

WYROK

Warszawa, dnia 11.04.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2025 r. przez Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Klukowo** (ul. Mazowiecka 14, 18214 Klukowo),

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MIKST” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Gdańsku** (ul. Gdańska 69a, 07-100 Węgrów),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MIKST” Spółka z o.o. z/s w Gdańsku (wykonawca MIXT) oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę tej oferty co do pozycji 19 kosztorysu ofertowego wykonawcy czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych; W pozostałym zakresie zarzuty podniesione w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 4/7 Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków), a w 3/7 Zamawiającego: **Gmina Klukowo** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego: **Gmina Klukowo** na rzecz Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) kwotę 4.286 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu 3/7 kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego oraz kwotę 1.543 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset czterdzieści trzy złote zero groszy) tytułem 3/7 kwoty poniesionej tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika;
 - 2.3. zasądza od Odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) na rzecz Zamawiającego: **Gmina Klukowo** kwotę 2.057 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem 4/7 kwoty poniesionej tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

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.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2025 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie art. 275 pkt 1 (trybie podstawowym bez negocjacji) na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Klukowo. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Remont drogi powiatowej nr 2087B na odcinku Kostry-Śmiejki - Wyszonki-Wypychy” Nr postępowania: RIR.271.4.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP 11.02.2025 r., nr 2025/BZP 00099401/01.

Odwołujący w odwołaniu w jego punkcie I wskazał na naruszenie (...)

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST z powodu rażąco niskiej ceny:

a) w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę MIKST w piśmie z dnia 03.03.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę);

b) cena ofertowa Wykonawcy MIKST nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami

Zamawiającego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „uznk” lub „znku”),

3) ewentualnie w razie uznania zarzutów określonych w pkt 1 i w pkt 2 powyżej za przedwczesne – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Wykonawcy do dalszych wyjaśnień w zakresie jej istotnych części składowych, tj. **poz. 19, 20, 21, 27, 29, 32 kosztorysu MIKST**,

4) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy BITUM z powodu rażąco niskiej ceny:

a) w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę BITUM w piśmie z dnia 07.03.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę);

b) cena ofertowa Wykonawcy MIKST nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

5) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy BITUM w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku, a w konsekwencji ww. zarzutów:

6) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę MIKST w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM;

7) art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wykonawcy MIKST, która podlega odrzuceniu, zaniechanie odrzucenia oferty BIUTM, która polega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

II. Żądania:

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę MIKST jako oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty Wykonawcy MIKST z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

3) odrzucenie oferty Wykonawcy BITUM z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z wyłączeniem oferty Wykonawcy MIKST i oferty Wykonawcy BITUM,

5) wybór oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

III. Inne wnioski i oświadczenia:

Niezależnie od powyższego wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp w złożeniu odwołania.

Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę MIKST sklasyfikowanej na pozycji pierwszej i oferty Wykonawcy BIUTM sklasyfikowanej na pozycji drugiej, tj. przed ofertą Odwołującego, gdyż obie oferty zawierają rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia i zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a wykonawcy nie obalili ciążącego na nich domniemania rażąco niskiej ceny ofert. W rezultacie, oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W

przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia ofert: Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał:

I. Informacje ogólne. Zarys sprawy.

(...)

3. Najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował Wykonawca MIKST, a drugą najniższą cenę – Wykonawca BITUM.

4. Zamawiający pismem z dnia 27.02.2025 r. wezwał Wykonawcę MIKST do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp, wskazując, że:

„1. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 poz. 1320), zwanej dalej "p.z.p.", zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

2. Ponadto zamawiający jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 p.z.p. do zażądania od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub

2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 p.z.p., lub

3) wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

3. Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2024 r. poz. 1773) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 p.z.p., na którego podstawie zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi żądać wyjaśnień.

5. (...)

6. Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p., obowiązek wykazania, że Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień".

5. W dniu 03.03.2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę BITUM do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 11.03.2025 r. Treść wezwania była tożsama z treścią przytoczonego powyżej wezwania (oprócz terminu na udzielenie wyjaśnień).

6. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały złożone przez Wykonawcę MIKST w dniu 03.03.2025 r., a przez Wykonawcę BITUM w dniu 07.03.2025 r. i zostały przez Zamawiającego przyjęte bez zastrzeżeń, czego dalszą konsekwencją był wybór oferty Wykonawcy MIKST jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

II. Analiza pism: Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM

7. Pismo Wykonawcy MIKST z dnia 03.03.2025 r. zatytułowane „Wyjaśnienie dotyczące wysokości zaproponowanej

ceny" składa się z 5 stron, zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana D.O. i przez Pana K.K.. W treści ww. pisma nie wymieniono żadnych załączników. Wraz z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przekazał Odwołującemu niepodpisany przez nikogo plik pn. „kosztorys MIKST Sp. z o. o.” Z treści pisma Wykonawcy MIKST nie wynika, że jest to załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ww. kosztorys ofertowy został sporządzony na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego i stanowiącym załącznik do SWZ, który zgodnie z rozdziałem XXI ust. 6 SWZ miał zostać przekazany przez Wykonawcę najpóźniej w dniu podpisania umowy. Wykonawca MIKST nie przedstawił żadnych dowodów do wyjaśnień.

Z kolei pismo Wykonawcy BITUM z dnia 07.03.2025 r. „Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub istotnych części składowych” składa się z 3 stron, przy czym na pierwszej stronie wskazano błędną podstawę prawną wezwania (art., 224 ust. 2 pkt 1 pzp, a nie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp jak wskazał Zamawiający w treści wezwania z dnia 03.03.2025 r.) oraz przytoczenie fragmentu wezwania Zamawiającego, a kolejne 1,5 strony stanowi rzekome wyjaśnienie ceny oferty. W treści ww. pisma nie wymieniono żadnych załączników, nie przedłożono żadnych dowodów do wyjaśnień.

III. Uzasadnienie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM, pomimo, że ww. wykonawcy nie wyjaśnili i nie udowodnili, że zaoferowana przez nich cena oferty nie jest rażąco niska i że pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego w SWZ. Zaniechanie odrzucenia ofert z uwagi na rażąco niską cenę

Uwagi ogólne

8. W świetle art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl art. 224 ust. 6 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.

9. Tym samym obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.

10. Istotne znaczenie ma ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

11. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16.03.2021 roku, KIO 600/21, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia 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. Wykonawca nie uczynił tego w niniejszej sprawie.

12. Z kolei w wyroku z dnia 4 października 2019 r KIO 1837/19 zwrócono uwagę, że: „Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione (...) Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia, wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać

jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”.

13. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dotyczących ceny oferty dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności, na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje (tak w wyroku KIO z dnia 24 lutego 2023 r., KIO 359/23).

14. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie i doktrynie: „Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. 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. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.” (zob. wyrok KIO z dnia 9 września 2022 r. sygn. akt KIO 2200/22).

15. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę MIKST w dniu 03.03.2025 r., jak i wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę BITUM w dniu 07.03.2025 r. z uwagi na swą ogólnikowość, lakoniczność oraz brak poparcia jakimikolwiek dowodami, nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny.

16. Obaj wykonawcy m.in. nie wykazali cen poszczególnych materiałów, cen ofertowych dostawców, nie wyjaśnili przyjętej technologii i organizacji prac, nie wykazali kosztów wynagrodzeń, kosztów podwykonawców, kosztów stałych, kosztów zarządzania, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów ubezpieczenia, rezerwy, zysku. Obaj wykonawcy nie zadośćuczynili podstawowemu obowiązkowi, jakim jest wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mogli zaoferować tak niską cenę. Wyjaśnienia Wykonawcy MIKST

17. Wyjaśnienia Wykonawcy sprowadzają się do pewnych ogólnikowych zapewnień co do prawidłowości wyceny ofertowej, posiadanej zdolności co do wykonania zamówienia, jak też doświadczenia w realizacji zamówień publicznych. Wykonawca nie wyjaśnił i nie wykazał jak wskazywane przez niego okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca powołując się na tego rodzaju okoliczności, zobowiązany jest wykazać jakiego rzędu oszczędności, owe okoliczności wygenerowały. Wyjaśnienia są również ogólnikowe, abstrakcyjne i nie poparte dowodami. Próżno w nich szukać informacji o zysku Wykonawcy, czy jakichkolwiek obliczeń. Z uwagi na to, że wyjaśnienia wykonawcy są bardzo skąpe, Odwołujący przywoła poniżej poszczególne ich fragmenty i omówi je.

18. Na pierwszej stronie wyjaśnień Wykonawca MIKST zawarł oświadczenia o tym, że:

„cena oferty Wykonawcy dla ww. zadania, w kwocie 3 416 417,04 zł brutto uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, nie została zaniżona poniżej kosztów zamówienia, a także została należycie i rzetelnie skalkulowana”. Ponadto wskazano m.in., że „każdy z wykonawców startujących w przetargach publicznych liczy na zysk swej firmy, stąd nie sposób z różnic w wartościach złożonych ofert wywieść, że oferta niższa niż wskazana przez innego wykonawcę jest ofertą nierynkową. Różnica w cenie ofert wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu podyktowana jest pozycją każdego z wykonawców na tutejszym rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy. Każdy z wykonawców, w tym Spółka, kalkulując swoją ofertę, bierze pod uwagę jemu tylko znane czynniki, które wpływają na sposób świadczenia”.

Ww. oświadczenia są gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami, Wykonawca nie wyjaśnił jakie założenia przyjął w ofercie i jakie czynniki wziął pod uwagę kalkulując cenę oferty, na jakim poziomie ustalił zysk, nie przedstawiono

żadnych obliczeń.

19.W dalszej części Wykonawca wskazał, iż „Cena podana w ofercie Wykonawcy stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Spółce warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia przede wszystkim z tego względu, iż:

I. Jednym z podstawowych składników ceny ofertowej zaproponowanej przez Spółkę są koszty urządzeń i materiałów. Spółka jest podmiotem o ugruntowanej i stabilnej pozycji na rynku. Przez wiele lat istnienia wypracowała dobre relacje z podmiotami działającymi w tym samym obszarze. Współpracuje z dostawcami materiałów od wielu lat, posiada dobrą renomę w zakresie uczciwości i płatności. Wszelkie zobowiązania Spółka reguluje na bieżąco. Cechy te pozwalają jej na uzyskiwanie dobrych, stosunkowo niskich cen od dostawców. Koszty materiałowe, wchodzące w skład wskazanej ceny, a przyjęte przez Spółkę wynikają z ofert pisemnych otrzymanych z kilku źródeł i następnie korygowanych poprzez przeprowadzone wstępne negocjacje, które pozwoliły na uzyskanie cen możliwie jak najniższych”.

Powyższe ogólnostawne twierdzenia są jedyną treścią, która dotyczy kosztów urządzeń i materiałów. Podkreślenia wymaga, że Wykonawca MIKST wskazał, że uzyskuje „stosunkowo niskie ceny od dostawców”, ale nigdzie nie wyjaśnił jakie konkretnie to są ceny, nie przedstawił ponadto żadnego dowodu, który mógłby stanowić dowód na rynkowość zaoferowanych przez niego cen, tj. żadnej oferty dostawcy, ani żadnej umowy z dostawcą. Ponadto nie przedstawiono żadnych dowodów na rzekome negocjacje cen, tj. np. protokołów z negocjacji, itp. Nie wiadomo jakie materiały Wykonawca planuje nabyć, ani tym bardziej za jakie kwoty, nie przedstawiono żadnych obliczeń dot. wysokości kosztów materiałów. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie „jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi” (Wyrok KIO z dnia 29 października 2021 r. sygn. akt KIO 2985/21).

W niniejszej sprawie, pomimo powołania się na właściwe tylko temu Wykonawcy okoliczności, nie poparł ich żadnym dowodem, co niezbicie świadczy o tym, że nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

20.W dalszej części Wykonawca MIKST poruszył kwestię wykonywania zamówienia w oparciu o własny sprzęt, wskazując jedynie, iż: „Wykonawca opiera swoją działalność na własnym sprzęcie – układarki do mas, układarki poboczy, koparki, zagęszczarki, samochody – wywrotki.

Wymieniony wyżej sprzęt charakteryzuje się dobrym stanem technicznym, ekonomicznym działaniem, objęty jest serwisem fabrycznym lub własnym. Wynajem tego typu sprzętu oscyluje w granicach 2600-3000 zł za 8h. Znacznie zmniejsza się w ten sposób koszt wykonania zamówienia. Spółka bowiem nie jest zmuszona do często kosztownego wypożyczania sprzętu, czy dokonywania kosztownych napraw sprzętu w przypadku awarii. Wykonawca nie musi ponosić tych kosztów, ponieważ posiada cały niezbędny do wykonania zamówienia sprzęt”. Co istotne, Wykonawca nie przedstawił żadnego wykazu sprzętu, ani nie wyjaśnił który konkretnie sprzęt zostanie skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia i w jakim wymiarze czasu pracy, ani nie wyjaśnił w jaki sposób powyższe okoliczności wpływają na cenę. Ponadto nie poparł ww. twierdzeń żadnymi dowodami. Wykonawca nie wyjaśnił jakie założył stawki za pracę sprzętu oraz ile przewiduje roboczogodzin pracy sprzętu, nie przedstawił żadnych dowodów.

21.W dalszej części Wykonawca MIKST w odniesieniu do zapasów kruszyw do produkcji masy bitumicznej wskazał, że: „Wykonawca posiada zmagazynowane w dużej ilości zapasy materiałowe tj. zapasy kruszyw do produkcji masy bitumicznej. Materiał ten jest niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia. Posiadanie zapasów pozwoli na oszczędności przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, co bezpośrednio przekłada się na cenę ofertową”.

Podkreślenia wymaga, że nie wyjaśniono jakie konkretnie zapasy materiałowe stanowią własność wykonawcy, w jakiej ilości, o jakiej wartości, za jaką cenę były zakupione, nie wskazano nigdzie jakiego rzędu oszczędności ww. okoliczność generuje u Wykonawcy, a także nie wyjaśniono w jaki sposób ww. okoliczność przekłada się na cenę ofertową w tej sprawie i w jaki sposób konkretnie wpływa to na to konkretne zamówienie. Nie przedstawiono żadnego dowodu na ww. okoliczność. Oczywiście jest, że skoro Wykonawca twierdzi, iż posiada takie materiały, to powinien mieć np. dowody ich zakupu, przedstawić fotografie dokumentujące rzekome zapasy. Wykonawca jednak tego nie uczynił.

22.W dalszej części Wykonawca MIKST wskazał, że „posiada własne laboratorium. Koszty obsługi kalkulowane są w tym zakresie na niskim poziomie z uwagi na brak konieczności korzystania z usług firm zewnętrznych”. W żadnym miejscu Wykonawca nie wskazał jednak jaki jest ten rzekomo niski poziom kosztów, oraz nie wskazano nigdzie jakiego rzędu oszczędności ww. okoliczność generuje u Wykonawcy, a także nie wyjaśniono w jaki sposób ww. okoliczność przekłada się na cenę ofertową w tej sprawie i w jaki sposób konkretnie wpływa to na to konkretne zamówienie. Nie przedstawiono żadnego dowodu na ww. okoliczność.

23.W odniesieniu do lokalizacji przedmiotowego zadania Wykonawca wskazał, że: „Bliska lokalizacja terenu inwestycji pozwala na wysokie oszczędności. Ważnym składnikiem kosztów realizacji każdej inwestycji, są koszty pośrednie, jak transport, noclegi, czy koszty rozłąki. W przypadku przedmiotowego projektu, bliska odległość siedziby Wykonawcy od

placu budowy, pozwoliła ograniczyć tę grupę kosztów do niezbędnego minimum. Wykonawca nie uwzględnił kosztów rozłąki i noclegów, a koszty dojazdów szacowane są na niskim poziomie”.

Pomimo ww. twierdzeń Wykonawca:

- Nie określił jaka jest wysokość kosztów pośrednich, transportu, noclegów, „kosztów rozłąki” (Odwołujący nie wie co wykonawca definiuje jako koszty rozłąki, a wykonawca tego nie wyjaśnił), nie przedstawiono żadnych obliczeń. Wskazano jedynie, że ograniczono te koszty do „minimum”, nie określając ile to minimum konkretnie wynosi i w jaki sposób zostało obliczone.
- Nie określił jakiego rzędu oszczędności generuje ww. okoliczność, a także nie wyjaśniono w jaki sposób ww. okoliczność przekłada się na cenę ofertową w tej sprawie i w jaki sposób konkretnie wpływa to na to konkretne zamówienie.
- Nie przedstawiono żadnego dowodu na ww. okoliczność.

24.Z kolei w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest przedmiotowe zamówienie – Wykonawca poprzestał jedynie na złożeniu gołosłownych twierdzeń o tym, że ceny zostały skalkulowane zgodnie z aktualnymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej. W zakresie spełniania wymogów dot. zatrudniania na podstawie umowy o pracę wskazano, iż: „Spółka działa zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jak również zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”, a w dalszej części wskazano, iż Wykonawca posiada „posiada własną kadrę o długoletnim doświadczeniu w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia, tak w odniesieniu do kierowników, majstrów, brygadzystów, jak i operatorów sprzętu oraz monterów. Doświadczenie kierowników i brygadzystów w zakresie organizacji pracy, zarządzania powierzonymi im ludźmi i sprzętem, jest niezaprzeczalnie gwarancją uzyskania dobrej jakości jak i wydajności pracy. Te zaś czynniki mają bezpośredni wpływ na ważny składnik oferty, tj. koszty robocizny i sprzętu. W następstwie tego koszty z tą sferą związane kształtują się na niskim poziomie i znacząco wpłynęły na zaoferowaną przez Spółkę cenę ofertową. Wykonawca cieszy się dobrą opinią jako pracodawca i oferuje godziwe wynagrodzenie swoim pracownikom, zatem koszty pracy, których wartość przyjęta została do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Praktycznie każdy z pracowników Spółki zatrudniony jest w ramach umowy o pracę”. W dalszej części wskazano co wykonawca rozumie poza koszty pracy odnosząc się do rozporządzenia Rady (WE) 530/1999 z 9.03.

1999 r. oraz przywołał wyrok KIO, nie podając sygnatury. W dalszej części wskazano, iż „Wykonawca, uwzględnił obowiązki wynikające z prawa pracy w cenie oraz kosztach oferty, w tym przepisy o zabezpieczeniu społecznym, tj. uwzględnił koszty obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, określonych w ustawach regulujących system ubezpieczeń społecznych”. Co istotne, Wykonawca:

- w żadnym miejscu wyjaśnień, ani w przedstawionym kosztorysie ofertowym nie określił ile wynoszą koszty robocizny i sprzętu, materiałów, nie przedstawił żadnych obliczeń,
- Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób konkretnie ww. okoliczności wpływają na cenę, ani nie poparto ww. twierdzeń żadnymi dowodami – nie przedstawiono wykazu pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji tej konkretnej umowy – nie wiadomo którzy pracownicy i na jakich stanowiskach zostaną zaangażowani do realizacji umowy. Na podstawie analizy wyjaśnień nie sposób również ustalić liczby osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Wskazano, że „praktycznie każdy z pracowników jest zatrudniony w ramach umowy o pracę” – już z powyższego sformułowania wynika, że nie każdy z pracowników zostanie zatrudniony na podstawie umowy o pracę, ponieważ w przeciwnym razie nie użyto by sformułowania „praktycznie”.
- Nie przedstawiono żadnego dowodu w tym zakresie, w tym w szczególności kopii umów o pracę.
- Nie przedstawiono ani jednej kopii umowy o pracę, wobec czego Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji twierdzeń Wykonawcy. Nie można wykluczyć bowiem, że kwoty zawarte w umowach o pracę poszczególnych pracowników są niższe niż wymagane przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie można też wykluczyć, że Wykonawca w ogóle nie zatrudnia żadnych pracowników w oparciu o umowę o pracę.

25.W ocenie Odwołującego, Wykonawca MIKST nie udzielił w rzeczywistości wyjaśnień odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, choć był do tego bezwzględnie zobligowany biorąc pod uwagę treść wezwania, a także przepisu art. 224 ust. 4 pzp.

26.Jak bowiem wskazuje Izba: „treść art. 224 ust. 4 p.z.p., który podobnie jak art. 224 ust. 3 p.z.p., jest pewną wytyczną

dla obu stron postępowania. Należy zatem uznać, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi tak samo, jak zamawiający zobowiązany jest do żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, tak samo wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Taki nakaz dla wykonawcy nie został wprost wyrażony w przepisie. Wynika on jednak z tego, iż ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na wykonawcy, a sankcję za niewykazanie stanowi odrzucenie oferty. W sytuacji więc, gdy zapytanie zamawiającego dotyczyć będzie czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p., aby uniknąć odrzucenia swojej oferty, wykonawca będzie musiał udzielić wyjaśnień przynajmniej w tym zakresie”.

27. Wykonawca MIKST deklaruje, że posiada wykwalifikowaną kadrę, lecz kwestia doświadczenia kadry nijak ma się do kwestii kosztów pracy. Wyjaśnienia Wykonawcy MIKST we wskazanym zakresie nie są zatem merytoryczne i nie odnoszą się do zagadnienia, którego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający. Trudno bowiem takie gołosłowne deklaracje uznać za wyczerpujące i zarazem przekonujące wyjaśnienia. W treści wezwania Zamawiający położył nacisk na konieczność wyjaśnienia kwestii dot. kosztów pracy. Na skutek wyjaśnień Zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy przekonującą informację, że będzie on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia powinny zatem, koncentrować się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie. Wykonawca MIKST nie załączył do wyjaśnień żadnego dowodu, który odnosiłby się do skalkulowanych przez niego kosztów pracy. Zamawiający nie miał więc obiektywnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Nie sposób przy tym uznać, że Wykonawca MIKST nie miał możliwości wykazania powyższych okoliczności albo, że uzyskanie odpowiedniego dowodu byłoby utrudnione w jakimś stopniu. Niewykazanie ww. okoliczności można wytłumaczyć tylko i wyłącznie niedochowaniem należytej staranności przy formułowaniu treści wyjaśnień przez Wykonawcę MIKST.

28. Nie inaczej jest w przypadku wyjaśnienia przez Wykonawcę MIKST ceny oferty pod kątem czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 6) pzp - Wykonawca, wskazał jedynie, że „uwzględnił obowiązki wynikające z prawa pracy w cenie oraz kosztach oferty, w tym przepisy o zabezpieczeniu społecznym, tj. uwzględnił koszty obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, określonych w ustawach regulujących system ubezpieczeń społecznych”. Przytoczone zdanie, które ma charakter raczej deklaracji niż wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, również w ocenie Odwołującego nie daje podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca MIKST rzeczowo odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i obalił domniemanie rażąco niskiej ceny.

29. W dalszej części wyjaśnień na s. 4 Wykonawca powołał się na własne doświadczenie, wskazując iż „skutecznie zrealizował do dnia dzisiejszego szereg umów realizowanych na rzecz prac przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia. Ma bardzo bogate doświadczenie zarówno w kwestii profesjonalnej realizacji tego typu inwestycji, ale również w kwestii właściwego określenia ceny ofertowej. Przy określeniu ceny ofertowej każdy oferent powinien analizować ryzyka związane z realizacją danego zamówienia publicznego, wynikające z rodzaju gruntów, lustra wód podziemnych, ukształtowania terenu itp. Spółka ma doskonałe rozeznanie w kwestii ewentualnych ryzyk mogących wystąpić w trakcie realizacji tej konkretnej inwestycji na ww. zadanie z racji realizowanych wcześniej robót na terenie zbliżonym geologicznie do tego, na którym jest ona planowana, a także z racji długoletniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu zadań”.

30. Wykonawca nie zadał sobie trudu wyjaśnienia w jaki sposób ww. okoliczność ma przełożenie na cenę ofertową zaoferowaną w tym konkretnym postępowaniu, jakie ryzyka wykonawca uwzględnił w cenie oferty, Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób wpływa to na cenę oferty. Nie przedstawiono żadnych dowodów na realizację rzekomo podobnych zamówień.

31. W dalszej części Wykonawca wskazał, że: „Wobec powyższego stwierdzić należy, że Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wszystkie koszty wykonania zamówienia, a mianowicie koszty materiałów, sprzętu, robocizny, koszty badań oraz dojazdu. Uwzględnione zostały również rozwiązania techniczne zgodne ze Specyfikacją Warunków Zamówienia. Wykonawca oświadcza, że dołożył wszelkiej staranności przy kalkulowaniu kosztów zadania określonego zamówieniem, a jego cena jest optymalna i zapewnia bezpieczną realizację projektu”, jednak na poparcie ww. twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów, nie sposób ustalić jakie przyjął koszty materiałów, sprzętu, robocizny, koszty badań oraz dojazdu ani z wyjaśnień, ani z przedstawionego kosztorysu ofertowego.

32. W dalszej części wskazano, że „Wykonawca oświadcza, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz, co ważne, został uwzględniony zysk Wykonawcy. Wykonawca ma również zamiar wykonania zadania w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów realizacji zamówienia. Jednak Wykonawca w żadnym miejscu wyjaśnień, ani kosztorysu nie wskazał ile wynosi rzekomy zysk. Ponadto Wykonawca nie wyjaśnił w jakim terminie planuje wykonać zamówienie i jakie przyjął w związku z tym koszty w ofercie, ani nie przedstawiono

żadnego dowodu potwierdzającego ww. okoliczności, w szczególności nie przedstawiono harmonogramu rzeczowo-finansowego potwierdzającego przyjęcie ww. założeń w ofercie.

33. Wykonawca przytoczył też kilka wyroków KIO dotyczących rażąco niskiej ceny oferty.

34. Z kolei na s. 5 Wykonawca wskazał, że „Spółka z racji długiej obecności na rynku korzysta z wypracowanych dobrych relacji handlowych z przedsiębiorcami, którzy proponują jej korzystne cenowo produkty lub usługi” i że „Odróżnia to Wykonawcę od pozostałych firm ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a jednocześnie ma wymierne przełożenie na cenę.” W tym miejscu po raz pierwszy Wykonawca wskazał na to, że zaangażuje do realizacji zamówienia usługodawców (w Formularzu ofertowym złożonym wraz z ofertą Wykonawca oświadczył, że wykona zamówienie samodzielnie, bez zaangażowania podwykonawców), jednak nie wyjaśnił jaki wpływ na realizację zamówienia ma fakt kontaktów z usługodawcami, którzy oferują korzystne ceny. Wskazano, że przełożenie na cenę jest „wymierne”, ale nie wyjaśniono jaki rząd oszczędności to generuje, ani nie przedstawiono żadnej oferty jakiegokolwiek usługodawcy, które mogłyby stanowić dowód na rynkowość zaoferowanych przez Wykonawcę MIKST cen.

35. Z punktu widzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotne znaczenie ma ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem tego jest art. 224 ust. 6 pzp. Co więcej, w wezwaniu z 27.02.2025 r. sam Zamawiający również oprócz złożenia wyjaśnień zażądał od Wykonawcy MIKST dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

36. Zgodnie z wyrokiem KIO z 16.03.2021r., sygn. KIO 600/21, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia 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.

37. Wykonawca MIKST złożył jedynie kosztorys uproszczony. Oprócz tego Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 31.08.2021 r., sygn. XXIII Zs 71/21 i w ślad za nim Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 05.08.2024 r., sygn. KIO 2482/24 i 2497/24 wskazują, że kalkulacja ceny nie może być wyłącznym dowodem w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca powinien więc poza kosztorysem uproszczonym zaoferować również dowody wyliczenia ceny i konkretne informacje, a takich brak. Odwołujący nie neguje, że kalkulacja/kosztorys może być elementem wyjaśnień rażąco niskiej ceny i według niektórych składów orzekających Izby, czy też Sądu Okręgowego w Warszawie może stanowić dowód w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Niemniej nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że może to być dowód jedyny.

38. Nawet jeśli uznać, że podstawą do odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST nie może być ograniczenie się przez tego wykonawcę do zaoferowania kalkulacji jako jedynego dowodu wyjaśnienia ceny, sankcja taka jest zasadna, gdy przanalizujemy kalkulację w powiązaniu z treścią samych wyjaśnień. Część opisowa wyjaśnień w połączeniu z kalkulacją nie pozwalają Zamawiającemu na zweryfikowanie tego ostatniego dokumentu. Brak załączenia jakichkolwiek innych dowodów uniemożliwia stwierdzenie, czy cena oferty Wykonawcy MIKST nie jest rażąco niska.

39. Reasumując powyższe, wyjaśnienia Wykonawcy Mikst są lakoniczne i zawarto w nich beletrystykę polegającą na mnożeniu ogólników o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, posiadaniu wykwalifikowanej kadry, położeniu siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia, która nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jak już wskazano uprzednio, m. in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r., sygn. IV Ca 1299/09 rozstrzygnął, że „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy”.

40. Wykonawca MIKST nie sprostął ww. obowiązkowi, wobec czego Zamawiający w sposób niezrozumiały i bezpodstawny zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 2 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp, co w dalszej kolejności narusza art. 16 pkt 1) i 2) pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) pzp.

41.Swoim zaniechaniem Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Postępowanie utraciło charakter transparentnego. Doszło również do obrazy zasady równego traktowania wykonawców. STRABAG złożył ofertę w Postępowaniu mając na uwadze wszelkie stawiane mu przepisami prawa wymagania. Zamawiający spowodował, że STRABAG przyszło konkurować z podmiotem, który stosuje niedozwolone praktyki rynkowe i konstruuje oferty, które naruszają przepisy – w takim stanie faktycznym nie ma mowy o zachowaniu uczciwej konkurencji, co uszło uwadze Zamawiającego.

42.Już nawet z analizy Kosztorysu MIKST wynika, że cena oferty Wykonawcy nosi znamiona rażąco niskiej i nie pokrywa kosztów wykonania robót, w szczególności w następujących pozycjach kosztorysu uproszczonego MIKST: 19, 20, 21, 27, 29, 32.

W ocenie Odwołującego, nie ma możliwości wykonania tych robót za takie kwoty. Wskazane przez MIKST kwoty znacząco odbiegają od realiów rynkowych, ale są przede wszystkim nierealne. Skutkiem zaniżenia ww. pozycji jest rażące zaniżenie ceny całej oferty. Cena oferty Wykonawcy MIKST została skalkulowana w taki sposób, że nie pokrywa kosztów wykonanych prac oraz nie może przynieść wykonawcy zysku, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania.

Powyższe potwierdza również porównanie poszczególnych zagregowanych pozycji kosztorysu uproszczonego z odpowiednimi pozycjami z kosztorysu inwestorskiego. Udział procentowy kluczowych pozycji kosztorysu inwestorskiego, tj.19, 20, 21, 27, 29, 32 w stosunku do całości kosztorysu inwestorskiego wynosi aż 68%. Natomiast różnica w sumie wartości ww. pozycji w kosztorysie uproszczonym Wykonawcy MIKST i w sumie wartości tych pozycji w kosztorysie inwestorskim wynosi aż 1 544 430,42 zł.

Dowód: załącznik nr 6 – Tabela porównawcza - w celu wykazania różnic pomiędzy poszczególnymi zagregowanymi pozycjami kosztorysu MIKST z sumą odpowiednich pozycji kosztorysu inwestorskiego; Kosztorys inwestorski - w aktach postępowania

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Wykonawcy, już z analizy wyjaśnień Wykonawcy wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym zakresie Odwołujący zastrzega, że przedstawi szerszą argumentację na rozprawie.

Jeżeli Izba nie podzieli argumentacji Odwołującego dotyczącej zasadności odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST z uwagi na to, że Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, uznając odrzucenie oferty Wykonawcy MIKST jako przedwczesne, to Odwołujący wskazuje, że w tym zakresie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, ponieważ jedynie zapoczątkował proces wyjaśnień ceny zaoferowanej oferty, natomiast przerwał go i dokonał przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ po analizie Kosztorysu ofertowego powinny pojawić mu się wątpliwości w zakresie wymienionych powyżej pozycji, które są istotnymi częściami składowymi ceny. Zamawiający powinien zatem co najmniej żądać wyjaśnień w zakresie wymienionych powyżej pozycji. Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane (zob. np. wyrok KIO z dnia 18.01.2019 r., KIO 2678/18). Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. W ocenie Odwołującego istotnymi w niniejszej sprawie są pozycje 19, 20, 21, 27, 29, 32 z kosztorysu inwestorskiego. Wskazane powyżej pozycje są istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zważywszy na parametry i charakterystykę przedmiotu zamówienia. Warto bowiem podkreślić, że na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp o kwalifikacji danego elementu zamówienia, jako jego istotnej części składowej nie przesądza tylko wartość tego elementu.

Poniżej Wykonawca przedstawia uzasadnienie i wyjaśnienie dlaczego poszczególne pozycje stanowią istotną część składową oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 pzp.

Do pozycji 19 wskazał: Wykonanie przepustu jest kluczowym elementem przedmiotowego zamówienia, ponieważ nie wykonanie tego elementu będzie powodowało niewłaściwe odwodnienie korpusu drogowego. Brak przepustu będzie powodowało nadmierne gromadzenie się wody w rowach przydrożnych, nasiąkanie korpusu drogowego, a w konsekwencji utratę jego stateczności i ryzyko zaistnienia katastrofy w ruchu lądowym. Jednocześnie należy dodać że wykonanie przepustu stanowi istotny składnik oferty pod kątem finansowym - stanowi ponad 6% wartości kosztorysu inwestorskiego.

Do pozycji 20 i pozycji 21 wskazał: Wykonanie robót ziemnych jest kluczowym elementem przedmiotowego zamówienia i obejmują następujące elementy: poszerzenie jezdni, wykonanie zjazdów i rozjazdów, podczystka rowów. Brak poszerzenia jezdni spowoduje brak możliwości wykonania docelowej nawierzchni jezdni o projektowanej szerokości. Brak wykonania zjazdów spowoduje odcięcie właścicieli sąsiadujących nieruchomości od drogi, brak możliwości dojazdu do własnych posesji. Brak wykonania oczyszczenia rowów będzie powodował nadmierne gromadzenie się wody w rowach przydrożnych, nasiąkanie korpusu drogowego a w konsekwencji utratę jego stateczności i ryzyko zaistnienia katastrofy w ruchu lądowym.

Do pozycji 27 wskazał: Wykonanie wyrównania istniejącej podbudowy jest kluczowym elementem przedmiotowego zamówienia.

Warstwa wyrównawcza stanowi nierozłączny element konstrukcji nawierzchni jezdni. Brak wykonania tej warstwy spowoduje nieosiągnięcie odpowiednich parametrów trwałości zmęczeniowej nawierzchni jezdni założonej przez Projektanta, a w konsekwencji przedwczesną degradację remontowanej drogi. Jednocześnie należy dodać że wykonanie warstwy wyrównawczej stanowi istotny składnik oferty pod kątem finansowym - stanowi ponad 23% wartości kosztorysu inwestorskiego.

Do pozycji 29 wskazał: Wykonanie warstwy ścieralnej jest kluczowym elementem przedmiotowego zamówienia. Warstwa wyrównawcza stanowi nierozłączny element konstrukcji nawierzchni jezdni. Brak wykonania tej warstwy spowoduje nieosiągnięcie odpowiednich parametrów trwałości zmęczeniowej nawierzchni jezdni założonej przez Projektanta, a w konsekwencji przedwczesną degradację remontowanej drogi. Jednocześnie należy dodać że wykonanie warstwy ścieralnej stanowi istotny składnik oferty pod kątem finansowym - stanowi ponad 26% wartości kosztorysu inwestorskiego.

Do pozycji 32 wskazał: Wykonanie poboczy z kruszywa naturalnego jest kluczowym elementem przedmiotowego zamówienia. Brak wykonania poboczy spowoduje degradację i spękania nowej jezdni. Dodatkowo brak poboczy będzie skutkował dużym uskokiem przy krawędzi jezdni, co spowoduje duże niebezpieczeństwo użytkownikom drogi, a w konsekwencji dużą ilością wypadków komunikacyjnych. Jednocześnie należy dodać że wykonanie warstwy ścieralnej stanowi istotny składnik oferty pod kątem finansowym - stanowi ponad 7% wartości kosztorysu inwestorskiego.

Wyjaśnienia Wykonawcy BITUM

43. Wyjaśnienia Wykonawcy BITUM sprowadzają się do pewnych ogólnikowych zapewnień co do prawidłowości wyceny ofertowej, posiadanej zdolności co do wykonania zamówienia, jak też doświadczenia w realizacji zamówień publicznych, podobieństwa ceny do cen zaoferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych z przeszłości, otrzymanych upustów. Wykonawca nie wyjaśnił i nie wykazał jak wskazywane przez niego okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca powołując się na tego rodzaju okoliczności, zobowiązany jest wykazać jakiego rzędu oszczędności, owe okoliczności wygenerowały. Wyjaśnienia są również ogólnikowe, abstrakcyjne i nie poparte żadnymi dowodami. Próżno w nich szukać informacji o zysku Wykonawcy. Z uwagi na to, że wyjaśnienia wykonawcy są bardzo skąpe, Odwołujący przywoła poniżej poszczególne ich fragmenty i omówi je.

44. Wykonawca BITUM wskazał na s. 2 wyjaśnień, że:

„Zadeklarowaliśmy wykonanie robót za kwotę 4 002 460,85 zł brutto w oparciu o warunki zawarte w założeniach przetargowych. Zastosowane do wyliczenia wartości oferty ceny jednostkowe nie odbiegają od cen występujących w dotychczas organizowanych przetargach i zostały sporządzone na podstawie ścisłych wytycznych podanych w przedmiocie zamówienia i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Wszystkie materiały zastosowane do wyliczenia przez nas ceny ofertowej i wbudowania posiadają niezbędne deklaracje jakości, aprobaty techniczne oraz są zgodne z wytycznymi podanymi w SST. Potrzebne materiały do produkcji mas bitumicznych gromadzimy w okresie zimowym, kiedy producenci kruszyw stosują wysokie rabaty, co znacznie zmniejsza koszty ich zakup”.

Spółka należy do Grupy Kapitałowej Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim, co pozwala nam negocjować indywidualne rabaty i opusty na kruszywa i asfalty. Regulowanie naszych zobowiązań w terminach umownych pozwala nam uzyskiwać wysokie upusty oraz przedłużone terminy płatności, których nie otrzymują inni Wykonawcy. Jednocześnie prowadzona przez nas organizacja robót oraz wysoka wydajność pozwala nam dodatkowo obniżyć koszty budowy”, a także „Potrzebne materiały do robót drogowych bitumicznych mamy zgromadzone na swojej wytwórni”.

Ww. oświadczenia są gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Z wyjaśnień Wykonawcy nie sposób ustalić: jakie materiały planuje przeznaczyć do

realizacji zamówienia, jakie materiały stanowią jego własność (nie wiadomo czy faktycznie wykonawca ma ww. materiały), za jakie ceny zostały nabyte, czy ceny te są rynkowe, ile konkretnie wynoszą te rzekome opusty, czy faktycznie wykonawca ma przedłużone terminy płatności – nie przedstawiono żadnych dowodów, tj. żadnej oferty, żadnej umowy, żadnego listu intencyjnego, żadnego dowodu zakupu jakichkolwiek materiałów (np. faktury), nie udokumentowano, że Wykonawca jest właścicielem materiałów rzekomo nabytych w okresie zimowym, nie wyjaśniono w jaki sposób powyższe okoliczności wpływają na cenę. Oczywistym jest, że skoro Wykonawca twierdzi, iż posiada takie materiały, to powinien mieć np. dowody ich zakupu, przedstawić fotografie dokumentujące rzekome zapasy. Nie wyjaśniono jaką organizację robót prowadzi wykonawca i jaka jest przewidywana przez niego wydajność i jaki to ma realny wpływ na rzekome obniżenie kosztów budowy.

45. W dalszej części Wykonawca BITUM wskazał, że: „w przedmiotowym zamówieniu zakres strukturalnych robót nie jest skomplikowany, ich realizacja jest w jednym miejscu – długość odcinka 3,83 km, co powoduje możliwość zgromadzenia maszyn i urządzeń bez konieczności dodatkowego przewozu i tym samym obniżenie kosztów transportu i czasu pracy” oraz „Ponadto chcemy wyjaśnić, że na potrzeby tego przetargu mamy wszystkie potrzebne maszyny własne bez obciążeń kredytowych”. Co istotne, Wykonawca nie przedstawił żadnego wykazu sprzętu, ani nie wyjaśnił który konkretnie sprzęt zostanie skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia, ani nie wyjaśnił w jaki sposób

powyższe okoliczności wpływają na cenę. Ponadto nie poparł ww. twierdzeń żadnymi dowodami. Wykonawca nie wyjaśnił jakie założył stawki za pracę sprzętu i jaki czas ich pracy.

46. Wykonawca BIITUM wskazał, że „Złożona przez nas oferta została skalkulowana ze szczególną starannością na podstawie obowiązujących cen materiałów, pracy sprzętu, robocizny, wynagrodzenia podwykonawców oraz założonego zysku. Zastosowany poziom cen pozwoli nam wykonać zadanie z należytą starannością i obejmuje wszystkie czynności przewidziane przez Umowę i SST”.

Podkreślenia jednak wymaga, że z żadnego miejsca wyjaśnień Wykonawcy BITUM nie wynika jakie są ceny materiałów, pracy sprzętu, robocizny, wynagrodzenia podwykonawców oraz założonego zysku. Nie określono też jaka jest wysokość kosztów pośrednich, transportu, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ubezpieczeń. Nie przedstawiono żadnej oferty podwykonawcy (w formularzu ofertowym Wykonawca oświadczył, że wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców, a więc zmienił ww. oświadczenie z oferty). Z żadnego miejsca wyjaśnień nie sposób ustalić jaki zysk założył wykonawca i czy w ogóle go uwzględnił w cenie ofertowej. Nie przedstawiono żadnych obliczeń dot. ww. kwestii, ani żadnego dowodu na ww. okoliczności.

47. W dalszej części Wykonawca wskazał, że „Innym czynnikiem cenotwórczym wpływającym na wartość robót był spadek cen ropy naftowej oraz pyłu węglowego, co pozwoliło na obniżenie produkcji np. mas bitumicznych i kosztów transportu”, jednak nigdzie nie wyjaśnił o jakim spadku jest mowa, kiedy nastąpił i w jaki sposób ww. okoliczność przekłada się na cenę ofertową w tej sprawie i w jaki sposób konkretnie wpływa to na to konkretne zamówienie, a także jakiego rzędu oszczędności generuje ww. okoliczność. Nie przedstawiono żadnego dowodu na potwierdzenie ww. okoliczności.

48. Z kolei w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest przedmiotowe zamówienie – Wykonawca poprzestał jedynie na złożeniu gołosłownych twierdzeń o tym, że „wszyscy pracownicy biorący udział w/w zadaniu są zatrudnieni na umowę o pracę, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i mają na bieżąco odprowadzane od wynagrodzenia składki ZUS, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Realność założeń kosztowych w przypadku kosztów pracy badamy z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia, a w szczególności wymaganego poziomu wykształcenia i kwalifikacji osób, jakie należy zatrudnić do realizacji zamówienia”.

49. Co istotne, Wykonawca:

- w żadnym miejscu wyjaśnień, ani w przedstawionym kosztorysie ofertowym nie określił ile wynoszą koszty robocizny,
- nie określił jakich pracowników zatrudni na umowę o pracę (na jakich stanowiskach i ilu), za jaką konkretnie stawkę. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób konkretnie ww. okoliczności wpływają na cenę, ani nie poparto ww. twierdzeń żadnymi dowodami – nie przedstawiono wykazu pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji tej konkretnej umowy – nie wiadomo którzy pracownicy i na jakich stanowiskach zostaną zaangażowani do realizacji umowy. Na podstawie analizy wyjaśnień nie sposób również ustalić liczby osób przeznaczonych do realizacji zamówienia.
- Nie przedstawiono żadnego dowodu w tym zakresie, w tym ani jednej kopii umowy o pracę, wobec czego Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji twierdzeń Wykonawcy. Nie można wykluczyć bowiem, że kwoty zawarte w umowach o pracę poszczególnych pracowników są niższe niż wymagane przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę albo że Wykonawca nie zatrudnia w ogóle nikogo w oparciu o umowę o pracę. Zamawiający nie miał więc obiektywnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Nie sposób przy tym uznać, że Wykonawca BITUM nie miał możliwości wykazania powyższych okoliczności albo, że uzyskanie odpowiedniego dowodu byłoby utrudnione w jakimś stopniu. Niewykazanie ww. okoliczności można wytłumaczyć tylko i wyłącznie niedochowaniem należytej staranności przy formułowaniu treści wyjaśnień przez Wykonawcę BITUM.

50. Podobnie jak wskazano w argumentacji dot. wyjaśnień Wykonawcy MIKST, w treści wezwania Zamawiający położył nacisk na konieczność wyjaśnienia kwestii dot. kosztów pracy. Na skutek wyjaśnień Zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy przekonującą informację, że będzie on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia powinny zatem, koncentrować się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie.

Ponadto Wykonawca wskazał, że: „Jednocześnie chcemy podkreślić, że dzięki dobrej współpracy z Powiatowym Urzędem Pracy w Zambrowie korzystamy z form pomocy w postaci szkoleń pracowników co pozwala nam obniżyć koszty działalności, oraz podnosić jakość świadczonych usług co wpływa na zaoferowany poziom cen”. Wykonawca poza ww. gołosłownym twierdzeniem, nie wyjaśnił w jaki sposób ww. okoliczność przekłada się na cenę ofertową w tej sprawie i w jaki sposób konkretnie wpływa to na to konkretne zamówienie, a także jakiego rzędu oszczędności generuje ww. okoliczność. Nie przedstawiono żadnego dowodu na potwierdzenie ww. okoliczności – np. dokumentów

potwierdzających udział pracowników w szkoleniach, itp. W ocenie Odwołującego, Wykonawca BITUM nie udzielił w rzeczywistości wyjaśnień odnośnie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, choć był do tego bezwzględnie zobligowany biorąc pod uwagę treść wezwania, a także przepisu art. 224 ust. 4 pzp.

51. Wykonawca wskazał też, że „Odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego znaczącej różnicy zaoferowanej ceny od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, należy podkreślić fakt, że istotnym elementem wpływającym na kalkulację cen, jest skalkulowany poziom ryzyka oraz wysokość założonego zysku”. Wykonawca nie wskazał w jaki sposób skalkulował poziom ryzyka oraz jaki jest założony przez niego zysk. Ponadto Wykonawca zdaje się zapominać, że skierowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 223 usu 1 lub 2 Pzp tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy, czego BITUM w niniejszej sprawie nie uczynił. W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne i lakoniczne, iż nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W takim przypadku cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie.

52. Co istotne, Wykonawca BITUM nie złożył żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja przedstawiona powyżej w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy MIKST, tj. w pkt 35-36. Już tylko powyższe, świadczy o tym, że Wykonawca BITUM nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Podkreślenia wymaga, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decyduwać będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu. Wykonawca BITUM nie wykazał, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.

53. Reasumując powyższe, wyjaśnienia Wykonawcy BITUM są lakoniczne i zawarto w nich beletrystykę polegającą na mnożeniu ogólników o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, posiadaniu wykwalifikowanej kadry, która nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jak już wskazano uprzednio, m. in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r., sygn. IV Ca 1299/09 rozstrzygnął, że „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy”.

54. Wykonawca BITUM nie sprostował ww. obowiązкови, wobec czego Zamawiający w sposób niezrozumiały i bezpodstawny zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 2 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp, co w dalszej kolejności narusza art. 16 pkt 1) i 2) pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) pzp.

IV. Złożenie przez Wykonawcę MIKST i Wykonawcę BITUM ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

55. Art. 1 znku stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

56. Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 7) pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.

57. Zgodnie z art. 3 ust. 1 znku czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego

wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji. Na gruncie tego przepisu KIO w wyroku z dnia 17.09.2020 r., sygn. KIO 2048/20 stwierdziło: „czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”.

58. Złożenie przez Wykonawcę MIKST i Wykonawcę BITUM ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do tego, że cenie oferty przyjmował rażąco niskie koszty i ceny, czym jak wynika z zestawienia ofert zmierza do wykreowania przewagi cenowej nad konkurencją, którą w tym przypadku jest STRABAG.

59. Ww. działania wyczerpują wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 znku, którymi są:

działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą; sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami; działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

60. Po pierwsze, oczywiste jest, że złożenie przez Wykonawcę MIKST i Wykonawcę BITUM ofert z ww. uchybieniami jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą.

61. Po drugie, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyczerpujące przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji jest składanie ofert zawierających rażąco niską cenę. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie już w orzeczeniu Izby z dnia 06.02.2017 r., sygn. KIO 102/17: „samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

62. Jeśli chodzi o sprzeczność z dobrymi obyczajami warto nadmienić, że prawo nie definiuje tego pojęcia. W doktrynie rozumie się przez nie staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę. Natomiast treść oraz podmiotowy i przedmiotowy zakres powinności przestrzegania dobrych obyczajów wymaga konkretyzacji. Dokonuje tego każdorazowo ad casum judykatura. Każde rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie wymaga szerszego rozważenia „jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu stron lub jednej z nich, jako zgodnego z dobrymi obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia bądź też odwrotnie do jego zwalczania.”. Trzeba przy tym podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

63. Wytyczne co do sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej przesłanki zawarł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02.01.2007 r. w sprawie o sygn. V CSK 311/06: „zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągania korzyści gospodarczych. Wina naruszydiciela nie jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże jej wykazanie powinno stanowić argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju.”

64. Izba wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 k.c., które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych danych, zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że sposób w jaki Wykonawca MIKST i Wykonawca BITUM rywalizowali o udzielenie zamówienia w tym Postępowaniu, zaniżając sztucznie koszt realizacji inwestycji jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przewidującym uczciwą konkurencję.

65. Po trzecie, działanie Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM w postaci złożenia ww. ofert z omówionymi wcześniej uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej i jego oczekiwaniami, a oferty obu Wykonawców tego nie zapewniają. Nadto, postawa Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby Postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

66. Złożenie przez Wykonawcę MIKST i Wykonawcę BITUM ofert przewidujących rażąco niską cenę, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zaniżenia kosztu realizacji zamówienia narusza również interes STRABAG w Postępowaniu, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach gry – STRABAG

wycenia w swojej ofercie przedmiot zamówienia wynikający z dokumentacji projektowej oraz dokonanego przez Zamawiającego opisu, a wspomniani obaj wykonawcy - nie. Żaden wykonawca, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który oferuje nierynkowe ceny. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkutowania.

67.STRABAG zaś zakładał i zakłada w tym, ale również w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują na równych zasadach, czyli nie stosują niedozwolonych praktyk

typu np. sztuczne zaniżanie ofert. W interesie STRABAG nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nierzetelnych ofert.

68.Na zakończenie trzeba podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

V.Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 pzp

69.STRABAG uważa, że dokonując wyboru oferty Wykonawcy MIKST jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu zaniechując odrzucenia oferty Wykonawcy MIKST i Wykonawcy BITUM doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 pzp. Oferta Wykonawcy MIKST nie jest bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego najkorzystniejsza. Taką ofertą jest bowiem oferta STRABAG.

70.Naruszenie art. 239 ust. 1 pzp stanowi więc dalszą konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w poprzednio omówionych zarzutach odwołania. Gdyby Zamawiający postąpił stosownie do przepisów pzp i odrzucił ofertę MIKST i ofertę Wykonawcy BITUM, wówczas oferta STRABAG zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż w toku oceny ofert nie zostały w stosunku do niej ujawnione jakiejkolwiek wątpliwości, błędy czy braki. VI. Uzasadnienie zarzutu wynikowego

71.Zarzut nr 1.7) ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu powyższych, w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę MIKST za najkorzystniejszą.

72.Z tego też względu STRABAG uważa, że czynności wyboru oferty MIKST jako najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia, a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BITUM, w sytuacji, gdy ceny zaoferowanej oferty nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia naruszają przepisy art. 16 pkt 1) i 2) pzp.

73.W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania Postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty MIKST nie może zostać uznane jako przeprowadzonego z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo z dnia 19.03. 2025 r.) przystąpienie zgłosił wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MIKST” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Gdańsku (Uczestnik lub wykonawca MIKST) wnosząc o: 1) oddalenie odwołania oraz 2) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma: a to ofert uzyskanych dla zadania, którego dotyczy niniejsza sprawa, na fakt iż cena zaproponowana w postępowaniu przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

Odwołujący w odwołaniu z dnia 18 marca 2025 r. wskazał w szczególności, iż Zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych „MIKST” Sp. z o. o. ul. Gdańska 69A, 07-100 Węgrów jako najkorzystniejszej w postępowaniu, skoro oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Wskazać należy, że bezsprzecznie Przystępujący nie popiera zarzutów wskazanych w treści odwołania. W ocenie Przystępującego, odwołanie pozbawione jest uzasadnionych podstaw, jak również nie wykazuje, jakoby podniesione zarzuty były zasadne. Nie doszło, zdaniem Przystępującego, do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób określony w złożonym przez Odwołującego odwołaniu. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Przystępujący nie złożył oferty zawierającej rażąco niską cenę. Cena zaoferowana przez Wykonawcę została prawidłowo i rzetelnie skalkulowana i obejmuje swym zakresem całość prac niezbędnych do wykonania w ramach zamówienia. Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył też w tym zakresie stosowne wyjaśnienia w dniu 3 marca 2025 r., popierając je dowodami – kosztorysem obrazującym zaproponowaną cenę. Cena ofertowa uwzględnia także zysk Wykonawcy. Przystępujący jest profesjonalistą, funkcjonującym na rynku od lat. Firma od lat uczestniczy z sukcesem w przetargach na roboty o charakterze jak w niniejszej sprawie. Spółka nie funkcjonowałaby na tymże rynku, gdyby argumentacja podniesiona w odwołaniu była prawdziwa i prawidłowa. Odwołujący próbuje uzyskać zamówienie dla siebie, mimo iż zaproponował wyższą cenę i jest dopiero na trzecim miejscu w postępowaniu. Zauważyć także można, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu posiadają ceny do siebie zbliżone. Różnica w cenie ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu podyktowana jest pozycją każdego z wykonawców na tutejszym rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy. Każdy z wykonawców, w tym Spółka, kalkulując swoją ofertę, bierze pod uwagę jemu tylko znane czynniki, które wpływają na sposób świadczenia. Nadużyciem zatem jest forma i sposób

kwestionowania przez Odwołującego ceny zaproponowanej przez Przystępującego. To zachowanie Odwołującego nosi znamiona naruszenia uczciwej konkurencji. Ocena wyjaśnień dotyczących ceny w postępowaniu jest uprawnieniem i obowiązkiem Zamawiającego, a nie Odwołującego. Podkreślenia wymaga, że faktem jest, iż:

1)Przystępujący opiera swoją działalność na własnym sprzęcie – układarki do mas, układarki poboczy, koparki, zagęszczarki, samochody – wywrotki. Dodatkowo wspomnieć tutaj należy o posiadanej wytwórni mas bitumicznych i własnej stacji paliw.

2)Przystępujący posiada zmagazynowane w dużej ilości zapasy materiałowe tj. zapasy kruszyw do produkcji masy bitumicznej.

3)Przystępujący posiada własne laboratorium.

4)Przystępujący posiada własną kadrę o długoletnim doświadczeniu w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia, tak w odniesieniu do kierowników, majstrów, brygadzystów, jak i operatorów sprzętu oraz monterów.

5)Bliska lokalizacja terenu inwestycji pozwala na wysokie oszczędności.

Są to czynniki, które wprost i obiektywnie wpływają na wysokość zaproponowanej w postępowaniu ceny i nie sposób powyższego kwestionować.

Odnosząc się zatem do podniesionych w sprawie zarzutów, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie podlega zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego odrzuceniu. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Cena ofertowa Przystępującego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie odbiega od wartości tegoż zamówienia, nie jest nierealistyczna, ani nieopłacalna. Jest to cena rynkowa. Na temat ceny rażąco niskiej wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku KIO z dnia 25 października 2021 r. (KIO 2847/21), Izba wskazała, że "(...) ustawa z 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny lub procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać ad casum. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie i posiada ekwiwalentny charakter powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom, którzy będą realizować umowę oraz charakterystyki danego rynku. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro więc określenie ceny oferty jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej jest dokonywane w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny – wskazanej w art. 224 ust. 1 p.z.p., czyli badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty – także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia przy uwzględnieniu realiów właściwego rynku (...)".

Co znamienne w niniejszej sprawie, Odwołujący zdaje się sugerować w treści odwołania, że wyłącznie cena przez niego przyjęta pozwala wykonać przedmiot zamówienia rzetelnie. A dwie korzystniejsze oferty, de facto z cenami zbliżonymi do ceny Odwołującego już nie. Gdy tymczasem doświadczony profesjonalista na rynku robót budowlanych o charakterze niniejszego zamówienia – Przystępujący również właściwie cenę skalkulował - z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych mu jako wykonawcy oraz z uwzględnieniem charakterystyki rynku robót podmiotowo i przedmiotowo zbliżonych. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach szczegółowo na te uwarunkowania wskazał i je wyliczył i brak podstaw po stronie Odwołującego do ich kwestionowania. Nie jest rzeczą Odwołującego podważanie twierdzeń Przystępującego, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów na poparcie tych twierdzeń. Twierdzenia Odwołującego są gołosłowne. W przedmiocie wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2021 r.(KIO 1707/21). W uzasadnieniu do tego wyroku wskazano, że "(...) celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne

dowody, w zakresie okoliczności, na które wykonawca się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny (...). Podobne na ten temat wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. (KIO 1679/21). W uzasadnieniu zwrócono uwagę na to, że (...) złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 p.z.p.) (...).

Przystępujący stoi na stanowisku, że złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny pozwoliły na rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Potwierdzeniem powyższego jest brak odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnosząc się natomiast do pozycji cenowych kosztorysu, które są kwestionowane przez Odwołującego i zestawienia procentowego, należy zauważyć, że ceny inwestorskie, na których opierał się Zamawiający były cenami wysokimi, które bazowały na cenach z lat 2023-2024, gdzie była duża podaż robót budowlanych. Firmy w tym czasie nie były w stanie we własnym zakresie przerobić oferowanych prac budowlanych w związku z czym chcąc zapewnić wykonanie tych prac musiały w dużej mierze bazować na podwykonawcach. Podwykonawcy wykorzystywali moment i podnosili marże na wykonywanych pracach uzyskując zwykle wynik dwucyfrowy. Marże na poziomie 40-50% były często stosowane. Zamawiający, który przygotowuje się do planowanej inwestycji bazuje na cenach, które obowiązywały dotychczas, tj. w ostatnim okresie, poprzedzającym przetarg i zwykle na tej podstawie zabezpiecza środki finansowe. Co istotne w ramach niniejszej sprawy, w roku 2025 podaż robót drogowych jest zdecydowanie mniejsza. Dla porównania w obecnym roku Przystępujący do 15 marca startował w 28 przetargach, a w analogicznym okresie w roku 2024 w 45 przetargach. Jest to spadek o 38%. W zaistniałej sytuacji gdzie popyt na roboty przewyższa podaż normalnym mechanizmem na rynku jest spadek cen z kilkudziesięcioprocentowej marży do kilku procent. Firmy oferujące wykonanie robót budowlanych przy niezapełnionym portfelu prac są w stanie wykonać te prace we własnym zakresie bez udziału podwykonawców, co dodatkowo wpływa na obniżenie kosztów dla Zamawiającego. Biorąc pod uwagę konkretne kwestionowane przez Odwołującego pozycje:

Pozycja 19. Uwzględnia wartość 59760,00zł Składowymi tej ceny są:

Koszt ścianek czołowych przepustów z transportem – $8\text{szt} * 1000,00\text{ zł} = 8000,00\text{ zł}$

Koszt przepustów wg oferty z transportem około $394\text{zł}/\text{mb} = 17\,730,00\text{ zł}$

Koszt robocizny wykonania 1 mb przepustu w raz ze ściankami czołowymi określono w firmie dla tego asortymentu prac – $265,00\text{zł}/\text{mb}$

Łączny koszt robocizny i pracy sprzętu wynosi $265 * 45 = 11\,925,00\text{zł}$

Koszt mieszanki do zasypania przepustu (przyjęto z zapasem 1m^3 na 1mb przepustu) 45m^3 mieszanki * $50\text{zł} = 2250,00\text{zł}$

Co daje łączną wartość $(8000 + 17\,730 + 11\,925 + 2250) = 39\,905,00\text{zł}$

Przewidywany zysk – $59\,760,00\text{zł} - 39\,905,00\text{zł} = 19\,855,00\text{zł}$

Pozycję 20 i 21 należy analizować łącznie, gdyż obydwie te pozycje dotyczą tego samego asortymentu prac. Łącznie za 1m^3 wykopu razem z odwiezieniem $23 + 3,5 = 26,5\text{zł}/\text{m}^3$. Koszt pracy koparki przy pracach precyzyjnych wynosi $5\text{zł}/\text{m}^3$, koszt transportu oparty na cenach podwykonawców $16\text{zł}/\text{m}^3$. Suma łączna kosztów $5 + 16 = 21\text{zł}/\text{m}^3$, co daje kwotę $22 * 3832,43 = 84\,313,46\text{zł}$. Zysk dla firmy $88\,145,89\text{zł} - 84\,313,46 = 3\,832,43\text{zł}$.

Pozycja 27 uwzględnia cenę $268\text{zł}/\text{t}$ masy z wbudowaniem. Transport mieszanki został wyceniony w pozycji 28, która została przez Strabagą pominięta w zestawieniu. Cena produkcji mieszanki asfaltowej do warstwy wyrównawczej przez Mikst jest na poziomie $230\text{zł}/\text{t}$ netto, co przekłada się na cenę $38\text{zł}/\text{t}$ wbudowania mieszanki ($268 - 230 = 38\text{zł}$). Jest to kwota wystarczająca na pokrycie kosztów grupy bitumicznej oraz kosztami ogólnymi firmy plus zarobek. Przy naszym założeniu przerobu dziennego na poziomie 500t pozwala na osiągnięcie przychodu z wbudowania $500 * 38 = 19\,000\text{zł}$ netto, co jest kwotą znacznie wyższą od strony kosztów na poziomie $10\,000\text{zł}$ i daje zysk na poziomie $9\,000\text{zł}$ za dzień pracy. *Pozycja 29* uwzględnia cenę $33\text{zł}/\text{m}^2$ przy 4cm grubości mieszanki, co przekłada się bezpośrednio na cenę $330\text{zł}/\text{t}$ mieszanki bitumicznej na warstwę ścierną z wbudowaniem. Transport mieszanki został wyceniony w pozycji 30, która została przez Strabagą pominięta w zestawieniu. Cena produkcji mieszanki asfaltowej do warstwy wyrównawczej przez

Mikst jest na poziomie 290zł/t netto, co przekłada się na cenę 40zł/t wbudowania mieszanki ($330-290=40$ zł). Jest to kwota wystarczająca na pokrycie kosztów grupy bitumicznej oraz kosztami ogólnymi firmy plus zarobek. Przy naszym założeniu przerobu dziennego na poziomie 500t pozwala na osiągnięcie przychodu z wbudowania $500*40=20000$ zł netto, co jest kwotą znacznie wyższą od strony kosztów na poziomie 10000zł i daje zysk na poziomie 10000zł za dzień pracy.

Pozycja 32 uwzględnia cenę 8,30zł/m² przy grubości warstwy z kruszywa naturalnego po zagęszczeniu 10cm. Koszty związane z zakupem i dowozem mieszanki na budowę wynoszą 25zł/t co w przeliczeniu na 1 m³ daje cenę 50zł/m³ i dalej 5zł/m² przy 10 cm grubości. Pozostały koszt związany z wbudowaniem mieszanki to 300zł/h za ekipę wraz ze sprzętem.

Czas potrzebny do wbudowania mieszanki to 3 dni robocze po 10h. Koszt robocizny $300*10*3=9000$ zł netto. Razem koszty $5zł*7660+9000=47300$ zł. Zysk firmy $6357847300=16278$ zł netto zysku w ciągu 3 dni roboczych. Dodatkowo, Przystępujący przedkłada otrzymane dla zadania oferty. Dowód: oferty;

Powyższe wprost wskazuje na racjonalność zaproponowanej przez Przystępującego ceny i niezasadność zarzutów odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia .2.04.2025 r. podał: (...))

Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów zawartych w odwołaniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i wnosi o: 1) oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego; 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania". W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) Na wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 5 931 138,00 zł brutto. W postępowaniu złożono 7 ofert. Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cenę – waga 60%, okres gwarancji – waga 40%. Wszyscy Wykonawcy wskazali okres gwarancji - 72 miesiące uzyskując tym samym maksymalną ilość punktów w tym kryterium. Wszyscy Wykonawcy wskazali ceny wykonania zamówienia poniżej kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najwyższa cena wynosiła 4 468 757,55 zł brutto, a najniższa 3 416 417,04 zł brutto. W toku badania ofert Zamawiający ustalił, że dwie oferty są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Oferty te zostały złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. Zamawiając postępując w zgodzie z przepisami prawa był zobligowany do wezwania tych Wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych. Tak też Zamawiający postąpił, gdyż pismem z dnia 27.02.2025 r. wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo- Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy p.z.p. (...). W dniu 03.03.2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 11.03.2025 r. do godziny 15.00. Treść wezwania była tożsama z treścią przytoczonego powyżej wezwania (oprócz terminu na udzielenie wyjaśnień). Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały złożone przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. w dniu 03.03.2025 r. i dodatkowo w dniu 06.03. 2025 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. przesłał kosztorys ofertowy. Natomiast Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. w dniu 07.03.2025 r. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia bez zastrzeżeń.

W związku z powyższym Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o.

(...) W ocenie Zamawiającego zarzuty zawarte w treści odwołania są niezasadne, stąd odwołanie powinno zostać oddalone. Zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. W umowach, w których przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, ryczałt stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów. Przy czym, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, to wyliczenia i kwoty podawane przez wykonawcę w toku wyjaśnień stanowią jedynie materiał pomocniczy i informacyjny, a pewne nieścisłości nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe, nie mają tak dużego znaczenia, jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2020 r., KIO 511/20). Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest zatem sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć w innej zbliżonej pozycji opisu (wyroki z dnia 24 lipca 2020 r., KIO 1428/20, z dnia 30 listopada 2020 r., KIO 2961/20). Natomiast jak wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2023 r. w sprawie KIO 3021/23 jeżeli za wykonanie zamówienia

przewidziane zostało wynagrodzenie ryczałtowe, to nie można oczekiwać, że przystępujący przedstawi szczegółowy kosztorys i wyliczenia wszystkich elementów w każdej z pozycji kalkulacji. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jaka powinna być minimalna treść wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wszystkich składowych ceny mających na nią wpływ. Wykonawca ma obowiązek usunąć wątpliwości zamawiającego w takim zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. Ponadto nie jest dopuszczalne automatyczne uznanie ceny oferty za rażąco niską, np. tylko na podstawie arytmetycznych wyliczeń, z których wynika, że cena ta jest niższa niż ceny oferowane przez innych wykonawców. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 21 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt XIX Ga 175/10, wskazał: „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame.” Samo zaś zestawienie wartości wskazujące na różnicę w cenach, tak jak w złożonym przez odwołującego: porównaniu kosztorysu inwestorskiego branży drogowej zamawiającego z kosztorysem opracowanym przez odwołującego, uwzględniającym robociznę, materiały oraz sprzęt nie mogą stanowić jednoznacznego dowodu dla stwierdzenia faktu, że cena przystępującego nie jest ceną realną, za którą przystępujący nie będzie w stanie zrealizować zamówienia. Jest faktem powszechnie znanym, że wykonawcy to podmioty o różnym potencjale zawodowym, finansowym i technicznym, posiadające różne doświadczenie i relacje handlowe, które to okoliczności przekładają się na oferowane przez nich ceny ofert. A zatem, to że wykonawca oferuje cenę niższą niż cena innych wykonawców nie oznacza automatycznie, że jest to cena rażąco niska. To wykonawca określa cenę całkowitą, która powinna pokrywać wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym zapewniać pokrycie zobowiązań podatkowych wynikających z realizacji zamówienia (wyrok z dnia 17 kwietnia 2023 r., KIO 835/23). Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia (podobnie: wyrok z dnia 9 sierpnia 2011 r., KIO 1609/11, wyrok z dnia 10 czerwca 2020 r., KIO 511/20). Przy cenie ryczałtowej kosztorysy mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017, sygn. akt KIO 2361/17). Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawców Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. za wystarczające, w szczególności w świetle treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o., pomimo braku określenia przez Zamawiającego elementów wymagających odniesienia się, nie tylko złożył wyjaśnienia, ale przedstawił Zamawiającemu sposób kalkulacji ceny i założenia przyjęte do jej obliczenia w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, stanowiącym załącznik do SWZ. Nie był to zatem kosztorys sporządzony w sposób ogólny, wybiórczy, według uznania wykonawcy. Wykonawca sporządzając kosztorys oparł się na przedmiarze. Należy także zwrócić uwagę, że oferty Wykonawców Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. nie odbiegają znacząco od średniej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (cena średni to 4 152 958,53 zł).

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynności:

☐ badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. ul. Gdańska 69A, 07- 100, ☐ czynności badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o., ul. Sitarska 1, 18-300 Zambrów,

☐ wybory oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. ul. Gdańska 69A, 07- 100 jako najkorzystniejszej, została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie był, w świetle obowiązujących przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zobowiązany ani uprawniony do podjęcia czynności:

☐ odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych MIKST Sp. z o.o. ul. Gdańska 69A, 07- 100

☐ odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o., ul. Sitarska 1, 18-300 Zambrów

☐ zaniechaniu wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie w sposób prawidłowy dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o.o. Wykonawca, którego oferta została wybrana przystąpił w dniu 19 marca 2025 r. do niniejszego postępowania i w swoim przystąpieniu przedstawił argumentację przemawiającą za tym, że złożone odwołanie przez STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jest pozbawione uzasadnionych podstaw.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

W odwołaniu wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (Odwołujący) podniósł następujące zarzuty:

A.wobec oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MIKST” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Gdańsku (wykonawca MIKST) naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIKST w sytuacji, gdy:

a) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę MIKST w piśmie z dnia 03.03.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę);

b) cena ofertowa wykonawcy MIKST nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego,

2.art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MIKST w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znku),

3.ewentualnie w razie uznania zarzutów określonych w pkt 1 i w pkt 2 powyżej za przedwczesne – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Wykonawcy do dalszych wyjaśnień w zakresie jej istotnych części składowych, tj. poz. 19, 20, 21, 27, 29, 32 kosztorysu MIKST;

B.wobec oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. z/s w Zambrowie (wykonawca BITUM) naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BITUM z powodu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy:

a) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę BITUM w piśmie z dnia 07.03.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę);

b) cena ofertowa wykonawcy BITUM nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BITUM w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.

W konsekwencji ww. zarzutów wskazał na naruszenie;

C.art. 239 ust. 1 Pzp z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty wykonawcy MIKST w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty wykonawcy MIKST i wykonawcy BITUM;

D.art. 16 pkt 1) i 2) Pzp z uwagi na bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy MIKST, która podlega odrzuceniu, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BIUTM, która polega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Nie podlega uwzględnieniu zarzut skierowany wobec oferty wykonawcy MIKSTdotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, jednakże zasługuje na uwzględnienie podniesiony wobec tej oferty zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

W wezwaniu skierowanym do wykonawcy z dnia 27 lutego 2025 r. na podstawie art. 224 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w szczególności: (...)

1. (...) zamawiający żąda (...) wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana (...) cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

2. (...)

3. Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. (...) wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2024 r. poz. 1773) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 p.z.p., na którego podstawie zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi żądać wyjaśnień. (...)

Wykonawca MIKST w odpowiedzi na to wezwanie wskazał na następujące okoliczności:

✓ (...) cena oferty Wykonawcy dla ww. zadania, w kwocie 3 416 417,04 zł brutto uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, nie została zaniżona poniżej kosztów zamówienia, a także została należycie i rzetelnie skalkulowana;

✓ (...) Spółka działa zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jak również zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

✓ Cena podana w ofercie Wykonawcy stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Spółce warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia przede wszystkim z tego względu, iż: (...)

I. Jednym z podstawowych składników ceny ofertowej zaproponowanej przez Spółkę są koszty urządzeń i materiałów.

Spółka jest podmiotem o ugruntowanej i stabilnej pozycji na rynku. Przez wiele lat istnienia wypracowała dobre relacje z podmiotami działającymi w tym samym obszarze. Współpracuje z dostawcami materiałów od wielu lat, posiada dobrą renomę w zakresie uczciwości i płatności. Wszelkie zobowiązania Spółka reguluje na bieżąco. Cechy te pozwalają jej na uzyskiwanie dobrych, stosunkowo niskich cen od dostawców. Koszty materiałowe, wchodzące w skład wskazanej ceny, a przyjęte przez Spółkę wynikają z ofert pisemnych otrzymanych z kilku źródeł i następnie korygowanych poprzez przeprowadzone wstępne negocjacje, które pozwoliły na uzyskanie cen możliwie jak najniższych.

II. Wykonawca opiera swoją działalność na własnym sprzęcie – układarki do mas, układarki poboczy, koparki, zagęszczarki, samochody – wywrotki.

Wymieniony wyżej sprzęt charakteryzuje się dobrym stanem technicznym, ekonomicznym działaniem, objęty jest serwisem fabrycznym lub własnym. Wynajem tego typu sprzętu oscyluje w granicach 2600-3000 zł za 8h. Znacznie zmniejsza się w ten sposób koszt wykonania zamówienia. Spółka bowiem nie jest zmuszona do często kosztownego wypożyczania sprzętu, czy dokonywania kosztownych napraw sprzętu w przypadku awarii. Wykonawca nie musi ponosić tych kosztów, ponieważ posiada cały niezbędny do wykonania zamówienia sprzęt.

III. Wykonawca posiada zmagazynowane w dużej ilości zapasy materiałowe tj. zapasy kruszyw do produkcji masy bitumicznej.

Materiał ten jest niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia. Posiadanie zapasów pozwoli na oszczędności przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, co bezpośrednio przekłada się na cenę ofertową.

IV. Wykonawca posiada własne laboratorium.

Koszty obsługi kalkulowane są w tym zakresie na niskim poziomie z uwagi na brak konieczności korzystania z usług firm zewnętrznych.

V. Wykonawca posiada własną kadrę o długoletnim doświadczeniu w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia, tak w odniesieniu do kierowników, majstrów, brygadzystów, jak i operatorów sprzętu oraz monterów.

Doświadczenie kierowników i brygadzystów w zakresie organizacji pracy, zarządzania powierzonymi im ludźmi i sprzętem, jest niezaprzeczalnie gwarancją uzyskania dobrej jakości jak i wydajności pracy. Te zaś czynniki mają bezpośredni wpływ na ważny składnik oferty, tj. koszty robocizny i sprzętu. W następstwie tego koszty z tą sferą związane kształtują się na niskim poziomie i znacząco wpłynęły na zaoferowaną przez Spółkę cenę ofertową. Wykonawca cieszy się dobrą opinią jako pracodawca i oferuje godziwe wynagrodzenie swoim pracownikom, zatem koszty pracy, których wartość przyjęta została do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Praktycznie każdy z pracowników Spółki zatrudniony jest w ramach umowy o pracę. Koszty pracy zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) 530/1999 z 9.03.1999 r. dotyczącym statystyk strukturalnych odnoszących się do zarobków i kosztów pracy to suma wynagrodzeń (brutto) i pozostałych wydatków, w tym także składek na: ubezpieczenia

społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez pracodawcę w celu pozyskania, utrzymania, przekwalifikowania i doskonalenia kadr. Powszechnie przyjmuje się, że koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki, oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Jak wskazano w jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: „Powyższe znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z 18 maja 2004 r. (Dz.U. nr 130, poz. 1389) (dalej Rozporządzenie). Zgodnie z § 6 Rozporządzenia, wśród obowiązkowych elementów, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu stawki roboczogodzinny ustawodawca wymienia: (i) płace zasadnicze; (ii) premie regulaminowe; (iii) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe); (iv) płace uzupełniające; (v) obowiązkowe obciążenia płac; (vi) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych”.

Wykonawca, uwzględnił obowiązki wynikające z prawa pracy w cenie oraz kosztach oferty, w tym przepisy o zabezpieczeniu społecznym, tj. uwzględnił koszty obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, określonych w ustawach regulujących system ubezpieczeń społecznych.

VI. Lokalizacja przedmiotowego zadania.

Bliska lokalizacja terenu inwestycji pozwala na wysokie oszczędności. Ważnym składnikiem kosztów realizacji każdej inwestycji, są koszty pośrednie, jak transport, noclegi, czy koszty rozłąki. W przypadku przedmiotowego projektu, bliska odległość siedziby Wykonawcy od placu budowy, pozwoliła ograniczyć tę grupę kosztów do niezbędnego minimum. Wykonawca nie uwzględnił kosztów rozłąki i noclegów, a koszty dojazdów szacowane są na niskim poziomie.

VII. Doświadczenie Wykonawcy.

Wykonawca skutecznie zrealizował do dnia dzisiejszego szereg umów realizowanych na rzecz prac przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia. Ma bardzo bogate doświadczenie zarówno w kwestii profesjonalnej realizacji tego typu inwestycji, ale również w kwestii właściwego określenia ceny ofertowej. Przy określeniu ceny ofertowej każdy oferent powinien analizować ryzyka związane z realizacją danego zamówienia publicznego, wynikające z rodzaju gruntów, lustra wód podziemnych, ukształtowania terenu itp. Spółka ma doskonałe rozeznanie w kwestii ewentualnych ryzyk mogących wystąpić w trakcie realizacji tej konkretnej inwestycji na ww. zadanie z racji realizowanych wcześniej robót na terenie zbliżonym geologicznie do tego, na którym jest ona planowana, a także z racji długoletniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu zadań. (...)

Dalej wskazując także na orzecznictwo wykonawca MIXT podał: (...) Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wszystkie koszty wykonania zamówienia, a mianowicie koszty materiałów, sprzętu, robocizny, koszty badań oraz dojazdu. Uwzględnione zostały również rozwiązania techniczne zgodne ze Specyfikacją Warunków Zamówienia. Wykonawca oświadcza, że dołożył wszelkiej staranności przy kalkulowaniu kosztów zadania określonego zamówieniem, a jego cena jest optymalna i zapewnia bezpieczną realizację projektu. Powyżej przytoczone elementy składające się na cenę ofertową mają na tyle istotny charakter, że wpływać powinny pozytywnie na ocenę realności ceny całkowitej. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz, co ważne, został uwzględniony zysk Wykonawcy. Wykonawca ma również zamiar wykonania zadania w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów realizacji zamówienia. (...) Do tych wyjaśnień wykonawca załączył Kosztorys ofertowy, który odzwierciedla wszystkie pozycje zawarte w Kosztorysie inwestorskim, co do ich opisu, zakresu rzeczowego i ilości.

Mając na uwadze treść wezwania skierowanego do wykonawcy nie może podlegać uwzględnieniu zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MIXT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, ponieważ wyjaśnienia wykonawcy są adekwatne do treści wezwania. Zamawiający w tym wezwaniu w punkcie 1 żądając wyjaśnień w tym złożenia dowodów w sposób ogólny sformułował żądanie wskazując, że żąda wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, z tego powodu, że zaoferowana cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Dalej w punkcie 2 cytując treść art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, czego mogą, ale nie muszą czy powinny dotyczyć te wyjaśnienia. Zatem w treści tego wezwania Zamawiający nie precyzował szczegółowości tych wyjaśnień w zakresie w jakim przedstawił to Odwołujący w odwołaniu jak i w dowodzie przedłożonym na rozprawie, co do pozycji: poz. 19, 20, 21, 27, 29, 32

kosztorysu wykonawcy MIKST. Ponadto wykonawca MIXT jako dowód przedstawił kosztorys ofertowy, który to dokument zgodnie z SWZ – XXI. 6 miał być dostarczony Zamawiającemu (zgodny z przedmiarem robót, na łączną kwotę wynikającą ze złożonej przez wykonawcę oferty) najpóźniej w dniu podpisania umowy.

Kalkulacje jakie przedstawił wykonawca w odwołaniu co do wskazanych pozycji z kosztorysu MIXT – poz. 19, 20, 21, 27, 29, 32 - Odwołujący odniósł do jego ceny wskazując na hipotetyczne koszty, które powinien w kalkulacji danych pozycji uwzględniać wykonawca MIXT. W tym przypadku nie uwzględniał indywidualnych okoliczności właściwych dla wykonawcy MIXT, wskazanych w wyjaśnieniach, a mianowicie faktu że jest to firma lokalna i bliska lokalizacja terenu inwestycji pozwala na istotne oszczędności w kosztach pośrednich takich jak transport oraz koszty dojazdu i zakwaterowania pracowników. Kolejnym czynnikiem wskazywanym w wyjaśnieniach jest działalność wykonawcy na własnym sprzęcie takim jak: układarki do mas, układarki poboczy, koparki, zagęszczarki, samochody – wywrotki. Ponadto posiadane laboratorium jak i własna kadra o długoletnim doświadczeniu w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia, tak w odniesieniu do kierowników, majstrów, brygadzystów, jak i operatorów sprzętu oraz monterów. Innym istotnym czynnikiem jest dotychczasowe wykonywanie na rzecz tego Zamawiającego analogicznych robót - przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia, na terenie zbliżonym geologicznie do tego, na którym jest ona planowana, co ma znaczenie przy określeniu ceny ofertowej przez wykonawcę z uwagi na rozeznanie w kwestii ewentualnych ryzyk mogących wystąpić w trakcie realizacji tej konkretnej inwestycji. Ostatni z czynników związanych z dotychczasową współpracą z tym Zamawiającym mógł niewątpliwie mieć wpływ na jego oczekiwanie co do złożenia dowodów, w tym co do sprzętu czy kadry albowiem wobec wcześniej realizowanych umów taką wiedzą – jak oświadczył Zamawiający - dysponuje. Izba zwraca uwagę na art. 127 ust.2 Pzp, który nawet w przypadku podmiotowych środków dowodowych będących w posiadaniu zamawiającego pozwala na korzystanie z takiej wiedzy.

Jednakże podlega uwzględnieniu zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp związany z pozycją 19 kosztorysu ofertowego wykonawcy MIXT. W tym przypadku Izba nie mogła pominąć stanowiska wynikającego z pisma procesowego wykonawcy MIXT z dnia 19 marca 2025 r. i wyjaśnień, które w zakresie tej pozycji składał na rozprawie. W tym przypadku Odwołujący wskazując – w ramach dowodu str 1 - na SST: D-03.01. 01.60. WYKONANIE ŚCIANEK CZOŁOWYCH PRZEPUSTÓW Z BETONU C 20/25 ze zmian treści z dn. 18.02.2025 r. podał, że ze stanowiska wykonawcy MIKST (...) *przedstawionego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego z dnia 19.03.2025 r. wynika, że ten wykonawca przyjął prefabrykowane ścianki czołowe przepustów zamiast wskazanej w SST D-03.01.01.60. metody "na miejscu" (wskazuje na to pkt 2.1 SST), co wpływa na rażąco niską cenę oferty— różnica w cenie ścianek czołowych wynosi około 235% w kwocie 18 855 zł. Zgodnie z zapisami SST, ścianki przepustów miały zostać wykonane na miejscu, co oznacza, że wykonawca zobowiązany był do realizacji tego elementu roboczo, zgodnie z określonymi wymaganiami zawartymi w SST. Wykonawca MIKST w swojej ofercie przedstawił zastosowanie ścianki prefabrykowanej, która nie odpowiada wymaganiom określonym w dokumentacji przetargowej. Kwota wskazana przez MIKST świadczy o niemożności zrealizowania niezbędnych prac za taką cenę. Ponadto, wykonanie ścianek czołowych przepustów na miejscu wiąże się z koniecznością użycia odpowiedniego sprzętu budowlanego, a także zatrudnienia pracowników, co znacznie zwiększa koszty wykonania tej pozycji w porównaniu do ścianek prefabrykowanych. Zastosowanie prefabrykatów w miejsce ścianek robionych na miejscu, które są wymagane w SST, nie tylko świadczy o naruszeniu specyfikacji, ale także wpływa na rażące zaniżenie kosztów realizacji zamówienia, co narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji*.

Izba stwierdziła, że w piśmie procesowym z dnia 19 marca 2025 r. wykonawca MIKST podał: (...)

„Pozycja 19. Uwzględnia wartość 59 760,00zł Składowymi tej ceny są:

*Koszt ścianek czołowych przepustów z transportem – 8szt * 1000.00 zł = 8000.00 zł*

Koszt przepustów wg oferty z transportem około 394zł/mb = 17 730.00 zł

Koszt robocizny wykonania 1 mb przepustu w raz ze ściankami czołowymi określono w firmie dla tego asortymentu prac – 265.00zł/mb

*Łączny koszt robocizny i pracy sprzętu wynosi 265*45=11 925.00zł*

*Koszt mieszanki do zasypiania przepustu (przyjęto z zapasem 1m3 na 1mb przepustu) 45m3 mieszanki * 50zł = 2250.00zł*

Co daje łączną wartość (8000 + 17 730 + 11925+2250) = 39905.00zł

Przewidywany zysk – 59760,00zł – 39905.00zł = 19 855.00zł”

Uczestnik MIXT pytany na rozprawie co do tego wyjaśnienia nie kontestował twierdzeń Odwołującego, podkreślając tylko aspekt ekonomiczny i technologiczny przy kalkulacji zastosowanego rozwiązania dla tych robót.

Niewątpliwie kalkulacja robót powinna odnosić się do takiej technologii ich wykonania jak jest wymagana w dokumentacji przetargowej. Według załączonego SST (takiej dokumentacji brak na przesłanym nośniku do Izby) wynika, że Przedmiotem SST (specyfikacji technicznej) są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót odwodnieniowych (pkt 1.1) a dalej m.in. wskazano szczegółowo na materiały, sprzęt, transport i wykonanie robót (ich zakres). Tym samym

w zakresie wskazanej pozycji 19 wykonawca MIXT powinien zostać wezwany do wyjaśnienia co do kalkulacji tej części składowej ceny.

Zarzut skierowany wobec oferty BITUM dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający w wezwaniu skierowanym w piśmie z dnia 3.03. 2025 r. na podstawie art. 224 ust.1 ustawy Pzp do tego wykonawcy zawarł analogiczne elementy jak w wezwaniu skierowanym do wykonawcy MIXT cytowanym powyżej. Wykonawca BITUM w odpowiedzi nawiązując do żądanego zakresu informacji i podkreślając możliwy do osiągnięcia zysk na tym kontrakcie wskazał na następujące okoliczności:

- ✓ różnicę między ofertą BITUM, a średnią wartością złożonych wszystkich ofert stanowiącą 4,2% i różnicę między jego ofertą a najwyższą złożoną ofertą wynoszącą 8,96%;
- ✓ nie skomplikowany zakres strukturalnych robót, ich realizacja w jednym miejscu – długość odcinka 3,83 km, pozwalający na zgromadzenie maszyn i urządzeń bez konieczności dodatkowego przewozu i tym samym obniżenie kosztów transportu i czasu pracy;
- ✓ na spadek cen ropy naftowej oraz pyłu węglowego jako czynnik cenotwórczy wpływający na wartość robót, co pozwoliło na obniżenie produkcji np. mas bitumicznych i kosztów transportu;
- ✓ na posiadane przez wykonawcę na potrzeby tego przetargu wszystkie niezbędne maszyny własne bez obciążeń kredytowych oraz niezbędne materiały do robót drogowych bitumicznych ma zgromadzone na swojej wytwórni;
- ✓ na zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i mają na bieżąco odprowadzane od wynagrodzenia składki ZUS, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a co do zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska - na uwzględnione w postępowaniu przepisy z zakresu ochrony środowiska, transportu odpadów i ich zagospodarowaniu oraz z zakresu ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych

Ogólność wezwania i fakultatywne wskazywanie zakresu możliwych wyjaśnień pozwalały wykonawcy na sygnalizowanie kluczowych informacji, które Zamawiający mógł uwzględniać w przypadku tego wykonawcy. Izba zwraca uwagę, że w tym przypadku Odwołujący nie kwestionuje ceny oferty ani jej elementów składowych wskazując wyłącznie, na „zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BITUM z powodu rażąco niskiej ceny z powodu złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w piśmie z dnia 07.03.2025 r., a która to cena jego zdaniem nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. W przypadku oferty wykonawcy BITUM, Odwołujący nie wskazywał jakie okoliczności mogłyby świadczyć o rażąco niskiej cenie w sytuacji porównywalności cen z ofert wykonawców uwagi na średnią wartość wszystkich złożonych ofert stanowiącą 4,2% i różnicę między ofertą wykonawcy BITUM a najwyższą złożoną ofertą wynoszącą 8,96%, na co zwracał uwagę w wyjaśnieniach wykonawcy BITUM. Ceny złożonych w tym postępowaniu ofert, z których sześć jest zbliżonych cenowo do oferty wykonawcy BITUM, przedstawiają się następująco:

- 1.S.J., J., D. „Czystość” Spółka Jawna (...) - 4 396 426,32 zł
- 2.STRABAG Sp. z o.o. (...) - 4 206 710,86 zł
- 3.Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe „MAKSUD” Sp. z o.o. (...) - 4 217 723,97 zł
- 4.Firma Transportowo – Usługowa M.P. (...) - 4 468 757,55 zł
- 5.Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "MIKST" Sp. z o.o. (...) - 3 416 417,04 zł
- 6.Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „BITUM” Sp. z o.o. (...) - 4 002 460,85 zł
- 7.Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Trakt” Sp. z o.o. (...) - 4 362 213,13 zł

W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący – jak należy sądzić po kalkulacjach przedłożonych w zakresie zarzutów co do oferty wykonawcy MIXT - uwzględniał okoliczności właściwe dla tego wykonawcy wskazując w tych kalkulacjach jako na istotne koszty wynajmu maszyn i usługi transportowe oraz na koszty zakupu materiałów, a nie odnosił się do okoliczności wskazywanych przez tych wykonawców w ich wyjaśnieniach, o których mowa powyżej.

Zarzuty skierowane wobec oferty wykonawcy MIKST i wykonawcy BITUM dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku Odwołujący oparł na twierdzeniu, że te oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znku) tylko dlatego, że proponowane w ofertach ceny są – zdaniem wykonawcy - rażąco niskie. Zdaniem Izby nawet samo potwierdzenie prawidłowości zastosowania podstawy odrzucenia oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, nie może skutkować automatycznie uznaniem, że wykonawca złożył ofertę dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po drugie w tej sprawie w stosunku do oferty wykonawcy BITUM wskazywane podstawy odrzucenia oferty określone art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp podlegały oddaleniu, a wobec oferty wykonawcy MIXT Izba orzekła w zakresie pozycji 19 z powodów wyżej wskazanych konieczność ponownego jej zbadania, co do przyjętej do kalkulacji – być może nieprawidłowo- technologii wykonania robót. Tym samym podnoszony wobec tych ofert zarzut podlega oddaleniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp jak i art. 16 pkt 1 i 2

z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty wykonawcy MIKST w sytuacji, gdyta oferta zgodnie z sentencją wyroku jego punktem 1 podlega ponownemu badaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437). W tej sprawie Izba miała na uwadze § 7 ust.2 pkt 1 oraz jego ust. 3. W niniejszej sprawie podniesionych zostało siedem zarzutów z których trzy (związane z pozycją 19 kosztorysu ofertowego wykonawcy MIXT) zostały uwzględnione, a cztery dotyczące oferty wykonawcy MIXT i wykonawcy BITUM zostały oddalone. Z tego względu koszty w 3/7 poniósł Zamawiający: Gmina Klukowo, a w 4/7 wnoszący odwołanie wykonawca: Strabag sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....