet w sposób nieprawidłowy ustalił szacunkową wartość zamówienia. Zamawiający nie dokonuje bowiem oceny oferty pod kątem możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, ale na podstawie złożonych wyjaśnień. Bez znaczenia jest zatem porównywanie cen jednostkowych robót oferowanych przez Konsorcjum NDI do cen z kosztorysu inwestorskiego. Szacunkowa wartość zamówienia ustalana jest na sześć miesięcy przed wszczęciem postępowania a zamawiający, nawet jeśli poczyni niewłaściwe założenia co do cen na etapie szacowania wartości, nie ma to wpływu na sam przebieg procedury wezwania do złożenia wyjaśnień. Co więcej, na tym etapie postępowania podnoszenie, że wezwanie, a w konsekwencji i złożone wyjaśnienia nie miały uzasadnienia, jest nieskuteczne. Czynności wezwania odwołujący mógł kwestionować wcześniej, a więc na etapie kiedy pismo o określonej treści zostało do niego skierowane.

Myli się również odwołujący twierdząc, że w toku badania ceny oferty zamawiający winien ją porównywać (także poszczególne pozycje) do własnych przedmiarów, czy też ofert konkurencyjnych. Odwołujący zdaje się zapominać, że przedmiotem oceny są wyłącznie

wyjaśnienia przez niego złożone, bowiem to on zobowiązany jest obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, a zamawiający nie ma obowiązku poszukiwać okoliczności, które świadczą o tym, że odwołujący ceny rażąco zaniżonej nie zaoferował.

Ponadto nie ma znaczenia, w ocenie Izby, także okoliczność, że zamawiający wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień oprócz przesłanki wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przywołał podstawę prawną wynikającą z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie dokonał jednoznacznego podziału, które z pytań dotyczą samego sposobu wykonania zamówienia, a które służą obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazywał bowiem w każdym z trzech wezwań, że oczekuje wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, podając przykładowe elementy, poza tymi, które zostały ujęte w pytaniach i podkreślając, że prowadzi wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Żądał również przedstawienia dowodów na potwierdzenie realności przyjętych do kalkulacji cen jednostkowych. Zamawiający, pytając o sposób uwzględnienia wymagań SIWZ, mając na względzie zaoferowaną cenę, dąży do wyjaśnienia, w jaki sposób tę cenę skalkulowano, przy uwzględnieniu elementów przedmiotowych i kosztowych. Profesjonalny wykonawca, do którego stosuje się podwyższony miernik staranności (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.) nie powinien mieć wątpliwości, jak należało rozumieć przedmiotowe pytania. Odwołujący zdaje się tracić z pola widzenia, że wezwanie dotyczyło wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i skoro pojawia się pytanie o sposób uzyskania ceny na odpowiednim poziomie, to oczywistym jest, że chodzi o wyjaśnienie, jakie składniki cenotwórcze i na jakim poziomie zostały uwzględnione.

W ocenie Izby Konsorcjum NDI powyższego obowiązku nie dopełniło. Odwołujący poprzestał bowiem na odpowiedziach na pytania i przedstawieniu szeregu okoliczności, które rzekomo mają wpływ na cenę oferty, ale te wyjaśnienia albo nie zostały poparte dowodami, albo też były nieprecyzyjne. Trafnie zamawiający wskazał, informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty, że są one ogólne i nie przestawiają sposobu kalkulacji ceny oferty. Prześledzenie treści wyjaśnień prowadzi do wniosku, że odwołujący podał szereg okoliczności, których nie można powiązać w spójną całość i uzyskać obrazu, w jaki sposób skalkulował cenę swojej oferty. Jako przykłady nieprecyzyjnych wyjaśnień, udzielanych w toku prowadzonego postępowania można wskazać, że na pytanie zamawiającego, jakie wykonawca przyjął założenia kalkulując cenę jednostkową w jednej z pozycji, co do której zamawiający stwierdził, że wykonawca nie potwierdził, że nie jest ona rażąco niska, Konsorcjum NDI udzieliło wprawdzie odpowiedzi używając jednak takich określeń jak „wstępnie", „około", „do 10 km", „założył minimum 85%". Co znamienne w treści odwołania wskazywał, że większość z tych założeń jest inna i tej argumentacji używał do formułowania zastrzeżeń wobec zamawiającego i prowadzonej przez niego procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Innym przykładem odpowiedzi na wyjaśnienia, która to forma nie może zyskać akceptacji Izby jest odpowiedź na pytanie zadane przez zamawiającego „Jakim sprzętem wykonawca przewiduje wykonać poszczególne czynności ?" Odpowiadając na powyższe Konsorcjum NDI przedstawia tabelę, w której zestawia zasoby sprzętowe i środki transportowe wskazując, że dysponuje „około (tu wskazany rodzaj sprzętu)".

Reasumując, Izba podziela ocenę zamawiającego, iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Nie da się bowiem na ich podstawie prześledzić kalkulacji ceny oferty, a tym bardziej zweryfikować ceny oferty, bowiem tej szczegółowej kalkulacji brak. Za niewystarczające zaś należało uznać udzielenie odpowiedzi na pytania zamawiającego, wobec treści samego wezwania i wskazania, że zamawiający prowadzi procedurę wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), obciążając kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach odwołujących się wykonawców i zasądzając na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....