WYROK
z dnia 21 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jałowcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1317/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę,

2.kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział we Wrocławiu i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Sudeckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.) 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie dróg krajowych (BUD)administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 1 - Roboty na nawierzchniach bitumicznych, Zadanie 5 - Prace elektroenergetyczne Numer referencyjny: O.WR.D- 3,2412.61.2020.

W dniu 4 maja 2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 535181-N-2020.

Zamawiający poinformował Odwołującego: Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze o odrzuceniu jego oferty w dniu 8 czerwca 2020 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył następujące czynności Zamawiającego polegające na:

1.odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP oraz 90 ust. 3 PZP oferty Odwołującego, pomimo braku podstaw do odrzucenia oferty, co wynika z tego, że:

1.1 wezwanie Odwołującego z dniu 22 maja 2020 r. Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 PZP do złożenia

wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta Odwołującego złożona w postępowaniu pn. „Bieżące utrzymanie dróg krajowych (BUD)administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 1 - Roboty na nawierzchniach bitumicznych" (dalej zwanego jako „Postępowanie"),zawiera rażąco niską cenę lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanego jako „SIWZ"), nastąpiło mimo tego, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie powinna budzić wątpliwości co do pozostawania ceną rażąco niską, albowiem nie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości szacunkowej zamówienia (jak sam wyliczył Zamawiający jest niższa o 20,86% od wartości szacunkowej), ani nie jest niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert (oferta Odwołującego jest niższa o 6.46 % od średniej

3

arytmetycznej złożonych ofert) wobec czego, wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 PZP było nieuzasadnione i stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art, 90 ust. 1 wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., (Jałowiec 56, 59-800 Lubań) oraz Zaberd S.A. (ul. Bystrzycka 24 54-215 Wrocław), podczas gdy traktując równo wykonawców, Zamawiający winien wezwać także ich do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, albowiem ich oferty również są niższe od wartości szacunkowej zamówienia- odpowiednio o ponad 14 % i 11 %, a ceny jednostkowe w ww. ofertach w znaczny sposób odbiegają od cen rynkowych,

1.2Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo, że wyjaśnienia, przedstawione przez Odwołującego w piśmie z dnia 27 maja 2020 r. były kompletne, wiarygodne i poparte dowodami, potwierdzały brak rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Odwołującego i wykluczały uznanie zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej, a Zamawiający nie wykazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 8 czerwca 2020 r. dlaczego odmówił wiarygodności dowodom i oświadczeniom przekazanym przez Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej, jak też zaniechał ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, jeżeli miał wątpliwości co do przedstawionych tam oświadczeń, wyliczeń i dowodów, mimo, że nie było przeszkód, aby skierować do Odwołującego ponowne wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie; ponadto wskazane przez Zamawiającego elementy kosztorysu p. 4) i 39) nie miały wpływu na możliwość wykonania zamówienia w oferowanej cenie, a porównaniu podlegała cena w całości a nie w poszczególnych pozycjach.

Opisanemu powyżej działaniu Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust 1, art. 87 ust. 1 w zw. z art, 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena zawiera rażąco niską cenę lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ mimo, że cena ofertowa nie odbiegała w znaczny sposób od cen ofertowych innych wykonawców oraz wartości szacunkowej zamówienia, w tym nie była niższa o co najmniej 30 % od wartości szacunkowej zamówienia (jak sam wyliczył Zamawiający jest niższa o 20,86% od wartości szacunkowej), ani nie jest niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert (oferta Odwołującego jest niższa o 6.46 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert) wobec czego, wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 PZP było nieuzasadnione i stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., (Jałowiec 56,59*800 Lubań) oraz Zaberd S.A. (ul. Bystrzycka 24 54-215 Wrocław), podczas gdy traktując równo

4

wykonawców, Zamawiający winien wezwać także ich do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, albowiem ich oferty również są niższe od wartości szacunkowej zamówienia- odpowiednio o ponad 14 % i 11 %, a ceny jednostkowe w ww. ofertach w znaczny sposób odbiegają od cen rynkowych wobec czego wezwanie do złożenia wyjaśnień było nieuzasadnione i stanowiło przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2.art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 PZP, art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że udzielił on wyjaśnień i przedstawił dowody, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz poprzez nie poinformowanie w sposób wystarczający o powodach odrzucenia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 8 czerwca 2020 r., a mianowicie brak podania, dlaczego Zamawiający odmówił wiarygodności dowodom i oświadczeniom przekazanym przez Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej; ponadto wskazane przez Zamawiającego elementy kosztorysu p. 4) i 39) nie miały wpływu na możliwość wykonania zamówienia w oferowanej cenie, a porównaniu w ramach oceny ofert podlegała cena w całości, a nie w poszczególnych pozycjach;

3.art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust, 1 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez odrzucenie oferty i zaniechanie

ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do przedstawionych w toku postępowania wyjaśniającego oświadczeń, wyliczeń i dowodów, mimo że nie było prawnych przeszkód, aby skierować do Odwołującego ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1.merytoryczne rozpatrzenie ..... przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu ..... unieważnienia ..... czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

3.ustalenie kosztów postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Ponadto wnosił o:

4.przeprowadzenie dowodów ..... z dokumentów, .. stanowiących załączniki do niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

5.zobowiązanie przez Izbę ..... Zamawiającego ..... do przedłożenia całości dokumentacji, dotyczącej zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena zawiera rażąco niską cenę lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ co było nieuzasadnione i stanowiło przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podniósł kilkuprocentowa różnica cenowa między ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu stanowi dowód na to, że oferta Odwołującego odpowiada cenom rynkowym.

Zwrócił uwagę, że jego oferta jest niższa o 6.46 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a o 20,86% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a wobec tego nie zachodziły więc ustawowe przesłanki domniemania, że cena jest rażąco niska.

Zauważył, że stawki za poszczególne elementy kosztów cenotwórczych nie były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ do wskazania w Formularzu oferty i nie ulegały porównaniu w ramach oceny ofert, bowiem jak wskazano w p. 19.1.1. SIWZ Kryterium „Cena" będzie rozpatrywana na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzy Oferty.

Wskazał, że w formularzu oferty znalazło się tymczasem sformułowanie:

(...) 3. OFERUJEMY wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:

Zadanie nr 1-za cenę bruttozłotych *

(słownie złotych:)

Z tego wywodził, że była to jedna wartość za wykonanie całego zadania, nie ceny jednostkowe.

Zaznaczył przy tym, że takie też ceny zostały zestawione przez Zamawiającego w informacji z otwarcia ofert z dnia 19 maja 2020 r.

Według Odwołującego - wskazane przez Zamawiającego - jego zdaniem niewyjaśnione co do wysokości pozycje kosztorysu 4) i 39) zostały przez Odwołującego wyjaśnione - ale nie miały negatywnego wpływu na możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie brutto, a zatem w żadnym wypadku nie mogły być elementem, przesądzającym o odrzuceniu oferty.

Ponadto, zarzucił, że Zamawiający dokonał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, mimo braku obowiązku ustawowego przy

równoczesnym zaniechaniu wystosowania takiego samego wezwania do pozostałych uczestników postępowania, których ceny są do siebie podobne, co stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców.

Stwierdził, że relatywnie małe różnice cenowe miedzy ofertą Odwołującego i pozostałych wykonawców, wskazują na ich rentowość, i zachowanie cen rynkowych, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia to potwierdzają.

Odnośnie zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. oraz Zaberd S.A. podniósł, że wystosowanie jedynie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień, stanowi przejaw naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Argumentował, że Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź okazywać niechęci jakiemukolwiek wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób.

Zwrócił uwagę, że wyłącznie w przypadku Odwołującego Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, bez spełnienia ustawowych przesłanek ku temu, a równocześnie, mając - jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego - wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, zaniechał wezwania do wyjaśnień uzupełniających.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 PZP, 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż udzielił on wyjaśnień i przedstawił dowody, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 8 czerwca 2020 r. dlaczego Zamawiający odmówił wiarygodności dowodom i oświadczeniom przekazanym przez Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej podniósł, że Odwołujący otrzymawszy wezwanie do złożenia wyjaśnień przedstawił w wyjaśnieniach z 27 maja 2020 r. wraz z załącznikami w sposób szczegółowy wyliczenia i dowody dotyczące składowych oferty, które w jego ocenie mają wpływ na konkurencyjną (ale rynkową) cenę oferty.

Abstrahując od braku zasadności samego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 PZP i braku wystosowania tego samego wezwania w stosunku do pozostałych wykonawców

zauważył, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z 27 maja 2020 r. są kompletne, wiarygodne i poparte licznymi dowodami.

Zaprzeczył, aby wyjaśnienia były ogólnikowe - przeciwnie, - w ocenie Odwołującego - były rzetelne i dawały Zamawiającemu nie tylko samą możliwość dokonania ich oceny, ale także stanową obraz tego, co pozwoliło Odwołującemu na zaoferowanie konkurencyjnej ceny.

Argumentował, że w sytuacji relatywnie niskich różnić cenowych między ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący w toku procedury wyjaśniającej w sposób dobitny wykazał prawidłowość zaoferowanej ceny.

W przekonaniu Odwołującego - niesłusznie Zamawiający miał wątpliwości co do ceny jednostkowej zawartej w pozycji 39 kosztorysu, bowiem w swoich wyjaśnieniach podnosił, że podbudowa bitumiczna nigdy nie wystąpi jako osobna pozycja i będzie wynikało to z ewentualnego złego stanu technicznego odcinka drogi, gdzie konieczna będzie wymiana wszystkich warstw bitumicznych czyli podbudowa oraz warstwa wiążąca oraz warstwa ścieralna.

Zwrócił uwagę, że z dołączonego przedmiaru stanowiącego podstawę kalkulacji, Zamawiający przyjął tylko 500m2 jako ilość do wykonania w ramach tej pozycji, a z tego wnioskował, że można ją potraktować zatem jako uzupełniającą pozycję do kluczowych pozycji oferty, jakimi są warstwy wiążąca i ścieralna (poz. 16 i 18 i (w ilości 1200 ton + 8000m2 oraz poz. 22 w ilości 20 000m2).

Zdaniem Odwołującego - w przedłożonych wyjaśnieniach, porównując pakiety bitumiczne innego uczestnika postępowania wykazał, że ceny zawarte w jego ofercie są dużo bardziej korzystne dla Odwołującego i nie ma tu mowy o rażąco niskiej cenie w pozycji 39.

Biorąc jednak pod uwagę wartość tej pozycji przy zastosowaniu tak ceny jednostkowej z oferty Odwołującego (6,5 zł), jak i najwyższej ceny jednostkowej w przetargu (63 zł) przy 500 m2 jest to pozycja o wartości 31 500 zł, a zatem stanowiąca przy oferowanej cenie mniej niż 1/220 ceny.

Zauważył przy tym, że w stosunku do kolejnego oferenta, którego całościowa cena ofertowa była o 660 000 zł wyższa niż cena Odwołującego na kluczowych pozycjach przedmiaru oferta Odwołującego jest znacznie bardziej rentowna.

Dodał również, że Odwołujący realizował dla Zamawiającego kontrakt, który obejmował lata 2017-2019 (cena jednostkowa 60 zł) i w wyniku wyczerpania środków została zawarta w 2019 roku umowa uzupełniająca (cena jednostkowa 80 zł).

Odnosząc się do ceny jednostkowej zawartej w pozycji nr 4 (remont cząstkowy) podniósł, że Zamawiający jako odnośnik do oceny poszczególnych pozycji pod kątem prawidłowości kalkulacji, przyjął cenę z umowy uzupełniającej (w wysokości 80zł), a nie średniej z umowy podstawowej i uzupełniającej, co dało by (60zł + 80zł)/2=70zł.

Odwołujący przyjął, że na drodze krajowej cena remontu cząstkowego to 58 zł (poz. 4), co jak stwierdził szczegółowo uzasadnił w wyjaśnieniach, a na autostradzie (100 zł poz. 6).

W ten sposób, biorąc pod uwagę stopień trudności w zależności od rodzaju drogi i w związku z tym nawierzchni Odwołujący oświadczył, że osiągnął średnią cenę remontu cząstkowego w wysokości 79zł.

W związku z tym wyjaśnił, że sposób kalkulacji nie został przez Zamawiającego narzucony i z wskazanych pozycji wynika, że średnia cena remontu cząstkowego za m2 na drodze krajowej i autostradzie to 79 zł, a zatem jest tylko o 1 zł niższa od ceny, do której Zamawiający się odnosi w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (do 80zł).

Porównując średnie ceny z pozycji 4+6 (a więc dotyczące remontów cząstkowych na drogach krajowych na autostradach, do których odniósł się Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty) wszystkich ofert: Oferta Odwołującego: 100+58/2=79zł oferta PRD Lubań: 86+75,5/2= 80,75zł oferta ZABERD: 83+66,60/2=74,80zł doszedł do wniosku, że średnie ceny ofertowe wszystkich ofert są bardzo podobne.

Według Odwołującego - zaprezentowana powyżej argumentacja dowodzi, że powody odrzucenia oferty Odwołującego wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 8 czerwca 2020 r. nie są wystarczające dla uznania, że cena, zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. Zamawiający nie przedstawił przyczyn, dlaczego odmówił wiarygodności dowodom przedstawionym przez Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej, a zatem w efekcie nie podał powodów uznania, że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia

wyjaśnień w zakresie wątpliwości, jakie miał Zamawiający co do przedstawionych tam oświadczeń, wyliczeń i dowodów mimo, że nie było prawnych przeszkód, aby skierować do Odwołującego ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, podniósł, że Zamawiający, pomimo przedstawienia przez Odwołującego wyjaśnień, popartych dowodami w stosunku do okoliczności wezwania, uznał je za niewystarczające.

W ocenie Odwołującego - przedłożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące. Jednakże w przypadku gdy Zamawiający potrzebowałby ich doprecyzowania, powinien kontynuować procedurę wyjaśniania ceny.

Przyznał, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest niedopuszczalne jedynie gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, jednak uznał za dopuszczalne ponowne wezwanie, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie Zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania.

Jeśli więc Zamawiający miał wątpliwości w zakresie złożonych przez Odwołującego kompleksowych wyjaśnień na jego wezwanie, którego zasadność Odwołujący kwestionuje, lub oczekiwał ich doprecyzowania, dla uniknięcia zarzutu działania w sposób naruszający uczciwą konkurencję, winien był wezwać Odwołującego uzupełniająco.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

1)oddalenie odwołania w całości;

2)obciążenie kosztami postepowania odwoławczego Wykonawcy wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy na rozprawie rachunku.

W ocenie Zamawiającego - zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z powodów przedstawionych poniżej w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do powyższego zarzutu naruszenia art. 90 ust 1, art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP Zamawiający podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 PZP wystąpił do wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. (drugi w kolejności z wykonawców, który zaoferował najniższą cenę w postępowaniu) z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej

ceny oraz istotnych części składowych ceny, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę lub istotne składowe ceny są rażąco niskie w stosunku do zamówienia oraz czy umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca (Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o.) odpowiedział na przedmiotowe wezwanie pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. Tym samym wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia w powyższym zakresie nie tylko wobec Odwołującego.

W zakresie zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 PZP, art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż udzielił on wyjaśnień i przedstawił dowody, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewystarczające uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego złożone przez niego pismem z dnia 27 maja 2020 r. wyjaśnienia nie są kompletne, wiarygodne i poparte licznymi dowodami. Zamawiający w szczególności wystąpił do Odwołującego o jednoznaczną i precyzyjną kalkulację wyceny następujących pozycji jednostkowych :

Nr pozycji	Opis pozycji
3	Rozbiórka nawierzchni z kostki kamiennej
4	Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej przy użyciu betonu asfaltowego gr. 4 cm
8	Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej przy użyciu masy na zimno bez wycinania
12	Frezowanie nawierzchni o grubości do 4 cm
36	Wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego mech., gr. warstwy do 15 cm
39	Wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość warstwy 10 cm
44	Ustawienie krawężników betonowych na ławie betonowej z oporem (wg SST D-08.01.01. Krawężniki betonowe prefabrykowane ława z betonu klasy minimum C 12/15.)
51	Ścinka poboczy o grubości do 10 cm
58	Regulacja pionowa skrzynek zaworów

Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na jego pismo Odwołujący pismem nr L.dz. 123/9/2020 z dnia 27 maja 2020 r. złożył wyjaśnienia.

Zamawiający motywował, że analizując złożone przez Odwołującego wyjaśnienia uwzględnił wszelkie aspekty

mające wpływ na oferowaną cenę.

Zwrócił uwagę, że Odwołujący do każdej wyszczególnionej pozycji przedstawił kalkulację indywidualną podając ogólny koszt materiału, koszt usługi sprzętowej i robocizny, zysk i cenę jednostkową netto całej pozycji opierając się na:

a)kopiach faktur za asfalt 50/70,

b)informacji handlowej o możliwości sprzedaży kruszywa w orientacyjnych cenach rozeznania cenowego, które obwarowane jest warunkami takimi jak:

-ważność oferty tylko do dnia 31 grudnia 2020 r. pod warunkiem posiadania w dyspozycji przez producenta odpowiedniej ilości kruszywa przeznaczonego do sprzedaży,

-zmiany cen w przypadku wzrostu cen paliw i energii powyżej 3 % (wzrost cen paliw w obecnej sytuacji gospodarczej kraju jest obserwowany od daty złożenia oferty, tj. 19 maja 2020 r., np. w komentarzu),

-zastrzeżeniem, że przedstawione warunki sprzedaży nie są ofertą w rozumieniu Kodeksu cywilnego,

-zastrzeżeniem, że informacja handlowa wygasa z dniem 30 maja 2020 r. w przypadku braku akceptacji.

c)ofercie na usługę frezowania pn.: spełnieniu między innymi takich warunków jak:

-ważność oferty tylko i „łącznie w całości, a skalkulowana została ona dla ilości 100 000,00 m2, - zapewnienie przez Zleceniodawcę odpowiedniej ilości czystej wody w zależności od szerokości frezarki od 1000 do 3500 l/h,

-obowiązek utylizacji odpadów budowlanych po frezowaniu spoczywa na Zleceniodawcy.

d)ofercie na masę asfaltową z zapewnieniem niskiej ceny do końca roku 2020,

e)ofercie na krawężniki, obrzeże i kostkę betonową,

f)ofercie na regulację pionowa skrzynek zaworów wodociągowych, gazowych i telekom.

Zauważył, że cena jednostkowa obejmuje całkowity koszt wykonania jednostki obmiarowej roboty podstawowej, a w szczególności:

-wartości robocizny bezpośredniej,

-wartości materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu (transportu od miejsca zakupu lub wytwórni do stanowiska roboczego),

-wartości pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczania się między stanowiskami pracy, montażu i demontażu oraz odwiezienia z terenu budowy do bazy sprzętowej po zakończeniu robót,

-koszty pośrednie obejmujące: płace personelu, koszty urządzenia, eksploatacji i likwidacji zaplecza w tym zapewnienie energii, wody, łączności, koszty oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki na BHP i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy,

-zysk kalkulacyjny zawierający także m.in. ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu nieprzewidzianych wydatków mogących wystąpić w czasie realizacji oraz okresie gwarancyjnym.

Do wykonania jednostki obmiarowej roboty podstawowej są określone wartości nakładów robocizny, sprzętu i materiałów jakie należy ponieść.

Zdaniem Zamawiającego- Odwołujący ... w swojej odpowiedzi . nie przedstawił wystarczających dowodów i nie poparł swoich wyjaśnień jednoznaczną i precyzyjną kalkulacją, np. na podstawie ogólnie przyjętych zasad kosztorysowania, aby wykazać rzetelność zaoferowanych cen jednostkowych.

Wskazał, że w przesłanym wyjaśnieniu Odwołujący przedstawił tylko podział kosztów na koszty materiałów, koszty usług sprzętowej i robocizny oraz zysk, bez wykazania możliwości wykonania danej pozycji na podstawie nakładów rzeczowych koniecznych, aby daną pozycję zrealizować. Brak ..... jest również . informacji o kosztach koniecznych do poniesienia przez Odwołującego robót takich jak wniesienie, utrzymanie i demontaż oznakowania na czas robót, kosztów załadunku, składowania, transportu czy utylizacji materiałów z rozbiórki, kosztów pomiarów i badań wynikających z Specyfikacji Technicznych. Kalkulacja indywidualna również powinna opierać się na niezbędnych nakładach rzeczowych dla wykonania danej pozycji oraz musi zawierać wszystkie koszty potrzebne do jej realizacji.

Według Zamawiającego -zasadą umów . na Bieżące Utrzymanie . Dróg jest to, że Zamawiający określa szacunkoweilości danych pozycji, ale nie oznacza . to, że w trakcie realizacji umowy ilość ta zostanie zrealizowana w całości, w części czy będzie większa niż założona. Zamawiający zleca określoną ilość danej pozycji w zależności do realnych potrzeb i posiadanych środków finansowych, dlatego każda

pozycja wyszczególniona w ofercie, niezależnie od założonych ilości, powinna mieć cenę jednostkową na poziomie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie i Specyfikacjach Technicznych. Nie ma znaczenia ile procent dana pozycja stanowi

całości kontraktu, ani w jakim pakiecie będzie czy nie będzie realizowana. Każda pozycja powinna być skalkulowana na realnym poziomie gwarantującym jej wykonanie.

Zamawiający podniósł, że brak gwarancji wykonania przez Odwołującego robót lub usług zgodnie ze sztuką budowalną oraz wymaganiami umowy i Specyfikacji Technicznych, gdzie zaoferowana cena jednostkowa jest rażąco niska, występuje dla następujących pozycji kosztorysu ofertowego:

a)pozycja nr 4 „remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej przy użyciu betonu asfaltowego gr. 4 cm" gdzie zaoferowano cenę jednostkową 58,00 zł/m2 wskazując, że na jej poziom składa się koszt materiału 16 zł/m2, koszt usługi sprzętowej i robocizny 39 zł/m2 i zysk 3,0 zł/m2, do wykonania 1 tony remontu cząstkowego nawierzchni bitumicznej przy użyciu betonu asfaltowego, co jest równoznaczne z 10 m2 takiego remontu dla gr 4 cm, koszt jednostkowy przy kalkulacji szczegółowej na niskim poziomie cen sprzętu, materiałów i robocizny bez kosztów transportu masy do miejsca wbudowania kształtuje się na poziomie 76 zł/m2, w rozbiciu na koszty:

-materiału na poziomie 24,0 zł/m2 przy niezbędnej ilości nakładu materiału, ayli asfaltu drogowego 40 kg/t i mieszanki mineralno-asfaltowej 1,03 t/t;

-robocizny na poziomie 11,39 zł/m2 przy niezbędnej ilości nakładu roboczogodziny 6,7 r-g/t z najniższą stawka obowiązującą w 2020 roku na poziomie 17,0 zł;

-sprzętu na poziomie 40,8 przy niezbędnej ilości nakładu dla skrapiarki, walca, ciągnika kołowego i piły spalinowej.

Zaoferowana cena 58,0 zł/m2 zawiera również koszty transportu do miejsca wbudowania, ale nie zawiera informacji zawiera koszty oznakowania i zabezpieczenia robót, które dla tej pozycji jako roboty krótkotrwałe i przemieszczające się stanowią czynnik cenotwórczy. Dla porównania realności poziomu zaoferowanej ceny Zamawiający wskazał, że dysponuje dotychczasową umową z Odwołującym na ten sam zakres robót i cena tej samej pozycji jest równa 80,0 zł/m2. Jednocześnie Odwołujący dla tej samej pozycji, ale wykonywanej na autostradzie oferuje cenę jednostkową 100 zł/m2 (pozycja nr 6).

b)pozycji nr 39 tj. „wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość warstwy 10 cm” gdzie zaoferowano cenę jednostkowa równą 6,5 zł/m2, co daje za 1 cm grubości podbudowy z betonu asfaltowego cenę równą 1,54 zł/m2, a przy analogicznej pozycji nr 38 tj. „wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość warstwy 7 cm”, gdzie zaoferowano cenę jednostkowa równą 49,0 zł/m2 co daje za 1 cm grubości podbudowy z betonu asfaltowego cenę równą 7,0 zł/m2.

Wykonanie analogicznych pozycji nr 38 i 39 różni się grubością warstwy i większą ilością nakładów pracy, sprzętu i materiałów. Taka kalkulacja wyraźnie wskazuje na

kształtowanie nieprawdziwych, rażąco niskich, nierynkowych cen jednostkowych przez Odwołującego.

Zarzucił, że dla pozycji nr 4 i 39 kosztorysu ofertowego Odwołujący nie przedstawił sposobu obliczenia cen jednostkowych popierając prawidłowość ich kalkulacji o indywidualne czy zakładowe normy nakładów roboczogodzin, nakładu niezbędnej ilości materiału i nakładów dla sprzętu.

Argumentował również, że przedstawione wyjaśnienia nie są merytoryczne i uwzględniające wszystkie składniki wpływające na poziom ceny, np. montaż i demontażu oznakowania na czas robót, pomiary i badania laboratoryjne, a przedstawione dowody nie są wystarczające na uznanie kalkulacji indywidualnej opartej tylko na ogólnych kosztach materiału, kosztach usługi sprzętowej i robocizny, oraz zysku za prawidłową i gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie i Specyfikacjach Technicznych.

W ocenie Zamawiającego - odnoszenie się przez Odwołującego do spadku cen nośników jakim są paliwa, gaz i energia elektryczna nie są dowodem wystarczającym, gdyż zdarzenia te miały miejsce w sytuacji nadzwyczajnej i w krótkim okresie wybuchu pandemii. Obecnie mamy do czynienia ze wzrostem cen materiałów, cen paliw i wzrostem oczekiwań wynagrodzenia dla pracowników.

Wobec powyższego stwierdził, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający prawdziwości zaoferowanych cen jednostkowych wyszczególnionych pozycji, a istotne części składowe

ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie umożliwiają wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Według Zamawiającego - wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie dowodzą, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub jej istotnych części składowych. Udzielone wyjaśnienia są ogólnikowe i uniemożliwiają ocenę realności kosztów, które Odwołujący miałby ponieść, a tym samym oferta złożona przez Odwołującego została prawidłowo odrzucona.

Wskazując na powyższe Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jałowcu zgłosił swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofertę Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego, złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 27 maja 2020 r. wraz z dowodami na to wezwanie Zamawiającego, zawiadomienie o ofercie odrzuconej z dnia 8 czerwca 2020 r. i zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 12 sierpnia 2020 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2020 r. wraz z dowodami, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 87 ust.1 zd.1, art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę brutto 10 079 825, 40 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:
1. oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jałowcu z ceną brutto: 8.660.731,35 zł,
2.oferta Odwołującego z ceną brutto : 7.977.042,00 zł,
3. oferta Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu z ceną brutto : 8.945.144,25 zł,
Powyższe zestawienie cenowe wskazuje, że cena oferty Odwołującego była o 20, 86 % niższa od wartości przedmiotu zamówienia i o 6, 46 % niższa od średniej arytmetycznej podanych wyżej cen złożonych ofert.

Opierając się o powyższy zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego, co uczynił w piśmie z dnia 22 maja 2020 r., jednak jedynie w sytuacji, gdyby cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydawałby się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ w sposób należyty.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej 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, w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania,

w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym Izba, stwierdziła, że Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2020 r. stosowne wezwanie do Odwołującego skierował prosząc o jednoznaczną i precyzyjną kalkulację wyceny poszczególnych pozycji jednostkowych mających wpływ na cenę ofertową, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty robocizny, sprzętu, materiałów, transportu, a także zakładany poziom zysku.

W spornym zakresie na gruncie niniejszego postępowania odwoławczego wątpliwości Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczyły jedynie pozycji nr 4 i 39, co których na rozprawie strony zgodnie oświadczyły, że oś sporu odnosi się właśnie do tych pozycji. Pozostałe siedem pozycji cen jednostkowych pozostawały pomiędzy stronami bezsporne.

Z tego powodu, Izba ograniczyła rozpoznanie zagadnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, lub ich istotnych składników jedynie do tych dwóch pozycji cenowych.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust 1, art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena zawiera rażąco niską cenę lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ mimo, że cena ofertowa nie odbiegała w znaczny sposób od cen ofertowych innych wykonawców oraz wartości szacunkowej zamówienia, w tym nie była niższa o co najmniej 30 % od wartości szacunkowej zamówienia, ani nie jest niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert, Izba uznała go za spóźniony.

Stosownie do przepisu art.182 ust.1 pkt 2 odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jednocześnie w myśl ust.3 pkt 2 powołanego wyżej przepisu prawa odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.
8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący powziął wiadomość o treści wezwania Zamawiającego w dniu 22 maja 2020 r. i od tej daty należało przyjąć, że biegły powyższe terminy ustawowe na wniesienie odwołania, podczas gdy Odwołujący wniósł odwołanie w tej sprawie dopiero w dniu 15 czerwca 2020 r.

Z powyższych względów Izba, uznała zarzut bezzasadności skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za bezzasadny i bezprzedmiotowy.

Dalej, Izba ustaliła, że w następstwie powyższego wezwania pismem z dnia 27 maja 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego informację dotyczącą wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, przedstawiając między innymi kalkulację kosztową do pozycji nr 4 i 39, załączając do niej następujące dowody na potwierdzenie zawartych tam informacji:

1)kopie faktur za asfalt 50/70,
2)informacje handlowe od dostawcy kruszywa z dnia 21 kwietnia 2020 r. i z dnia 5 maja 2020 r. o możliwości sprzedaży kruszywa w orientacyjnych cenach rozeznania cenowego na potrzeby budowy,
3)ofertę z dnia 11 maja 2020 r. na usługę frezowania nawierzchni bitumicznej gr do 4 cm,
4)odpowiedź z dnia 15 maja 2020 r. dotycząca zakupu masy asfaltowej na zapytanie ofertowe Odwołującego,
5)informację mailową z dnia 12 maja 2020 r. na zakup krawężników, obrzeży i koski betonowej,
6)ofertę z dnia 11 maja 2020 r. na wykonanie robót kanalizacyjnych.

Dodatkowo, ustalono, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 czerwca 2020 r. opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego zakwestionował on pozycję nr 4 i nr 39 wskazując, że cena jednostkowa obejmuje całkowity koszt wykonania jednostki obmiarowej roboty podstawowej, a w szczególności
-wartości robocizny bezpośredniej ,
-wartości materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu (transportu od miejsca zakupu lub wytwórni do stanowiska roboczego),
-wartości pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczania się między stanowiskami pracy, montażu i demontażu oraz odwiezienia z terenu budowy do bazy sprzętowej po zakończeniu robót,
-koszty pośrednie obejmujące płace personelu, koszty urządzenia, eksploatacji i likwidacji zaplecza w tym zapewnienie energii, wody, łączności, koszty oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki na BHP i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy,
-zysk kalkulacyjny zawierający także m.in. ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu nieprzewidzianych wydatków mogących wystąpić w czasie realizacji oraz okresie gwarancyjnym. Do wykonania jednostki obmiarowej roboty podstawowej są określone wartości nakładów robocizny, sprzętu i materiałów jakie należy ponieść.

Izba ustaliła, że w piśmie tym Zamawiający motywował, że Wykonawca w swojej odpowiedzi nie przedstawił wystarczających dowodów i nie poparł swoich wyjaśnień jednoznaczną i precyzyjną kalkulacją np. na zasadach ogólnie przyjętych zasad kosztorysowania by wykazać prawdziwość zaoferowanych cen jednostkowych.

Zamawiający zarzucił, że w przesłanym wyjaśnieniu Wykonawca przedstawił tylko podział kosztów na koszty materiałów, koszty usługi sprzętowej i robocizny oraz zysk, bez wykazania możliwości wykonania danej pozycji na podstawie nakładów rzeczowych koniecznych by daną pozycję zrealizować. Brak jest również informacji o kosztach koniecznych do poniesienia przez Wykonawcę robót takich jak wyniesienie, utrzymanie i demontaż oznakowania na czas robót, kosztów załadunku, składowania, transportu czy utylizacji materiałów z rozbiórki, kosztów pomiarów i badań wynikających z Specyfikacji Technicznych. Kalkulacja indywidualna również powinna opierać się na niezbędnych nakładach rzeczowych dla wykonania danej pozycji oraz musi zawierać wszystkie koszty potrzebne do jej realizacji.

W przedmiotowym zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stanął na stanowisku, że zasadą umów na Bieżące Utrzymanie Dróg jest to, że Zamawiający określa szacunkowe ilości danych pozycji, ale nie oznacza to że w trakcie realizacji umowy ilość ta zostanie zrealizowana w całości, w części czy będzie większa niż założona. Zamawiający zleca określoną ilość danej pozycji w zależności do realnych potrzeb i posiadanych środków finansowych, dlatego każda pozycja wyszczególniona w ofercie, niezależnie od założonych ilości, powinna mieć cenę jednostkową na poziomie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie i Specyfikacjach Technicznych. Nie ma znaczenia ile procent dana pozycja stanowi całości kontraktu, ani w jakim

pakiecie będzie czy nie będzie realizowana. Każda pozycja powinna być skalkulowana na realnym poziomie gwarantującym jej wykonanie.

Dalej, Izba stwierdziła, że w powyższym piśmie Zamawiający uzasadnił, że brak gwarancji wykonania pozycji zgodnie ze sztuka budowalną oraz wymaganiami umowy i Specyfikacji Technicznych, gdzie zaoferowana cena jednostkowa jest rażąco niska występuje dla następujących pozycji :

a)pozycja nr 4 „remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej przy użyciu betonu asfaltowego gr. 4 cm" gdzie zaoferowano cenę jednostkową 58,00 zł/m2 wskazując, że na jej poziom składa się koszt materiału 16 zł/m2, koszt usługi sprzętowej i robocizny 39 zł/m2 i zysk 3,0 zł/m2, do wykonania 1 tony remontu cząstkowego nawierzchni bitumicznej przy użyciu betonu asfaltowego co jest równoznaczne z 10 m2 takiego remontu dla gr 4 cm koszt jednostkowy przy kalkulacji szczegółowej na niskim poziomie cen sprzętu, materiałów i robocizny bez kosztów transportu masy do miejsca wbudowania kształtuje się na poziomie 76 zł/m2 w rozbiciu na koszty :

-materiału na poziomie 24,0 zł/m2 przy niezbędnej ilości nakładu materiału czyli asfaltu drogowego 40 kg/t i mieszanki mineralno-asfaltowej 1,03 t/t

-robocizny na poziomie 11,39 zł/m2 przy niezbędnej ilości nakładu roboczogodziny 6,7 r-g/t z najniższą stawka obowiązującą w 2020 roku na poziomie 17,0 zł

-sprzętu na poziomie 40,8 przy niezbędnej ilości nakładu dla skrapiarki, walca, ciągnika kołowego i piły spalinowej.

Zaoferowana cena 58,0 zł/m2 zawiera również koszty transportu do miejsca wbudowania, ale nie zawiera informacji czy zawiera koszty oznakowania i zabezpieczenia robót, które dla tej pozycji jako roboty krótkotrwałe przemieszczające się stanowią czynnik cenotwórczy. Dla porównania realności poziomu zaoferowanej ceny Zamawiający dysponuje dotychczasową umową z Wykonawcą na ten sam zakres robót i cena tej samej pozycji jest równa 80,0 zł/m2. Jednocześnie Wykonawca dla tej samej pozycji, ale wykonywanej na autostradzie oferuje cenę jednostkową 100 zł/m2 (pozycja nr 6).

b)pozycji nr 39 tj. „wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość warstwy 10 cm" gdzie zaoferowano cenę jednostkowa równą 6,5 zł/m2, co daje za 1 cm grubości podbudowy z bet. asf. cenę równą 1,54 zł/m2, a przy analogicznej pozycji nr 38 tj. "wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość warstwy 7 cm" gdzie zaoferowano cenę jednostkowa równą 49,0 zł/m2 co daje za 1 cm grubości podbudowy z bet. asf. cenę równą 7,0 zł/m2. Wykonanie analogicznych pozycji nr 38 i 39 różni się grubością warstwy i większą ilością nakładów pracy, sprzętu i materiałów.

Według Zamawiającego - taka kalkulacja wyraźnie wskazuje na kształtowanie nieprawdziwych, rażąco niskich, nierynkowych cen jednostkowych.

Oświadczył przy tym, że pozostałe pozycje Zamawiający uznał na podstawie załączonych dokumentów.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że Zamawiający w tym piśmie wskazał, że dla pozycji nr 4 i 39 Wykonawca nie przedstawił sposobu obliczenia cen jednostkowych popierając prawidłowość ich kalkulacji o indywidualne czy zakładowe normy nakładów roboczogodzin, nakładu niezbędnej ilości materiału i nakładów dla sprzętu, wyjaśnienia nie są merytoryczne i uwzględniające wszystkie składniki wpływające na poziom ceny np. montaż i demontażu oznakowania na czas robót, pomiary i badania laboratoryjne, a przedstawione dowody nie są wystarczające na uznanie kalkulacji indywidualnej opartej tylko na ogólnych kosztach materiału, kosztach usługi sprzętowej i robocizny, i zysku za prawidłową i gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie i Specyfikacjach Technicznych obejmującą swym zakresem prace wyszczególnione w pozycji 8.2.

Zdaniem Zamawiającego - odnoszenie się do spadku cen nośników jakim są paliwa, gaz i energia elektryczna nie są dowodem wystarczającym, gdyż miało to miejsce w sytuacji nadzwyczajnej i w krótkim okresie pandemii. Obecnie mamy do czynienia ze wzrostem cen materiałów, cen paliw i wzrostem oczekiwań wynagrodzenia dla pracowników.

Rozpoznając przedmiotową sprawę w oparciu o powyższy materiał dowodowy należy zauważyć, że stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, a wbrew stanowisku Zamawiającego o ich ogólnikowości - zdaniem Izby - Odwołujący przedstawił dosyć szczegółowe wyjaśnienia wraz z kalkulacjami poszczególnych cen jednostkowych, których zawartość jest adekwatna do treści wezwania Zamawiającego (kalkulacja do poz. 4 strona 2 i do poz. 39 strona 5 i 6 pisma Odwołującego z dnia 27 maja 2020 r.).

Izba stwierdziła również, że przedmiotowe kalkulacje określały koszt materiału, koszt usługi sprzętowej i robocizny, zysk, a także cenę jednostkową netto.

Jeżeli chodzi o pozycję 4, to wartość zadeklarowanego przez Odwołującego kosztu materiału pokrywała się z ceną tego materiału określoną w dowodzie z informacji handlowej z dnia 5 maja 2020 r., co potwierdza realność zaproponowanego kosztu.

Wszelki zastrzeżenia umowne zawarte w ofertach czy informacjach handlowych kontrahentów Izba uznała za nie mające konkretnego wpływu na ocenę powyższych dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do pozycji 39 Izba uznała, że przyjęte przez Odwołującego założenia kosztowe może były dosyć optymistyczne, jednak miały one potwierdzenie we wcześniejszych jego doświadczeniach z realizacją takich samych umów u Zamawiającego, co potwierdzają dowody nr 1, 6, 7, 8 złożone przez Odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 17 sierpnia 2020 r.

Na poprzednim kontrakcie podstawowym wartość tych prac wyniosła jedynie 0,64 %, podczas gdy w ramach robót uzupełniających nie było żadnych zleceń takich prac.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że cyt. pozycja nie była istotną częścią składową ceny, Izba wyraziła przekonanie, że taka kalkulacja tej pozycji mieściła się w granicach ryzyka gospodarczego wykonawcy, nie powodując zagrożenia brakiem nienależytego wykonania przez Odwołującego zamówienia w zakresie tej części przedmiotu zamówienia.

Natomiast, w ocenie Izby - symulacja kosztowa Zamawiającego zawarta w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 czerwca 2020 r. nie podaje konkretnych źródeł, na których Zamawiający oparł swoje dane, a zatem nie może stanowić ona potwierdzenia wiarygodności minimalnej ceny jednostkowej, nie będącej jednocześnie rażąco niską ceną

Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie określił w swoim wezwaniu z dnia 22 maja 2020 r. jakie szczegółowe nakłady rzeczowe powinien wykonawca wskazać w swojej kalkulacji dla wykazania możliwości wykonania danej pozycji na podstawie nakładów rzeczowych koniecznych by daną pozycję zrealizować nie można oceny Zamawiającego uznać za kompleksową.

W takim przypadku Zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Analogicznie, rzecz się przedstawia, jeżeli chodzi o przyznaną przez Zamawiającego okoliczność braku informacji w wyjaśnieniach Odwołującego informacji o kosztach koniecznych do poniesienia przez Wykonawcę robót takich jak wyniesienie, utrzymanie i demontaż oznakowania na czas robót, kosztów załadunku, składowania, transportu czy utylizacji materiałów z rozbiórki, kosztów pomiarów i badań wynikających z Specyfikacji Technicznych.

Należy podkreślić, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 maja 2020 r. nie wymagał od wykonawcy podania powyższych informacji, chociaż obecnie twierdzi, że są one konieczne do oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny.

W związku z tym - według zapatrywania Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Odwołujący nie miał możliwości przeprowadzenia skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W ocenie Izby - Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Odwołującego ceny, a

wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez innych niezbędnych w tej sprawie dowodów złożonych przez Odwołującego, co do których powinien on zostać wezwany przez Zamawiającego, nie mogła potwierdzić, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba reprezentuje pogląd, że nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jednak jedynie w przypadku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień bardzo ogólnych, czy braku złożenia jakichkolwiek dowodów, uniemożliwiających Zamawiającemu jakąkolwiek ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej(vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Dodatkowo wymaga wskazania, że w swoim wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze

wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

Izba podziela zapatrywanie powyższego składu orzekającego, uznając, że Odwołujący przedstawił dosyć klarowne i wyczerpujące wyjaśnienia, a także dowody, co potwierdza chociażby zachowanie Zamawiającego, który z dziewięciu wskazanych w wezwaniu z dnia 22 maja 2020 r. pozycji uznanych jako wątpliwe, aż siedem uznał za udowodnione.

W związku z tym należało wnioskować, że potwierdziły się zarzuty nr 2 i nr 3 odwołania, z tego powodu, że Zamawiający w swoim zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 czerwca 2020 r. nie podał pełnego uzasadnienia faktycznego swojej decyzji poprzez niedostateczne omówienie dowodów złożonych przez Odwołującego, a także mając już złożone dowody, co do których miał wątpliwości, nie zwrócił się do wykonawcy o ich wyjaśnienie.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten składając swoje wyjaśnienia wraz z kalkulacjami oraz dowodami udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w przypadku, gdyby Zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości, co do już złożonych dowodów, to powinien zażądać od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień i dowodów.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

Izba nie przyznała zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, bowiem zgodnie z treścią faktury nr 172/20 nabywcą świadczenia był Przystępujący, a nie Odwołujący. Podobnej treści była faktura złożona przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie, częściowo nieczytelna.

Stosownie do § 3 pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami", zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa wlub koszty uczestnika postępowania

odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

W związku z tym należało uznać, że przedłożone przez pełnomocnika Odwołującego rachunki wystawione na Przystępującego nie mogą zostać potraktowane jako potwierdzenie umowy na świadczenie usług prawnych na rzecz Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: