

WYROK

Warszawa, dnia 22.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Infradrog sp. z o. o. z siedzibą w Chodzieży w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Swarzędz przy udziale wykonawcy: Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. z siedzibą w Rabowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dot. czynności badania i oceny oferty wykonawcy Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. z siedzibą w Rabowicach pod kątem ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym w jego toku ponowne wezwanie wykonawcy Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. z siedzibą w Rabowicach do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 Odwołującego – Infradrog sp. z o. o.

z siedzibą w Chodzieży oraz w 1/2 Zamawiającego Gminę Swarzędz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz tego odwołującego kwotę 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

2.3. W pozostałym zakresie znosi wzajemnie koszty między stronami.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1107/24

Uzasadnienie

Gmina Swarzędz, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Budowa ul. Królewskiej oraz odcinka ul. Darniowej w Gortatowie, gmina Swarzędz*” Nr postępowania: WRPZP.271- 43/2023 zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00554387/01 z dnia 15 grudnia 2023 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Dnia 2 kwietnia 2024 r. wykonawca Infradrog sp. z o. o. z siedzibą w Chodzieży (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy Budownictwo Drogowe KRUG Sp. z o.o. ul. Świerkowa 48 62-020 Rabowice (dalej jako „KRUG”) z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, przy

- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KRUG w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę a także

- zaniechanie odrzucenia oferty w przypadku gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KRUG w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają, że treść oferty pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia i nie uwzględnia całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia,

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i w jej wyniku dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy KRUG,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, co winno skutkować uznaniem za taką oferty Odwołującego..

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty wykonawcy KRUG ma bezpośredni i realny wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

Odwołujący w dalszej kolejności przedstawił stan faktyczny w niniejszej sprawie, wskazując że w przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 7 do SWZ. Zgodnie z jego treścią w zakres zamówienia wchodzi:

- a) roboty drogowe,
- b) budowa kanału technologicznego,
- c) budowa kanalizacji deszczowej,
- d) budowa oświetlenia ulicznego,
- e) przebudowa urządzeń telekomunikacyjnych,
- f) wycinka drzew i krzewów,

Integralną część opisu przedmiotu zamówienia stanowią:

- a) dokumentacje techniczne dla poszczególnych branż,
- b) kosztorysy przedmiarowe dla poszczególnych branż,
- c) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót dla poszczególnych branż.

Do obowiązków Wykonawcy w szczególności należy:

- a) Przed przystąpieniem do robót należy przeprowadzić szczegółową inwentaryzację płazów, przez osobę posiadającą odpowiednie kwalifikacje zawodowe, która będzie gwarantem skutecznej ochrony zwierząt.
- b) Nadzór przyrodniczy (herpetologiczny) na etapie realizacji inwestycji. W przypadku budowy dróg najczęściej mamy do czynienia z czynnym nadzorem herpetologicznym. Polega on na budowie grodzi dla płazów oraz aktywnym ich przenoszeniu. Nadzór należy zlecić wyspecjalizowanej jednostce. Przede wszystkim eksperci przyrodnicy z poszczególnych dziedzin biologii, np. botanik, ornitolog czy herpetolog.
- c) Opracowanie projektu tymczasowej organizacji ruchu i sposobu zabezpieczenia robót w rejonie prowadzonych robót wraz z oznakowaniem objazdów związanych z prowadzonymi robotami. Projekt winien zostać zatwierdzony przez właściwe jednostki zgodnie z obowiązującymi przepisami.
- d) Uzyskanie zezwolenia na prowadzenie robót w pasie drogowym (nieodpłatnie) od zarządcy drogi - Gminy Swarzędz.
- f) W przypadku konieczności usunięcia kolidujących drzew lub krzewów, Wykonawca niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Zamawiającego, wykona inwentaryzację zieleni oraz na podstawie pełnomocnictwa uzyska decyzję zezwalającą na usunięcie zieleni kolidującej (jeśli będzie wymagana).
- g) Informowanie zarządców gruntów o rozpoczęciu robót i ponoszenie kosztów związanych z zajęciem terenu (uzyskanie zgód i opłat).
- h) Informowanie zarządców mediów znajdujących się w pobliżu prowadzonych robót, oraz ponoszenie ewentualnych kosztów nadzoru z ramienia tych służb.
- i) Informowanie mieszkańców terenów objętych inwestycją o rozpoczęciu, zakończeniu i utrudnieniach związanych z prowadzonymi pracami (w formie pisemnych ogłoszeń rozwieszanych w miejscach ogólnie dostępnych na co najmniej 3 dni przed ich wystąpieniem).
- j) Na żądanie Zamawiającego przygotowanie z wyprzedzeniem tygodniowym notatek prasowych o terminie i rodzaju utrudnień wraz ze schematami objazdów. Informacje za każdym razem musi zawierać schemat tymczasowej organizacji ruchu, który zostanie przekazany do mediów.
- k) Organizacja placu budowy.
- l) Każdorazowe, niezwłoczne (tzn. po zakończeniu prac w danym dniu) uprzątnięcie i zabezpieczenie miejsca wykonywania prac.

- m) Obsługa geodezyjna w trakcie budowy.
- n) Dostawa materiału do realizacji zamówienia objętego postępowaniem.
- o) Całkowite koszty zasilania placu budowy i robót w energię elektryczną i wodę.
- p) Utrzymanie dróg dojazdowych do placu budowy w należytych porządku (zgodnie z art. 20 ust. 12 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych).
- q) Na żądanie Zamawiającego przygotowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Odwolujący wskazał, że szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone w Projektowanych Postanowieniach Umowy (dalej „PPU”) stanowiących odpowiednio Załącznik nr 8 do SWZ.

Zgodnie z § 1 PPU Przedmiot umowy został określony w poniższy sposób:

Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do realizacji zadanie: „Budowa ul. Królewskiej oraz odcinka ul. Darniowej w Gortatowie, gmina Swarzędz,” - zgodnie z dokumentami zamówienia, w szczególności postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarami i Opisem przedmiotu zamówienia (stanowiącymi integralną treść umowy).

Wynagrodzenie umowne zgodnie z § 8 PPU ma charakter ryczałtowy:

2. Wynagrodzenie powyższe obejmuje koszt wszelkich materiałów, oraz robót wynikających z dokumentacji projektowej, jak również tych, które nie zostały wymienione w sposób wyraźny, a które są konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 1 obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją robót objętych Umową, skalkulowanych i wynioskowanych na podstawie otrzymanej dokumentacji projektowej i określonych standardów.

3. Wykonawca nie będzie mógł się powoływać na pominięcie lub błąd w zakresie konieczności użycia materiałów lub wykonania określonych robót w celu uzyskania zmiany wysokości wynagrodzenia.

4. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 dotyczy całościowej realizacji przedmiotu umowy wraz z wszelkimi kosztami związanymi z odbiorem końcowym robót włączając w to próby, sprawdzenia (oznakowanie, pomiary, ekspertyzy, koszty przyłączy itp.) oraz rozruch a także koszty związane z poborem energii elektrycznej i wody

Rozliczenie robót zgodnie z § 9 PPU ma nastąpić na podstawie faktur częściowych i końcowej:

2. Rozliczenie za roboty nastąpi fakturami częściowymi, na podstawie podpisanych częściowych protokołów odbioru robót. Faktury częściowe będą wystawiane na 80 % wartości odbieranych robót (obliczanych zgodnie z procentowym zaawansowaniem robót). Pozostałe 20 % wynagrodzenia zostanie zapłacone na podstawie faktury końcowej

Odwolujący wskazał, że Zamawiający wymaga od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% jego wartości będzie zwrócone Wykonawcy w ciągu 30 dni od daty końcowego odbioru robót, pozostała część zabezpieczenia, tj. 30% zostanie zwrócona w ciągu 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi za wady i gwarancji. Wykonawca zobowiązany jest utrzymywać zabezpieczenie należytego wykonania Umowy odpowiednio przez cały okres wykonywania Umowy i obowiązywania rękojmi za wady i gwarancji.

Ponadto Zamawiający zgodnie z § 11 PPU wymaga od wykonawcy posiadania ubezpieczenia:

1. Wykonawca zobowiązany jest do posiadania umowy ubezpieczeniowej (ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej), która obejmować będzie odpowiedzialność cywilną Wykonawcy z tytułu szkód wyrządzonych osobom trzecim (szkody majątkowe i na osobie) na sumę minimum wartości umowy brutto, która jest jednocześnie limitem na jedno i wszystkie zdarzenia.

2. Umowa ubezpieczenia obejmuje następujące podmioty: Wykonawcę i wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców zatrudnionych przy realizacji umowy (bez imiennego wykazu podwykonawców), Zamawiającego (Inwestora).

3. Wykonawca zobowiązuje się do posiadania ww. polisy przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy. W celu potwierdzenia ważności ww. umowy ubezpieczenia Wykonawca będzie przysyłał Zamawiającemu potwierdzenia opłacenia każdej kolejnej raty/składki w ciągu 3 dni od terminu jej wymagalności.

4. Umowa ubezpieczenia, wskazana w ust. 1. będzie obejmowała pełną odpowiedzialność ubezpieczyciela. Zamawiający wyklucza możliwość stosowania klauzul ograniczających odpowiedzialność ubezpieczyciela, z tym jednak zastrzeżeniem, iż dopuszcza franszyzę integralną oraz franszyzę redukcyjną w wysokości do 10% wartości szkody lub 10.000,00 zł.

Dodatkowo Zamawiający w § 21 wymaga od wykonawcy zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę:

1. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących: roboty ziemne, roboty brukarskie, instalatorów, monterów sieci teletechnicznej, monterów sieci kanalizacyjnej, monterów sieci telekomunikacyjnej, monterów systemu odwodnienia oraz operatorów maszyn budowlanych.

Zgodnie z udostępnionym protokołem postępowania Zamawiający ustalił wartość zamówienia jako 8 884 895,82 zł netto – na podstawie kosztorysu inwestorskiego opracowanego w dniu 12.12.2023 r. – wartość po ubruttowaniu na potrzeby wskaźnika rażąco niskiej ceny –

10 928 421,85 zł brutto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 19 stycznia 2024 r. ceny ofert złożonych w postępowaniu przedstawiają się w następujący sposób:

- a. STRABAG Sp. z o.o., cena 10 878 051,83 PLN.
- b. Lider: Tormel Sp. z o.o., WUPRINŻ S.A., cena 9 852 624,41 PLN.
- c. EUROVIA POLSKA S. A., cena 8 517 192,74 PLN.
- d. IVESTON sp. z o.o., cena 9 826 839,00 PLN.
- e. INFRADROG sp. z o.o., cena 8 226 585,21 PLN.
- f. BUDOWNICTWO DROGOWE KRUG sp. z o.o., cena 7 261 273,66 PLN.

Zestawienie potwierdza obligatoryjny charakter wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny wykonawcy KRUG (cena niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 33,56 %).

Odwolujący wskazał, że Zamawiający skierował w dniu 30 stycznia 2024 r. do wykonawcy KRUG skonkretyzowane wezwanie do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty o treści:

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty do wykonawcy KRUG wobec przekroczenia obligacyjnego wskaźnika ustawowego nie widząc podstaw do odstąpienia od tej czynności. Treść wezwania wskazuje, poza przekroczeniem samego wskaźnika arytmetycznego, na wątpliwości Zamawiającego odnośnie możliwości realizacji zamówienia na zaoferowaną cenę a jednocześnie zobowiązuje wykonawców do wykazania i udowodnienia, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny wskazując na następujące obowiązki związane z procedurą wyjaśniającą (poza przywołaniem regulacji ustawy Pzp). Wezwanie kilkakrotnie podkreśla wymóg przedstawienia dowodów jako narzędzi i środków wykazania realności wyceny. Wykonawca KRUG nie zakwestionował zasadności ani treści wezwania a zatem był zobligowany do wykazania i udowodnienia, że cena jaką zaoferował w postępowaniu nie jest rażąco niska i miał obowiązek obalić domniemanie rażąco niskiej ceny oferty.

Wykonawca KRUG złożył w dniu 5 lutego 2024 r. odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia ceny jednak Zamawiający uznał, za złożonym z wyjaśnieniami uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa że w całym zakresie żądanej przez wykonawcę ochrony (właściwe wyliczenia ceny oraz dowody i wykaz sprzętu) zasługują na ochronę o której mowa w art. 18 ust 3 Pzp i nie udostępnił Odwołującemu tych załączników do wyjaśnień ceny.

Zdaniem Odwołującego wykonawca KRUG złożył w odpowiedzi na wezwanie ogólnikowe wyjaśnienia ceny w których treści wskazał, że załącza do nich właściwe wyliczenia i dowody w tym:

- Kosztorys Ofertowy wraz z Szczegółową Kalkulacją Cen Jednostkowych – dokumenty pierwotnie w całości utajnione

Opisując zawartość dokumentu wykonawca wskazał, że dokument: *ma obrazować wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, sporządzony na podstawie projektów wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót dla poszczególnych branż. Mając na uwadze zapisy w przedstawionym wzorze umowy, a w szczególności te z § 8. Wynagrodzenie Wykonawcy, stanowiące, że otrzyma ryczałtowe wynagrodzenie oraz, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją robót objętych Umową, skalkulowanych i wynioskowanych na podstawie otrzymanej dokumentacji projektowej i określonych standardów, Wykonawca opracował Kosztorys Ofertowy metodą szczegółową na podstawie KNR (niegdyś obligatoryjnych, zatwierdzonych do stosowania przez poszczególnych ministrów) ze zmodyfikowaniem wartości normatywnych, gdyż technologia, a co za tym idzie nakłady robocizny i pracy sprzętu w dawnych KNR nie odpowiadają dzisiejszym realiom.*

- oferty cenowe od Dostawców i Podwykonawców na kluczowe materiały, urządzenia i usługi niezbędne do realizacji inwestycji.

Brak dostępu Odwołującego do treści dokumentów uniemożliwiał pierwotnie ich ocenę zarówno w kontekście zgodności z SWZ/OPZ/wzorem umowy i kompletności jak również w odniesieniu do celu dla którego zostały złożone tj. wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

- zestawienie sprzętu i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca

Brak dostępu Odwołującego do treści dokumentu pierwotnie uniemożliwiał jego ocenę zarówno w kontekście zgodności z SWZ/OPZ/wzorem umowy i kompletności jak również w odniesieniu do celu dla którego zostały złożone tj. wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska – w szczególności nie jest wiadome jakie to jednostki sprzętu, czy ich ilość jest wystarczająca do realizacji zamówienia, jakie są koszty pracy urządzeń itp.

W pozostałym zakresie złożone wyjaśnienia ceny zawierają niecałe 3 strony tekstu i odnoszą się jedynie do deklarowanej stawki roboczogodziny pracowników – nie było przy tym wiadome bez dostępu do treści zastrzeżonego jako tajemnica dokumentu czy założono poprawne i realne oraz adekwatne do zakresu rzeczowego zamówienia nakłady

W zakresie dotyczącym ogólnikowych informacji o podstawach optymalizacji wyceny ofertowej wykonawca w jawnej części pisma przedstawił wyłącznie ogólne zapewnienia i głoślowe deklaracje w rodzaju:

- *Wykonawca dysponuje wyspecjalizowanym zapleczem sprzętowym oraz wieloma maszynami drogowymi (zestawienie w załączeniu) co pozwala na prowadzenie robót w sposób wydajny i ekonomiczny.*

- Ciężki sprzęt budowlany, tj. koparki, równiarka, walce drogowe i własne samochody ciężarowe pozwalają na znaczną mechanizację pracy, skrócenie czasu niezbędnego do jej realizacji oraz zmniejszenie udziału prac ręcznych w procesie budowy dróg.

- Dodatkowo wyspecjalizowany osprzęt do koparko-ładowarki oraz mechaniczna układarka kostki brukowej również znacząco wpływa na zmniejszenie nakładów pracy ludzkiej przy realizacji inwestycji co przekłada się na zmniejszenie kosztów i oszczędniejszy sposób wykonania.

- W przedmiarze robót załączonym przez Zamawiającego zastosowano KNR opierające się głównie na pracach ręcznych lub z wykorzystaniem sprzętu ręcznego oraz małych samochodów ciężarowych co w znaczący sposób podnosi czasochłonność i koszty prowadzonych robót. W ocenie Wykonawcy możliwe jest wykorzystanie do robót rozbiórkowych i ziemnych oraz podbudów w sposób zdecydowanie bardziej zmechanizowany z wykorzystaniem koparek oraz samochodów ciężarowych o większej ładowności, co przekłada się na większe tempo prowadzonych prac oraz znacznie mniejsze zaangażowanie pracowników fizycznych, co pozwala na wykonanie rozbiórek w

- wpływ na wysokość oferty Wykonawcy ma bliskość terenu inwestycji w stosunku do jego bazy sprzętowo-materiałowej, co pozwala poczynić znaczące oszczędności na kosztach dowozu pracowników na budowę oraz zrezygnowanie z rozbudowanego zaplecza budowy.

- Wykonawca samodzielnie oszacował ilość robót ziemnych niezbędnych do zrealizowania podczas budowy kanalizacji deszczowej, uwzględniając przy tym szczegółowe zapisy z opisu technicznego oraz wykorzystanie nowoczesnego sprzętu i szalunków systemowych typu BOX.

Zastosowanie ciężkiego sprzętu budowlanego i szalunków systemowych, będących własnością Wykonawcy, pozwoli skrócić czas realizacji robót, co również przekłada się na oszczędności, które zostały uwzględnione w złożonej ofercie.

- Jako firma działająca prężnie na rynku budowlanym i realizująca liczne inwestycje infrastruktury drogowej oraz towarzyszące im roboty ziemne, dysponujemy znaczącymi zasobami materiałów sypkich (piaski) pochodzącymi z korytowania pod nawierzchnie drogowe oraz wykopów pod obiekty, a nadającymi się do ponownego wbudowania, co również przekłada się na możliwość zaoferowania wykonania tańszych zasypek, obsypek i wymiany gruntów.

Powyższe wyjaśnienia nie wskazują na nadzwyczajne źródło ani skonkretyzowane uzasadnienie dla tak zaniżonej wyceny ofertowej i mają charakter uniwersalny dla wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i trudno w oparciu o ich treść uznać, że wykonawca ma faktycznie zdolność tak zasadniczego zaniżenia wyceny ofertowej.

Z kolei jawne załączniki do wyjaśnień ceny wymienione poniżej były pozbawione jakiegokolwiek znaczenia dowodowego w kontekście przedmiotu wezwania:

Załączniki:

1. Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie
2. Zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek
3. Zaświadczenie z US o niezaleganiu w podatkach
4. Referencje

Wskazane załączniki nie pozwalają w żaden sposób ocenić realności, rzetelności ani poprawności wyceny robót na potrzeby konkretnego przetargu, którego dotyczy wezwanie.

Reasumując jawna część wyjaśnień i jej ogólnikowy i deklaracyjny i nieweryfikowalny charakter nie mogły same w sobie stanowić skutecznego środka dowodowego dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny a zatem faktycznie dopiero treść złożonych i zastrzeżonych załączników pozwala ocenić realność i poprawność samej wyceny i to czy złożone dowody potwierdziły, że cena oferty wykonawcy KRUG nie jest rażąco niska i stąd dla możliwości kwestionowania przez Odwołującego skuteczności wyjaśnień ceny konieczne stało się zapoznanie się z ich treścią.

Wobec pierwotnego wyboru oferty wykonawcy KRUG jako najkorzystniejszej i zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego powołanych powyżej załączników do wyjaśnień ceny Odwołujący wniósł odwołanie do Izby.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, przy braku sprzeciwu ze strony wykonawcy KRUG – w konsekwencji Izba wydała w sprawie postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sprawa Sygn. akt: KIO 706/24) zaś Zamawiający unieważnił pierwotny wybór i dokonał udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych załączników do wyjaśnień ceny wykonawcy KRUG a także w dniu 28.03.br. dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy KRUG.

Jak wynika z udostępnionych przez Zamawiającego pierwotnie utajnionych wyjaśnień ceny wykonawcy KRUG dokumenty jakie zostały złożone przez wykonawcę nie stanowią skutecznego wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wykaże w dalszej części uzasadnienia odwołania, że udostępnione dokumenty/dowody potwierdzają wewnętrzną sprzeczność wyjaśnień ceny, pomijają kluczowe elementy wyceny jak również założenia kalkulacyjne jakie poczynił wykonawca są niezgodne z OPZ/SWZ.

Odnosząc się do argumentacji KRUG co do kwestii możliwości zaoferowania Zamawiającemu wykonania robót w cenie tak istotnie niższej niż pozostali wykonawcy i ustalonej wartości Zamówienia przez Zamawiającego należy

stwierdzić:

Jak wynika z części opisowej wyjaśnień ceny Wykonawca miał rzekomo opracować Kosztorys Ofertowy metodą szczegółową na podstawie KNR ze zmodyfikowaniem wartości normatywnych w dostosowaniu do zmian technologii:

Wykonawca KRUG w złożonym wraz z wyjaśnieniami i odtajnionym kosztorysie dla potrzeb wyliczenia ceny oferty z jednej strony posłużył się zmodyfikowanym przez siebie przedmiarem robót Zamawiającego, jednocześnie nie przedstawiając jakichkolwiek wyliczeń matematycznych otrzymanych ilości poszczególnych asortymentów robót, a jednocześnie pozostawiając tą samą co w przedmiarze Zamawiającego podstawę wyceny.

Odwolujący przykładowo wskazuje na nieudokumentowane w jakikolwiek sposób obliczeniami ilości przedmiarowe robót w pozycjach kosztorysowych nr 11, 12, 25, 104, 105, 132, 133, 155, gdzie różnią się one od ilości przyjętych w przedmiarze przygotowanym przez Zamawiającego, jednocześnie brak jest w złożonych wyjaśnieniach ceny jakiegokolwiek informacji o sposobie wyliczenia tak ustalonej ilości robót.

Taka całkowicie nieweryfikowalna dla Zamawiającego, nie poparta jakimkolwiek dowodem/wyjaśnieniem/wyliczeniem modyfikacja przedmiarów jest niedopuszczalna i nie powinna zostać przyjęta przez Zamawiającego jako właściwe określenie ilości a przede wszystkim wartości oferty.

W przypadku pozycji kosztorysowych nr 11, 12, 25, 104, 105, 132, 133 i 155 ilości robót przewidzianych do realizacji przez Oferenta odbiegają od ilości przyjętych przez Zamawiającego bez jakichkolwiek informacji o sposobie w jaki dokonano obliczenia.

W szczególności wykonawca winien skoro powołuje się na dokonane zabiegi optymalizacyjne ilości przedmiarowych wykazać w oparciu o jakie założenia dokonał tych modyfikacji – wykazując przy tym, że ilości w przedmiarze Zamawiającego w relacji do udostępnionej dokumentacji projektowej były zawyżone i w jaki sposób i na jakim poziomie.

Brak takich wyjaśnień uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację prawidłowości kalkulacji bowiem mamy jedynie do czynienia z istotnymi zmianami ilościowymi w kosztorysie wykonawcy przy braku danych na jakiej podstawie dokonanych.

W części opisowej wyjaśnień Wykonawca KRUG przywołuje jako okoliczność umożliwiającą znaczącą optymalizację kosztów realizacji zamówienia posiadanie własnego sprzętu.

Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawca ogólnikowo zapewnił, że:

Jednocześnie w części odtajnionej wyjaśnień ceny wykonawca załączył wykaz pojazdów samochodowych i maszyn oraz wykaz sprzętu jednak:

1.fakt złożenia wykazu środków trwałych nie stanowi *per se* istotnego czynnika optymalizacji kosztów wykonania robót. Samo posiadanie koparki, równiarki, walca i własnych samochodów ciężarowych nie jest okolicznością w zasadniczy sposób wpływającą na podniesienie poziomu konkurencyjności i obniżenie ceny, tym bardziej, iż w żaden sposób Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie uchwytne i weryfikowalny sposób, fakt posiadania wymienionego w załącznikach sprzętu ma przełożyć się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Sam fakt posiadania wskazanych jednostek sprzętu ani nie przekłada się na wykorzystanie ich wszystkich na potrzeby aktualnego zamówienia ani nie wykazuje kosztów ich pracy, w tym kosztów operatorów, paliwa itp.

2.wyjaśnienia w zakresie posiadanego sprzętu są niespójne bowiem z jednej strony wykonawca KRUG twierdzi, że Zamawiający w przedmiarach robót zastosował KNR-y opierające się na pracach ręcznych z wykorzystaniem sprzętu ręcznego lub małych samochodów ciężarowych, co miałoby świadczyć o przeszacowaniu przez Zamawiającego robót w kontekście obecnie obowiązującej mechanizacji w budownictwie. Stwierdzenie te jednak pozostaje całkowicie gołosłowne, ponieważ wykonawca w całej swojej wycenie oparł się na dokładnie tych samych podstawach wyceny KNR co Zamawiający w przedmiarach, nie modyfikując ich w zakresie zastosowanego sprzętu czy też nakładów roboczych.

Należy ponadto podnieść, że wykonawca KRUG w ramach kosztorysu ofertowego przedstawił listę sprzętów wynikających z wyceny w ramach KNR-ów, których nie posiada, a zgodnie z KNR-ami są niezbędne do realizacji robót (żuraw sam., rozkładarka mas bitumicznych, skraplarka do bitumu, koparka na podwoziu gąsienicowym, malowarka do dróg, koparko-spycharka, samochód wieżowy z balkonem, spycharka), a do przewozów materiałów wbrew temu co deklarował w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny używa zgodnie ze złożonym kosztorysem samochodów ciężarowych o ładowności do 5 t i od 5 do 10 t, podczas gdy posiadana przez niego i wykazana flota to samochody ciężarowe 3 osiowe o ładowności ok. 12-13 t oraz 4-osiowe o ładowności 16 t.

Uwzględniając powyższe przedstawiony przez KRUG kosztorys ofertowy i sposób w jaki dokonano wyceny w zakresie sprzętu całkowicie nie koresponduje z deklaracjami zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, gdzie wykonawca wskazywał wyraźnie na posiadanie odpowiedniego niezbędnego do wykonania zadania, a podnoszącego sposób mechanizacji sprzętu i zastosowanie podstaw wyceny innych niż KNR-y, które wskazał Zamawiający w przygotowanych przez niego przedmiarach.

Wykonawca KRUG w części opisowej złożonych wyjaśnień ceny wskazał, iż samodzielnie oszacował ilość robót ziemnych do zrealizowania budowy kanalizacji deszczowej uwzględniając przy tym zapisy z specyfikacji technicznej i projektu oraz wskazał na wykorzystanie nowoczesnego sprzętu i szalunków systemowych typu BOX.

Zgodnie z wyjaśnieniami:

Z drugiej jednak strony nie odnajdujemy odzwierciedlenia tych deklaracji w przedstawionym kosztorysie ofertowym, w którym Wykonawca dalej oparł się na rozwiązaniach technicznych i podstaw wycen KNR przedstawionych przez Zamawiającego i wskazanych tam sprzętach i szalunkach palowych wykorzystywanych głównie 40 i więcej lat temu.

W złożonej opisowej części wyjaśnień ceny wykonawca zapewniał, że jako firma prężnie działająca na rynku budowlanym dysponuje znaczącymi zasobami materiałów sypkich (piaski) pochodzącymi z korytowania dróg oraz wykopów pod obiekty, a nadającymi się do ponownego wbudowania.

Zgodnie z wyjaśnieniami KRUG:

Zapewnienia te również nie znalazły odzwierciedlenia w dowodach przedstawionych przez Wykonawcę. Na próżno szukać w złożonych dowodach gdziekolwiek informacji jak duże są te zasoby piasków oraz czy faktycznie piasek, którym dysponuje wykonawca nadaje się do wbudowania i jest to potwierdzone faktycznie badaniami próbek piasku. Powyższe stwierdzenia pozostają tylko gołosłownymi nie popartymi dowodami i nie weryfikowalnymi zapewnieniami wykonawcy bez jakiegokolwiek mocy dowodowej.

Twierdzenie KRUG o możliwości zastosowania piasku z innych inwestycji jest niepodparte żadnymi dokumentami. Dla tego typu zabiegu konieczne jest posiadanie, jak wskazano powyżej, konkretnych zezwoleń, a dodatkowo jeszcze dopuszczenia do zastosowania materiałów budowlanych w budownictwie, a to wymaga posiadania np. zakładowej kontroli produkcji. W przypadku takiego założenia, że wykonawca chce wbudować materiał nie posiadając stosownych zezwoleń doszłoby do naruszenia przepisów prawa w zakresie ochrony środowiska oraz innych przepisów.

W zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia Wykonawca wskazał, iż wpływ na wysokość oferty Wykonawcy ma bliskość terenu inwestycji do jego bazy sprzętowo-materiałowej, co pozwala poczynić znaczące oszczędności na kosztach dowozu pracowników.

Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami ceny:

Także powyższe zapewnienia w żaden konkretny i weryfikowalny sposób nie przekładają się na podstawę obniżenia wyceny ofertowej. Wykonawca nie wskazał nawet odległości pomiędzy swoją bazą a placem budowy i jaki to faktycznie ma wymierny pozytywny wpływ na koszty realizacji przez niego zamówienia.

Wykonawca podkreśla także, iż pozostaje w zgodzie z przepisami ochrony środowiska w szczególności w zakresie przetwarzania i wtórnego wykorzystania odpadów oraz ziemi.

Zgodnie z ogólnodostępnymi wykazami znajdującymi się w państwowym rejestrze Bazy Danych o Odpadach firma Budownictwo Drogowe KRUG Sp. z o.o. nie posiada zezwoleń na przetwórstwo odpadów i ich wtórne wprowadzenie do obrotu.

Jednocześnie w złożonej wycenie Wykonawca nigdzie nie wskazał jakichkolwiek uwzględnionych kosztów utylizacji/recyklingu odpadów przez uprawnione do tego zakład. W szczególności nie uwzględniono opłaty za utylizację gruzu i innych odpadów nie nadających się do ponownego wbudowania. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Wykonawca w tym względzie nie wykazał się spełnieniem obowiązków w zakresie odpowiedniej gospodarki odpadami zgodnie z Ustawą o odpadach.

W treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i formularzu ofertowym Wykonawca KRUG deklaruje powierzenie części zamówienia podwykonawcy, w szczególności podmiotowi, na którego zasoby powoływał się przy spełnieniu warunków postępowania przetargowego.

Zgodnie ze złożonym w postępowaniu Formularzem ofertowym Wykonawca przewidział udział w realizacji zamówienia w następującym zakresie:

W formularzu ofertowym Wykonawca powołał się na zasoby firmy Eltel Sp. z o.o., deklarując temu podmiotowi powierzenie zamówienia w zakresie branży teletechnicznej i elektrycznej (łączny udział około 10% ceny ofertowej a więc nie pomijalny), a jednocześnie nie załączył na potrzeby złożonych wyjaśnień ceny jakiegokolwiek wyceny tego podwykonawcy.

Powyższe powoduje, iż Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny czy Wykonawca nie zastosował co do zakresu wskazanych prac podwykonawczych rażąco niskiej ceny w stosunku do wyceny swojego Podwykonawcy, na którego zasoby się powoływał przy spełnieniu warunków postępowania i któremu deklarował powierzenie części zamówienia.

Brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie uniemożliwia prawidłową ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, a konkretnie czy Wykonawca nie zastosował w tym zakresie ceny niższej niż jego Podwykonawca co do zakresu, który zamierza mu zlecić.

Wykonawca KRUG w złożonym kosztorysie przedstawił informację nt zastosowanych dla potrzeb wyceny ofertowej składników cenotwórczych robocizna/materiały/sprzęt („RMS”).

Wykonawca zastosował nierynkową, wręcz dumpingową wartość narzutu dla zysku w wysokości 3%, podczas gdy zgodnie z informacją cenową kwartalną przygotowywaną przez Sekocenbud (uznane przez Zamawiającego źródło cen RMS przy obliczaniu wartości robót dodatkowych/zamiennych zgodnie z PPU ust. 12 § 22) wartość narzutu zysku

powinna wahać się w przedziale od 5% do 18%, zgodnie z notowaniami z rynku, oddającymi w pełni realny poziom cen i zysku.

Wykonawca w swojej wycenie zastosował wartość wskaźnika zysku równą 3%, co jest wartością zaniżoną w stosunku do informacji kwartalnych Sekocenbudu, a co za tym idzie odbiega od wartości rynkowych i jedynie dodatkowo potwierdza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wykonawca w tak drastycznie obniżony wskaźnik narzutu zysku.

W ocenie Odwołującego zaniżenie to nie jest przypadkowe bowiem tylko w ten sposób poza obniżeniem podstaw kosztorysowych możliwe było dostosowanie złożonych wyliczeń do zaoferowanej w postępowaniu ceny.

Dodatkowo należy wskazać, iż Wykonawca KRUG w swoich ogólnych wyjaśnieniach powołał się na ceny dostawców materiałów, jednakże nie poruszył jednocześnie cen materiałów szczególnie ważnych dla całości zadania a te pozostały w całości nieudowodnione:

Zgodnie z kosztorysem KRUG złożonym z wyjaśnieniami ceny mieszanki mineralno-asfaltowej stanowiły kwotę łączną 735.130,13 zł, co stanowiło 22,4% ogółu wartości materiałów przewidzianych do realizacji zadania przez wykonawcę.

Kruszywo o uziarnieniu ciągłym 0/31,5mm stanowi wartość 331.124,23 zł, co stanowi kolejne 10,1 % wartości ogółu materiału, a piaski na zasypkę i obsypkę stanowią wartość łączną 351.047,24 zł, co stanowi wartości 10,7% ogółu materiału.

Na wymienione wyżej materiały stanowiące łącznie 43% ogółu wartości materiałów niezbędnych do realizacji zadania Wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek oferty od dostawców, a przyjęte ceny MMA dla warstwy ścieralnej dla ścieżki rowerowej, jezdni i warstwy wiążącej zostały przyjęte takie same, co należy odczytywać jako przyjęcie ceny materiału bez właściwego rozeznania rynku.

Powstaje również pytanie czy Oferent uwzględnił w cenie masy transport mieszanek z wytwórni na budowę i z jakiej odległości będzie dowożona mieszanka mineralno-asfaltowa. Brak dowodów i tego typu szczegółowych informacji w złożonych wyjaśnieniach uniemożliwia ocenę ceny w kontekście RNC.

Dodatkowo należy wskazać, iż Wykonawca nie przedstawił także jakiegokolwiek oferty na materiały elektryczne czy też telekomunikacyjne jak i wcześniej wspomniano nie przedstawił oferty Podwykonawcy w tym zakresie, co powinno również zaniepokoić Zamawiającego w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto cena przyjęta na piasek do wymiany gruntu na poziomie 16,05 zł/t nie uwzględniając przy tym jakiegokolwiek transportu do miejsca wbudowania jest poza sferą rynkową dokumentowaną chociażby przez Sekocenbud.

Należy również mieć na uwadze, że Wykonawca KRUG kompletnie nie wyjaśnił zakresu swojej wyceny na wartość wynoszącą 2 560 116,7 zł netto czyli ponad 43% całego zakresu rzeczowego.

Przy tak niskim założeniu zysku (3%) oraz niepewnych zapisach w kalkulacji cen pozycji (brak ofert podwykonawców, brak ofert materiałowych, w szczególności na kluczowe elementy do budowy dróg jakimi są piaski, kruszywa do podbudów czy mieszanki mineralno-bitumiczne) należy z pewnością założyć, że w przypadku prawidłowej kalkulacji cena ofertowa byłaby rażąco niska.

Brak wyjaśnienia cen dotyczy m.in. pozycji 27, 29, 30, 31, 32, 33, 46-48, 51-54, 67, 74-75, 99, 113, 130, 133-134, 136, 142, 147, 149, 165, 175, 191, 195-197, 231-233, 252-286, 287-323 przedłożonego kosztorysu.

Wykonawca KRUG nie ma obecnie możliwości uzupełnienia wyjaśnień o dodatkowe oferty, cenniki, materiały.

W kwestii piasku należy zauważyć, że Wykonawca stosuje różne ceny i różne ciężary tego samego materiału (piasek naturalny kopany) co podważa poprawność i rzetelność kalkulacji.

W poz. 27, 67, 99, 142, 147 KRUG przyjmuje cenę 21,4 zł/t i nieprawidłowy, zaniżony ciężar 1,7 t/m³. W poz. 165 cena piasku to 16,05 zł/t. W pozycji 191 cena piasku to nawet 49,22 zł/t (ciężar taki sam). W poz. 195 cena piasku wynosi 48,15 zł/m³ czyli w przeliczeniu na tony to 28,32 zł/t przy nierealnym ciężarze 1,7 t/m³. W poz. 256 cena piasku na zasypkę to nawet 72,89 zł/m³.

Zatem powstaje pytanie, która cena jest prawidłowa i dlaczego Wykonawca przedkładając swoją (nie podwykonawców) kalkulację stosuje tak całkowicie różne ceny piasku.

Najistotniejsze pozostają jednakże dwa elementy: pierwszy to błędnie przyjęta ciężar i rozchód materiału. Istotnie piasek w stanie luźnym to waga ok. 1,65 – 1,7 t/m³. Natomiast w danym przypadku mamy do czynienia z rozchodem oraz piaskiem w stanie zagęszczonym, a tu waga powinna być przyjęta na poziomie 1,8-1,9 t/m³.

Druga kwestia to cena. Z uśrednienia tych trzech cen oraz zakładając prawidłowy ciężar piasku wynika, że cena wg Wykonawcy wynosi około 50 zł/m³ z dowozem na miejsce wbudowania.

Z pozycji kosztorysowych wynika, że ilość piasku to ok. 9500m³ (główne pozycje to 27, 196 i 197). Różnica w przyjętej błędnie i zaniżonej cenie piasku wynosi zatem 50 – 29 zł/m³ czyli 21 zł/m³. Doliczając zatem to do danych pozycji uzyskujemy dodatkowo koszt 200 000 zł netto. Ponadto do złożonych wyjaśnień ceny nie załączono oferty na piasek.

Analogiczna sytuacja jak w przypadku piasku dotyczy kruszywa łamanego. Są to pozycje kosztorysowe numer 33, 48, 55, 74, 75, 109 i 149. Brak w złożonych wyjaśnieniach jakichkolwiek dowodów/ofert na kruszywo łamane, kluczowe z

punktu widzenia postępowania.

Cena jest zaniżona, przyjęto cenę za kruszywo łamane 0/31,5 mm z dostawą na miejsce wbudowania 80,25 zł/t oraz ciężar z rozchodem za kruszywo granitowe na poziomie 2,1 t/m³. Ostatnia wartość jest zaniżona, poprawna wartość dla kruszywa granitowego to 2,2 – 2,3 t/m³. Biorąc te dwa czynniki pod uwagę uzyskujemy o 7% więcej kruszywa oraz cenę o minimum 10 zł wyższą czyli 4000 ton kruszywa wg wykonawcy x 10 zł/t = 40 000 zł netto oraz 250 ton kruszywa potrzebnego w wyniku błędnego wyliczenia ciężaru x 90 zł/t = 22 500 zł netto czyli wartość 62 500 zł netto niedoszacowanych kosztów.

Kolejną zasadniczą kwestią mającą bezpośrednie przełożenie na zaniżenie ceny ofertowej KRUG jest to wadliwa i niezgodna z dokumentacją wartość odwodnienia robót kanalizacji deszczowej.

Należy zauważyć, że znaczna część projektowanej kanalizacji deszczowej znajduje się pod wodą. Potwierdza to dokumentacja projektowa. Odwołujący w swojej ofercie na całość odwodnienia przyjął realną wartość 430 000 zł netto. Tymczasem w ofercie KRUG koszty te są całkowicie symboliczne i wynoszą tylko 27 392,71 zł netto.

Dodatkowo dla wykonania kanalizacji deszczowej – wylot przyjęto koszt 5 587,26 zł netto (51,2 mb kolektora), a dla pozostałej kanalizacji deszczowej 1 131 mb tylko 21 805,45 zł netto. Zakładając zatem tylko przelicznik odwodnienia na mb w pierwszym przypadku uzyskujemy wartość 109 zł/mb, a w drugim (kolektor główny) to wartość 19,3 zł netto/mb. Jest to całkowicie błędne założenie zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku, ale tylko biorąc przelicznik z pierwszego (wylot) do drugiego wygląda to następująco 1131 mb x 109 zł/netto daje wartość ponad 123 000 zł netto. Jest to i tak wartość zdecydowanie zaniżona.

Wykonawca zakłada tylko odwadnianie przez 200 m-g czyli ok. 8 dni roboczych. Przy tak wysokim poziomie wód gruntowych odwodnienie musi działać 24h/dobę oraz w dni wolne, bowiem w innym przypadku nie przyniesie efektu i nie będzie można prowadzić robót zgodnie ze STWIORB.

Należy zauważyć, że konieczność odwodnienia występuje również przy montażu studni, wykonaniu podsypki, obsypki, podłoża, wykopów i zasypki, co z pewnością Wykonawca pominął. Na wykonanie zakresu robót kanalizacyjnych znajdującego się pod wodą (ponad 60% długości kolektora) potrzebne jest minimum 5 miesięcy, 115 dni roboczych i 35 dni wolne od pracy. W tym czasie musi działać odwodnienie. Stanowi to zatem 3 600 godzin. Przyjmując cenę Oferenta z poz. 229 i 230 wychodzi koszt na poziomie 350 000 zł/netto. Jest to już koszt zbliżony do Odwołującego i realny.

Reasumując Wykonawca KRUG w złożonych wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny a złożone wyjaśnienia są wewnętrznie sprzeczne i szczątkowe. Brak dowodów dla kluczowych elementów wyceny ofertowej oraz zakresu rzeczowego podwykonawcy uniemożliwia uznanie wyjaśnień za rzetelne i stanowiące skuteczne narzędzie wykazania, że zaoferowana cena nie jest zaniżona. zaniżył ofertę poprzez brak wyliczenia prawidłowo kosztów odwodnienia.

W szczególności pominięte dowody w zakresie kluczowego materiału jak MMA a także zaniżone i wadliwie ustalone koszty piasku naturalnego oraz kruszywa łamanego a także szczątkowe koszty odwodnienia kanalizacji deszczowej potwierdzają, że wycena nie jest realna a wykonawca nie wykazał w toku postępowania wyjaśniającego cenę oferty, że cena nie jest rażąco niska co obliguje Zamawiającego do jej odrzucenia. Wykazanie już tylko trzech głównych błędnych założeń kalkulacyjnych (kruszywo łamane, piasek oraz odwodnienie) sprawiło, że oferta KRUG winna wzrosnąć o co najmniej 700 000 zł brutto – pominięcie tego kosztu bez wątpliwości potwierdza, że cena ma znamiona rażąco niskiej.

Pomimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego do złożenia wraz z wyjaśnieniami wymaganych dowodów, wezwany do wyjaśnień zbagatelizował całkowicie wezwanie w tym zakresie i pomimo obiektywnej możliwości złożenia wymaganych dowodów nie złożył ich w odniesieniu do kluczowej części zakresu rzeczowego zamówienia o czym była mowa powyżej.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO w zakresie zaniechania złożenia wraz z wyjaśnieniami ceny dowodów (KIO 17/23 wyrok z dnia 2023-01-17)

Wyjaśnienia udzielane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą ograniczać się tylko do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę z lakoniczną informacją m.in. co do kosztów (...) złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieskorelowanych z wątpliwościami wskazywanymi w wezwaniu, powoduje w konsekwencji sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust.6 Pzp. W tym przypadku należało zgodzić się z Odwołującym, że "Biorąc pod uwagę wyjaśnienia (...) oraz lakoniczną informację o kosztach, które są zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę oraz brak dowodów, należy uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych". Ponadto, co wymaga podkreślenia, wezwany wykonawca (...) nawet nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny (co było podkreślone w wezwaniu) z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. Załączoną Listę płac (...) trudno uznać (...) za dowód wiarygodny skorelowany z tym przedmiotem zamówienia. Co do sprzętu (...) nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem (ładowniki, samochody). W przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono w jakiej wysokości te koszty zostały uwzględnione w cenie oferty.

Z tego względu należy w ocenie Odwołującego przyjąć, że przedłożone wyjaśnienia są niewyczerpujące i nieoparte koniecznymi dowodami, uniemożliwiając Zamawiającemu ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny 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.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, nieopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18).

Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązкови nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Orzecznictwo KIO stoi na przeszkodzie powtarzaniu procedur wezwania do wyjaśnień ceny, wskazując w wyrok z dnia 26 marca 2019 r. KIO 431/19 *Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, nieoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dążyć wszelkimi staraniami, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.*

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Ponadto konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Słusznie wskazuje w Komentarzu do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych, że: *Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami*

Tymczasem wykonawca KRUG pomimo takiego prawnego obowiązku nie przedstawił koniecznych dowodów potwierdzających okoliczności, które rzekomo pozwoliły mu na obniżenie ceny swojej oferty.

Wykonawca był zatem w pełni świadomy obowiązku dowodowego jednak nie zrealizował go w należyty i pełny sposób w trakcie wyjaśnień. W ocenie Odwołującego nie było to przypadkowe bowiem KRUG faktycznie mógłby nie być w stanie przedstawić dla zaprezentowanych wyliczeń realnych dowodów uzasadniających tak rażące zaniżenie cen robót.

Odwołujący wskazuje za powołanym w odwołaniu orzecznictwem Izby, że nie jest obowiązkiem Zamawiającego wskazywanie wezwanemu do wyjaśnień ceny wykonawcy katalogu wymaganych dowodów na potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej. Z chwilą sformułowania wezwania to na wezwanego przechodzi ciężar udowodnienia, że cena jaką zaoferował w postępowaniu nie jest rażąco niska. Wezwany do wyjaśnień ma pełną paletę dowodów, którymi może posłużyć się w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i to po jego stronie leży obowiązek przedstawienia takich dowodów, które skutecznie wykażą, że cena nie jest rażąco niska. Co istotne treść wezwania Zamawiającego wprost wskazuje na takie dowody.

Ustawa Pzp nie wymaga dla skuteczności wezwania do wyjaśnień ceny aby to Zamawiający określał w wezwaniu zamknięty katalog środków dowodowych bowiem to wykonawca a nie Zamawiający ma wykazać i odtworzyć kalkulację i udowodnić, że cena oferty jest prawidłowa.

Faktem jest, że wezwany do wyjaśnień ceny wykonawca KRUG zachował w zasadniczym zakresie rzeczowym zamówienia bierność dowodową - to do niego tymczasem należała aktywność w tym zakresie.

Jak wskazuje orzecznictwo, wezwanie do wyjaśnień, nawet sformułowane ogólnie, z ograniczeniem się do przywołania treści przepisu ustawy, powoduje po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień (przykładowo wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r. KIO 3448/20 czy KIO 981/20 z dnia 15 czerwca 2020 r. Sygn. akt: KIO 899/21 wyrok z dnia 12 maja 2021 r.)

Przedmiotowe wezwanie, jako czynność Zamawiającego nie została zaskarżona środkiem ochrony prawnej, a zatem należało przyjąć, że KRUG dobrowolnie poddał się procedurze badania istnienia rażąco niskiej ceny i miał obowiązek udowodnić, że cena jego oferty wbrew domniemaniu została ustalona poprawnie.

Stosownie do przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodzić się w tym zakresie należy ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 71/21, zgodnie z którym *Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami czego w niniejszej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego trudno jest się dopatrywać, zresztą skarżący te okoliczności przyznaje wprost.*

Potwierdza powyższe jednolite orzecznictwo Izby, w tym przykładowo wyrok z dnia 16.03.2021 r., sygn. akt KIO 600/21: *W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględni wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.*

Wskazać należy, że w okolicznościach sprawy brak jest możliwości ponowienia wezwania do wyjaśnień ceny wobec szczegółowości i precyzji wezwania – tak stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 – wyrok z 25 czerwca 2019 r. w którym wyrażono 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 (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20, wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2024 r. zgłosił wykonawca Budownictwo Drogowe KRUG

sp. z o.o. z siedzibą w Rabowicach, który wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto wykonawca ten w dniu 16 kwietnia 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów odwołania.

W dniu 16 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

W dniu 17 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ponadto pismo procesowe Odwołującego w którym odniósł się do stanowisk wyrażonych w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oraz stanowiska wykonawcy KRUG z dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z

przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. z siedzibą w Rabowicach (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez Odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego z dnia 5 lutego 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny, które zostały złożone w wyniku odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 stycznia 2024 r., wystosowane przez zamawiającego w trybie art. 224 p.z.p. Osią sporu było rozstrzygnięcie czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty Przystępującego, w tym czy nie zaniechano jej odrzucenia z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.), a także z powodu złożenia wyjaśnień, które nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.), co w konsekwencji miało spowodować wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w świetle art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p.).

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej, Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o odrzucenie oferty Przystępującego, ponieważ na obecnym etapie postępowania takie żądanie jest przedwczesne.

Zaznaczyć należy, że Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznacza okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, związanego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Jednak okoliczności tych nie można utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy, niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę Przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że Zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również żeby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna.

Ofertę odrzuca się również kiedy złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.), czyli w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia lakoniczne i ogólne, o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to wprowadzenie do ustawy ukształtowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia ceny nie zawiera należytego przedstawienia sposobu jej kalkulacji, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym, niepodlegającym uzupełnieniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien odrzucić taką ofertę. Natomiast w sytuacji, gdy złożono prawidłowe wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły one dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia czy przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych już w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania.

Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, w szczególności, że ustawa p.z.p. nie określa minimalnej treści wezwania do wyjaśnień i często ma ono charakter blankietowy. Zamawiający zazwyczaj ograniczają się do wskazania na treść art. 224 p.z.p. bez podania, które elementy czy obszary zaoferowanej ceny/kosztu/ich istotnych części składowych powinno się szczegółowo wyjaśnić, ponieważ wzbudziły wątpliwości jednostki zamawiającej. W orzecznictwie przyjmuje się, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. Zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny powinno mieć formę konkretnych zagadnień/pytań, które budzą wątpliwości zamawiającego, i które będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę – aby wykonawca mógł rozwiązać wątpliwości zamawiającego najpierw musi wiedzieć, które elementy wzbudziły jego zastrzeżenia i w jakim kierunku mają podążać składane wyjaśnienia.

Ponadto, zgodnie z trafnym stanowiskiem doktryny: „Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Nie oznacza to jednak niejako automatycznie, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest składanie wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiązać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. Wobec tego zamawiający musi dołożyć szczególnej

staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy. Okoliczność, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, nie zwalnia zatem zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy” (tak E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, 2023 r., art. 224, LEX).

Jak również, co także podziela skład orzekający, „Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP. (...) Przepisy PZP nie regulują wprost kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania. Stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć z uwzględnieniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, powtarzający treść komentowanego przepisu.” (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022, wyd. 4, art. 224, Legalis).

Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. nie zawiera wskazania ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia sposób kalkulacji ceny. Dopiero po ustaleniu, że postępowania wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. Ergo wezwanie powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i jednoznaczny, bądź nie pytał w ogóle. (por. też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.01.2020 r. sygn. akt: KIO 82/20, gdzie zaznaczono, że „Izba wskazuje, że Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności, gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną”).

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wyjaśnienia Przystępującego wraz z dowodami odpowiadają żądaniu Zamawiającego z wezwania z dnia 30 stycznia 2024 r., jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej. W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny ofert i wobec otrzymanej treści wyjaśnień Zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony Zamawiającego umożliwiłoby Przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu zabrakło.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podnoszonych w odwołaniu w pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w pierwszej części odwołania podnosił, że wyjaśnienia Przystępującego z uwagi ogólnikowy i deklaracyjny i nieweryfikowalny charakter nie mogły same w sobie stanowić skutecznego środka dowodowego dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący formułując powyższe twierdzenie opierał się wyłącznie na części opisowej

wyjaśnień pomijając całkowicie fakt, iż Przystępujący do treści tych wyjaśnień dołączył Kosztorys Ofertowy wraz z Szczegółową Kalkulacją Cen Jednostkowych, obrazujący wszystkie koszty jakie poniesie Przystępujący w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, sporządzony na podstawie projektów wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót dla poszczególnych branż, oferty cenowe na część materiałów, urządzeń i usług niezbędnych do realizacji niniejszej inwestycji oraz zestawienie sprzętu i urządzeń, jakimi dysponuje Przystępujący, a które w jego ocenie umożliwią szybkie i ekonomiczne wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym wyjaśnienia Przystępującego nie stanowią jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności Przystępującego lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. W kosztorysie przedstawiono kalkulacje poszczególnych robót, z rozbiem na robocizną, materiały, sprzęt i koszty pośrednie, zestawienia poszczególnych elementów kosztotwórczych, jak również oferty dostawców. W konsekwencji nie sposób uznać, aby Przystępujący nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku obejmującego udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Treść złożonych przez Przystępującego dokumentów i dowodów stanowiła dla Odwołującego podstawę do sformułowania szeregu zarzutów przedstawionych w dalszej części odwołania, które w ocenie Odwołującego potwierdzają wewnętrzną sprzeczność wyjaśnień ceny, pomijają kluczowe elementy wyceny jak również założenia kalkulacyjne jakie poczynił wykonawca są niezgodne z OPZ/SWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Przystępujący z jednej strony posłużył się zmodyfikowanym przez siebie przedmiarem robót Zamawiającego, jednocześnie nie przedstawiając jakichkolwiek wyliczeń matematycznych otrzymanych ilości poszczególnych asortymentów robót, a jednocześnie pozostawiając tą samą co w przedmiarze Zamawiającego podstawę wyceny. W odniesieniu do powyższej kwestii należy podkreślić, iż kwestionowane przez Odwołującego modyfikacje obejmują wyłącznie zaokrąglenie przez Przystępującego ilości w opracowanym przez niego kosztorysie do dwóch miejsc po przecinku. Odwołujący nie wykazał, aby dokonywana modyfikacja była w związku z treścią SWZ oraz dokumentacji postępowania niedopuszczalna. Nie można się także zgodzić z Odwołującym, aby modyfikacja była dla Zamawiającego nieweryfikowalna i uniemożliwiała ocenę prawidłowości kalkulacji. Zamawiający dysponował pełną wiedzą odnośnie zakresu prac które zostały przez Przystępującego skalkulowane w kwestionowanych pozycjach. Charakter zmian (zaokrąglenie ilości) w powiązaniu ze znaczeniem przedmiaru w przedmiotowym postępowaniu sprawia iż wymaganie od Przystępującego przedstawienia podstawy czy założeń dokonanych zmian należy uznać za nadmierny poziom szczegółowości jakiego Odwołujący oczekuje od swojej konkurencji. O ile w większości przypadków, niezależnie od tego co dany wykonawca przedstawi, odwołujący podnoszą, że można było wyjaśnić daną okoliczność szerzej, jaśniej, na większym poziomie szczegółowości, czyli w standardzie „wyższej poprzeczki” niż przyjęty, to ocena złożonych wyjaśnień nie następuje na podstawie subiektywnego przekonania odwołującego co konkurencja mogła zrobić lepiej, a na podstawie warunków realizacji danego zamówienia i charakteru przedmiotu umowy. Te ostatnie w ocenie Izby (w szczególności ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz pomocniczy charakter przedmiaru) czyniły zarzut Odwołującego w tym zakresie całkowicie bezpodstawnym. Ponadto należy zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mieliśmy w przypadku kwestionowanych pozycji do czynienia z istotnymi zmianami ilościowymi (różnica w wyliczeniach która nastąpiła w wyniku zmian obejmujących zaokrąglenie wyniosła 12,24 zł brutto przy łącznej cenie ofertowej 7 261 273,66 zł brutto).

W dalszej kolejności Odwołujący odniósł się do kwestii posiadanego przez Przystępującego własnego sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia wskazując, że fakt złożenia wykazu środków trwałych nie stanowi *per se* istotnego czynnika optymalizacji kosztów wykonania robót, zaś Przystępujący w żaden sposób nie wykazał w jaki konkretnie uchwytny i weryfikowalny sposób, fakt posiadania wymienionego w załącznikach sprzętu ma przełożyć się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący podnosząc powyższą argumentację całkowicie pominął treść złożonego przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami Szczegółowego kosztorysu ofertowego, w którym to dokumencie Przystępujący szczegółowo przedstawił zakres wykorzystywanego sprzętu wraz z kalkulacją kosztów jego pracy w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Odwołujący dysponując przedstawionymi w kosztorysie ofertowym w sposób uchwytny i weryfikowalny wartościami liczbowymi nie podejmuje w jakimkolwiek stopniu polemiki z przedstawioną kalkulacją kosztów pracy sprzętu, koncentrując się na recenzowaniu części opisowej wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, doszukiwaniu się niespójności i braków tejże części opisowej czy też rzekomym brakiem korespondencji pomiędzy deklaracjami zawartymi w wyjaśnieniach a kosztorysem. Odwołujący nie wykazał aby przywoływane przez niego niespójności w treści wyjaśnień skutkowały koniecznością uznania przedstawionych w kosztorysie wartości liczbowych za spełniające przesłanki ceny rażąco niskiej. Z uwagi na powyższe przedstawiona argumentacja nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia stawianego zarzutu.

Analogicznie w odniesieniu do podnoszonej kwestii ilości robót ziemnych do zrealizowania budowy kanalizacji deszczowej Odwołujący poprzestał na wskazywaniu, iż w kosztorysie nie znalazły odzwierciedlenia deklaracje Przystępującego odnośnie wykorzystania nowoczesnego sprzętu i szalunków systemowych typu BOX. Ponownie

Odwołujący nie kwestionuje przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji cenowej, wskazując które z wartości i w jakim stopniu zostały w sposób rażąco zaniżone czy też nie uwzględniają wszystkich kosztów związanych z realizacją zakresu przedmiotowego zamówienia, lecz wskazuje na rzekomo błędnie przyjęte rozwiązania technicznych i podstawach wyceny. Twierdzenia te nie są jednak poparte w jakimkolwiek stopniu dowodami czy też odwołaniem się do zapisów dokumentacji postępowania.

Kolejnym z argumentów podnoszonych przez Odwołującego była kwestia braku odzwierciedlenia w dowodach twierdzeń Przystępującego, iż dysponuje znaczącymi zasobami materiałów sypkich (piaski) pochodzącymi z korytowania dróg oraz wykopów pod obiekty, a nadającymi się do ponownego wbudowania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). W dalszej kolejności należy wskazać, że Przystępujący odpowiadał na wezwanie do wyjaśnień ceny, wystosowane przez Zamawiającego, w zakresie, jaki odpowiadał wezwaniu i przedstawił kalkulację zawartą w kosztorysie ofertowym wraz zestawieniem sprzętu i materiałów które również stanowią dowód. Zamawiający w wezwaniu nie określił wymagań odnośnie podnoszonej przez Odwołującego kwestii, których dowodów żąda. Wobec braku okoliczności na które zamawiający dowodów żądał, wykonawca takich nie przedstawił. Zgodzić należy się z przytoczonym przez Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 65/23, iż *trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy.* Wobec powyższego tj. braku w wezwaniu skierowanym do Przystępującego zobowiązania do przedłożenia wskazywanych przez Odwołującego dowodów, jak również brakiem wykazania i udowodnienia okoliczności, które Odwołujący czynił podstawą zarzutu argumentacja w tym zakresie nie zasługiwała na uwzględnienie.

W odniesieniu do podnoszonej w odwołaniu kwestii związanej z bliskością lokalizacji bazy sprzętowo-materiałowej Przystępującego w stosunku do miejsca realizacji zamówienia należy wskazać, iż Odwołujący poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, iż zapewnienia te w żaden konkretny i weryfikowalny sposób nie przekładają się na podstawę obniżenia wyceny ofertowej. Nie przedstawił i nie wykazał natomiast jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby wskazywać na niezasadność tego twierdzenia Przystępującego, pominięcie w kalkulacji kosztów związanych z bazą (np. z uwagi na faktyczną lokalizację bazy) czy też konieczność poniesienia związanych z tym kosztów które nie zostały w kalkulacji ofertowej zawartej w kosztorysie uwzględnione.

Bezzasadne okazało się również twierdzenie Odwołującego o pominięciu przez Przystępującego kosztów utylizacji odpadów. Odwołujący wskazywał, jakoby w złożonej wycenie Przystępujący nigdzie nie wskazał jakichkolwiek uwzględnionych kosztów utylizacji/recyklingu odpadów przez uprawnione do tego zakłady. Takie twierdzenie stoi wprost w sprzeczności z treścią złożonego przez Przystępującego kosztorysu ofertowego. Przykładowo należy wskazać pozycje zawarte w działach prace przygotowawcze i rozbiórkowe (poz. 13-17, 23, 25-26) w których Przystępujący jasno wskazuje, iż pozycje te obejmują transport/wywiezienie poszczególnych odpadów *na składowisko wybrane przez Wykonawcę z poszanowaniem przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.)*. Bezpodstawne są tym samym twierdzenia Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał się spełnieniem obowiązków w zakresie odpowiedniej gospodarki odpadami jak również nigdzie nie uwzględnił kosztów utylizacji/recyklingu odpadów.

Kolejnym argumentem podnoszonym przez Odwołującego była okoliczność, iż Przystępujący nie złożył wraz z wyjaśnieniami wyceny podwykonawcy ELTEL sp. z o. o. dla zakresu przedmiotu zamówienia, który zgodnie z informacją zawartą w formularzu ofertowym Przystępujący zamierzał powierzyć do wykonania temu podwykonawcy (branża teletechniczna i elektryczna). Powyższe zdaniem Odwołującego powoduje, iż Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny czy Przystępujący nie zastosował co do zakresu wskazanych prac podwykonawczych rażąco niskiej ceny w stosunku do wyceny swojego podwykonawcy. Odnosząc się do powyższego Izba pragnie wskazać, iż celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 Ustawy jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji pod kątem możliwości wykonania zamówienia na warunkach określonych w dokumentacji postępowania za cenę wskazaną przez wykonawcę w złożonej ofercie. Nie jest zaś zadaniem Zamawiającego ocena

przedstawionej kalkulacji cenowej w jakimkolwiek innym kontekście, w szczególności jej oceny w odniesieniu do wycen podmiotów trzecich. Zgodnie z przepisami ustawy za prawidłowe obliczenie ceny oferty odpowiada wyłącznie wykonawca – wszak podwykonawca nie składa oferty zamawiającemu, ani nie jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta podwykonawcy mogłaby ewentualnie stanowić dodatkowy dowód potwierdzający prawidłowość dla kalkulacji kosztów dokonanych przez Przystępującego dla prac z ww. branż, przedstawionych w kosztorysie ofertowym. Należy przy tym podkreślić, iż ponownie Odwołujący nie kwestionował tak przedstawionej kalkulacji cenowej, a tym samym podnoszoną przez Odwołującego argumentację należy uznać za chybioną.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zastosowania przez Przystępującego nierynkowego wskaźnika zysku na poziomie 3% Izba w całości podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez Przystępującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.02.2024 r. sygn. akt KIO 154/24 zgodnie z którym *żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku uwzględniania co najmniej minimalnego zysku wykonawcy, chociażby na poziomie 1%, na co wskazał Odwołujący w uzasadnieniu podniesionego zarzutu. Izba uznaje ten argument Odwołującego za niezasadny. Zysk wykonawcy nie musi być postrzegany wyłącznie w kategoriach finansowych. Zysk może mieć również wymiar niematerialny, wyrażający się choćby w zdobytym doświadczeniu jakie wykonawca nabywa poprzez realizację zamówienia czy też możliwość kontynuowania działalności gospodarczej poprzez uzyskanie zamówienia.* W badanym przypadku Przystępujący określił zysk na poziomie 3 %. Poziomu takiego wbrew twierdzeniom Odwołującego nie sposób uznać za dumpingowy, gdyż za taki należy uznawać zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu. Z taki przypadkiem nie mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym i w konsekwencji argumentację w tym zakresie należy uznać za niezasadną.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie poruszył cen materiałów szczególnie ważnych dla całości zadania (mieszanki mineralno-asfaltowe, kruszywa i piaski) i te pozostały w całości nieudowodnione. Powyższemu twierdzeniu przeczy treść złożonego wraz z wyjaśnieniami zestawienia materiałów oraz szczegółowego kosztorysu ofertowego, w których to dokumentach wskazano ilości oraz ceny dla podnoszonych kategorii materiałów. Twierdzeniu, iż Przystępujący nie poruszył kwestii cen materiałów przeczy treść samego odwołania w którym Odwołujący swoją argumentację popierał kalkulacjami sporządzonymi właśnie w oparciu o ceny jednostkowe materiałów wskazane przez Przystępującego. W odniesieniu zaś do podnoszonej kwestii braku dowodów w postaci ofert dostawców dla wskazywanego zakresu materiałów skład orzekający przychylił się do stanowiska wyrażanego w orzecznictwie Izby w świetle którego *Wybór sposobu wykazywania określonych okoliczności w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty zawsze należy do wykonawcy składającego wyjaśnienia. Ani w ustawie, ani w orzecznictwie nie ukształtował się uniwersalny, obowiązujący wykonawców katalog dokumentów wymaganych na poparcie składanych wyjaśnień. Zawsze decyzja co do rodzaju przedkładanych dowodów leży po stronie danego wykonawcy* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 604/23). Ponadto jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 323/23 *Ustawa p.z.p. nie definiuje, jaki rodzaj dowodów zobowiązany jest złożyć wykonawca wykazując realność zaoferowanej ceny. W określonych okolicznościach, za dowód mogą być uznane wyjaśnienia złożone przez wykonawcę i zaprezentowana kalkulacja kosztów.* W świetle powyższego twierdzenia Odwołującego, iż brak dowodów w tym zakresie uniemożliwia ocenę ceny należy uznać za niezasadne.

Za zasadne należało natomiast uznać w ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego wątpliwości w zakresie przedstawionej kalkulacji dla cen piasku. Odwołujący wskazując na poszczególne pozycje kosztorysowe i pozycje zestawienia materiałów wskazał na istotne różnice w wycenie i ciężarze tego samego materiału tj. piasku dla których to różnic próżno szukać uzasadnienia w treści składanych przez Przystępującego wyjaśnień. Ponadto Odwołujący wykazał, że element ten stanowi w świetle dokumentacji postępowania istotną część składową ceny ofertowej. Dodatkowo treść złożonych wyjaśnień i dokumentów, w szczególności przyjęty na potrzeby kalkulacji ciężar materiału oraz planowane częściowe wykorzystanie materiału pochodzącego z korytowania pod nawierzchnie drogowe oraz wykopów pod obiekty winno w ocenie Izby budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym samym krytyczna analiza wyjaśnień i kalkulacji przedstawionych przez Przystępującego w zakresie materiału sypkiego (piasku) winna doprowadzić do podjęcia przez Zamawiającego czynności mających na celu uzyskanie od Przystępującego informacji konkretnych, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości, a także zawierających wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę piasku oraz różnicę pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi obejmującymi ten materiał.

Za nieuzasadniony uznał skład orzekający zarzut odnoszący się do podnoszonego w odwołaniu błędnego założenia kosztowego w odniesieniu do kruszywa łamanego. W odniesieniu do powyższego elementu Odwołujący poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że cena dla tego materiału jest zaniżona, a ponadto przyjęty przez Przystępującego ciężar z rozchodem za kruszywo granitowe na poziomie 2,1 t/m³ stanowi wartość zaniżoną, gdyż

poprawna wartość dla kruszywa granitowego to 2,2 – 2,3 t/m³. Poza tymi twierdzeniami Odwołujący nie przywołał w treści odwołania jakichkolwiek zapisów dokumentacji postępowania, norm lub jakichkolwiek innych dokumentów, które potwierdzałyby stawiane przez Odwołującego zarzuty. Tym samym argumentacja w tym zakresie nie zasługiwała na uwzględnienie.

Analogicznie należy potraktować podnoszoną przez Odwołującego kwestię zaniżonej i niewłaściwej wartości oraz zakresu rzeczowego odwodnienia robót kanalizacji deszczowej. Odwołujący wskazywał, iż znaczna część projektowanej kanalizacji deszczowej znajduje się pod wodą, co miała potwierdzać dokumentacja projektowa. Jednakże również w tym przypadku Odwołujący w treści odwołania nie wskazał które fragmenty dokumentacji projektowej miałyby potwierdzać jego zarzuty o wysokim poziomie wód gruntowych, skutkujących okolicznością że odwodnienie musi działać 24h/dobę oraz w dni wolne, bowiem w innym przypadku nie przyniesie efektu i nie będzie można prowadzić robót zgodnie ze STWIORB. Twierdzenia te nie zostały przez Odwołującego w treści odwołania wykazane poprzez odniesienie sposobu realizacji skalkulowanego przez Przystępującego z konkretnie wskazanymi zapisami dokumentacji postępowania, w tym dokumentacji projektowej. Argumentacja ograniczająca się zatem do zanegowania technologii wykonania przyjętej przez Przystępującego to stanowczo zbyt mało dla postawienia skutecznego zarzutu. Izba nie miała z czym skonfrontować hipotez odwołującego, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia są nieprawidłowe

Co istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione tj. okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania. Stąd zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że *„Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji tez i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby de facto przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.”* (vide wyrok Izby z 02.08.2019 r. sygn. akt KIO 1384/19).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie oraz w granicach określonych w treści odwołania w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można wykluczyć także potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p. Zamawiający powinien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty Przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia są spójne, logiczne i adekwatnie odpowiadają na wezwanie zamawiającego, załączono do nich właściwe dowody. Izba nie podzieliła zatem stanowiska Odwołującego o zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, co nie powoduje, że działanie Zamawiającego było prawidłowe. W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy powoduje, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamiast kontynuować postępowanie wyjaśniające cenę przedwcześnie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał postawiony zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają, że treść oferty pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia i nie uwzględnia całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ustali, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art.

226 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy musi być możliwe do określenia, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. W ocenie Izby Odwołujący w treści odwołania wielokrotnie sygnalizował takie rzekome niezgodności, nie wskazując jednocześnie konkretnych zapisów dokumentacji postępowania z którymi oferta Przystępującego miałaby pozostawać w sprzeczności

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 2 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....