

Sygn. akt: KIO 946/21

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Monika Szymanowska
	Agnieszka Trojanowska

Protokolant:	Adam Skowroński
---------------------	------------------------

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 marca 2021 r.** przez wykonawcę **COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie** na rzecz **Skarbu Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** prowadzący postępowanie **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Rozbudowa drogi krajowej nr 92 polegająca na budowie ronda na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 1339F w m. Trzciel*” (nr referencyjny: O.ZG.D-3.2411.14.2020) zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 612464-N-2020, data zamieszczenia 19.11.2020 r. przez: Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 19.03.2021 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław zwaną dalej: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Dodatkowo poinformował o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - COLAS Polska Sp. z o. o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie zwanej dalej: „COLAS Polska Sp. z o. o.” albo „Odwolującym”.

Zamawiający ze względu na fakt, że cena oferty ww. Wykonawcy (8 422 274,39 PLN) jest niższa o ponad 30% od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (wartości zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek od towarów i usług), działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, pismem z dnia 17.02.2021 r. (znak O.ZG.D-3.2411.14.12,mg-g.2020 - przekazany w dniu 18.02.2021 r. pośrednictwem poczty elektronicznej) zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena, istotne składowe ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający szczegółowo określił elementy i zakres, co do których należało złożyć wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia. Wykonawca, w odpowiedzi na w/w wezwanie, złożył w dniu 26.02.2021 r. pismo z 23.02.2021 r., tj. wyjaśnienia wraz z załącznikami. Złożone wyjaśnienia potwierdziły słuszność i wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami określonymi i zawartymi w OPISIE PRZEDMIOTU

ZAMÓWIENIA (OPZ), ISTOTNYCH DLA STRON POSTANOWIEŃ UMOWY (IPU) oraz w przekazanych przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania WYJAŚNIENIACH TREŚCI SIWZ. Z treści wyjaśnień wynika, że Wykonawca nie uwzględnił w wycenie wszystkich elementów składowych ceny jednostkowej zgodnie z przyjętymi w dokumentach zamówienia założeniami. COLAS Polska Sp. z o.o. zastrzegł treść przedstawionych wyjaśnień wraz z załącznikami, W związku z powyższym, iż ww. dokumenty stanowią TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA, Zamawiający nie może udostępnić szczegółowego uzasadnienia powodów odrzucenia niniejszej oferty. W związku z czym Zamawiający przedstawia uzasadnienie w taki sposób, aby nie naruszyć tajemnicy.

W ramach odwołania zostało upublicznione – „(...)nie uwzględnił kosztów wymiany gruntu nie przedstawił wartości materiału koniecznego do wbudowania, ani nie określił robocizny z tym związane (...)”.

W dniu 24.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) COLAS Polska Sp. z o. o. wniosła odwołanie na czynności z 19.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji jej odrzucenie; ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego)
2. Art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących budzącej wątpliwości Zamawiającego pozycji kosztorysowej;
3. Art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp w zw. z art. 87 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Colas omyłki w zakresie kosztów wymiany gruntu lub zażądania wyjaśnień w tym zakresie. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie pozycji kosztorysowej budzącej wątpliwości Zamawiającego lub poprawienie omyłki w tym zakresie. Wnosił również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego. Pismem z 17.02.21 r. (przekazanym 18.02.2021 r.), Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp o udzielenie wyjaśnień

dotyczących wyliczenia ceny zaferowanej przez Odwołującego, na które Odwołujący udzielił szczegółowej odpowiedzi popartej dowodami 26.02.2021 r. (dalej: „Wyjaśnienia”). W dniu 19.03.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Strabag - oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp (dalej: „Odrzucenie”). Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem postępowania, wskazując na bezprawność czynności odrzucenia jego oferty ze względów wskazanych poniżej.

Oдноśnie braku rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty, z treści Wyjaśnień wynika, że Colas rzekomo nie uwzględnił w wycenie wszystkich elementów składowych ceny jednostkowej zgodnie z przyjętymi w dokumentach zamówienia założeniami. Zamawiający odniósł się przy tym jedynie do jednej pozycji w kosztorysie ofertowym: BRANŻA DROGOWA RONDO - DK92 poz. 7. Według Zamawiającego COLAS „...nie uwzględnił w tej pozycji kosztów wymiany gruntu - nie przedstawił wartości materiału koniecznego do wbudowania, ani nie określił robocizny z tym związanej...” Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje zatem powód nieuwzględnienia wyjaśnień, a co za tym idzie wyznacza zakres zaskarżenia. Decyzja Zamawiającego jest bezprawna i stanowi przejaw skrajnego formalizmu. Podkreślił, iż wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp zostało oparte na okoliczności, iż oferta Colas jest niższa o ponad 30 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o VAT. Tymczasem gdyby przyjąć średnią wszystkich złożonych ofert (których w postępowaniu były cztery) to różnica wynosi jedynie 16 % i w żadnym stopniu nie odbiega rynkowo od cen oferowanych na rynku. Co więcej, wszystkie oferty złożone w postępowaniu były niższe od budżetu Zamawiającego, a zatem to średnia arytmetyczna ofert jest lepszym wykładnikiem rynkowego charakteru cen.

lp	nazwa firmy	cena brutto [PLN]	[%] budżetu
	BUDŻET INWESTORA	13 550 933,30	
1.	COLAS Polska	8 422 274,39	62,15%
2.	P. D. KONTRAKT	9 394 881,33	69,33%
3.	STRABAG	11 047 909,31	81,53%
4.	DROG BUD Swiebodzin	11 142 805,34	82,23%

Różnice istniejące w tym postępowaniu w żaden sposób nie odbiegają też od innych postępowań tego typu - wręcz przeciwnie, w praktyce można spotkać znacznie większe różnice, akceptowane dotąd przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający z nieznanых powodów, odnosząc się do tylko jednej pozycji kosztorysowej, nie mającej wpływu na ocenę ceny jako całości, w sposób całkowicie nieproporcjonalny i skrajnie formalistyczny, odrzucił ofertę Odwołującego i wybrał ofertę o ponad 2,6 mln zł droższą, godząc tym samym w zasady Pzp oraz wbrew zasadzie efektywności i uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp może stanowić jedynie sytuacja, gdy to „cena” jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (W niniejszym postępowaniu nie ma przy tym ustanowionego kryterium kosztowego).

Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską „cenę” lub koszt - jednak w niniejszym postępowaniu brak kryterium kosztowego) w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednolitym orzecznictwie KIO, cena rażąco niska „*jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc*” (Wyrok KIO z 16.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2465/16; wyrok KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 22/17, wyrok KIO z 07.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2115/16, KIO 2116/16, wyrok KIO z 12.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1575/16, wyrok KIO z 23.03.2017 r., sygn. akt: KIO 416/17, wyrok KIO z 03.07.2016 r. KIO 184/16, wyrok KIO z 28.04.2017 r., sygn. akt: KIO 685/17, wyrok KIO z 04.05.2016 r., sygn. akt: KIO 557/16, wyrok KIO z 30.05.2016 r. KIO 728/16.) Ponadto, według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku SO w Krakowie z 30.01.2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *”o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *”odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych*”.

Zatem bezprawne jest odrzucenie oferty z powodu nawet niskiej wartości pojedynczej pozycji kosztorysowej, w sytuacji gdy te pozycje nie wpływają na cenę ofertową w taki sposób by w konsekwencji uczynić ją rażąco niską. Wynika to z literalnej treści powołanych przepisów i dotychczasowego orzecznictwa, a także zasad celowościowych i funkcjonalnych (gdyby z powodu niskiej wartości jednej z setek pozycji kosztorysowych odrzucano oferty wykonawców, w zasadzie każdy przetarg na roboty budowlane kończyłby się unieważnieniem). Ponadto, art. 90 ust. 1 Pzp jedynie jako przesłankę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego wskazuje sytuację, w której zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie. Istotna część składowa ceny może

stanowić zatem podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, natomiast podstawą odrzucenia oferty może być tylko rażąco niska cena. Cena jest zdefiniowana w art. 2 pkt 1 Pzp poprzez odesłanie do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Podkreślała to wielokrotnie KIO, wskazując, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ma możliwość badania istotnych części składowych ceny oferty, jednak przepis art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp należy odnosić do ceny za cały przedmiot zamówienia, a zatem w przypadku zaniżenia istotnego kosztu składowego oferty konieczne jest wykazanie, że ma ono istotny wpływ na cenę oferty i uniemożliwia wykonanie danego przedmiotu zamówienia, zgodnie z określonymi w danym postępowaniu wymaganiami (np. wyrok KIO z 05.06.2017 r., sygn. akt: KIO 966/17, wyrok KIO z 07.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2640/18, wyrok z 22.02.2017 r., sygn. akt: KIO 271/17. także np. wyrok KIO z 15.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1805/17. Podobnie, wyrok KIO z 24.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2098/17: „*Wspomnieć należy, że kosztorysy ofertowe są obszerne i z całą pewnością w kosztorysach obu wykonawców znajdują się ceny jednostkowe wyższe lub niższe od konkurencji. Stwierdzenie jednak tego rodzaju okoliczności nie dowodzi tego, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.*”). Tymczasem kwestionowana przez Zamawiającego pozycja kosztorysowa nie stanowi ani ceny ani nawet istotnej części składowej ceny - zarówno w aspekcie rzeczowym jak i ekonomicznym. Jej łączna wartość jest niewielka w stosunku wartości całej oferty. Zamawiający, zarzuciwszy Colas nieprawidłową wycenę w poz. 7 formularza ofertowego, w żaden sposób nie odniósł się do tego jak rzekomo miały to wpłynąć na całkowitą cenę oferty. Nadmieniał, że wycena odwołującego w poz. 7 nie jest najniższa spośród złożonych ofert.

1.	COLAS Polska	14,03
2.	P. D. KONTRAKT	5,00
3.	STRABAG	90,42
4.	OROGBUD Świebodzin	25,00

Zamawiający skupił się na jednej kwestii, pomijając całkowicie fakt złożenia na prawie 50 stronach obszernych wyjaśnień wraz z licznymi dowodami, obrazujących, iż zaoferowana przez Colas cena skalkulowana została w sposób rzetelny, realny i rynkowo, z powołaniem się na konkretne czynniki cenotwórcze, założenia i wyliczenia kosztorysowe, oferty podwykonawców, czy potencjał sprzętowo - wytwórczy. Cena obejmuje wszystkie składniki cenotwórcze, a Wykonawca szczegółowo odniósł się do wszystkich pozycji wskazanych przez Zamawiającego w Wezwaniu, dołączając odpowiednie dowody. Wyjaśnienia dowodzą niezbicie, że cena za całość zamówienia została oszacowana zgodnie z zasadami wynikającymi z zasad kosztorysowania, wiedzy profesjonalnej, na podstawie ceny rynkowych produkcji. Cena uwzględnia też wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Odnośnie prawidłowego wypełnienia poz. 7 kosztorysu ofertowego. Niezależnie od powyższego, wskazał, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia niektórych tylko

pozycji kosztorysowych, a Wykonawca przedstawił wyjaśnienia na każdą z nich z podaniem kosztów materiału, sprzętu, robocizny i zakładanej marży. Jak wynika z Wyjaśnień, zaoferowana cena Colas obejmuje wszystkie niezbędne składniki cenowe, w tym wszystkie składniki cenowe, które powinny zostać uwzględnione w pozycji kosztorysowej BRANŻA DROGOWA RONDO - DK92 poz. 7. Zamawiający nie uznał Wyjaśnień jedynie z zakresie pozycji nr 7, kwestionując brak w tej pozycji kosztów wymiany gruntu, uznając, że w cenie 12 155m³ wykopów Wykonawca powinien uwzględnić dodatkowo 9 753 m³ gruntu do zasypania. Z twierdzeniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, a konieczność ta nie wynika w żaden sposób z dokumentacji postępowania, w szczególności z: - z głównego dokumentu opisującego podstawę rozliczeń pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym tj. szczegółowej specyfikacji technicznej D 02.01.01 opartej na dokumencie wzorcowym ze strony Zamawiającego <https://www.gddkia.gov.pl/pl/1118/dokumenty-techniczne>, czyli WWIORB D- 02.01.01 Roboty ziemne. Wykonanie Wykopów, - przedmiaru, - opisu pozycji nr 7 w kosztorysie ofertowym, - odpowiedzi na pytania do SIWZ z 21.1.2021, na które powołuje się Zamawiający, - zasad kosztorysowania.

Poniżej Odwołujący przedstawia szereg argumentów przemawiających za powyższym stanowiskiem. Opis pozycji w kosztorysie ofertowym. Opis poz. 7 w kosztorysie odnosi się do „Wykonania wykopów z transportem gruntu na odkład” - jednoznacznie zatem dotyczy wykopów a nie ich zasypania.

7	D.02.01.01.14	Wykonanie wykopów z transportem gruntu na odkład	m ³	12 155	14,03	170 534,65
---	---------------	--	----------------	--------	-------	------------

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie do SIWZ. Z odpowiedzi Zamawiającego (na którą powołuje się w uzasadnieniu Odrzucenia) w wyjaśnieniach treści SIWZ nr 3 na pytanie nr 26 nie wynika, że oferent w tej pozycji powinien uwzględnić koszt zakupu i wbudowania materiału w ilości 9753m³. Odpowiedź wskazuje, że wyceniane w tej pozycji roboty w zakresie wymiany gruntu polegają na „wykonaniu wykopów z transportem gruntu na odkład”, do czego odwołał się w szczegółach Odwołujący. Powyższe potwierdza treść przedmiaru (uszczegółowienie kosztorysu ofertowego). Pozycja ta bowiem typowo dotyczy „wykonania wykopów” (a nie nasypów), co jest potwierdzone aż dwukrotnie w jej treści.

2			D.02 00.00 ROBOTY ZIEMNE			
2.1		45111000-8	D.02.01.01 Wykonanie wykopow w gruntach kat. III CPV: Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne			
d.2.1	6 14	D.02.01.01. Scalona	Wykonane wykopów z transportem gontu na odkład	m ³		
			- wymiana gruntu 9753	m ³	9753,00	
			- tabela robót ziemnych 1835	m ³	1835,00	
			536	m ³	536,00	
			- zjazdy 31	m ³	31,00	
					RAZEM	12155 00

Szczegółowa specyfikacja techniczna. Podstawowym dokumentem opisującym przedmiot zamówienia i określającym sposób rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym jest szczegółowa specyfikacja techniczna, na którą powołuje się poz. 7 kosztorysu ofertowego. Jest to SST D.02.01.01. W zakresie robót, który specyfikacja opisuje, rodzaju materiałów i technologii wykonania, a przede wszystkim w podstawie płatności powyższa SST nie wspomina o konieczności uwzględnienia kosztów zakupu i wbudowania gruntu w tym miejscu. Szczegółowa specyfikacja techniczna jednoznacznie opisuje jakie czynności należy uwzględnić w wycenie tej pozycji kosztorysowej. Poniżej fragment przytoczonej SST.

9 PODSTAWA PŁATNOŚCI

9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności

Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w SST 002.00.01 pkt 9.

9.2. Cena jednostki obmiarowej

Cena wykonania 1 m: wykopów w gruntach nieskalistych obejmują:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- wykonanie wykopu z transportem urobku na nasyp lub odkład, obejmujące: odspojenie, przemieszczenie, załadunek, przewiezienie i wyładunek,
- odwodnienie wykopu na czas jego wykonywania.
- profilowanie dna wykopu, rowów, skarp.
- zagęszczenie powierzchni wykopu
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych, wymaganych w specyfikacji technicznej,
- rozplantowanie urobku na odkładzie.
- wykonanie, a następnie rozebranie dróg dojazdowych
- rekultywację terenu.

10 PRZEPISY ZWIĄZANE

Spis przepisów związanych podano w SST D-02.00.01 pkt 10

Przedmiar robót. Przedmiar robót jest uszczegółowieniem kosztorysu ofertowego. Poz. nr 7 z kosztorysu ofertowego odpowiada w nim pozycja 6 d.2.1. Przedmiar ten jednoznacznie opisuje poprzez Katalogi norm nakładów rzeczowych jakie roboty powinna zawierać powyższa pozycja przedmiarowa określona specyfikacją D.02.02.01 jako scalona. Jest to wykonanie wykopu koparką z transportem urobku (poz. 6.1 d.2.1 i) i dodatek za każdy dalszy kilometr odwozu gruntu (poz. 6.2 d.2.1.). W tej przytoczonej pozycji scalonej nie ma mowy o pozycjach dotyczących pozyskania, przywozu materiału i jego wbudowania.

Poniżej fragment przytaczanego przedmiaru:

2			D.02.00.00 ROBOTY ZIEMNE		
2.1		45111000-8	D.02.01.01 Wykonanie wykopów w gruntach kat. III CPV: Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne		
6 d.2.1	D.02.01.01. 14	Scalona	Wykonanie wykopów z transportem gruntu na odkład	m ³	
			'- wymiana gruntu 9753	m ³	9753,00
			'- tabela robót ziemnych 1835	m ³	1835,0
			536	m ³	536,00
			'- zjazdy 31	m ³	31,00
					RAZEM 12155,00
6.1 d.2.1		KNNR 1 0202-07 Kalkulacja kosztów	Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj.łyżki 0.60 m3 w gr.kat. I-II z transp. urobku na odl.do 1 km sam. samowyląd.	m ³	
			poz. 6	m ³	12155,00
					RAZEM 12155,00
6.2 d.2.1		KNNR 1 0208-02 Kalkulacja kosztów	Dodatek za każdy rozp. 1 km transportu ziemi samochodami samowylądowczymi po drogach o nawierzchni utwar- dzonejkat.gr. I-IV)	m ³	
			Krotność = 9	m ³	12155,00
			poz. 6		
					RAZEM 12155,00

Należy też dodać, że pozycje zawierające koszty pozyskania i wbudowania gruntu znajdują się w innych pozycjach tego kosztorysu (poz. 8-10) i są także rozbite jako pozycje scalone przedmiaru (7 d.2.2, 8 d.2. 2 i 9 d.2.2). Zatem tam, gdzie należało te koszty uwzględnić, tam było to wyraźnie określone w poszczególnych pozycjach. Podkreślenia wymaga, że zwrot „wymiana gruntu” po myślniku w przedmiarze nie oznacza rodzaju robót do wykonania. Poz. 6 d.2.1 wskazuje, że opisem robót jest tylko „Wykonanie wykopów z transportem gruntu na odkład” i szczegółowy zakres czynności niezbędnych do wykonania tych prac określa specyfikacja D.02.01.01.

Poszczególne myślniki: [- wymiana gruntu 9753; - tabela robót ziemnych 1835, 536; - zjazdy 31] wskazują informacyjnie jakie wykopy składają się na ilość łączną 12 155m³ (poprzez rozbitcie na wymianę gruntu, roboty ziemne i zjazdy). Wykopy z transportem gruntu na odkład, jako element wymiany gruntu w ilości 9753 m³, zostały odpowiednio uwzględnione w wycenie. Przeciwnie twierdzenie byłoby nie tylko niezgodne z treścią ww. dokumentów oraz powszechnie przyjętymi zasadami kosztorysowania, ale także prowadziłby do absurdalnego wniosku, że w ramach tej pozycji należałoby przykładowo uwzględnić wykonanie jakiegokolwiek innych robót związanych z wykonaniem zjazdów, a nie jedynie wykopy pod ww. zjazdy („zjazdy” po myślniku). Zamawiający nic takiego nawet nie sugeruje, bowiem do wykonania innych prac związanych z budową zjazdów służą inne pozycje ww. przedmiaru.

Zasady rozliczeń kontraktów obmiarowych. Przyjęte przez Zamawiającego stanowisko jest niezgodne z logicznymi zasadami rozliczeń kontraktów obmiarowych (wynagrodzenie kosztorysowe w postępowaniu wynika m.in. z §10 wzoru umowy). Jeśli przyjmujemy założenia Zamawiającego, że w ramach opisywanej poz. 7 należało uwzględnić koszty pozyskania i wbudowania (robocizny) materiału dla wymiany gruntu, musimy stworzyć

cenę jednostkową na podstawie średniej ważonej. Dla powyższego przypadku cena powinna zostać zbudowana w następujący sposób:

Całkowita ilość pozycji (wykopu) to 12 155m³, w tym 9 753m³ wymiany gruntu, zatem: dla ilości 2 402m³

Wykonawca musiałby wyliczyć koszt samego wykopu, a dla ilości 9 753m³ koszt wykopu oraz koszt budowy w tym miejscu „nasypu” z gruntu pozyskanego. Taka konstrukcja ceny w formie średniej ważonej jest prawdziwa i adekwatna jedynie przy zachowaniu proporcji wykopu do wymiany gruntu 2402/9753. W każdym innym przypadku cena nie oddaje ponoszonych kosztów na te roboty. Ponieważ jest to kontrakt obmiarowy, dokładne ilości robót ziemnych są szczególnie trudne do określenia na etapie przedmiarowania, co wynika wprost z odpowiedzi nr 19 z 11.12.2020 r. („w kosztorysie ofertowym z uwagi na złożony charakter procesu nie da się przewidzieć wszystkich możliwych robót”).

Interpretacja Zamawiającego odrzucenia oferty Colas jest zatem nie tylko niezgodna z treścią pozycji i jej powszechnym rozumieniem, ale doprowadziłaby do absurdalnej sytuacji, że jeżeli ilość wymiany gruntu proporcjonalnie spadłaby w ilości całkowitej, a w szczególności kiedy ilość zwykłego wykopu wzrosłaby, Zamawiający płacąc Odwołującemu za wykop z poz. 7, zapłaciłby za dodatkowy materiał, który nie został wbudowany. W odwrotnej sytuacji, Odwołujący rozliczając się z Zamawiającym, ponosiłby stratę. To niezbicie dowodzi, że przy kontrakcie z rozliczeniem obmiarowym, konstrukcja pozycji jako średniej ważonej jest logicznie nieuzasadniona.

Wykonanie nasypów. Zgodnie z wymogami Zamawiającego, Wykonawca w poz. 10 kosztorysu ofertowego wycenił Wykonanie nasypów z pozyskaniem i transportem gruntów (cena jednostkowa: 33,30 zł/m³ netto). Zamawiający nie miał żadnych uwag do Wyjaśnień i szczegółowych kalkulacji Colas w tym zakresie. Nawet gdyby uznać (z czym Odwołujący się stanowczo nie zgadza), że wymiana gruntu w zakresie zasypiania wykopów została niedoszacowana co do ilości, to nie może być jakiegokolwiek mowy o rażąco niskiej cenie, skoro koszt dostarczenia i wbudowania tego gruntu, biorąc pod uwagę koszty jednostkowe wyliczone w poz. 10 przez Colas (wskazane na str. 10 Wyjaśnień - tajemnica przedsiębiorstwa), wyniosłyby znacznie mniej niż przykładowo wysokość marży Colas na jednej tylko poz. 14 (wskazanej na str. 17 Wyjaśnień - tajemnica przedsiębiorstwa) /Dodatkowo wskazał, że z dokumentacji projektowej wynika dużo mniejsza ilość wymiany gruntu (przekroje poprzeczne - rysunki 8.3 i 8.4)/.

Analizując wyceny wszystkich oferentów w postępowaniu, stwierdził, że 3 z 4 firm (w tym Colas) zaproponowały zbliżone koszty. Wycena Colas w omawianej pozycji jest nieco wyższa od ceny jednostkowej firmy, która złożyła drugą wartościowo ofertę w postępowaniu i nieco niższa niż przedsiębiorstwo oferujące najwyższą cenę. Jediną firmą,

której cena odbiega od reszty, jest Strabag. Powyższe potwierdza dodatkowo argumentację Odwołującego.

„Rozbudowa drogi krajowej nr 92 polegająca na budowie ronda na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 1339F w m. Trzciel”							
Porównanie cen jednostkowych z pozycji nr 7 KOSZTORYSU OFERTOWEGO - RONDO - DK 92				COLAS Polska Sp. z o. o.	PD KONTRAKT Sp. z o. o.	STRABAG INFRASTRUKTURA POŁUDNIE Sp. z o. o.	DROGBUD Świebodzin
lp.	nr SST	opis pozycji	jedn.	cena jedn. [PLN netto]	cena jedn. [PLN netto]	cena jedn. [PLN netto]	cena jedn. [PLN netto]
7	D.02.01.01.14	Wykonanie wykopów z transportem gruntu na odkład	m3	14,03	5,00	90,42	25,00

Obowiązek rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawcy. W orzecznictwie Izby panuje ugruntowana wieloletnia zasada, zgodnie z którą ewentualne wątpliwości odnoszące się do dokumentacji postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, a jeżeli możliwe jest ich zlikwidowanie w drodze wykładni, to nie może ona zostać dokonana z negatywnym skutkiem dla wykonawcy. Tytułem przykładu można tutaj wskazać wyrok z 24.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2100/18, zgodnie z którym „w przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców” (Tak również, m.in. w uchwale z 03.08.2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 oraz wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18). Odwołujący przy kalkulacji spornej pozycji opierał się na treści dokumentacji postępowania oraz powszechnych zasadach kalkulacji. Nawet gdyby jednak uznać, że dopuszczalna jest także taka wykładnia dokumentacji postępowania - zdaniem Odwołującego całkowicie bezzasadna - że w poz. 7 należało także wskazać koszty gruntu i jego wbudowania, to w świetle przedstawionej argumentacji nie jest to oczywiste ani jednoznaczne. Przyjęcie przez Odwołującego wskazanych założeń do kalkulacji wyceny tej pozycji powinno zostać zaakceptowane, jako że znajdowało swoje bezpośrednie oparcie w treści dokumentacji, w związku z czym Zamawiający nie powinien wyciągać wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji w tym zakresie. Twierdzenie to urealnia fakt, który należy raz jeszcze podkreślić - że z analizy cen kosztorysowych pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, wynika, iż większość biorących udział w postępowaniu wykonawców analogicznie zrozumięła wymogi dokumentacji postępowania co do pozycji kosztorysowej nr 7.

Podkreślił, że sporna poz. 7 nie (i) wpływa na cenę ofertową w sposób uzasadniający uznanie jej za rażąco niską (Zamawiający nawet nie próbował tego wywieźć), (ii) nie mogłaby wprowadzić jakichkolwiek zmian w rankingu ofert (nawet gdyby uwzględnić dodatkowy koszt w tym zakresie po wskazanej w poz. 10 stawce jednostkowej, nie miałyby to wpływu na wynik postępowania, (iii) biorąc pod uwagę obmiarowy charakter rozliczeń wynikający

z dokumentów postępowania, rzeczywiste ilości gruntu i jego wbudowania będą odpowiednio rozliczone.

Zaniechanie wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień. Zgodnie z orzecznictwem Izby przyjmującym racjonalne podejście do wymogów art. 90 i nast. Pzp, wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości Zamawiającego w zakresie, jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień, nie musi więc przedstawiać szczegółowo każdego nawet najdrobniejszego czynnika (wyrok KIO z 30.04.2018 r., KIO 710/18, wyrok z 11.10.2016 r., KIO 1756/16, wyrok z 27.04.2018 r., KIO 718/18, wyrok z 03.09.2018 r., KIO 1589/18, wyrok z 25.01.2019 r., KIO 63/19 oraz wyrok z 10.04.2019 r., KIO 530/19). Odwołujący w Wyjaśnieniach odniósł się szczegółowo do wszystkich aspektów wymaganych przez Zamawiającego, jednoznacznie dowodząc możliwość należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, wskazując przy tym koszty realizacji i rozsądną marżę, a także składając liczne dowody na poparcie kalkulacji. Zamawiający, posiadając wątpliwość w zakresie tylko jednej spośród prawie 200 pozycji kosztorysowych nie podjął jednak próby dalszego wyjaśnienia, dlaczego kalkulacja nie zawierała, zdaniem Zamawiającego, w ramach tej pozycji, kosztów dostawy (pozyskania, zakupu) i wbudowania gruntu. Przepisy Pzp oraz prawa unijnego nie tylko nie zawierają regulacji zakazującej kontynuowania wyjaśnień w razie takiej potrzeby, a wręcz w piśmiennictwie podkreśla się, że wystąpienie o ponowne konkretyzujące wyjaśnienia jest dopuszczalne, a nawet konieczne (E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 90; J. E. Nowicki [w:] M. KołECKI, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 90). Jeżeli bowiem wyjaśnienia są skrupulatne - a taki charakter mają wyjaśnienia złożone przez Odwołującego - ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę wyjaśnień.

Zaniechanie poprawienia omyłki. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek niepodzielenia przez skład orzekający powyżej wyłożonego stanowiska, Odwołujący podnosi ewentualny zarzut zaniechania poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp (ewentualnie z uprzednimi wyjaśnieniami w tym zakresie). Nawet gdyby bowiem przyjąć nieprawidłowość wcześniejszych wywodów Odwołującego (i w konsekwencji konieczność interpretacji kosztorysu w poz. 7 jako nakazującego uwzględnienie kosztów gruntu i jego wbudowania, a nadto realny tego wpływ na cenę oferty) - z czym Odwołujący stanowczo się nie zgadza - to w takiej sytuacji zachodziłyby podstawy do zastosowania procedury poprawy omyłki. Dopuszczalność i oczywistość poprawienia takiej omyłki o charakterze matematycznym nie budzi wątpliwości. W celu bowiem oszacowania w tej pozycji wymiany gruntu konieczne byłoby poza wykonaniem wykopów (uwzględnionych w spornej pozycji kosztorysowej przez Odwołującego i czego Zamawiający w uzasadnieniu Odrzucenia nie kwestionuje), doszacowanie w zakresie nasypów. W takim

wypadku ilość gruntu ustaloną przez Zamawiającego w oparciu o treść SIWZ (przyjmując za uzasadnieniem Odrzucenia - 9 753 m³) należałoby przemnożyć przez cenę jednostkową wykonania nasypów (wskazaną w poz. w poz. 10 kosztorysu Odwołującego). Zamawiający dysponował zatem wszystkimi danymi niezbędnymi do samodzielnej poprawy kwestionowanej przez niego pozycji w kosztorysie Odwołującego. Uwzględnienie takiej korekty nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania, ponieważ nadal oferta Colas byłaby najkorzystniejsza. Podkreślił, że Odwołujący przygotował kosztorys zgodnie ze wszelkimi wymogami.

Zamawiający w dniu 26.03.2021 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.03.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 28.04.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 oraz art. 7 ust.1 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji jej odrzucenie. Jak sam Odwołujący wskazuje (str. 6 odwołania, akapit pierwszy) zakres zaskarżenia czynności Zamawiającego wyznaczony jest przez decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uzasadnieniem wskazania rażąco niskiej ceny przez "...nie uwzględnienie (w kosztorysie ofertowym: Branża drogowa rondo - dk 97 poz. 7) w tej pozycji kosztów wymiany gruntu - nie przedstawił wartości materiału koniecznego do wbudowania ani nie określił robocizny z tym związanej. Procedura wyjaśniania poziomu ceny w przypadku zaistnienia podejrzenia, że może być ona ceną rażąco niską została opisana w przepisach art. 90 Pzp.: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki

godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177):

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
 3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią komentowanego przepisu, Zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) i powzięmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego - lub wynikające z odrębnych przepisów - wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Ww. przepis wyraża zasadę, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, jest stosunek ceny oferty- lub kosztu lub ich istotnych części składowych do przedmiotu zamówienia (inaczej jego wartości). Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia). Zamawiający uzyskał również uprawnienie do zwrócenia się

o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania (np. istotnej zmiany cen rynkowych). Oferta z rażąco niską ceną, kosztem lub częścią składową podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie można jednak odrzucić z tego powodu oferty bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. I w tym właśnie sensie należy traktować obligatoryjność tego postępowania: każde odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym. W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny uznaje się, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazuje się, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. W przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i Zamawiający postępowanie przeprowadził, wzywając Odwołującego do wyjaśnień w zakresie przez siebie wskazanym, w tym w zakresie kalkulacji ceny poz. 7 Branża drogowa - rondo DK 92. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia kalkulacji ceny poszczególnych pozycji, jednak z przedłożonych wyjaśnień w sposób oczywisty wynikało, iż Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie i kalkulacji ceny wszystkich elementów składowych ceny jednostkowej zgodnie z przyjętymi w dokumentach założeniami. Przedłożone wyjaśnienia potwierdziły rażąco niską cenę i zgodnie z art. 90 ust 4 Pzp - Zamawiający odrzucił ofertę. Odwołujący dokonując kalkulacji ceny zupełnie pominął odpowiedzi na pytania zadane przez oferentów i wyjaśnienia treści SIWZ, w którym Zamawiający wyjaśnił, i z których jasno wynika, iż w poz. 7 kosztorysu branży drogowej należało uwzględnić wymianę gruntu (a więc pozyskania nowego materiału i jego wbudowania) w ilości 9 753 m³. Przekazane przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ są częścią SIWZ a więc zarzut nie uwzględnienia przez Odwołującego części przyjętych założeń - jest oczywisty - i zasadny.

W wyjaśnieniach Odwołującego z 23.02.2021 r. dotyczących poz. 7 - branży drogowej rondo DK92 (str. 2-3 zał. nr 1) brak jest pozycji wskazujących na wkalkulowanie w cenę 9 753 m³ wymianu gruntu, a więc pozyskania materiału, jego transportu, wbudowania, robocizny. Brak ten jasno wskazuje, iż Odwołujący nie uwzględnił w swej kalkulacji wymianu gruntu a więc pominął istotny element kalkulacji ceny. W konsekwencji cena wskazana przez Odwołującego w poz. 7, która nie uwzględniała istotnego elementu - wymiany gruntu - jest rażąco niska. Nierealnym bowiem jest w obecnych warunkach rynkowych aby w cenie

jednostkowej zaproponowanej przez odwołującego wykonać zarówno wywóz 12 155 m³ gruntu oraz dokonać wymiany 9 753 m³ gruntu. Zgodnie z Instrukcją dla Wykonawców cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia. Z przedstawionych wyżej okoliczności wynika, iż oferta odwołującego nie zawiera całkowitego kosztu wykonania zamówienia, gdyż nie uwzględniła w jednej z pozycji kosztorysowych wszystkich jej elementów.

Odnosnie zarzut naruszenia art. 90 ust 1-3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących budzącej wątpliwości Zamawiającego pozycji kosztorysowej; Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający winien wezwać ponownie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wyjaśnia i podnosi, iż zarzut taki nie znajduje podstaw prawnych a ponadto jest sprzeczny z zasadami zamówień publicznych oraz ugruntowanym orzecznictwem. Nie ma bowiem podstaw czynność zamawiającego polegająca na ponownym wezwaniu do wyjaśnień tego samego elementu oferty. Zamawiający raz bowiem wezwał do złożenia wyjaśnień (w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny) w zakresie poz. 7 i Odwołujący takie wyjaśnienia złożył. Z wyjaśnień tych jasno wynika, iż odwołujący nie uwzględnił istotnego elementu ceny jednostkowej - wymiany 9753 m³ gruntu. Możliwość czy konieczność ponownego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny była przedmiotem orzekania przez KIO w wyroku – wskazał na wyrok KIO z 26.06.2020 r., sygn. akt: KIO 758/20. W rozpoznawanej sprawie żadna z powyższych przesłanek pozytywnych nie zaistniała. Pierwotne wezwanie Zamawiającego było wystarczająco szczegółowe a odwołujący przedłożył bardzo szczegółowe i rzetelne wyjaśnienia we wszystkich wskazanych przez Zamawiającego zakresach. Z tak szczegółowych wyjaśnień wynikało jednak, iż tak jak Zamawiający przypuszczał - odwołujący pominął w swej kalkulacji wszystkie elementy ceny pozycji 7 branży drogowej. Na skutek wyjaśnień Odwołującego - wcześniejsze wątpliwości Zamawiającego zostaną rozwiane. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Zamawiający miał pewność, iż brak w poz. 7 kosztu wymiany gruntu w ilości 9753 m³ - a więc oferta odwołującego jako nie budząca wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu - podlegała odrzuceniu. We wskazanej w ofercie cenie 170 534,65 zł Odwołujący nie mógłby w żadnej mierze wywieźć 12 155 m³ gruntu oraz wymienić 9 753 m³ gruntu. W tej sytuacji ponowne wzywanie o złożenie wyjaśnień nie znajdowało uzasadnienia. Zamawiający nie miał wątpliwości co do nieuwzględnienia w poz. 7 wszystkich elementów ceny zgodnie z założeniami. Wywody odwołującego, iż bezprawne jest odrzucenie oferty z powodu nawet rażąco niskiej wartości pojedynczej pozycji kosztorysowej w sytuacji, gdy te pozycje nie wpływają na cenę ofertową w taki sposób by w konsekwencji uczynić ją rażąco niską - są zdaniem zamawiającego nadużyciem

w okolicznościach sprawy. Zamawiający dokonał oceny wpływu rażąco niskiej ceny pozycji kosztorysu ofertowego branży drogowej - rondo DK92 nr 7 na całość ceny. W ocenie Zamawiającego brak wyceny wszystkich elementów poz. 7 spowodował obniżenie ceny ofertowej o kilkanaście %. W rozpoznawanej sprawie oferta odwołującego zawierała więc rażąco niską cenę, gdyż w realiach rynkowych Odwołujący nie tylko nic osiągnąłby zysku ale wręcz musiałby wykonać zadanie poniżej kosztów jego wykonania. Taka oferta podlega odrzuceniu przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp w zw. z art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie omyłki w zakresie kosztów wymiany gruntu lub zażądania wyjaśnień w tym zakresie; Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż brak uwzględnienia w wycenie oferty jednego z elementów cenotwórczych winien być przez Zamawiającego poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Zamawiający podnosi, iż takie działanie Zamawiającego byłoby sprzeczne z cytowanym artykułem. Katalog omyłek zawarty w przepisie jest katalogiem zamknięty m. Nieuwzględnienie w pozycji kosztorysowej wszystkich elementów cenotwórczych nie jest omyłką pisarską ani rachunkową - jest niedopatrzaniem oferenta (a właściwie kosztorysanta). Przypuszczenie, iż Zamawiający miałby wpisać sam cenę jednostkową za 1 m³ wymiany gruntu budzi oczywisty sprzeciw, gdyż byłoby niedopuszczalne jako zmieniające istotnie treść oferty. Niemniej Zamawiający zwraca uwagę, iż stawiając niniejszy zarzut Odwołujący sam przyznał się do popełnienia omyłki - nieuwzględnienia w treści kosztorysu ceny wymiany gruntu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 19.11.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę -

Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”)

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w formie elektronicznej.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) wydruk ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) – dla D-02.00.00 Roboty ziemne /str.1, od str.27 do 45) (D-02.00.01 Roboty ziemne. Wymagania ogólne, D-02.01.01 Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych, D-02.03.01 Wykonanie nasypów);
- 2) wyciągi ze specyfikacji Zamawiającego różne oddziały na okoliczność opisywania w praktyce czynności wymiany gruntu. (pierwszy - w wypadku stworzenia jednej pozycji - szczegółowo opisywana w specyfikacji technicznej w ramach płatności; drugi - z rozbiciem na dwie pozycje z dalszym rozbiem na pozycję).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji jej odrzucenie; ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego);

2. Art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących budzącej wątpliwości Zamawiającego pozycji kosztorysowej;

3. Art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp w zw. z art. 87 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Colas omyłki w zakresie kosztów wymiany gruntu lub zażądania wyjaśnień w tym zakresie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, w szczególności postanowienia SIWZ, wyjaśnień treści SIWZ nr 3 i zmiany treści SIWZ nr 6 (pismo z 21.02.2021 r.), przedmiarów robót, Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, kosztorysu ofertowego.

W wezwaniu z 17.02.2021 r. w trybie art. art. 90 ust. 1 i 1a Pzp skierowanym do Odwołującego Zamawiający stwierdził, że: „(...)zwracam się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena, istotne składowe ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena Państwa oferty, w tym Istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (wartości zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek od towarów i usług).

Cena Państwa oferty wynosi: 8 422 274,39 zł.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia (wartość zamówienia podstawowego powiększona o należny podatek od towarów i usług) wynosi: 13 550 933,30 zł.

Jak wynika z powyższego cena Państwa oferty jest niższa o ponad 37 % od wartości zamówienia podstawowego powiększonej o wartość należnego Dodatku VAT.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ), ISTOTNYCH DLA STRON POSTANOWIEŃ UMOWY (IPU) oraz uwzględnia przekazane przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wzywa więc Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W związku z powyższym prosimy o przedłożenie szczegółowej kalkulacji ceny netto (poz. cena jednostkowa) następujących pozycji wymienionych poniżej w poszczególnych kosztorysach ofertowych:

1) Kosztorys ofertowy - BRANŻA DROGOWA - RONDO - DK92: (...)
/poz. 3, 5, 7, 10, 14, 20, 23, 35 – dopisek autora/ (...)

2) Kosztorys ofertowy - INŻYNIERIA RUCHU - RONDO - DK92 (...)

3) Kosztorys ofertowy - BRANŻA DROGOWA - DP 1358F: (...)

4) Kosztorys ofertowy - INŻYNIERIA RUCHU - DP 1358F: (...)

Szczegółowa kalkulacja ceny netto w/w pozycji winna być sporządzona z uwzględnieniem rozbicia ceny na niżej wymienione składowe:

- robocizna

- sprzęt

- wynagrodzenie wraz z narzutami zakładany zysk

- koszty ogólne

- koszty transportu

- koszty utylizacji

- inne niż powyższe, istotne w Państwa ocenie, czynniki mające wpływ na poziom oferowanej ceny (zgodnie z założeniami OPZ i IPU).

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób jasny i wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności czynniki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Oznacza to, że Wykonawca jeżeli nie zamierza narazić się na ryzyko odrzucenia oferty, nie może ograniczyć się w swoich wyjaśnieniach do ogólnikowych stwierdzeń o uwzględnieniu w wycenie wszystkich elementów oraz dochowaniu należytej staranności podczas ustalania kosztu realizacji zadania. Tak sformułowane wyjaśnienia, zgodnie z licznymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, będą w konsekwencji prowadzić do odrzucenia oferty.”.

W odpowiedzi w dniu 26.02.2021 r. Odwołujący udzielił szczegółowych wyjaśnień wraz załącznikami, tj. dowodami, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście takich a nie innych postanowień SIWZ oraz takich a nie innych przedmiarów robót, Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, jak i kosztorysu ofertowego, tudzież wyjaśnień treści SIWZ nr 3 i zmiany treści SIWZ nr 6 (pismo z 21.02.2021 r.).

W ramach tych ostatnich stwierdził:

„Pytanie nr 26

Na rysunkach przekrojów poprzecznych dołączonych do Projektu Wykonawczego zaznaczona jest wymiana gruntu (rys. 8.3 i 8.4). Wykonawca prosi o uzupełnienie informacji w zakresie robót ziemnych o pozycje kosztorysowe dotyczące powyższych robót, zapisu w projekcie oraz dołączenie odpowiedniej specyfikacji (jeśli wymiana faktycznie ma być wykonywana).

Odpowiedź:

Roboty w zakresie wymiany gruntu zostały ujęte KO cz. 1 „BRANŻA DROGOWA – RONDO DK92” w poz. 7 „Wykonanie wykopów z transportem gruntu na odkład”

Zgodnie z PR poz 6 d. 2.1:

2			D.02 00.00 ROBOTY ZIEMNE			
2.1		45111000-8	D.02.01.01 Wykonanie wykopów w gruntach kat. III CPV: Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne			
d.2.1	6 14	D.02.01.01. Scalona	Wykonane wykopów z transportem gontu na odkład	m ³		
			- wymiana gruntu 9753	m ³	9753,00	
			- tabela robót ziemnych 1835	m ³	1835,00	
			536	m ³	536,00	
			- zjazdy 31	m ³	31,00	
					RAZEM	12155 00

(...)

II. Działając w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający informuje o dokonaniu następujących zmian treści SIWZ:

Zamawiający dokonuje zmiany SIWZ, poprzez zmianę zapisów Tomu I SIWZ - IDW Rozdział 2, Formularz 2.2. „Kosztorys ofertowy” oraz zapisów Tomu III SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, Przedmiar robót, Projekt wykonawczy, ST, PSOR.

1. W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 21 pismem nr O.ZG.D3.2411.14.2.mg-g.2020 z dnia 03.12.2020r. załącza się poprawioną STWiORB M.21.15.09.21

2. W związku z udzieloną odpowiedzią na pytania nr 1, 2, 3, 22, 29, 30, 32, 35, 37 i 38 załącza się poprawione dokumenty.

3. Dokumenty w których wprowadzono zmiany wskazane w pkt. 1, i 2. powyżej zastępuje się nowymi/zmienionymi, stanowiącymi załącznik do niniejszego pisma;

1. W Kosztorysie Ofertowym cz. 1

Zmieniono poz. 14 i poz. 15

2. W Kosztorysie Ofertowym cz.6

Zmieniono poz. 8 d. 3, 1

3. W Przedmiarze Robót (PK922

Zmieniono poz. 13 d. 23

Zmieniono poz. 13,1 d.2.3

Zmieniono poz. 13.2 d.2.3

Zmieniono poz. 14 d.3.1

4. W Przedmiarze Robót (1339F)

Zmieniono poz. 8 d.3.1

5. W projekcie Wykonawczym - Wzmocnienie podłoża

Zmieniono w opisie technicznym - pkt.9 ppkt. 5

Zmieniono legendę na rys. G-01

6. W ST – D.21.15.09.01 „Wzmocnienie podłoża”

Zmieniono pkt. 7.2 i pkt. 9,2

7. W ST – D.07.05.01 „Bariery Ochronne”

Zmieniono pkt. 1.3

8. W ST „Oznakowanie poziome”

Zmieniono pkt. 1,1

Zmieniono pkt. 1,3

9. W PSOR

Zmieniono w opisie technicznym pkt 8.2

10. STWiORB M.21.15.09.21 (...)."

W ramach kompletu wymienionych dokumentów w pkt. II. 3 znajdował się również przedmiar robót – załącznik nr 4.0 - wzmocnienie podłoża RONDO. W jego ramach element wzmocnienia podłoża w pkt 1.2 (materac z kruszywa z geosiatce) m.in. pozycja konstrukcji piąta w kolejności wykop i nasyp jako przedmiar wskazano – ujęte w tabeli robót ziemnych. Z kolei w zupełnie oddzielnym pkt 1.3 wymiana gruntu – jako przedmiar – wskazano 9752, 7 m³.

Jednocześnie w ramach pisma procesowego Przystępującego złożonego na posiedzeniu stwierdził: „Przystępujący po stronie Zamawiającego podnosi, że zarzuty Odwołującego są oczywiście nieuprawnione. Przed wszystkim w zakresie konstrukcji zarzutów Odwołujący już w zarzutach potwierdza nieuwzględnienie w zakresie skalkulowania ceny zakresu robót opisanego w odpowiedziach na pytania do SIWZ. Opis miejsca skalkulowania w poz. 7 Kosztorysu ofertowego („KO”) tzw. wymian gruntów był jednoznaczny w odpowiedziach do SIWZ. Przystępujący wskazuje, że Colas potwierdza treścią odwołania fakt, nieuwzględnienia w kalkulacji tego zakresu w cenie oferty, a jednocześnie też nie

wskazał i nie udowodnił Zamawiającemu, w jaki sposób skalkulował koszty obejmujące zakres przypisany do tej pozycji kosztorysowej w odpowiedzi na pytania nr 26 do SIWZ.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na badanie części składowych ceny oraz kosztu, wynika z niego, że Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny, lub kosztu gdy cena lub koszt "lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego". Taka redakcja przepisu w ocenie Przystępującego jednoznacznie przesądza o tym, że Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do badania tego, czy części składowe ceny (kosztu) nie są rażąco niskie, w przypadku, gdy wpływają one na wartość całej oferty. Skoro nie jest sporne, że Colas nie uwzględnił w wycenie wykonania wymiany gruntów w poz. 7 KO, co do zakresu i sposobu wyceny w ogóle, to dowodzi to, że ceny i kosztów tych w ogóle nie ma w łącznej cenie oferty, a zakres robót i sposób skalkulowania ceny jednostkowej opisany w odpowiedziach na pytania do SIWZ przez Zamawiającego w ogóle nie został wyceniony. Bez znaczenia przy tym pozostają prezentowane dysproporcje pomiędzy częściami składowymi ceny/kosztu i odwołanie do ofert pozostałych oferentów, bowiem rażąco niska cena oferty Colas referuje do zakresu robót, których w ogóle nie wycenił w pozycji 7 KO do wykonania Odwołujący, a jest oczywistym, że realizacja zamówień publicznych i zawierane umowy nie mają charakteru nieodpłatnego. Oznacza to, że cena jednostkowa z poz. 7 KO w wysokości 14,03 zł/m³ nie obejmuje wykonania opisanej w SIWZ, spornej części zamówienia na zasadach rynkowych i koszt tej pozycji jest nie tylko nierealny i nierzeczywisty, ale w ogóle nie został uwzględniony. Ten fakt niewątpliwie wpływa na całą cenę (i koszty), jak i możliwość porównywania ofert i szeroko rozumianą konkurencyjność w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe sprawia, że oferta Colas jest nieporównywalna z innymi ofertami w zakresie w jakim nie uwzględnia wyceny tego zakresu przed datą jej złożenia Zamawiającemu, a nie po tej dacie.

Bezspornie Zamawiający zażądał wyjaśnień od Colas w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących kalkulacji cen i kosztów. Powyższa okoliczność zaktualizowała zatem domniemanie rażąco niskiej ceny oferty Colas i przeniosła na niego ciężar dowodu wykazania Zamawiającemu a nie przed Izba, że cena oferty nie jest rażąco niska. W wyjaśnieniach jak i w samym odwołaniu Colas potwierdził, że nie dokonał skalkulowania w pozycji 7 KO zakresu robót opisanych i wymaganych do uwzględnienia w odpowiedziach na pytania do SIWZ nr 26. Prawidłowo zatem Zamawiający zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 i 1 a ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi

wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z kolei stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a nie Zamawiającym. W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r. KIO 2788/20: „Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Tym bardziej, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia(...)”. Tak też postąpił w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający.

W odpowiedzi na argument Odwołującego, że cena zakwestionowanej pozycji nie ma znaczącego wpływu na całą cenę oferty, Przystępujący podnosi, że jest to twierdzenie nieprawdziwe i spóźnione bowiem ta okoliczność winna zostać udowodniona w Wyjaśnieniach, co nie miało miejsca.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiający odniósł się precyzyjnie do miejsca skalkulowania ceny jednostkowej za wykonanie wymiany gruntów i wskazał, że cena jednostkowa dla tej pozycji powinny być ujęte w poz. 7 KO. W związku z tym Zamawiający nakazał w odpowiedzi do SIWZ na pytanie nr 26 w zakresie sposobu kalkulacji ceny

jednostkowej ujęcie w niej także kosztów wymiany gruntów i bez znaczenia pozostają okoliczności co do wątpliwości opisu w ST, w której nie ma opisu zakresu wymian tj. dowieszenia materiału zamiennego i jego wbudowania. Literalna treść udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi wskazuje bowiem wprost, że opisane w SIWZ roboty mają być ujęte w cenie jednostkowej w poz. 7 KO. W przypadku realizacji opisanych i przyporządkowanych do tej pozycji wymian Zamawiający w zakresie tak opisanego sposobu wykonania robót odwołałby się w trakcie realizacji do jednoznacznie udzielonej odpowiedzi zawartej w ww. odpowiedzi na pytanie wykonawców.

Odwołujący nie mógł również założyć, że nasypy w ramach wymian gruntu (zasypkę wymiany) rozliczy obmiarowo z tej pozycji kosztorysowej dotyczącej nasypów. Takie podejście spowodowałoby nieporównywalność ofert, ponieważ ilość nasypów w przedmiarze nie obejmuje ilości w zakresie wymiany gruntu.

Podsumowując opisywane powyżej okoliczności cena oferty Colas nie odzwierciedla rzeczywistych i realnych cen jednostkowych i kosztów dla zakresu robót, które Zamawiający nakazał skalkulować w odpowiedzi na pytanie nr 26 w poz. nr 7 KO. W sposób oczywisty cena oferty Odwołującego nie może stanowić podstawy do stawianej na podstawie tych twierdzeń tezy i porównań, że różnica w cenie całej oferty, to jedynie 16% i w żaden sposób tak ukształtowana cena nie odbiega od cen oferowanych na rynku, a co za tym idzie, że cena oferty Colas nie jest rażąco niska. Podobnie cena oferty Kontrakt, która także jest nierealna i nierzeczywista z punktu widzenia wymagań i sposobu obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem robót opisanych i przypisanych do poz. nr 7 KO. Trzeba mieć na uwadze utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny może nastąpić tylko jednokrotnie w odniesieniu do Wykonawcy, a ciężar dowodu wykazania, że cena nie jest nierealna i nierzeczywista obciąża w powyższym zakresie wykonawcę, odpowiednio do treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Colas nie sprostął w powyższym zakresie ciężarowi dowodu.

Ponadto w odniesieniu do zarzutów Colas, wskazuje, że jego kalkulacja bazowała na treści dokumentacji postępowania i wskazuje na swoje wątpliwości co do treści dokumentacji przetargowej i wyciąga stąd wniosek, że wątpliwości w zakresie opisu sposobu skalkulowania ceny jednostkowej Zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść tego wykonawcy. Przystępujący podnosi, że Zamawiający jednoznacznie opisał zakres wymagań związanych z wykonaniem spornego zakresu robót w dokumentacji przetargowej i co więcej jednoznacznie także wskazał na sposób wyceny tego zakresu w odpowiedzi na SIWZ.

Tym samym Przystępujący oświadcza, że teza Colas, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu analogicznie rozumieli wymogi dokumentacji jak Colas, jest nieuprawniona i nieudowodniona. Przystępujący zaprzecza takim twierdzeniom. Ponadto, Przystępujący podnosi, że skoro po stronie Odwołującego zrodziła się wątpliwość

interpretacyjna do treści dokumentacji przetargowej, w części dotyczącej kalkulacji, to w pkt 15.4. SIWZ, Zamawiający wyraźnie wyartykułował, że wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych oraz w Kosztorysach ofertowych/Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert. To oznacza, że Colas miał prawo zaskarżyć sporną część SIWZ i w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej, czego nie uczynił. Oznacza to, że zastrzeżenia do treści SIWZ podnoszone na obecnym etapie winny ulec oddaleniu w całości jako spóźnione i nieuprawnione na tym etapie. (...)

W ocenie Przystępującego odpowiedzi na pytanie nr 26 do SIWZ są jednoznaczne i nie budziły wątpliwości. Zarzuty i próby zaskarżania SIWZ przez Colas, po dacie złożenia oferty w odwołaniu jest oczywiście spóźnione, a zarzuty odwołania skojarzone z jego treścią nieuprawnione. Przeciwnie stanowisko zorientowane na modyfikacje, czy uzupełnienie treści oferty, w sposób który proponuje Odwołujący w konstrukcji zarzutów stanowiłoby negocjacje treści oferty i próby dostosowania jej (zmiany), po upływie terminu składania ofert.

Powyższe oczekiwania Odwołującego skutkowałyby naruszeniem przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, to na Odwołującym spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności w przygotowaniu oferty i przedstawieniu Zamawiającemu kompletnych i rzetelnych informacji w zakresie skalkulowania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z opisanym w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 26 do SIWZ, obejmującej sporny i nieuwzględniony w cenie jednostkowej istotny element cenotwórczy całej oferty. Aby wykazać, że brak skalkulowania przez Odwołującego zakresu wymiany gruntu według określenia Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 26 stanowi istotny element cenotwórczy wystarczy porównać ceny oferty Colas z ofertą Przystępującego w przedmiotowym zakresie.

Nie jest też dopuszczalne poprawianie oferty Colas na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp. Celem żądania zawartego w odwołaniu Colas jest bowiem dostosowanie treści, wadliwie sporządzonej oferty, nie odpowiadającej wymogom SIWZ i „doszacowanie” nieskalkulowanego zakresu robót z propozycją zastosowania do jej obliczenia ceny jednostkowej z poz. 10 KO Colas, choć wyjaśnienia w tym zakresie było jednoznaczne i nie dawało do tego żadnych podstaw, a Odwołujący nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska z powodu jej niedoszacowana w spornym zakresie. Cena jednostkowa dla pozycji nr 7 KO stanowi przedmiotowo istotny element zawieranej umowy, biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych jednoznacznie w SIWZ. O istotności proponowanej zmiany i dostosowaniu treści oferty Colas do SIWZ świadczy złożona do odwołania propozycja "dokalkulowania" do ceny jednostkowej z poz. 7 KO z ceną jednostkową w wysokości 14,03 zł netto/m3

(wykonania wykopów z transportem na odkład), z propozycją zastosowania ceny jednostkowej z pozycji 10 KO Colas, gdzie wykonawca skalkulował wykonanie nasypów z pozyskaniem i transportem gruntów w cenie 33,30 zł/m³. Przystępujący podnosi oczywiście, że Colas znając obecnie oferty i ceny swoich konkurentów może podejmować wszelkie działania stanowiące swego rodzaju Inżynierię cenową” celem dostosowywania odwołania do zaistniałego stanu faktycznego i takiego ukształtowania rankingu ofert, który jest dla niego korzystny. W świetle powyższego nie sposób uznać za prawidłowe zarzutów i twierdzeń Odwołującego, które zmierzają do sanacji popełnionych błędów przy braku wykazania, że zaoferowana cena za wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska i prowadzenia z Zamawiającym niedopuszczalnych negocjacji treści oferty, po dacie jej złożenia (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Dopuszczenie w postępowaniu na etapie wyjaśnienia ceny złożonej ofert uzupełniania jej i wytworzenia jej nowej treści, w rażąco niedoszacowanej części zakresu robót w ogóle w niej nieuwzględnionych jest niedopuszczalne i naruszałoby równe traktowanie wykonawców oraz przejrzystość zasad kalkulowania ceny oferty na warunkach opisanych w SIWZ. Podobnie dopuszczenie do niezgodnego z zapisami SIWZ przenoszenia cen jednostkowych pomiędzy pozycjami kosztorysu (elementami niewycenionymi) celem dostosowania oferty do wymagań SIWZ, pozwalałoby na niedopuszczalną zmianę treści oferty wykonawcy i co istotne, kształtowanie jej w sposób niezgodny z już wyartykułowanymi wymogami SIWZ, a finalnie doszacowanie rażąco niskiej ceny poszczególnych elementów kosztem innych i manipulowanie nimi w ten sposób, aby uzyskać zamierzony przez Odwołującego rezultat. Powyższe potwierdza również treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu, jeśli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie wynika z faktów, gdy wykonawca nie udzielił żadnych wyjaśnień lub z faktu, że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za cenę rażąco niską uznaje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej także taką cenę, która nie pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia, nie pokrywając kosztów jego realizacji. Cena oferty Colas w wysokości 14.03 zł/m³ nie pokrywa i nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego wyartykułowanymi w odpowiedzi na pytanie nr 26 do SIWZ bez konieczności ponoszenia strat, poniżej rzeczywistych kosztów ich wykonania. Co do zasady wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest jednokrotne, i tylko w szczególnych przypadkach Zamawiający może wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Jednakże ponawianie wezwań nie może stanowić tzw. ratowania oferty wówczas gdy wykonawca nie wyjaśnia i nie udowadnia rzetelnie, precyzyjnie wraz ze złożeniem dowodów okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Także postępowanie odwoławcze nie służy i nie zastępuje braku wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny z etapu wyjaśnień i jej nie może zastępować, ponieważ nie taki jest cel tego postępowania. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 8 marca 2018 r. KIO 361/18: Podstawowym celem oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest sprawdzenie, czy za żadaną przez wykonawcę kwotę możliwe jest prawidłowe spełnienie świadczenia, tj. zgodne z wymogami SIWZ i wzoru umowy oraz normalnymi warunkami realizacji podobnego rodzaju zamówień. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, mając wątpliwości, co do ceny zaproponowanej przez odwołującego, w toku jej wyjaśniania uzyskał informacje, które zamiast rozwiać wątpliwości potwierdziły, że cena ta jest nierealna. Z powyższych względów Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych także działał prawidłowo. Podobnie w wyroku KIO z dnia 26-07-2019 KIO wskazała, że: Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny zostać rzetelnie opracowane, powinny być konkretne i wyczerpujące. Stanowią one bowiem podstawę oceny w zakresie prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że oferta podlega odrzuceniu zarówno wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie złożył wyjaśnień, jak też wówczas, gdy wykonawca wprawdzie złożył wyjaśnienia, ale są one niepełne, nierzetelne, nie odpowiadają żądaniu zamawiającego i nie wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem także zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych i uczciwości kupieckiej, że wykonanie umowy przez wykonawcę Colas za podaną cenę byłoby nieopłacalne bowiem cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od rzeczywistości podlegającemu skalkulowaniu zakresowi robót opisanych w SIWZ. W szczególności różnica w cenie oferty Colas nie uzasadniają obiektywne względy pozwalające wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł, niż wynagrodzenie umowne.

Budżet Zamawiającego przewidziany na sfinansowanie zamówienia wynosił 13.550.933,30 zł brutto. Przyjmując również do porównania budżet Zamawiającego powiększony o podatek VAT wartość oferty Przystępującego jest zdecydowanie bliższa wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, ustalonej przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 35 ust.1 i 2 ustawy

Pzp, niż niedoszacowana kalkulacja Odwołującego i nie obejmująca rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Do określenia ceny oferty może być brana wartość zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty, ale gdy cena sprawia wrażenie rażąco niskiej, to Zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Takie uprawnienie zamawiający posiada niezależnie od tego czy mówimy o wynagrodzeniu kosztorysowym gdzie wszak ceny jednostkowe finalnie determinują wysokość ustalonego dla wykonawcy, czy też ryczałtowego. Ustalenie czy poszczególne roboty składające się na przedmiot zamówienia (a niemające istotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej oferty - jeśli bowiem roboty zostały niedoszacowane, to oznacza, że niedoszacowana jest też cena całej oferty, a przy różnicach cenowych pomiędzy poszczególnymi wykonawcami, ma to istotny wpływ na końcowy wynik postępowania z uwzględnieniem także pozostałych pozycji kosztorysowych.”.

Jednocześnie, Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że Odwołujący ujawniając określone okoliczności w swoim odwołaniu *de facto* zrzekł się tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim upublicznił informacje zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie zgłaszał żadnych uwag ani zastrzeżeń w tym zakresie. W konsekwencji Izba przy sporządzaniu uzasadnienia kierowała się niniejszym jako wytycznymi. Uznając tajemnice przedsiębiorstwa w zakresie udzielonych wyjaśnień, tj. odpowiedzi z 26.02.2021 r. Odwołującego wraz załącznikami, tj. dowodami. Nadto, nie upubliczniając pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego skierowanego w dniu 19.03.2021 r.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów odniesie się do nich łącznie, uznając, że podlegają one oddaleniu.

Skład orzekający wskazuje, że w całości zgadza się z merytorycznym stanowiskiem Zamawiającego o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, a dodatkowo należy wskazać, że w ocenie Izby przedmiar robót – załącznik nr 4.0 dołączony do wyjaśnień treści SIWZ nr 3 i zmiany treści SIWZ nr 6 (pismo z 21.02.2021 r. – w ramach tego samego pisma udzielono odpowiedzi na pytanie 26) w ramach „Wzmocnienia podłoża” przewidywał pkt 1.2 materac z kruszywa w geosiatce – konstrukcja – wykop i nasyp – *vide* – przedmiar ujęte w tabeli robót ziemnych. Z kolei wymiana gruntu (pkt 1.3 – przedmiar – 9752, 7 m³) stanowił

osobną pozycję w tym załączniku nr 4.0 w odróżnieniu od wykopu i nasypu. W konsekwencji w wymianie gruntu należało ująć całość wszystkich czynności związanych z tą wymianą gruntu z poz. 7 kosztorysu ofertowego. Niewątpliwie bowiem wykopy z poz. 7 ujęte były jako tabela robót ziemnych (-1835,-536) m³, a więc była to zupełnie inna pozycja od pozycji wymienionej, tj. pozycji wymiana gruntu. Obie pozycje były oddzielnymi pozycjami i obie trzeba było wycenić w pełnym zakresie prac koniecznych do wykonania. Z tych też względów udzielając odpowiedzi na pytanie 26 Zamawiający nie zmienił opisu tej pozycji wskazując na poz. 7 jako taką, gdyż konieczność dokonania takiej wyceny była w dokumentacji od początku, zaś odpowiedź na pytanie nr 26 jedynie doprecyzuje, w której pozycji należy ją ująć.

Izba nie widzi także możliwości poprawienia poz. 7 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp, gdyż wykonanie nasypów stanowiło oddzielną pozycję w kosztorysie ofertowym (poz. 10). Jednocześnie, poz. 10 należało skalkulować również z uwzględnieniem tabeli robót ziemnych *vide* załącznik nr 4.0. Natomiast takiego odesłania Zamawiający nie uczynił dla wymiany gruntu, stąd nie można uznać ceny z poz. 10, jako cen porównywalnych z cenami jakie Wykonawca powinien był przedstawić za wymianę gruntu.

Wszelkie dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie, czy też w zakresie innej dodatkowej pozycji (co było elementem dodatkowej polemiki między Odwołującym, a Zamawiającym na koniec rozprawy - Zamawiający podkreślił, że nie można wykorzystać ceny z poz. 10 (wykonanie nasypów – w tej pozycji ponad 3912 m³, a wymiana gruntu to 9753 m³) na poczet ceny wymiany gruntu wskazanej w poz. 7, albowiem mamy w do czynienia z odzyskiem ziemi, a nie zakupem nowego materiału na potrzeby wymiany gruntu - Odwołujący stwierdził z kolei, że grunt z odzysku jest zakupywany z dokopu za cenę z innej pozycji dotychczas nie wskazanej) byłoby działaniem bezprzedmiotowym, gdyż *de facto* cena za wymianę gruntu nie została skalkulowana, co wynika bezpośrednio z wyjaśnień Odwołującego, a ściślej jest nierealna w poz. 7 kosztorysu ofertowego, tzn. nie zawiera wszystkich koniecznych elementów wskazanych w dokumentacji do wyceny, stąd jej rażąco niski charakter. Brak jest możliwości aby w cenie 14,03 PLN znajdowało się wywiezienie gruntu i zasypanie wykopu nowym gruntem. Inaczej mówiąc zakres koniecznych czynności nie został uwzględniony w całości. Niedopuszczalna byłaby praktyka, gdyby na obecnym etapie Zamawiający miał przyjąć pewną możliwość wyceny, która nie wynikała z postanowień SIWZ, ani z wyjaśnień Odwołującego. Tego typu działanie mogłoby naruszyć art. 87 ust. 1 Pzp i prowadzić negocjacji poprzez wskazanie kolejnych pozycji, w których miałby znajdować się brakujący element, co doprowadziłoby do działania Odwołującego mogącego mieć także znamiona inżynierii cenowej. Tym bardziej, że Odwołujący *de facto* przyznał (okoliczność przyznana – art. 533 ust. 1 Pzp), że nie wycenił w poz. 7 wymiany gruntu, co także wynika z jego wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, gdyż inaczej

zinterpretował postanowienia SIWZ, jak i odpowiedź na pytanie 26. W rezultacie powyższego trudno jest ocenić, jaką cenę zaoferowałby Odwołujący w zakresie wymiany gruntu i jaka byłaby cena za całą ofertę, a takie „uzupełnianie” treści oferty po terminie na jej złożenie jest nieuprawnione na gruncie Pzp. Bez skalkulowania tej pozycji nie doszłoby do jej prawidłowego wykonania tak, jak wymagał tego i oczekiwał Zamawiający w SIWZ. Brak tej ceny uniemożliwia ustalenie jej samodzielnie także przez Zamawiającego. Nadto, jeśli Odwołujący nie uważał za istotne, zakwestionowane w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego, pozycje (wszystkie, czy też niektóre z nich, np. poz. 7) powinien samodzielnie zakwestionować samo wezwanie w stosownym zakresie na etapie wyjaśnień, a nie w obecnym odwołaniu po odrzuceniu jego oferty.

W ocenie Izby, nie ma także możliwości rozpatrywania ewentualnych wątpliwości na korzyść Wykonawcy. Najpierw takie wątpliwości musiałyby się pojawić i zostać przez Odwołującego wykazane, zaś w rozpoznawanym stanie faktycznym nie było możliwości dwutorowej interpretacji postanowień SIWZ. Wydaje się, że Odwołujący nie zauważył przedmiaru robót – *vide* załącznik nr 4.0. W ocenie Izby, ten załącznik ma charakter rozstrzygający w przedmiotowej sprawie. Nadto, jeśli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do postanowień SIWZ winien je zgłosić Zamawiającemu także zgodnie z postanowieniem pkt 15. 4 SIWZ. Zasadne jest także przytoczenie orzecznictwa Sądu Najwyższego gdzie przyjęto, że nie zwrócenie się przez Wykonawcę do Zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46, z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15).

Izba także chciałaby zauważyć (nawet mimo braku tej podstawy odrzucenia), że oferta Odwołującego z uwagi na brak prawidłowej wyceny i tak podlegałaby odrzuceniu, jeśliby nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, powyższe także nie pozostało bez wpływu na ostateczną oceny spornej kwestii przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego. Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o zasądzenie kwoty 3.600,00 zł, tj. kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....