

Sygn. akt: KIO 2973/20

WYROK
z dnia 3 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Irmina Pawlik**

Katarzyna Poprawa

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 1 grudnia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą Chełm Śląski (pełnomocnik) oraz Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hedar Centrum Serwisowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Larix spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2973/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą Chełm Śląski (pełnomocnik) oraz Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą Chełm Śląski (pełnomocnik) oraz Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą Chełm Śląski (pełnomocnik) oraz Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „zimowe utrzymanie autostrady A1 administrowanej przez GDDKiA Oddział w Katowicach w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 na terenie Rejonu w Częstochowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 159-388318.

W dniu 16 listopada 2020 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na (1) wadliwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień przez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz (2) wadliwej oceny oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hedar Centrum Serwisowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziska Górne oraz P.H.U. Larix spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu (dalej: „Konsorcjum Hedar”) przez błędne uznanie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy ze względu na wadliwą ocenę oferty Konsorcjum Hedar i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) oraz zawierającej cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy),
- 3) naruszenie art 92 ust 1 pkt 3 ustawy przez niepodanie uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz nakazanie Zamawiającemu (1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Hedar jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę, względnie z ostrożności procesowej nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Hedar do wyjaśnienia kwestii wyceny oferty Konsorcjum Hedar w zakresie pozycji „Ryczałt miesięczny za Zestawy Autostradowe” z uwzględnieniem wymagań SIWZ; (3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania uzasadniając, że nieuzasadniona czynność odrzucenia oferty Odwołującego pozbawia Odwołującego możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Oferta Odwołującego jest ofertą - pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert - klasyfikującą się na drugiej pozycji. Tańsza, a tym samym wyżej sklasyfikowana w rankingu ofert - jest aktualnie oferta Konsorcjum Hedar. Zamawiający na dzień wniesienia niniejszego odwołania nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do oferty Konsorcjum Hedar Zamawiający prowadzi procedurę wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy pod kątem jej rażąco niskiej wyceny. W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum Hedar została wadliwie wyceniona (niezgodnie z treścią SIWZ), co powoduje, że Zamawiający powinien ofertę tego wykonawcy odrzucić, a nie koncentrować się na wydłużaniu w sposób nieuzasadniony procedury wyjaśniania tej oferty.

Wobec tego, że Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, to przywrócenie oferty Odwołującego ma też ten skutek, że w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum Hedar względnie niepodpisania umowy przez Konsorcjum Hedar (sytuacja taka jest możliwa mając na uwadze brak określenia wadium w niniejszym Postępowaniu) - oferta Odwołującego będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza (mieszająca się w budżecie Zamawiającego oraz niepodlegająca odrzuceniu).

Interes prawny we wniesieniu odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo); tak rozumiany interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej znajduje

potwierdzenie również w wyrokach Sądów Okręgowych (np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07 niepubl). Prowspółnotowa wykładnia interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej obejmującą swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.02.2010 r., sygn. akt. KIO/UZP 1756/09). W przywołanym także przez Odwołującego wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1493/08), Izba trafnie wskazała, że interes prawny może mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo). Powyżej wskazany interes prawny dotyczący zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma szczególne znaczenie w tzw. procedurze odwróconej. W ocenie Odwołującego, nie tylko na obecnym etapie Postępowania, ale także w przyszłości istnieje konieczność szczegółowej weryfikacji oświadczeń wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w tym - w odniesieniu do Konsorcjum Hedar - nie tylko w zakresie badania podstaw odrzucenia oferty, ale także na późniejszym etapie - w zakresie badania podstaw wykluczenia. W ocenie Odwołującego istnieją daleko idące wątpliwości, co do posiadania przez Konsorcjum Hedar wymaganego potencjału sprzętowego oraz w zakresie doświadczenia - wobec powołania się na zasoby podmiotów trzecich. Pozbawienie Odwołującego statusu uczestnika Postępowania, przez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, uniemożliwi Odwołującemu także na dalszym ewentualnym etapie Postępowania, dokonać stosownej weryfikacji czynności lub zaniechać Zamawiającego związanych z badaniem oferty Konsorcjum Hedar (w sytuacji braku odrzucenia oferty tego wykonawcy).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 2) oraz art. 87 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty Odwołującego, w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika wprost z wezwania Zamawiającego przyczyną wezwania była wątpliwość Zamawiającego odnośnie wysokości zaoferowanej ceny oferty Odwołującego w wysokości 6 081 120,00 zł brutto, która jest niższa o 41,69% od wartości zamówienia powiększonej o wartość VAT wynoszącej 10 429 554,38 zł.

Dowód: Kopia wezwania Zamawiającego z dnia 21.09.2020 r. (w dokumentacji postępowania).

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów ceny, Odwołujący złożył w dniu 25 września 2020 r. wyjaśnienia oraz poparł je stosownymi dowodami - szczegółowymi kalkulacjami cen jednostkowych. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te są w pełnym zakresie wykazaniem i potwierdzeniem, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający dokonał zatem błędnej oceny przedstawionych wyjaśnień Odwołującego uznając, że rzekomo nie odnoszą się one w pełni do jego żądań z wezwania.

Dowód: Kopia odpowiedzi Odwołującego z dnia 25.09.2020 r. (w dokumentacji postępowania)

W przedstawionych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że cena oferowana przez Odwołującego na realizację zadania stanowiącego przedmiot zamówienia została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie elementy i wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Odwołujący powołał się w swoich wyjaśnieniach na duże doświadczenie w świadczeniu analogicznych zamówień na rzecz Zamawiającego. Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny na podstawie własnego, kilkudziesięcioletniego doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg krajowych na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w Katowicach. Powyższa okoliczność jest bezsporna i stanowi powszechną wiedzę Zamawiającego. Tym samym negowanie wyjaśnień Odwołującego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby przedstawiał ogólnikowe wyjaśnienia referujące chociażby do „wieloletniego doświadczenia Odwołującego” nie stanowią w żaden sposób merytorycznych podstaw do nieuznania wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący jako jeden z zarzutów odwołania wskazał na brak uzasadnienia faktycznego informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Z lektury uzasadnienia odrzucenia oferty (wyjaśnień) Odwołującego nie sposób w żaden sposób wyczytać, co w złożonych wyjaśnieniach (np. szczegółowych kalkulacjach ceny oferty Odwołującego) miałyby potwierdzać w ocenie Zamawiającego o wadliwości kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niezwykle ogólny wskazał, że nie przyjął wyjaśnień kalkulacji ceny oferty, gdyż wyjaśnienia te mają w jego ocenie ogólnikowy charakter - nie zawierają żadnych szczególnych, merytorycznych informacji i danych. Takim ogólnym twierdzeniem Zamawiającego należy stanowczo zaprotestować, jako że nie pozwalają one w niniejszym odwołaniu podjąć jakąkolwiek merytoryczną polemikę.

Oceniając wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający nie tylko wybiórczo potraktował wyjaśnienia Odwołującego, ale przede wszystkim nie dostrzegł, że oferta sklasyfikowana w rankingu ofert, tj. oferta Konsorcjum Hedar, różni się od oferty Odwołującego o ok. 300 tys zł brutto (przy wartości zamówienia na poziomie ok. 10,5 mln zł).

Mając na uwadze powyższe, opierając się na ww. nieznacznej różnicy nie można w ocenie Odwołującego na obecnym etapie Postępowania stawiać kategorię ocen, że oferta Odwołującego (po jednokrotnych wyjaśnieniach kalkulacji ceny jego oferty) stanowi bezwzględnie cenę rażąco niską, ale już oferta tańsza o ok. 300 tys. zł brutto nie jawi się jako rażąco niska (Zamawiający przeprowadził już dwie tury wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum Hedar, pomimo braku ku temu podstaw - co będzie przedmiotem zarzutów w stosunku do oferty tego wykonawcy). Wskazać należy, że oferta Odwołującego nie jest przy tym najniższa w stosunku do poszczególnych pozycji kosztorysowych, w odniesieniu do oferty Konsorcjum Hedar.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Zamawiający realizuje obecnie 5 umów na zimowe utrzymanie dróg o zakresach i wymogach analogicznych do przedmiotowego Postępowania, w tym 3 umowy, w ramach których występują wszystkie tożsame pozycje jak w obecnym Postępowaniu. Są to kontrakty na zimowe utrzymanie dróg krajowych RDK Wysoki Brzeg, RDK Zabrze i RDK Zawiercie. W ramach przedmiotowych ww. umów, realizowanych również obecnie, tj. w okresie listopad 2020 - marzec 2021, wykonawcy wykonują a Zamawiający (GDDKiA Katowice) płaci za tożsame usługi następujące ceny jednostkowe:

- nośnik z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy [ryczałt miesięczny] - cena najwyższa - 16.000 zł , cena najniższa - 11.000 (RDK Zabrze), średnia cena 13.048 zł;
- zestaw autostradowy; nośnik z solarką i pługami /czołowy+boczny/ Wykonawcy [ryczałt miesięczny] - cena najwyższa -16.000 zł, cena najniższa - 13.000 zł (RDK Zabrze), średnia cena 14.662,33 zł;
- ładowarka + obsługa wytwórni solanki [ryczałt miesięczny] - cena najwyższa - 19.000 zł, cena najniższa - 12.035,50 zł (RDK Zawiercie), średnia cena 15.678,50 zł;
- szacowana wartość za obsłużenie km sieci [km] - cena najwyższa - 5,00 zł, cena najniższa - 2,90 zł (RDK Zawiercie), średnia cena 3,63 zł,
- odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych [m2] 10-krotność w sezonie [m2] - cena najwyższa - 0,60 zł, cena najniższa - 0,08 zł (RDK Zawiercie), średnia cena 0,29 zł, przy czym średnią zawyża cena jednostkowa umowy RDK Zabrze, 3 krotnie wyższa od najwyższej ceny z wszystkich pozostałych umów (oprócz RDK Wysoki Brzeg i Zawiercie pozycja występuje w zadaniach: RDK Lubliniec i Częstochowa).

Ceny wszystkich istotnych pozycji obowiązujące na obecnie realizowanych umowach na zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez Zamawiającego są niższe niż zaproponowane przez konsorcjum Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu. Jedynie cena ostatniej pozycji jest nieco niższa od mediany tej pozycji realizowanych obecnie umów, przy czym należy zwrócić uwagę, że pozycja stanowi jedynie 2,9% wartości oferty Odwołującego i 7% wartości kosztorysu ofertowego, w którym Zamawiający założył

cenę jednostkową dla tej pozycji 2,5 krotnie wyższą od mediany cen jakie obecnie płaci za tę konkretną usługę. Dodatkowo pozycja nie odbiega istotnie od cen rynkowych.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie wskazywano, że *„celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej.* Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy przedłożone przez Odwołującego szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych potwierdzają, że oferta ta została skalkulowana poprawnie i uwzględnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Zamawiający w żaden sposób w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie był w stanie zakwestionować (wskazać nawet) ani jednej pozycji z przedstawionych kalkulacji, które by potwierdzały, że wycena ta jest np. nierzetelna. W orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych przyjmuje się także, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 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. Stanowisko o niedopuszczalności automatycznego przyjmowania, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest cena rażąco niska, jest ugruntowane w orzecznictwie (tak m.in. orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo). Pogląd przeciwny kłóciłby się z logiką i celem postępowań przetargowych, które mają prowadzić - w warunkach konkurencji - do wyboru oferty najkorzystniejszej, najbardziej zbliżonej do budżetu Zamawiającego. Wobec powyższego należy stwierdzić, że sam fakt, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania podejrzenia rażąco niskiej ceny za uzasadnione (tak m.in. sygn. akt: KIO 2181/13 wyrok z dnia 27 września 2013 r.). Zamawiający w żaden sposób w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie odniósł się do tego, że cena zaproponowana przez Odwołującego niesie ryzyko niewykonania zamówienia.

Przedstawione przez Odwołującego dowody - kalkulacje cen jednostkowych - potwierdzają, że zaoferowana przez Odwołującego cena ofertowa opiera się na realnych rynkowych kosztach wykonania danych elementów zamówienia. W tym zakresie należy podzielić także wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r. (sygn. akt. KIO 560/12).

Wobec przedstawionych wyjaśnień i dowodów brak jest, zatem wystarczających rzeczowych przesłanek do stwierdzenia powstania jakiegokolwiek domniemania faktycznego o wystąpieniu w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, że swoje wyjaśnienia, w tym w szczególności przedłożone kalkulacje cenowe, przygotowane były wg wzoru od lat akceptowanego przez Zamawiającego, tj. GDDKiA Katowice. Co więcej przyjęty przez Odwołującego układ tabeli kosztorysowej był narzuconym i wymaganym przez Zamawiającego dokumentem w poprzednich postępowaniach na zimowe utrzymanie dróg krajowych organizowanych przez tego Zamawiającego. Przykładowo, identyczny sposób wyjaśniania rażąco niskiej ceny - tj. w oparciu o opracowane i wymagane przez GDDKiA Katowice schematy kosztorysów - był wcześniej akceptowany przez tego Zamawiającego - czego dowodem jest chociażby przebieg wyjaśniania rażąco niskiej ceny, jaki miał miejsce przy poprzednim postępowaniu przeprowadzonym przez GDDKiA Katowice na zimowe utrzymanie dróg krajowych w roku 2017.

Dowód: Wyjaśnienia RNC z 2017 r. - korespondencja wybranych oferentów z GDDKiA Katowice; Schemat kalkulacji określonych pozycji kosztorysowych stosowanych przez GDDKiA Katowice

W zakresie oceny oferty Konsorcjum Hedar

Zgodnie z pkt 15.3 SIWZ „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”. W ocenie Odwołującego najtańsza złożona oferta, tj. oferta Konsorcjum Hedar nie uwzględnienia wszystkich kosztów w pozycji „Ryczałt miesięczny za Zestawy Autostradowe”. W ofercie Konsorcjum Hedar na uwagę zwraca identyczna cena jednostkowa zarówno w wypadku ryczałtu miesięcznego za nośniki z solarką i pługiem jak i za zestawy autostradowe (nośniki, solarki, pługi czołowe i boczne). Obie pozycje wyceniono w tej ofercie na 16.200 zł miesięcznie. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Hedar nie uwzględniło wszystkich kosztów jakie konieczne będą do poniesienia w wypadku tzw. zestawów autostradowych. Powyższe pozycje bowiem różnią się zasadniczo kosztami sprzętowymi. Wymagania dla kompletu zestawów autostradowych (nośniki, solarki, pługi czołowe i boczne) w sposób istotny się różnią i generują dla tej pozycji o wiele wyższe koszty. Zamawiający zażądał bowiem zastosowania solarki o pojemności minimum 9m3 (w odróżnieniu do wymaganych jedynie 4 m3 dla nośnika z solarką i pługiem wykonawcy) oraz 2 pługów (czołowego i bocznego) o łącznej szerokości roboczej minimum 6,3 m

(w odróżnieniu do pługa czołowego o szerokości roboczej 2,9 m dla nośnika z solarką i pługiem wykonawcy). Oprócz istotnej różnicy kosztu zakupu przedmiotowego sprzętu w wypadku tzw. zestawów autostradowych mamy ograniczoną dostępność przedmiotowego sprzętu (na kilkanaście tysięcy pługów czołowych standardowych pracujących na polskich drogach nieco ponad sto spełnia wymagania zestawu 2 pługów autostradowych, każda typowa solarka ma pojemność 4 m³ lub więcej przy niezwykle rzadkim stosowaniu solarek o pojemności 9 m³).

Dowód: Oferty firmy Schmidt na pługi.

Kolejnym elementem wpływającym na kalkulację ww. pozycji kosztorysowej jest wielokrotnie (mniej więcej dziesięciokrotnie) wyższy koszt montażu zestawu pługów (czołowy i boczny) niż standardowych pługów. Wreszcie jako nośniki zestawów autostradowych nadają się wyłącznie samochody ciężarowe o wysokiej mocy i ładowności. Dowodem na powyższą okoliczność jest chociażby postępowanie prowadzone przez GDDKiA Olsztyn w 2020 r., w ramach którego zamawiający wymagał zapewnienia „zestawów autostradowych”, przy czym wymaganie to było wyraźnie mniej wyśrubowane niż w niniejszym Postępowaniu (pojemność solarki tylko 7 m³, szerokość pługów tylko 5,9 m). Niemniej jednak zamawiający - GDDKiA Olsztyn zróżnicował wymagania odnośnie nośników i tak dla kompletu nośnik pługosolarki pojazd miał mieć moc minimum 200 kW, podczas gdy dla zestawów autostradowych (z lżejszą niemal o 30% solarką i lżejszymi, krótszymi pługami w stosunku do niniejszego postępowania) pojazd musiał już posiadać moc minimum 250 kW.

Dowód: Tom_I_IDW str. 6-7 z postępowania na ZUD GDDKiA Olsztyn.

Wszystkie powyższe elementy winny mieć swoje odniesienie w wyższej cenie pozycji: zestawy autostradowe (nośniki, solarki, pługi czołowe i boczne) w stosunku do pozycji: nośniki z solarką i pługiem. Analogicznie brak różnicy cen pomiędzy tymi dwoma pozycjami świadczy o tym, że w ofercie najtańszej - Konsorcjum Hedar nie zostały uwzględnione wszystkie koszty, zgodnie z pkt. 15.3 SIWZ w odniesieniu do wymagań Zamawiającego w zakresie sprzętu. Zgodnie z Załącznikiem 4 do OPZ pn. „Wymagania dla sprzętu zud Wykonawcy i nośników Wykonawcy do sprzętu zud” Zamawiający określił wymagania sprzętowe, które implikują konieczność ujęcia tych (różnych) wymagań do kalkulacji ceny za pozycje dot. nośników z solarką i pługiem jak i dot. zestawów autostradowych (nośniki, solarki, pługi czołowe i boczne).

Powyższa okoliczność świadczy o niezgodności treści oferty Konsorcjum Hedar z treścią SIWZ, a ponadto uzasadnia odrzucenie tej oferty jako, że część składowa ceny oferty tego wykonawcy jest rażąco zaniżona. Konieczność ujęcia w danej pozycji kosztorysowej wszystkich kosztów, przy zobowiązaniu w SIWZ o konieczności takich kalkulacji, musi prowadzić w konsekwencji do uznania, że zaakceptowanie przyjęcia takiej oferty stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówienia, tj. równego traktowania

wykonawców i uczciwej konkurencji. Do takich konkluzji doszła Wysoka Izba w wyroku z 9 października 2020 r. (sygn. akt. 2221/20), zainicjowanej odwołaniem wniesionym przez partnera konsorcjum Odwołującego, tj. wykonawcę Saferoad Grawil sp. z o.o.. Izba nakazała ponowną weryfikację oferty konkurenta, a w konsekwencji wykonania ww. wyroku Izby, oferta konkurenta została odrzucona. W ocenie Odwołującego dopuszczenie do sytuacji, kiedy oferta Konsorcjum Hedar zostałaby uznana za prawidłową zaprzeczyłoby podstawowym zasadom ubiegania się o zamówienie publiczne, które mają zagwarantować uczciwą konkurencję wykonawców i równe ich traktowanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 listopada 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać*

dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 30 listopada 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przy Odwołaniu dowody:

- załącznik nr 5 – wyjaśnienia RNC z 2017 r. – korespondencja wybranych oferentów z GDDKiA Katowice; Schemat kalkulacji określonych pozycji kosztorysowych przez GDDKiA Katowice,
- załącznik nr 6 – oferta Schmidt na pług,
- załącznik nr 7 – Tom_I_IDW str. 6-7 z postępowania z ZUD GDDKiA Olsztyn.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody:

- dowód nr 1 – oferta, formularz 2.1 dla Rejonu Zabrze z roku 2017 wraz z formularzem 2.2. kalkulacja oraz oferta, formularz 2.1 dla Rejonu Zawiercie z roku 2017 wraz z formularzem 2.2. – kalkulacja,
- dowód nr 2 – umowy z dnia 7 listopada 2017 roku.
- dowód nr 3 – informacja handlowa dotycząca automatycznej posypywarki marki Schmidt z dnia 16 listopada 2020 roku.

V.

Izba ustaliła:

Zamawiający, pismem z dnia 21 września 2020 roku wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą Chełm Śląski (pełnomocnik) oraz Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (dalej: Odwołujący), działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 2) oraz art. 87 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu - w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający w wezwaniu wskazał:

Cena Państwa oferty ogółem wynosi: 6 081 120,00 zł brutto.

Cena oferty w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania i która wynosi 10 429 554, 38 zł jest niższa o 41,69%

Wobec powyższego Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej (wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych, ofert podwykonawców):

1. *Jakie elementy (czynniki) dostępne Wykonawcy miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty, w tym cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym, załączonym do oferty.*

2. *Czy i w jakim zakresie na wyliczenie części składowych Państwa oferty miały wpływ takie elementy jak:*

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia (wraz ze wskazaniem gdzie i na jakim etapie te oszczędności zaistnieją oraz w jakiej wysokości);*
- b) wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy (wraz ze wskazaniem w czym tkwi ich wyjątkowość, na czym ona polega i jakie efekty ekonomiczne przynosi);*
- c) koszty 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) oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (wraz ze wskazaniem w jaki sposób Wykonawca dokonał wyceny powyższych elementów rozliczeniowych - w rozbiciu na poszczególne koszty pracownika i pracodawcy oraz koszty narzutu Wykonawcy) ;*
- d) pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów;*
- e) okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie czy też wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska (wraz ze wskazaniem tych okoliczności, na czym one polegają i jakie efekty ekonomiczne przynoszą);*
- f) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (wraz ze wskazaniem w jakim zakresie oraz jakie efekty ekonomiczne przynoszą)*

3. *Czy cena Państwa oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym w szczególności z zapisami SIWZ TOM III pkt. 5.3.8*

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wzywa do złożenia informacji w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za

istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania Zamawiającemu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Wyjaśnienia (w tym dowody) w powyższym zakresie należy przekazać należy złożyć przy użyciu Platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.plt> w terminie do dnia 25.09.2020 r. (liczy się data wpływu).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedstawił za pismem z dnia 25 września 2020 roku „stosowane wyjaśnienia” wskazując:

W odpowiedzi na wezwanie nr O.KA.D-3.2413.42.2020.1219 z dnia 21.09.2020 r. Wykonawca poniżej składa stosowne wyjaśnienia.

Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny na podstawie własnego, kilkudziesięcioletniego doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg krajowych na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w Katowicach.

Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ związane z koniecznością realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ oraz wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zadania.

Wykonawca w cenie oferty uwzględnił w szczególności następujące elementy:

- Odpowiednią ilość i zaangażowanie potencjału sprzętowego i osobowego niezbędną do prawidłowej i terminowej realizacji kontraktu,*
- Wykonawca oświadcza, że dysponuje całym sprzętem wymaganym przez SIWZ co gwarantuje terminowe i prawidłowe prowadzenie robót objętych zamówieniem,*
- Koszty wynagrodzenia pracowników zostały skalkulowane na poziomie 35,00 zł/r-g (łącznie z kosztami pracodawcy). Koszty wynagrodzeń są na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r.*

Na zaoferowaną cenę oferty ogółem miały wpływ zaoferowane ceny jednostkowe za każdy element ZUD. Z kolei zaoferowane ceny jednostkowe uwzględniają w całości zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. Lecz nie jest to jedyny, skądinąd oczywisty, element mający wpływ na cenę oferty. Na kalkulację zaoferowanych cen wpływ ma w szczególności:

- własny sprzęt do wykonania robót,*
- własna baza warsztatowa oraz środków transportowych,*
- własne środki finansowe zapewniające płynność finansową przez cały okres realizacji robót,*

oraz, co ma istotne znaczenie, wieloletnie doświadczenie w wykonawstwie kontraktów tożsamy z przedmiotem zamówienia dla GDDKiA Oddział w Katowicach, wykwalifikowana

załoga mająca doświadczenie w realizacji podobnych zadań oraz wykwalifikowana kadra zarządzająca.

Nie bez znaczenia jest fakt, że Wykonawca (konsorcjum UTDM J. O. i SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o.), posiada kilkudziesięcioletnie doświadczenie w realizowaniu kontraktów związanych z zimowym utrzymaniem dróg, w szczególności dla GDDKiA Oddział w Katowicach, a tym samym nie ulega wątpliwości, iż cena złożonej przez Wykonawcę oferty jest skalkulowana rzetelnie, w sposób spełniający Państwa oczekiwania określone w SIWZ.

Zaoferowana przez Wykonawcę cena jest adekwatna do zakresu prac związanych z realizacją zamówienia. Uwzględnia ona wszystkie elementy określone w dokumentacji przetargowej, koszty pośrednie, ryzyko oraz zysk. Poszczególne składowe ceny ofertowej sporządzone zostały na podstawie wnikliwej analizy dokumentacji przetargowej z wykorzystaniem zarówno własnej wiedzy i doświadczenia, jak i bazowały na wiedzy i doświadczeniu specjalistów branżowych. Wycena robót opierała się na własnych zasobach sprzętowych jak i ludzkich.

Podsumowując Wykonawca oświadcza, że oferta na przedmiotowe zamówienie została przygotowana rzetelnie, sumiennie i z należytą starannością, oraz że w przypadku jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej i udzielenia Konsorcjum zamówienia, zamówienie zostanie wykonane za zaoferowaną cenę.

Wykonawca do przedstawionego pisma załączył Kalkulację szczegółową cen jednostkowych – 5 str. Na stronach tych zawarte są tabelaryczne zestawienia cen nazwane:

- Kalkulacja szczegółowa ryczałtu miesięcznego zestawu autobusowego wraz z nośnikiem,
- Kalkulacja szczegółowa ryczałtu miesięcznego solarki wraz z nośnikiem,
- Kalkulacja szczegółowa ryczałtu miesięcznego ładowarki,
- Kalkulacja szczegółowa wartości za odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych,
- Kalkulacja szczegółowa wartości za obsłużenie 1km sieci.

Pismem z dnia 5 listopada 2020 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, bowiem oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu stanowiska wskazał, że:

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy 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.

Cena oferty Wykonawcy ogółem wynosi: 6 081 120,00 zł brutto i jest niższa o 41,69% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania i która wynosi 10 429 554, 38 zł.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od: (tu treść przepisu)

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 21.09.2020 r.; znak O.KA.D-3.2413.42.2020. 1219 wezwał ww. Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 2) oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień jak poniżej (wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych, ofert podwykonawców):

(w tym miejscu przytoczono treść wezwania z dnia 21 września 2020 roku – podaną wyżej)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca pismem z dnia 25.09.2020 r. przesłał wyjaśnienia, które odnoszą się do ogólnikowych stwierdzeń, nie popartych dowodami, które uwiarygodniłyby wysokość skalkulowanych kosztów i możliwość prawidłowego wykonania zamówienia za oferowaną cenę.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie przedstawił merytorycznego uzasadnienia dotyczącego sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia Wykonawcy przedstawione w piśmie z dnia 25.09.2020 r. są ogólne i lakoniczne. Wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena pozwala na prawidłową realizację zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia powinny potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo wyliczona. W tym miejscu należy również zaznaczyć, iż „wykazać” oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić dla skutecznego wykazania nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018r., sygn. akt. KIO 23/18).

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą również ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny

lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (tak m.in. wyrok KIO z dnia 06.02.2020 r. sygn akt 170/20). Podkreślić należy, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Z tych też względów wyjaśnienia winny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące.

Samo oświadczenie Wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień. Również ogólnikowe oświadczenie ww. Wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 25.09.2020 r., że: „Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ związane z koniecznością realizacji zamówienia” czy też stwierdzenie że: „Wykonawca dokonał kalkulacji elementów ceny na podstawie własnego, kilkudziesięcioletniego doświadczenia” nie stanowi żadnych merytorycznych wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego takie czynniki jak doświadczenie firmy nie stanowi okoliczności szczególnej i wyjątkowej, która uzasadniałaby rzetelności dokonanej kalkulacji. Są to bowiem okoliczności, które mogą być przynależne każdemu z wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności, przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów. Złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nieudzieleniem wyjaśnień, o którym stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia” niezawierającego żadnych szczególnych, merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści”), przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym stanowi art. 90 ust. 2 ustawy PZP (tak m.in. wyrok KIO z dnia 12.02.2020 sygn akt 198/20).

W konsekwencji, złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu 3 naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy przez niepodanie uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Należy podkreślić w tym miejscu, że ustawodawca w art. 92 ustawy ukształtował obowiązek Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców o podaniu niezbędnych informacji dotyczących czynności jakie zamawiający podjął w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowią odzwierciedlenie okoliczności jakie legły u podstaw podjętych przez Zamawiającego czynności. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały określone podstawy do dokonania czynności w określony sposób Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Dopiero bowiem uzasadnienie, wykazanie okoliczności faktycznych i prawnych umożliwia zrozumienie czynności Zamawiającego uwidocznionej np. w postaci odrzucenia oferty wykonawcy z powodu braku przedstawienia merytorycznego uzasadnienia dotyczącego sposobu wyliczenia ceny. Natomiast bez wskazania uzasadnienia w szczególności faktycznego brak jest możliwości zdekodowania tego co legło u podstaw działania Zamawiającego.

Izba wyjaśnia, że zasadność czynności Zamawiającego podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek

zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dane okoliczności zaistniały, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat oceny jego oferty.

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy wykonawca po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego.

Kluczowym do skorzystania z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie oceny przedstawionych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w postępowaniu ceny, jakie przyczyny legły u podstaw czynności Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować. Powyższe prowadzi do wniosku, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające podstawy oceny ofert.

Izba przedstawiła w części dotyczącej ustalenia stanu faktycznego jakie czynności i z jaką argumentacją były podejmowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby uzasadnienie czynności z dnia 5 listopada 2020 roku tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego jest kompletne i odnoszące się do wszystkich aspektów zaistniałych w sprawie, odnoszące się do pisma Odwołującego z dnia 25 września 2020 roku. Odwołujący w uzasadnieniu stanowiska prezentowanego w odwołaniu skupił swoją uwagę, odnosząc się do przedstawionego zarzutu, na braku wskazania przez Zamawiającego *co w złożonych wyjaśnieniach np. szczegółowych kalkulacjach ceny oferty miałyby potwierdzać w ocenie Zamawiającego o wadliwości ceny oferty Odwołującego*. W zasadzie jest to jedyna argumentacja w odwołaniu odnosząca się do braku wypełnienia przez Zamawiającego obowiązku z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby Zamawiający precyzyjnie wyjaśnił, że *istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności, przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów*. Uprzedzając niejako rozważania w zakresie zarzutu 1 Izba wskazuje, że nie sposób inaczej odnieść się do załączonych kalkulacji w tabelach niż przez powyższe wskazanie Zamawiającego. Skoro bowiem Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się do przedstawianych kalkulacji, nie wykazał ich genezy czy też informacji

źródłowych nie sposób uznać, że potwierdzają one jedynie to co zostało w nich zawarte ale bez żadnego uzasadnienia, wyjaśnienia czy jak w przypadku wymagań art. 90 ustawy bez wykazania, że to co zostało zawarte w tych tabelach stanowi rzetelne i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty na podstawie określonych i wskazanych okoliczności, które tym wyliczeniom towarzyszą i stanowią podstawę ich skalkulowania. Izba podkreśla, że podanie uzasadnienia czynności, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, stanowi emanację zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy zasad przejrzystości oraz zawartej w art. 8 ust.1 ustawy zasady jawności czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu i w rozpoznawanym przypadku zasady te nie zostały w żaden sposób naruszone. Jednocześnie Izba wskazuje, że brak jakiegokolwiek innej argumentacji Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do tego zarzutu oraz powyżej przedstawiona argumentacja powoduje, że zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu 1 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień przez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne odrzucenie oferty Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy.

Wykonawca obowiązany jest w ramach tej procedury podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny takie jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje i warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego

terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wymaga także podkreślenia, że wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie elementów zaoferowanej ceny oferty powinien, dla prawidłowości i skuteczności takich wyjaśnień odnieść się do wszystkich elementów składowych danego zamówienia oraz wyjaśnić sposób wyceny każdego z elementów jaki musi być uwzględniony w ramach danego przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że sposób złożenia wyjaśnień zależy każdorazowo od wykonawcy, jednakże musi ujmować wszystkie wymagane elementy zamówienia i precyzyjnie się do nich odnosić.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający za pismem z dnia 21 września 2020 roku bardzo precyzyjnie określił zakres informacji jaki chce uzyskać w ramach złożonych wyjaśnień przez skonstruowanie konkretnych punktów i zakresów na jakie wykonawca musiał odpowiedzieć.

Izba podkreśla, że nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza

o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, wyjaśnione i wykazane tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnienia przedstawionego przez Odwołującego z dnia 25 września 2020 roku, co potwierdziły w zasadzie odwołanie i argumentacja z rozprawy.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że cena oferty Odwołującego ogółem wynosi: 6 081 120,00 zł brutto i była niższa o 41,69% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania i która wynosi 10 429 554, 38 zł. Tym samym zgodnie z art. 90 ust. 1 a ustawy Zamawiający był obowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie odpowiedział na skonkretyzowane i jednoznacznie podane przez Zamawiającego pytania, zakresy informacji jakie wykonawca miał przedstawić.

Nie udzielił Odwołujący odpowiedzi na pytania dotyczące ewentualnej pomocy publicznej udzielonej mu na podstawie odrębnych przepisów, nie wyjaśnił czy miały wpływ na wyliczenie ceny oferty jakiegokolwiek oszczędności metody wykonania zamówienia wraz ze wskazaniem gdzie i na jakim etapie te oszczędności zaistnieją oraz w jakiej wysokości – czego wymagał Zamawiający.

Samo odniesienie się do posiadanego *kilkudziesięcioletniego doświadczenia*, nie jest i nie może być uznane za jakikolwiek element kalkulacji ekonomicznej. Mogłoby ono stanowić taki element o ile wykonawca składający wyjaśnienia „przekułby” to doświadczenie na faktyczne i policzalne wartości ekonomiczne w odniesieniu do konkretnych części składowych oferty, o które pytał Zamawiający. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że na cenę oferty miały wpływ „w szczególności” własny sprzęt do wykonania robót, własna baza warsztatowa oraz środków transportowych oraz własne środki finansowe zapewniające płynność finansową przez cały okres realizacji robót – jednocześnie w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki to sposób ekonomicznie okoliczności przekładają się na kalkulację ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w cenie o ponad 40% mniejszej niż szacunek Zamawiającego.

Z przedstawionych wyjaśnień, pisma jakie skierował Odwołujący do Zamawiającego nie da się wywieść w żaden sposób jak należy rozumieć załączone do wyjaśnień kalkulacje (5 załączników), które zostały zawarte w kilkunastu tabelach oraz nie sposób ocenić co zostało zawarte w pozycjach wskazanych w owych tabelach. Izba nie znajduje w wyjaśnieniach informacji jakie czynniki wpływały na przyjęcie określonych w poszczególnych wierszach tabel stawek cenowych. Izba dostrzega również brak wskazania w tabelach takich elementów, do których w piśmie zawierającym wyjaśnienia referował Odwołujący tj. posiadanie własnej bazy – wykonawca nie wykazał, nie wyjaśnił w żaden sposób nie „pokazał” w jaki sposób koszty te kalkulował, na jakim poziomie i gdzie w zasadzie je ujął. Potwierdza to brak wyjaśnienia i wykazania tego co w zasadzie zostało skalkulowane w przedstawionych kalkulacjach. Brak jest również wyjaśnienia chociażby przyjętych stawek remontów bieżących, w kontekście wskazanych w piśmie informacji dotyczących posiadania bazy i własnego sprzętu, wykonawca nie wyjaśnił czy stawki te odnoszą się do remontów realizowanych „na zewnątrz” czy we własnym zakresie i czy stawki te dotyczą kosztów pracy czy też kosztów materiałów. Brak jest również informacji odnośnie kosztów utrzymania bazy i warsztatów. Zamawiający nie może zgadywać, domyślać się intencji wykonawcy co do zakresu informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach. Wyjaśnienia muszą być precyzyjne. Nie ma również znaczenia, co składanymi dowodami (w szczególności załączniki do odwołania, załącznik nr 5) starał się wykazywać Odwołujący, a mianowicie fakt, że dotychczasowo składane wyjaśnienia we wcześniej prowadzonych postępowaniach były oceniane w dany sposób i w określony sposób przedstawiane – dowodzi jedynie tego, że w tamtych okolicznościach tak było. Nie stanowi to natomiast żadnej wykładni, wzoru do oceny składanych wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jak i wykonawcy zobowiązani są do stosowania przepisów ustawy i do realizacji ciężących

na nich obowiązków; obowiązkiem wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 jest wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie wyjaśnił również na czym polegają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, a do czego był zobowiązany przez Zamawiającego oraz nie wskazał w czym tkwi ich wyjątkowość, na czym ona polega i jakie efekty ekonomiczne przynoszą. W tym miejscu Zamawiający jednoznacznie podał Odwołującemu, że jakiegokolwiek okoliczności, na które będzie się on powoływał muszą zostać zobrazowane w efekcie ekonomicznym. Ponownie Izba wskazuje, że posiadane doświadczenie w realizacji kontraktów tożsamy z przedmiotem zamówienia dla Oddziału GDDKiA w Katowicach, czy też kilkudziesięcioletnie doświadczenie w realizacji kontraktów związanych z zimowym utrzymaniem dróg nie stanowią żadnego faktycznie ekonomicznego wyjaśnienia. Sam fakt istnienia owych okoliczności nie jest wystarczający do wykazania realności zaoferowanej ceny, musi on zostać przełożony na ceny oferowane w postępowaniu w odniesieniu do części składowych oferty i wykazany. Tak samo nie sposób uznać za wykazanie sprzyjających okoliczności posiadanie własnego sprzętu czy bazy, przy czym i w tym zakresie Odwołujący nie poczynił wyjaśnień i nie wykazał jak owe okoliczności ekonomicznie znajdują uzasadnienie w cenie złożonej oferty. Nie wykazał również, w ogóle nie wyjaśnił w jaki sposób na cenę oferty wpływają własne środki transportu i jakie mają one znaczenie dla kalkulacji ceny oferty.

W odniesieniu do informacji dotyczących kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oraz okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie czy też wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska wraz ze wskazaniem tych okoliczności, na czym one polegają i jakie efekty ekonomiczne przynoszą Odwołujący wskazał w piśmie z dnia 25 września 2020 roku *Koszty wynagrodzenia pracowników zostały skalkulowane na poziomie 35,00 zł/r-g (łącznie z kosztami pracodawcy). Koszty wynagrodzeń są na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r.* w żaden sposób natomiast nie wykazuje w jaki sposób te koszty zostały skalkulowane, w jakiej wysokości wynagrodzenia w odniesieniu do poszczególnych pracowników. Sam fakt, że wynagrodzenie zostało skalkulowane na określonym poziomie, nie przesądza i nie wykazuje, że jego kalkulacja w ramach oferty była realna. Jak wynika z załączonych kalkulacji Odwołujący nie wyjaśnił jak skalkulował wynagrodzenie operatora – na jakim poziomie, a jak np. wynagrodzenie mechanika czy innej osoby niezbędnej do realizacji kontraktu.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że przedstawiając wyjaśnienia odnośnie elementów ceny wykonawca musi ująć w cenie wszystkie wymagane elementy zamówienia, a nie może

uzależniać tych wyjaśnień od sposobu prowadzenia np. księgowości w spółce czy innych okoliczności. Niedopuszczalnym jest również finansowanie, choćby niewielkich kosztów, zamówienia z innych dochodów, a taki wniosek nasuwa się w przypadku braku wskazania w wyjaśnieniach elementów kalkulacji. Wykonawca dla prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia musi ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty danego zamówienia. Irrelevantna natomiast jest dla kalkulacji kosztów danego zamówienia praktyka wcześniej składanych wyjaśnień czy dokonywanych kalkulacji nawet na potrzeby danego konkretnego Zamawiającego. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. To po stronie tego podmiotu zgodnie z obowiązującą literą prawa pozostawała konieczność wykazania dowodów potwierdzającego słuszność jego wyliczeń. W tym zakresie Izba uznała, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie okoliczności z pisma z dnia 25 września 2020 roku. dowodami zasadnymi są te które potwierdzają dane okoliczności np. zanonimizowane umowy o pracę albo wykaz z ewidencji środków trwałych, czy też umowy na zakup paliwa po preferencyjnych stawkach. Same kalkulacje wykonane przez wykonawcę nie stanowią dowodów, a bez wyjaśnienia ich znaczenia i wskazania sposobu ich interpretacji nie posiadają również wartości w odniesieniu do wykazania realności zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby nie istniały żadne podstawy faktyczne aby Zamawiający o cokolwiek dopytywał wykonawcę przez skierowanie do niego ponownie wezwania o doszczegółowienie złożonych wyjaśnień, ponieważ jakiegokolwiek wezwanie w okolicznościach tej sprawy i postawienie wykonawcy pytania kreowałoby odpowiedzi wykonawcy. Natomiast, co ponownie Izba podkreśla, to po stronie wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy).

Z przedstawionego uzasadnienie czynności Zamawiającego wynika jednoznacznie, że oferta została odrzucona z uwagi na nieprzedstawienie merytorycznego uzasadnienia dotyczącego sposobu zaoferowanej ceny (str. 3 pisma z dnia 5 listopada 2020 roku). Tym samym jakakolwiek argumentacja faktyczna z uzasadnienia odwołania jak również przedstawiona na rozprawie, a także dotycząca realności zaoferowanej ceny w ocenie Izby nie ma wartości przy rozpoznaniu tego zarzutu. Izba pominęła przy rozpoznaniu zarzutu dowody załączone do odwołania – załącznik nr 5 oraz złożone na rozprawie (dowód nr 1 i 2) w odniesieniu do wykazywania realności ceny oferty przez odniesienie do innych cen składanych we wcześniejszych postępowaniach. Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała czynność Zamawiającego z dnia 5 listopada 2020 roku za prawidłową, oraz uznała, że Zamawiający nie naruszył regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy ze względu na wadliwą ocenę oferty Konsorcjum Hedar i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) oraz zawierającej cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy) – Izba uznała zarzut za niezasadny z uwagi na jego przedwcześnieść.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie do protokołu Zamawiający nie dokonał jeszcze w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowym postępowaniu nadal trwa czynność badania i oceny.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała za bezprzedmiotowe wszystkie dowody złożone i zawnioskowane w zakresie tego zarzutu.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i znajdujących wyraz w jego zasadach.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....