

Sygn. akt: KIO 762/21

Sygn. akt: KIO 764/21

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

w sprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2021r. **przez odwołujących:**

- A. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski w sprawie o Sygn. akt KIO 762/21
- B. Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa w sprawie o Sygn. akt KIO 764/21

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Miasto Skierniewice ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice

przy udziale przystępujących po stronie zamawiającego:

- A. Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp.j., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno zgłaszającego przystąpienie w sprawach o: Sygn. akt: KIO 762/21 i Sygn. akt KIO 764/21
- B. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski, zgłaszającego przystąpienie w sprawie o Sygn. akt: KIO 764/21

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 762/21

1. oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski na rzecz Miasto Skierniewice ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

II. Sygn. akt KIO 764/21

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004r. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego,
2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp.j., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno co do naruszenia art. 90 ust.1 i ust.1a, art.90 ust.3 i art.7 ust.1 ustawy Pzp2004r. w zakresie nierównego traktowania odwołującego i przystępującego, dwukrotnego wezwania przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, mimo nie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
3. Kosztami postępowania obciąża Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa i Miasto Skierniewice ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od Miasto Skierniewice ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice na rzecz Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą połowę uiszczzonego wpisu od odwołania a w pozostałym zakresie koszty postępowania – wynagrodzenia pełnomocników znoszą się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze 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:

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 762/21

ODWOŁANIE z 2021-03-09 PRD-M Sp. z o.o. z s.Piotrkow Trybunalski

Dnia 9 marca 2021r. wpłynęło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prowadzonego przez zamawiającego Miasto Skierniewice postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów” (nr postępowania R2P.271.57.2020), skierowane przez odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego Miasto Skierniewice w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., „Ustawa Pzp2004”/”Pzp2004”).

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) („ustawaPzp2019”/”Pzp2019”) wniesiono odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

I. Zaniechania:

(1) odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Produkcyjnego „Trakt” B., T. Spółka jawna z siedzibą w Kutnie (dalej „Trakt”), pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Trakt wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena ma realny charakter;

(2) przeprowadzenia względem wykonawcy Trakt procedury wyjaśniającej w zakresie doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.2.c) SIWZ;

(3) dokonania wyboru oferty Trakt jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty Trakt na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pozwalają uznać, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

(2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, gdy tymczasem z przedłożonych przez Trakt dokumentów nie wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 6.2.c) SIWZ;

(3) art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, które przejawiało się w nieuzasadnionym korzystniejszym traktowaniu wyjaśnień Trakt w zakresie rażąco niskiej ceny niż wyjaśnień wykonawcy Aglet sp. z o.o., a także stosowaniu wobec obu wykonawców dwóch modeli badania rażąco niskiej ceny (wobec Trakt mniej rygorystycznego, wnikliwego badania kalkulacji ceny ofertowej, w tym rzekomych oszczędności generowanych przez Trakt).

III. Wnosi o:

(1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

(a) unieważnienia czynności wyboru oferty Trakt;

(b) odrzucenia oferty Trakt w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

i

(c) wykluczenia wykonawcy Trakt w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

(d) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert;

[ewentualnie]

(2) w razie braku wykluczenia Trakt, nakazanie Zamawiającemu zastosowanie wobec Trakt art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp i przeprowadzenie ponownego badania oferty Trakt pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

(3) w każdym przypadku 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.

i

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący uzasadnił interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa.

Oferta złożona przez Trakt została sklasyfikowana przez Zamawiającego na pozycji wyższej niż oferta złożona przez Odwołującego. Uznanie przez Zamawiającego, że oferta Trakt nie podlega odrzuceniu prowadzić może do pozbawienia Odwołującego uzyskania zamówienia.

V. Termin na wniesienie odwołania

Zamawiający dokonał wyboru oferty Trakt 4 marca 2021 r. (wtedy też Zamawiający rozesłał decyzję o wyborze do Odwołującego). Termin na złożenie odwołania (wartość Postępowania jest niższa niż tzw. progi unijne) upływa zatem dnia 9 marca 2021 roku.

I. PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

II. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY TRAKT Z UWAGI NA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ (ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST 1 PKT 4 PZP W ZW. Z ART. 90 UST. 3 PZP)

11.1. WADLIWOŚĆ WYJAŚNIEŃ TRAKT

11.1.1. Wyjaśnienia co do metodologii obliczenia ceny ofertowej nie stanowią o braku rażąco niskiej ceny

11.1.2. Trakt nie wyjaśnił wpływu czynników właściwych dla Trakt, które miałyby prowadzić do zaoferowania niższej ceny

1.1.3. Przedstawiona hipotetyczna kalkulacja kosztów wykonania zamówienia oparta na rzekomych oferta nie daje podstaw do uznania, że oferta Trakt nie zawiera rażąco niskiej ceny

11.1.4. Przedstawiony przez Trakt wykaz cen wykonania wszystkich warstw bitumicznych nie daje podstaw do stwierdzenia, że cena ofertowa nie zawiera rażąco niskiej ceny

III. NIERÓWNE TRAKTOWANIE WYKONAWCÓW PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

IV. BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ

TRAKT

UZASADNIENIE ODWOŁANIA Sygn. akt KIO 762/21

PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

1. W dniu 11 stycznia 2021 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, które zostały złożone w ramach Postępowania. Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 9.700.000 zł brutto.
2. Trakt złożył ofertę w Postępowaniu oferując wykonanie zamówienia za cenę 5.563.000 zł netto (6.842.490 zł brutto). W ofercie (na formularzu stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ) Trakt wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie prac polegających na ułożeniu nawierzchni mineralno-bitumicznej spółce PBDiM ERBEDIM Sp.z o.o.
3. W dniu 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Trakt, w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie.
4. W dniu 19 stycznia 2021 r. Trakt złożył wyjaśnienia [Odwołujący odnosi się do nich szczegółowo w dalszej części Odwołania].
5. W dniu 2 lutego 2021 r. Zamawiający, w oparciu o art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, wezwał Trakt do udzielenia dodatkowych wyjaśnień na temat informacji, które przekazał w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 r. Jednocześnie Zamawiający wezwał do przedłożenia wykazów cen dotyczących wyceny wykonania wszystkich warstw bitumicznych, zgodnie z wykazami cen, jakie zostały załączone do SIWZ.
6. Pismem z dnia 2 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Trakt do przedłożenia wykazów cen dotyczących wyceny wykonania wszystkich warstw bitumicznych, zgodnie z wykazami cen jakie załączone zostały do SIWZ.
7. W piśmie z dnia 3 lutego 2021 r. Trakt przedstawił wykaz cen wykonania wszystkich warstw bitumicznych.
8. Pismem z dnia 22 lutego 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp, wezwał Trakt do uzupełnienia złożonej oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.
9. W dniu 23 lutego 2021 r. Trakt, w celu wykonania wezwania z dnia 22 lutego 2021 r., przedstawił wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz robót) wraz z referencjami.

10. W dniu 4 marca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Trakt jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Aglet sp. z o.o. (na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp) oraz JKM MIREX Sp. z o.o. (na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a) Pzp).

II. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY TRAKT Z UWAGI NA RAŻĄCO

NISKĄ CENĘ (ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST 1 PKT 4 PZP W ZW. Z ART. 90 UST. 3 PZP)

11. Wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ust. 1a Pzp kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny, co potwierdza orzecznictwo Izby. Zaistnienie tego domniemania skutkuje przerzuceniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 2 Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

12. Przeniesienie na wykonawcę ciężaru dowodzenia generuje wymóg złożenia nie jakichkolwiek wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego lecz takich, z których jednoznacznie wynika, że cena w ofercie wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zagadnienia takie jak poziom szczegółowości wyjaśnień, czy zakres informacji, które powinny się w tych wyjaśnieniach znaleźć były wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

13. Z orzecznictwa tego wyprowadzić można, że „celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów”

14. Zrealizowanie tego celu będzie możliwe jedynie wtedy, gdy udzielone wyjaśnienia zawierać będą jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. W innym orzeczeniu Izba stwierdza: „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. 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”.

15. Dodatkowo Izba wskazuje, że cechą składanych wyjaśnień musi być ich skorelowanie z treścią wezwania, którego autorem jest zamawiający: „Wyjaśnienia składane przez wykonawcę, aby mogły uzyskać taką pozytywną ocenę, muszą też swoim zakresem odpowiadać wezwaniu zamawiającego (oczywiście mogą być też szersze, jeśli wykonawca uzna to za celowe)” .

16. Podsumowując jednoznaczne stanowisko Izby w zakresie wykazywania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską uznać należy, że każdorazowo do obowiązków wykonawcy należy złożenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się wycenionego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia takie muszą odpowiadać na wątpliwości wyrażone w treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, a w miarę możliwości, powinny zostać wsparte materiałem dowodowym.

17. Jak zostanie wykazane poniżej wyjaśnienia złożone przez Trakt nie spełniają żadnego z tych wymagań. Mają one charakter ogólny, niepowiązany z przedmiotem zamówienia, nie odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego i nie zostały poparte materiałem dowodowym, który może być uznany za rozwiewający wątpliwości Zamawiającego.

11.1. WADLIWOŚĆ WYJAŚNIEŃ TRAKT

18. Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trakt do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zmaterializowanie się przesłanki zastosowania procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1a Pzp. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że Trakt powinien przedstawić wyjaśnienia umotywowane, przekonujące, że zaproponowana cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie:

(a) 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 (...);

(b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

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

(d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

(e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

19. Zamawiający podkreślił, że odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień „wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Zamawiający oczekiwał przesłania wyjaśnień i dowodów.

20. Trakt w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 r. udzielił wyjaśnień, przy czym wyjaśnienia te nie powinny być zostać zaakceptowane przez Zamawiającego.

21. Wyjaśnienia Trakt można podzielić na następujące trzy części:

- (a) metodologia obliczenia ceny ofertowej (str. 1 wyjaśnień);
- (b) czynniki właściwe dla Trakt, które mają rzekomo powodować obniżenie kosztów wykonania robót (str. 2 wyjaśnień);
- (c) szczegóły dotyczące wyceny wraz z ofertami (str. 2 in fine oraz str. 3 wyjaśnień).

11.1.1. Wyjaśnienia co do metodologii obliczenia ceny ofertowej nie stanowią o braku rażąco niskiej ceny

22: W pierwszej kolejności Trakt wskazał czynności, które podjął przed dokonaniem wyceny robót:

- (a) Zapoznał się szczegółowo z SIWZ oraz dokumentacją techniczną;
- (b) dokonał wizji w terenie;
- (c) dokonał własnych przedmiarów robót objętych dokumentacją projektową oraz SIWZ oraz
- (d) sporządził kosztorys szczegółowy robót wg własnego uznania wyceniając roboty określone przez Zamawiającego w SIWZ i dokumentacji.

23. Jednocześnie Trakt wskazuje, że nie są znane Zamawiającemu przyjęte ceny materiałów, sprzętu i transportu, ponieważ Zamawiający nie wymagał załączenia kosztorysów ofertowych. Jednocześnie Trakt wskazał, że zaoferowana cena jest niższa od kosztorysu inwestorskiego, gdyż ten drugi został sporządzony na podstawie cen publikowanych przez Sekocenbud.

24. Przedstawiona przez Trakt metodologia nie stanowi o wykazaniu, że cena ofertowa Trakt nie ma charakteru rażąco niskiej. Wszystkie czynności podjęte przez Trakt winny stanowić wyłącznie o przyjęciu podstawowego poziomu należytej staranności przy wycenie zamówienia.

25. Trakt wyjaśnił, że dokonał własnych przedmiarów robót objętych dokumentacją projektową oraz sporządził kosztorys szczegółowy robót. Jednakże nie załączył tych

dokumentów do wyjaśnień, a w treści wyjaśnień (str. 2 i 3) przedstawia szacunkowe (niedokładne) wartości wykonania poszczególnych robót lub też wartości kosztów.

11.1.2. Trakt nie wyjaśnił wpływu czynników właściwych dla Trakt, które miałyby prowadzić do zaoferowania niższej ceny

26. Na drugiej stronie wyjaśnień Trakt wskazał na czynniki, które jego zdaniem miałyby prowadzić do obniżenia kosztów wykonania zamówienia, m.in.:

- (a) uzyskiwane rabaty i upusty na zakup materiałów do budowy, kanalizacji, wodociągów oraz dróg (upusty na poziomie 50% od cen katalogowych);
- (b) wykonywanie wycen zgodnie z normami zakładowymi, co pozwala na obniżenie wartości kosztów robocizny i sprzętu;
- (c) baza sprzętowo - transportowa (firma nie korzysta z wynajmu sprzętu oraz transportu, co miałyby wpływać na obniżenie kosztów każdej budowy);
- (d) posiadanie własnej kadry, co eliminuje konieczności posiłkowania się i zlecania robót na zewnątrz. Przy tym wynagrodzenie jest ustalone zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- (e) struktura organizacji, która przekłada się na niskie koszty;
- (f) własne barakowozy, kontenery biurowe i socjalne (co prowadzi do obniżenia kosztów związanych z zapleczem budowy);
- (g) posiadanie warsztatu naprawy sprzętu i transportu co obniża koszty ewentualnych napraw i czas ich trwania;
- (h) własne urządzenia do badania zagęszczenia gruntu po robotach kanalizacyjnych, co eliminuje wykonywanie kosztowanych badań przez firmy zewnętrzne.

27. Trakt w żaden sposób nie wyjaśnił jak opisane powyżej okoliczności, które według Trakt prowadzą do obniżenia kosztów wykonania robót budowlanych, realnie wpłynęły na zaoferowaną cenę.

28. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Izba stwierdziła: „Sam fakt dysponowania doświadczeniem, urządzeniami, czy też narzędziami nie jest bowiem niczym nowym i specyficznym, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element sine qua non umożliwiający ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia: jakiemukolwiek wykonawcy - zatem nie może on stanowić uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert'.

29. Na uwagę zasługuje, że w żadnym przypadku w wyjaśnieniach Trakt nie sposób doszukać się wskazania wygenerowanego poziomu oszczędności dzięki czynnikom opisanym na str. 2 wyjaśnień.

30. Po pierwsze, Trakt nie wskazał, czy - a jeśli tak to w jakiej wysokości - otrzymał upusty na zakup materiałów budowlanych. Ani z wyjaśnień, ani w załączonych ofertach dostawców nie wynika taka informacja. W związku z tym należy stwierdzić, że ta okoliczności nie ma żadnego wpływu na cenę ofertową.

31. Po drugie, Trakt nie wykazał w żaden sposób jakiego rodzaju normy zakładowe stosuje przy wykonywaniu wyceny i jakie mają one przełożenie na obniżanie wartości kosztów robocizny i sprzętu.

32. Po trzecie, fakt posiadania przez Trakt bazy sprzętowo - transportowej nie uzasadnia jeszcze obniżenia kosztów wykonania robót budowlanych. Trakt nie wskazuje, na jakim poziomie oszczędności te się kształtują oraz jak wpływają one na cenę ofertową.

33. Po czwarte fakt posiadania własnej doświadczonej kadry i brygad nie stanowi okoliczności wyjątkowej dla Trakt, która by pozwalała istotnie obniżyć koszty wykonania robót. Jest to wyłącznie okoliczność, która pozwala stwierdzić, że Trakt spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia. Trakt nie wykazał w jaki sposób posiadanie własnej kadry pozwala na ograniczenie kosztów. Jednocześnie deklarowanie wynagrodzenia na poziomie zgodnym z przepisami prawa powszechnie obowiązującego nie stanowi okoliczności przemawiającej za właściwą kalkulacją. Jakkolwiek bowiem przyznanie się wykonawcy do stosowania wynagrodzenia poniżej ustawowego minimum powodowałoby automatyczny skutek dla oferty wykonawcy, tak sama deklaracja o braku łamania przepisów niewiele w istocie wnosi. Trakt powinien bowiem wykazać jaki jest faktyczny koszt pracowników w cenie ofertowej kalkulowanej na potrzeby Postępowania.

34. Po piąte, Trakt nie wskazuje w jaki sposób struktura organizacyjna firmy przekłada się na jej niskie koszty, a także jak te niskie koszty wpływają na wysokość zaoferowanej ceny.

35. Po szóste, tak jak w przypadku posiadanego sprzętu oraz maszyn, Trakt nie powiązał rzekomych oszczędności z posiadania własnych barakowozów, kontenerów biurowych i socjalnych z zaoferowaną ceną. Nie przedstawił, w jaki sposób posiadanie ww. elementów prowadzi do obniżenia kosztów związanych z zapleczem budowy.

36. Po siódme, Trakt nie wykazał przełożenia na cenę ofertową faktu posiadania warsztatu naprawy sprzętu i transportu.

37. Po ósme, Trakt nie wykazał na jakim poziomie posiadanie własnego urządzenia do badania zagęszczenia gruntu po robotach kanalizacyjnych prowadzi do generowania oszczędności.

38. Powyżej przytoczone omówione zostały wszystkie czynniki, które Trakt wskazał jako przemawiające za rzekomą przewagą tego wykonawcy nad konkurencyjnymi podmiotami. Cechą wspólną wszystkich użytych przez Trakt argumentów jest brak wykazania jakiegokolwiek wpływu na cenę końcową oferty. Już z tego zatem powodu uznać należy, że procedura wyjaśniająca została przeprowadzona wadliwie, Zamawiający powinien bowiem odrzucić ofertę Trakt, uznając, że wyjaśnienia oraz złożone dowody nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

39. Przedłożone przez Trakt wyjaśnienia podsumować można wyłącznie jako nieudolną próbę nakreślenia pozytywnego obrazu tego wykonawcy poprzez ogólne argumenty takie jak posiadane doświadczonej kadry, dysponowanie sprzętem, narzędziami technologicznymi lub uzyskanymi upustami. Informacje te nie znajdują jednak żadnego ekonomicznego przełożenia na poziom cen zaoferowanych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (a przynajmniej nie zostało to wykazane).

40. Na niewystarczający charakter takich wyjaśnień zwraca uwagę Izba, np. wyroku z dnia 26 marca 2015 r.: „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. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności'.

41. Co więcej, większość tych okoliczności nie może być uznana za sprzyjające wykonawcy Trakt, przemawiające za zasadnością różnicy w cenie pomiędzy ofertą tego i podmiotu a szacunkiem Zamawiającego. Takie okoliczności jak wykwalifikowana kadra, dysponowanie sprzętem, kontenerami biurowymi, własnymi urządzeniami oraz sprzętem

budowlanym są czynnikami właściwymi wszystkim profesjonalnie działającym na rynku wykonawcom.

42. Jak stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. „Posiadanie, na terenie W. dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno- organizacyjno-logistycznym, dysponowaniem kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, nie stanowią obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc wymienione wyżej czynniki powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu”.

11.1.3. Przedstawiona hipotetyczna kalkulacja kosztów wykonania zamówienia oparta na rzekomych oferta nie daje podstaw do uznania, że oferta Trakt nie zawieraj rażąco niskiej ceny

43. W trzeciej części wyjaśnień, Trakt wskazał, że:

(a) Wartość podstawowego materiału wraz z dostawą i ułożeniem masy wynosi ok. 4 mln zł netto;

(b) Pozostała kwota w wysokości ok. 1.463.000 zł netto wystarczy na pokrycie innych robót, robocizny, sprzętu i innych kosztów wynikających z SIWZ oraz na planowany zysk dla naszej firmy.

44. Już na pierwszy rzut oka zastanawiające jest, że Trakt nie przedstawia konkretnych wartości wykonania poszczególnych grup robót lub też poszczególnych kosztów. Wartości te jedynie określa jako wartości przybliżone, choć we wcześniejszej części wyjaśnień wskazuje, że dokonał również własnych obmiarów, a także szczegółowej kalkulacji robót. Budzi zdziwienie, że doświadczony wykonawca nie przedstawia żadnych konkretnych wartości, a jedynie wskazuje na szacunkowe wartości przy użyciu sformułowania „ok.” przy każdej grupie kosztów.

45. Jak wynika z wyjaśnień, kwota ok. 1.463.000 zł netto jest przeznaczona na inne roboty,, robocizną, sprzęt i inne koszty realizacji robót oraz zysk. Według str. 3 wyjaśnień są to następujące pozycje kosztowe:

i

(a) Koszty robocizny - 436.000 zł brutto;

- (b) Koszty sprzętu - 280.000 zł netto;
- (c) Inne koszty-300.000 zł netto;
- (d) Planowany zysk - 350.000 zł netto.

46. Suma powyższych kosztów i planowanego zysku wynosi 1.366.000 zł (a nie jak wskazuje Trakt 1.463.000 zł netto). Trakt przy tym nie wskazał, na co przeznaczył pozostałe 97.000 zł (można domniemywać, że jest to koszt pozostałych materiałów).

47. Analiza załączonych do wyjaśnień ofert na materiały oraz ofertę na położenie masy bitumicznej nasuwa wątpliwości co do rzetelności dokumentów. Trakt przedstawił bowiem oferty, które zostały przez Trakt zanonimizowane, co uniemożliwia zweryfikowania, czy te oferty w rzeczywistości istnieją, są wiążące bądź zostały złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania kontrahentów Trakt. Tego rodzaju kopie dokumentów będących rzekomo ofertami nie pozwalają do poczynienia stanowczych założeń co do rynkowości skalkulowanej ceny. W tym kontekście należy zauważyć, że Trakt zastosował mechanizm ingerencji w treść dokumentów podmiotów trzecich, który nie jest przewidziany żadnymi przepisami powszechnie obowiązującymi. Jeżeli Trakt chciał chronić tajemnicę handlową winien był zastrzec to przedkładając wyjaśnienia.

48. Odnosząc się do samych ofert na zakup materiałów, suma wartości ofert wynosi 145.758,12 zł netto, co stanowi tylko i wyłącznie 2,62% ceny wskazanej w ofercie Trakt. W żadnym razie wartość, po jakiej Trakt może zakupić materiały, nie wpływa na przyjętą przez Trakt cenę ofertową.

11.1.4. Przedstawiony przez Trakt wykaz cen wykonania wszystkich warstw bitumicznych nie daje podstaw do stwierdzenia, że cena ofertowa nie zawiera rażąco niskiej ceny

49. Pismem z dnia 2 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Trakt do przedłożenia wykazów cen dotyczących wyceny wykonania wszystkich warstw bitumicznych, zgodnie z wykazami cen jakie załączone zostały do SIWZ (zał. nr 2.1 do SIWZ). Należy domyślać się, że motywem skierowania przez Zamawiającego kolejnego wezwania do Trakt było oświadczenie Trakt, że wykonanie robót bitumicznych (tj. wartość podstawowego materiału wraz z dostawą i ułożeniem masy) wynosi ok. 4 mln zł netto.

50. Pismem z dnia 3 lutego 2021 r. Trakt przedstawił wykaz cen wykonania wszystkich warstw bitumicznych:

- (a) ul. Przechodnia -> wartość robót wyniosła 169.699,29 zł netto;
- (b) ul. Podmiejska -> wartość robót wyniosła 312.810,43 zł netto;

- (c) ul. Napoleńska -> wartość robót wyniosła 594.803,31 zł netto;
- (d) ul. Żwirowa -> wartość robót wyniosła 128.848,55 zł netto;
- (e) ul. Na Piaski -> wartość robót wyniosła 135.891,08 zł netto;

- (f) ul. Halinów -> wartość robót wyniosła 375.795,96 zł netto.

51. Suma skalkulowanych w wykazach cen robót wynosi 1.717.848,62 zł netto. Istnieje zatem duża, niewyjaśniona różnica pomiędzy wskazywaną pierwotnie kwotą ułożenia masy bitumicznej (w której zawiera się podstawowy materiał wraz z dostawą i ułożeniem) w wysokości ok. 4 mln zł netto, a wartością wykonania wszystkich robót bitumicznych (położenia wszystkich warstw bitumicznych) oraz zakupu wszystkich materiałów wynikającą z kalkulacji opartej na wykazie cen stanowiącym załącznik do SIWZ. Zauważenia wymaga, że kalkulacja robót bitumicznych nie ma żadnego oparcia w przedstawionych dokumentach.

52. Różnica wynosząca ok 2.3 mln zł nie została w żaden sposób wyjaśniona przez Trakt.

53. Wobec powyższego uznać należy, że Trakt nie wywiązał się z obowiązku złożenia konkretnych, rzetelnych i obrazujących realność ceny wyjaśnień (pomimo dwukrotnego wezwania ze strony Zamawiającego). Wykonawca ten nie obalił zatem powstałego domniemania rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje Izba „Dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia ww. domniemania. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust 3 p.z.p. mówi o dowodach na ich potwierdzenie

54. Tymczasem właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu w kontekście wyjaśnień złożonych przez Trakt, co czyni zasadnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

II.2. NIERÓWNE TRAKTOWANIE WYKONAWCÓW PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

55. Zamawiający zastosował wobec wykonawcy Aglet sp. z o.o. („Aglet”) procedurę wyjaśnienia zaoferowanej przez Aglet ceny na podstawie art. 90 ust. 1 i 1 a Pzp. W wyniku tej procedury oferta Alget została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

56. Zamawiający w odniesieniu do wyjaśnień Aglet dokonał szczegółowe badania możliwości skorzystania przez Aglet z wytwórni mas bitumicznych, w tym posiadania praw do nieruchomości, na których zostały posadowione wytwórnie mas bitumicznych, odległość wytwórni od inwestycji, czas trwania transportu mas bitumicznych. Przeprowadzone przez Zamawiającego wnikliwe badanie okoliczności, które miały generować oszczędności w wykonaniu zamówienia przez Aglet.

57. Już pobieżna analiza przeprowadzonego przez Zamawiającego badania rażąco niskiej ceny oferty Trakt oraz Aglet prowadzi do wniosku o rażącej dysproporcji aktywności Zamawiającego. Jakkolwiek wyjaśnienia Aglet są również nieprecyzyjne, to Zamawiający podjął szczególne starania w celu ustalenia, czy posiadanie przez Aglet wytwórni mas bitumicznych może generować oszczędności oraz czy jest zgodne z STWiORB dla Postępowania.

58. Z kolei Zamawiający w kontekście oferty Trakt nie podjął jakichkolwiek czynności, które miałyby prowadzić do ustalenia, czy realnie zaistniały okoliczności, które miałyby wpływać na powstanie po stronie Trakt oszczędności, pozwalałyby zmniejszyć koszty wykonania robót budowlanych bądź uprawniałyby do oferowania cen jednostkowych na niższym poziomie.

59. W kontekście robót bitumicznych oraz zakupu materiałów budowlanych (które dotyczą - zgodnie z deklaracją Trakt - aż 71,90% wynagrodzenia netto Trakt), Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu ustalenie w jaki sposób Trakt dokonał kalkulacji tej części zamówienia.

60. Mając na względzie powyższe, widoczne jest w kontekście oferty Trakt, że Zamawiający zastosował dwa modele badania ceny ofertowej wykonawców. Wobec Aglet samoistnie podjął działania zmierzające do ustalenia, czy Aglet posiada prawo do korzystania z Wytwórni Mas Bitumicznych (dot. Wytwórni znajdującej się na terenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Wod-Kan sp. z o.o. w miejscowości Mokra Prawa w Skierniewicach). Względem Trakt nie podjął żadnych czynności faktycznych w celu ustalenia prawidłowości i rzetelności kalkulacji oferty, bazując na wskazanych wartościach stanowiących szacunkową kalkulację (ok. 4 mln zł za wykonanie robót bitumicznych oraz zakupu materiałów budowlanych).

61. Niniejsza okoliczność podnoszona jest w celu wykazania wadliwości w działaniu Zamawiającego w stosunku do oferty Trakt (celem Odwołującego nie jest ochrona interesu innego wykonawcy, nie pozwalają na to zresztą przepisy Pzp).

III. BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ TRAKT

62. W pkt. 6.2.c) SIWZ Zamawiając postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał „co najmniej dwie roboty budowlane wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty o wartości minimum: 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych) brutto każda, podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia. Za roboty podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia uznaje się wykonanie budowy, przebudowy lub remontu drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto:

63. Pismem z dnia 22 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Trakt aby wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.2.c) SIWZ.

64. Pismem z dnia 23 lutego 2021 r. Wykonawca przedstawił wykaz robót opracowany na podstawie Załącznika nr 4 do SIWZ oraz referencje zamawiających, na rzecz których Trakt wykonywał roboty.

65. Trakt, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, przedstawił następujące inwestycje:

(a) Budowa drogi w ulicy Dmowskiego i rozbudowa ul. 1-go Maja w Łowiczu wraz z infrastrukturą techniczną - wartość inwestycji 10.207.770,00 zł brutto („Inwestycja nr T”);

(b) Przebudowa drogi gminnej nr 291204W i Nr 291205W Mirosław-Stare Gulczewo wraz z budową infrastruktury technicznej - wartość inwestycji 5.057.558,97 zł brutto („Inwestycja nr 2”);

(c) Przebudowa ulicy M. Konopnickiej wraz z przebudową i budową kanalizacji deszczowej - wartość inwestycji 4.719.374,11 zł brutto („Inwestycja nr 3”).

66. W kolumnie 4 Wykazu Robót Trakt wskazał, że ww. Inwestycje realizowane były samodzielnie przez Trakt. Z kolei z referencji przedstawionych dla Inwestycji nr 2 (Pismo Gminy Słupno z dnia 21 grudnia 2020 r.) i nr 3 (Pismo Miasta Łęczycy z dnia 14 marca 2019 r.) wynika, że wykonywane były one w ramach Konsorcjum.

67. Jak wskazuje aktualne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Izby, wykonawca może przypisać sobie doświadczenie z realizacji danej inwestycji jedynie w takim zakresie, w jakim samodzielnie je zrealizował.

68. W odniesieniu do niniejszego zarzutu istotny jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2018 r. w sprawie Esaprojekt, TSUE stanął bowiem na stanowisku, że: „(...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach w piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.”

69. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyrokach Izby. I tak np. Izba w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. stanęła na stanowisku, że: „Nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia, tj. czy zamówienie było wykonywane wspólnie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum, czy też przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. Przyjęcie odmiennego zapatrywania skutkowało by nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do wykonanej przez niego osobiście części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przez podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się zasadniczo od przypadku, gdy określoną część zamówienia wykonywał podwykonawca. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca - jakkolwiek był stroną umowy i odpowiadał wobec zamawiającego za jej realizację - nie nabywał doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum, podwykonawca)”.

70. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r. „Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby

wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por.m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18)".

71. Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że ze złożonych dokumentów i wykazu nie wynika, aby Trakt posiadał stosowne doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu z pkt 6.2.c) SIWZ.

72. W konsekwencji Trakt powinien co najmniej zostać wezwany do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie nabytego doświadczenia. Tymczasem również przeprowadzenia tej procedury Zamawiający zaniechał.

Sygn. akt KIO 762/21

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE z 2021-04-14

Dotyczy odwołania wniesionego przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, od wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów RZP.271.57.2020”

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku, w odpowiedzi na odwołanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, niniejszym wniósł o:

1. Oddalenie odwołania Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w całości z uwagi na bezzasadność wywiedzionych w nim zarzutów;
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów a to:

Wezwań Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. oraz z dnia 2 lutego 2021r. skierowanych do Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna do złożenia, a następnie uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

Pismem z dnia 19 stycznia 2021r. oraz z dnia 3 lutego 2021r. zawierających wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna, protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22.02.2021. — uzasadnienie odrzucenia oferty Aglet sp. z o.o. wraz z załącznikami (w tym w szczególności pisma L.dz. 492/2021 Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. z dnia 29.01.2021 r., opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku oraz opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku) znajdujących się w aktach zamówienia publicznego RZP.271.57.2020 i przekazanych do Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie

Fragmentu treści STWiORB (od str. 1 do str. 2 i od str. 62 do str. 64) — załączone do niniejszej odpowiedzi dla stwierdzenia faktu: przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności badania wystąpienia w ofertach uczestników postępowania rażąco niskiej ceny z poszanowaniem dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, przedstawienia przez ww. wykonawcę dokładnego i szczegółowego zestawienia wartości poszczególnych etapów prac, przedstawienia przez ww. wykonawcę przekonujących oraz umotywowanych wyjaśnień, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- a) Umowy konsorcjum z dnia 5 marca 2018r. dla realizacji inwestycji przebudowy ul. M. Konopnickiej w Łęczycy,
- b) umowy konsorcjum z dnia 18 sierpnia 2016r. dla realizacji inwestycji przebudowy drogi gminnej nr 291204W i Nr 291205W Mirosław-Stare Gulczewo,
- c) umowy konsorcjum z dnia 21 sierpnia 2018r. dla realizacji inwestycji Budowa drogi w ulicy Dmowskiego i rozbudowa ul. 1-go Maja w Łowiczu, załączone do niniejszej odpowiedzi dla stwierdzenia faktu: spełnienia przez Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna warunków udziału w postępowaniu z pkt. 6.2.c) słwz.

4. Zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł jak w załączonej fakturze VAT wraz z dowodem uiszczenia na moją rzecz należności z niej wynikających.

Uzasadnienie

Odwołujący Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty Trakt na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pozwalają uznać, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, gdy tymczasem z przedłożonych przez Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna dokumentów nie wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 6.2.c) SIWZ;

3. Art. 7 ust. 1 PZP polegającego na nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, które przejawiało się w nieuzasadnionym korzystniejszym traktowaniu wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna w zakresie rażąco niskiej ceny niż wyjaśnień wykonawcy Aglet sp. z o.o., a także stosowaniu wobec obu wykonawców dwóch modeli badania rażąco niskiej ceny (wobec Trakt mniej rygorystycznego, wnikliwego badania kalkulacji ceny ofertowej, w tym rzekomych oszczędności generowanych przez Trakt).

Dla uporządkowania wyводу, przedmiotowe uzasadnienie zostanie podzielone na części odpowiadające podniesionym zarzutom.

1. Dot. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Wbrew twierdzeniu Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o., Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna, z uwagi na rzekome występowanie w niej rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w części uzasadnienia odwołania dotyczącej rzekomej wadliwości wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna, Odwołujący pominął okoliczność, że przedmiotowe wyjaśnienia składają się z dwóch pism — pisma z dnia 19 stycznia 2021 roku oraz pisma z dnia 3 lutego 2021 roku.

Dowód: wezwania Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. oraz z dnia 2 lutego 2021r. Do złożenia i uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pisma zawierające wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna z dnia 19 stycznia 2021r. oraz z dnia 3 lutego 2021r.

Ww. pismo zawiera szczegółowe i precyzyjne zestawienie kosztów wykonania poszczególnych etapów prac, co stanowi o złożeniu przez wykonawcę wyczerpujących i umotywowanych wyjaśnień. W związku z powyższym nie znajdują potwierdzenia okoliczności wskazane przez odwołującego w częściach uzasadnienia odwołania oznaczonych numerami 11.1. oraz 11.1.1.

W dalszej części odwołania (część oznaczona numerem 11.1.3. uzasadnienia odwołania) Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. wskazuje, że przedstawiona kalkulacja kosztów wykonania zamówienia nie daje podstaw do uznania, że oferta Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wbrew jednak stanowisku Odwołującego, Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna, w piśmie z dnia 3 lutego 2021 roku przedstawiło nie hipotetyczną, a szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia, wraz z podaniem konkretnych wartości za poszczególne etapy prac.

Niezależnie od powyższego, na etapie oceny ofert zgodnie z zapisami punktu 3.5 SIWZ oferenci nie byli zobowiązani do przedstawienia kalkulacji cenowej: "Uwaga: - Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu kalkulacji cenowej sporządzonej w oparciu o zamieszczone przedmiary robót."

Oferenci Aglet sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. złożyli pełne kalkulacje cenowe na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna tego nie zrobił, ponieważ zgodnie z SIWZ nie miał takiego obowiązku.

2. Dot. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p

"Wbrew stanowisku odwołującego nie zachodzą podstawy uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, gdyż z przesłanych Zamawiającemu przez Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. spółka jawna dokumentów wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 6.2.c) SIWZ

W pkt. 6.2.c) SIWZ Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał „co najmniej dwie roboty budowlane wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju,

wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty o wartości minimum: 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych) brutto każda, podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia. Za roboty podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia uznaje się wykonanie budowy, przebudowy lub remontu drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 23 lutego 2021 r. Wykonawca przedstawił wykaz robót opracowany oraz referencje zamawiających, na rzecz których wykonywał roboty:

- (a) Budowa drogi w ulicy Dmowskiego i rozbudowa ul. 1-go Maja w Łowiczu — wartość inwestycji 10.207.770,00 zł brutto;
- (b) Przebudowa drogi gminnej nr 291204W i Nr 291205W Mirosław-Stare Gulczewo — wartość inwestycji 5.057.558,97 zł brutto,
- (c) Przebudowa ulicy M. Konopnickiej w Łęczycy— wartość inwestycji 4.719.374,11 zł brutto

Ponadto Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna przedstawiła Zamawiającemu swoje doświadczenie wykonawcy zdobyte w ramach konsorcjum poprzez samodzielną realizację określonych zadań jest wystarczające dla spełnienia warunków określonych w pkt. 6.2.c) SIWZ.

Dowód: Umowa konsorcjum z dnia 5 marca 2018r. Dla realizacji inwestycji przebudowy ul. M. Konopnickiej w Łęczycy, umowa konsorcjum z dnia 18 sierpnia 2016r. dla realizacji inwestycji przebudowy drogi gminnej nr 291204W i Nr 291205W Mirosław-Stare Gulczewo, umowa konsorcjum z dnia 21 sierpnia 2018r. dla realizacji inwestycji Budowa drogi w ulicy Dmowskiego i rozbudowa ul. 1go Maja w Łowiczu.

Mając na uwadze powyższe, okoliczność braku wezwania wykonawcy do przedłożenia umów konsorcjum potwierdzających spełnienie warunków określonych w pkt. 6.2.c) SIWZ pozostaje bez znaczenia dla wyniku przedmiotowego postępowania przetargowego.

3. Dot. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p.

W części uzasadnienia oznaczonej numerem II. 2., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. polegające na rzekomo nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, które miało przejawiać się w korzystniejszym traktowaniu Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna aniżeli Aglet sp. z o.o., w tym stosowaniu wobec wykonawców dwóch modeli badania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający podjął wnikliwą analizę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Aglet sp. z o.o., podczas gdy wobec Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna nie podjął żadnych czynności, które miałyby prowadzić do ustalenia, czy realnie zaistniały okoliczności pozwalające zmniejszyć koszty wykonania przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych nie zawiera katalogu czynności sprawdzających, które Zamawiający jest zobligowany przeprowadzić w trakcie badania wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Co więcej, brak jest podstaw ku temu, aby uznać że Zamawiający jest zobowiązany podejmować wobec wszystkich wykonawców takie same czynności zmierzające do ustalenia wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny.

Wątpliwości Zamawiającego w zakresie rzetelności wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynikały przede wszystkim z powołania się przez Aglet sp. z o.o. na rzekome dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych na terenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN w Mokrej Prawej. Zamawiający, będący jednocześnie jednostką samorządu terytorialnego będą jednym udziałowcem Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN w Mokrej Prawej, nie posiadał wiedzy o istnieniu na terenie miasta i okolic czynnej wytwórni mas bitumicznych, wobec czego powziął uzasadnione wątpliwości.

Wobec ustalenia, że Aglet sp. z o.o. nie dysponuje na terenie Skierniewic wytwórnią mas bitumicznych, analiza możliwości wykonania zamówienia przy wykorzystaniu wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanej w Kielcach doprowadziła do wniosku o niezgodności takiego sposobu wykonania prac z zapisami STWiORB (strona 64, pkt 4, ostatni akapit): „Czas transportu mieszanki, liczony od załadunku do rozładunku, nie powinien przekraczać 2 godzin z zachowaniem wymaganej minimalnej temperatury przy zagęszczeniu”. W związku z zamiarem wykorzystania przez Aglet sp. z o.o. wytwórni mas bitumicznych w Kielcach, z uwagi na odległość dzielącą przedmiotową wytwórnię z lokalizacją inwestycji, czas transportu mieszanki bitumicznej przekroczyłby znacznie 2 godziny od załadunku do rozładunku. Powyższe znajduje potwierdzenie w opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku, opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku

stanowiących załączniki do protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22 lutego 2021 roku.

Dowód: protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22.02.2021. uzasadnienie 492/2021 Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. z dnia 29.01.2021 r., opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku oraz opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku)

Wbrew stanowisku odwołującego, Zamawiający początkowo nie uznał za wystarczające wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna, złożonych w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 roku, wzywając dnia 2 lutego 2021 roku wykonawcę do ich uzupełniania. Jak zostało wskazane w poprzednich akapitach niniejszego pisma, odwołujący pomija w ocenie stanu faktycznego okoliczność złożenia przez Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna, na wniosek Zamawiającego, uzupełniających wyjaśnień w zakresie szczegółowej kalkulacji wartości wykonania poszczególnych warstw bitumicznych — pismo z dnia 3 lutego 2021 roku.

Dowód: pisma z dnia 14 stycznia 2021r. oraz z dnia 2 lutego 2021r. Zawierające wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pisma zawierające wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B.; T. Spółka jawna z dnia 19 stycznia 2021 roku oraz z dnia 3 lutego 2021r.

Tym samym, odwołujący bezzasadnie twierdzi jakoby Zamawiający zastosował wobec wykonawców odmienne modele badania wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, tj. model rygorystyczny w stosunku do Aglet sp. z o.o. i model mniej rygorystyczny w stosunku do Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna. Wobec powyższego, zarzut naruszenia art 7 ust. 1 ustawy p.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując konstatacji powyższego należy wskazać, że odwołanie uczestnika postępowania Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie, wobec czego wnoszę jak w petitum pisma.

Jednocześnie wskazuję, że Zamawiający poniósł koszty reprezentacji w niniejszym postępowaniu przez profesjonalnego pełnomocnika, na potwierdzenie czego w załączeniu przedkłada fakturę wraz z dowodem opłaty. Mając na uwadze powyższe, wnoszę o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 762/21

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO PRD-M Sp. z o.o. z s. Piotrków Trybunalski z 2021-04-14

w sprawie odwołania Przedsiębiorstwa Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o.

W nawiązaniu do przystąpienia złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów” — nr sprawy: RZP.271.57.2020, prowadzonym przez Zamawiającego — Miasto Skierniewice (ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice), dalej jako „Zamawiający”,

odnosząc się do zarzutów i twierdzeń odwołania wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. (ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski) dalej jako „Odwołujący”, wskazuję:

I. W przedmiocie zarzutu nr 1 odwołania - dotyczącego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego TRAKT oraz zarzutu nr 3 dotyczącego wezwania Przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co zdaniem Odwołującego było wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców.

1. Na wstępie należy wskazać, że oferty złożone w postępowaniu miały ceny na zbliżonym poziomie. Cena Odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. jest większa od ceny TRAKT zaledwie o 0,5% - tj. niecałe 30 tys. złotych. Poniżej tabela z zestawieniem wszystkich cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu oraz porównanie tych cen złotych brutto do ceny złotych brutto zaoferowanej przez Przystępującego TRAKT:

Przystępujący - TRAKT	5 563 000,00	cena wyjściowa do porównań
Aglet Sp. z o.o.	5 552 892,20	cena mniejsza o około 0,2 %
Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o.	5 591 846,77	cena większa o około 0,5%
JKM MIREX sp. z o.o.	6 016 783,89	cena większa o około 8%
ŚREDNIA CENA:	5 681 130,72	cena większa o około 8%

Biorąc pod uwagę skalę i zakres zamówienie de facto są to takie same ceny. W tych okolicznościach nie sposób wywodzić, że CENA CAŁKOWITA wynosząca 5 563 000,00 zł jest rażąco niska, a cena wyższa od niej o zaledwie 0,5% - wynosząca 5 591 846,77 zł — już nie jest ceną rażąco niską.

2. Odwołujący intencjonalnie „podejmuje” się oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego - w szczególności ich zakresu i stopnia szczegółowości - jednocześnie pomijając treść wezwania, w odpowiedzi, na które zostały złożone. Tymczasem okoliczność ta ma kluczowe znaczenie dla prawidłowej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia Przystępującego w pełni korespondują z treścią wezwania, co więcej one wykraczają ponad żądania wyartykułowane w wezwaniu.

3. Należy podkreślić, że Przystępujący składając wyjaśnienia - wykazał w sposób dostateczny, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający miał wszelkie podstawy do uznania ceny za prawidłową.

a) Złożenie oferty opartej o ceny realne — właściwe firmom wykonawczym, które są znacznie niższe niż ceny, o które oparte jest szacowanie przedmiotu zamówienia zostało wskazane w wyjaśnieniach jako jeden z głównych powodów, dla których Zamawiający powinien dać wiarę Przystępującemu — sporządzenie kosztorysów na podstawie WYCEN WŁASNYCH — a nie na podstawie stawek Sekocenbudu — było właściwe DLA WSZYSTKICH WYKONAWCÓW (w tym dla odwołującego również),

b) Przystępujący wskazał na wizję lokalną - przeprowadzenie wizji lokalnej w niniejszej sytuacji, o której mowa miało istotne znaczenie — pozwoliło na wszechstronną ocenę możliwości zastosowania materiałów oraz pracochłonności projektu,

c) Wieloletnie, nieprzerwane doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu właśnie takich zamówień — jest również czynnikiem pozwalającym na uznanie przez Zamawiającego, że niższe ceny, niż przyjęte w szacowaniu - są możliwe do uzyskania przez tego wykonawcę,

d) Własny sprzęt i baza transportowa — związane również z lokalnym charakterem Wykonawcy oraz faktem, że jest to firma WYKONAWCZA — są również bardzo istotnym elementem potwierdzającym wiarygodność ceny,

e) Struktura organizacyjna firmy — jest również elementem potwierdzającym niższe koszty, niż przyjmowane przez ogólne cenniki — w takiej strukturze tzw. koszty pośrednie — są znacznie niższe niż w przypadku tzw. Generalnych wykonawców,

d) Własny sprzęt i baza transportowa — związane również z lokalnym charakterem Wykonawcy oraz faktem, że jest to firma WYKONAWCZA — są również bardzo istotnym elementem potwierdzającym wiarygodność ceny,

e) Struktura organizacyjna firmy — jest również elementem potwierdzającym niższe koszty, niż przyjmowane przez ogólne cenniki — w takiej strukturze tzw. koszty pośrednie — są znacznie niższe niż w przypadku tzw. Generalnych wykonawców,

f) Potencjał własny w zakresie kontenerów j wskazanie specjalistycznego sprzętu, który jest właściwy właśnie dla tego typu inwestycji — również potwierdza, że Zamawiający ma do czynienia z profesjonalnym wykonawcą wykonującym właśnie takie roboty, jak w przedmiocie zamówienia,

g) W wyjaśnieniach określono w sposób wiarygodny i jednoznaczny robociznę: wskazano 12 osób, wskazano wynagrodzenie tych osób (4.000,00 zł / etat), koszt obsady kierowniczej przez cały okres inwestycji — 100 000, 00 zł

Odwołujący może wskazać, że dla niego — robociznę należało określić w sposób inny (być może przez przedłożenie kosztorysu) — ale powstaje pytanie — czy bardziej czytelne — nie jest wskazanie robocizny właśnie poprzez ilość osób oraz ich wynagrodzenie przez cały okres realizacji umowy ?

h) Przedstawienie sprzętu własnego w tabeli — który jest idealnie dostosowany do wykonywania właśnie takiej roboty, jak przedmiot zamówienia, z określeniem orientacyjnej kwoty kosztów sprzętu — jest również bardziej czytelne niż szczegółowe podziały kategorii RMS w kosztorysach szczegółowych,

i) Przedstawienie innych kosztów w kategorii zbiorczej oraz planowanego zysku — było również czytelne i jednoznaczne.

Odwołujący może twierdzić, że tego typu wskazanie mu nie odpowiada, natomiast należy mieć na względzie, że koszty organizacyjne mają minimalny wpływ na cenę.

j) Należy mieć na względzie, że w zakresie istotnego elementu ceny — tj. mieszanek bitumicznych — złożono konkretną ofertę — dotyczącą :

- mieszanki do wykonania podbudowy - AC22P KR3 - 225 zł lt,

- mieszanki do wykonania warstwy wiążącej A16W KR3 — 240 zł lt,

- mieszanki do wykonania warstwy ścieralnej KR3 — ACIIS — 290zł/t

Ponadto — oferta obejmowała wynajęcie zespołu do rozkładania mieszanek — w ryczałcie dziennym

- 6.600, 00 zł. za użycie rozkładarki i 2 pracowników.

Oferta stanowiła istotny element potwierdzający wiarygodność ceny.

Zamawiający - chcąc uszczegółowienia informacji wynikających z tej oferty — zawnioskował o przedstawienie szczegółowych wykazów cen dotyczących wyceny wykonania wszystkich warstw bitumicznych.

I właśnie takie — maksymalnie szczegółowe informacje uzyskał w wyniku podstawienia wycen dot. warstw bitumicznych.

Wyciąganie wniosków przez Odwołującego o „podwójnym” wzywaniu do wyjaśnień — jest nieprawidłowe. Chodziło wyłącznie o maksymalne uszczegółowienie istotnego elementu ceny. Nie można tego porównywać z sytuacją wykonawcy AGLET, który w w wyjaśnieniach twierdził, że jego mieszanka bitumiczna będzie pochodzić ze Skierniewic (co było nieprawdą) a ponadto — z Kielc — co z kolei jest sprzeczne z wymaganiami STWiORB.

4. Należy również wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego były adekwatne do wezwania a jednocześnie - stanowiły wystarczające potwierdzenie, że cena oferty nie jest rażąco niska, co poparto stosownymi dowodami.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że treść wyjaśnień jest determinowana treścią wezwania i to powiązanie jest kluczowe przy ocenie i analizie wyjaśnień. W szczególności nie sposób wymagać od wykonawcy przyjęcia konkretnej metodyki wyjaśnień — w sytuacji, gdy nie była ona narzucona treścią wezwania. Nie sposób również wskazywać, że wykonawca powinien oprzeć wyjaśnienia na takich a nie innych dokumentach — bowiem obowiązek taki nie wynikał z treści wezwania. W tym wypadku pozostawiono swobodę wykonawcy co do metody wyjaśnienia i sposobów wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r. KIO 82/20:

Istotnym jest treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Izba ustaliła, że wezwanie miało charakter blankietowy, powielający w zasadzie przepisy Pzp bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań Zamawiającego, który ograniczył się jedynie do ogólnego wskazania zagadnień, opisanych powyżej, które będzie brał pod uwagę oceniając złożone wyjaśnienia. Na kanwie powyższego Izba uznała za konieczne odniesienie się do kwestii treści wystosowanego wezwania, bowiem bez wątpliwości determinuje ono zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. Izba wskazuje, że Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną.

Zwrócenia uwagi wymaga, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia na roboty budowlane z czym wiąże się posiadanie przez Zamawiającego tzw. 'kosztorysu inwestorskiego', który pokazuje poziom i strukturę kosztów, Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający był w stanie wyodrębnić najbardziej znaczące pod

względem ceny grupy kosztów i w przypadku, gdyby był zainteresowany ich poziomem w ofercie Odwołującego mógł to wyraźnie wskazać w treści wezwania. Wobec tego Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie sposób stwierdzić, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe czy lakoniczne, bowiem w treści wezwania Zamawiający nie określił stopnia ich szczegółowości i nie wskazał jakich konkretnie informacji Zamawiający oczekuje w złożonych wyjaśnieniach. Zaznaczenia również wymaga, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie wskazał nawet, że oczekuje przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji kosztów, nie mówiąc już o tym, że określił stopień jej szczegółowości. Zatem trudno uznać, że wykonawca mógł się domyślić, że Zamawiający takiej kalkulacji oczekuje i jak miałyby być ona szczegółowa.

Wobec tego Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia modelu wyjaśnień, który chce narzucić odwołujący — np. kosztorysu obejmującego wszystkie pozycje zawarte w Wykazie Cen - jak podnosi Odwołujący.

Przystępujący TRAKT przyjął inny sposób wyjaśnień, do którego miał prawo, a który również w sposób dostateczny, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że tam gdzie Zamawiający wymagał przedstawienia konkretnego dokumentu czy wyliczenia — tj. Wykazów cen dotyczących wykonania wszystkich warstw bitumicznych (wezwanie z 2.02.2021 r.) - tam Przystępujący przedkładał taki dokument. Również w tym przypadku wyjaśnienia korespondują z treścią wezwania.

Należy wskazać, że wezwanie z 02.02.2021 r. - w świetle ogólnej treści pierwszego wezwania i konieczności zbadania cen jednostkowych w zakresie najistotniejszej części składowej ceny jaką jest cena za wykonanie wszystkich warstw bitumicznych. Skierowanie do Przystępującego dodatkowego wezwania do wyjaśnień w świetle okoliczności postępowania - w szczególności przy braku wskazania w pierwszym wezwaniu tych elementów ceny ofert, które budzą uzasadnione wątpliwości co ich wysokości, oraz przy rzeczowych i popartych dowodami wyjaśnieniach Przystępującego - należy uznać za zasadne. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2017 r. KIO 2411/17

Decydującym kryterium w zakresie dopuszczalności kolejnego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest rzetelność w udzielaniu wyjaśnień, niemniej zwrócić należy uwagę, że ocena treści wyjaśnień jest nierozzerwalnie związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień - to wezwanie do wyjaśnień w ocenie Izby determinuje bowiem treść odpowiedzi. Zamawiający w piśmie z dnia 1 września 2017 r. zawarł ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, stanowiące w praktyce przytoczenie brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. Oprócz tego Zamawiający w treści wezwania jedynie pouczył wykonawcę, że w przypadku

niezłożenia rzeczowych wyjaśnień popartych dowodami, jak również w przypadku, gdy dokonana na ich podstawie ocena potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy. Zamawiający, pomimo dysponowania załączonym do oferty Przystępującego kosztorysem, nie wskazał na konkretne elementy ceny, których wyjaśnienia żąda. Dlatego też w ocenie Izby w takiej sytuacji - ze względu na ogólność wezwania - dopuszczalne było zwrócenie się do Przystępującego o uszczegółowienie już złożonych wyjaśnień i konkretne wskazanie w formie pytań tych elementów, których wyjaśnienia żąda Zamawiający. Izba podziela wyrażony w orzecznictwie KIO pogląd, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparte dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17). Jak wskazano powyżej, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w dniu 1 września 2017 r. miało charakter ogólny i sprowadzało się w zasadzie wyłącznie do przytoczenia treści art. 90 Ustawy Pzp, nie wskazywało na jakiegokolwiek elementy oferty, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i które powinny stać się przedmiotem wyjaśnienia. Dlatego też w ocenie Izby w tej sytuacji, Zamawiający był uprawniony do tego, aby zwrócić się do Przystępującego o uszczegółowienie już złożonych wyjaśnień

W niniejszej sytuacji — wezwanie dotyczące warstw bitumicznych miało charakter uszczegółowienia, a Zamawiający miał pełne prawo dokonania tej czynności.

6. Jednocześnie, należy podkreślić, że takie okoliczności jak możliwość uszczegółowienia wyjaśnień w zakresie warstw bitumicznych - nie zachodziły wobec wyjaśnień wykonawcy AGLET Sp. z o.o. - bowiem w ramach wyjaśnień wykonawca ten przedstawił konkretne — sprzeczne z wymaganiami STWiORB założenia — albo nieprawdziwe (brak instalacji w Skierniewicach) albo sprzeczne z wymaganiami STWiORB (lokalizacja w Kielcach), które wraz z pozostałymi okolicznościami wynikającymi z treści wyjaśnień - jednoznacznie potwierdziły, że cena wykonawcy w tym zakresie jest rażąco niska.

W tym stanie rzeczy Zamawiający nie był uprawniony do skierowania do wykonawcy dodatkowego wezwania — w wyniku podjęcia takiej czynności mogłoby dojść jedynie do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, w tym przyjęcia nowej wyceny za warstwy bitumiczne, co byłoby niedopuszczalne. Działanie Zamawiającego nie stanowiło zatem naruszenia

zasady równego traktowania, a było konsekwencją prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez obydwu wykonawców. W tym przypadku nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania, bowiem sytuacja w jakiej był wykonawca AGLET Sp. z o.o. była zupełnie inna niż ta Przystępującego.

II. W przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania, dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego,

1. W ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.c SIWZ, o treści: Zamawiający uzna warunek, o którym mowa w art 22 ust, 1b pkt 3 ustawy Pzp, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże co najmniej dwie roboty budowlane wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty o wartości minimum: 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych) brutto każda, podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia. Za roboty podobne z rodzaju do przedmiotu zamówienia uznaje się wykonanie budowy, przebudowy lub remontu drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto.

Przystępujący wskazał trzy roboty budowlane, z których każda spełnia warunek w zakresie przedmiotowym (tj. rodzaju prac) jak i wartości wykonanej roboty:

1) Odnosząc się do robót wskazanych w pkt 1 Wykazu:

Budowa drogi w ul. Dmowskiego i rozbudowa ul. 1-go Maja w Łowiczu realizowanego na rzecz zamawiającego — Miasto Łowicz, wartość prac wykonanych wyłącznie przez Przystępującego — wyniosła 88% całego zadania — a więc — 8 982 837, 60 zł. a więc ponad 4 krotnie przekraczała wartość wymaganą.

2) Odnosząc się do robót wskazanych w pkt 2 Wykazu:

Przebudowa drogi gminnej nr 291204W i nr 291205W Mirosław - Stare Gulczewo wraz z budową infrastruktury technicznej na rzecz zamawiającego Gmina Słupno o wartości 5 057 558,97 zł - Przystępujący wykonywał zamówienie w ramach konsorcjum, na co wskazują referencje załączone do Wykazu.

Wartość prac wykonanych w ramach tego zamówienia samodzielnie przez Przystępującego wyniosła ok. 4 154 758,00 zł brutto — a więc ponad dwukrotnie niż wartość wymagana. Prace konsorcjanta w ramach tego zamówienia ograniczyły się do wykonania 7720 m² masy bitumicznej za łączną kwotę netto 516 468,00 zł. Ponadto Przystępujący pełnił funkcję lidera konsorcjum i poza wykonywaniem prac budowlanych sprawował nadzór nad realizacją całości zamówienia. Powyższe potwierdza umowa konsorcjum zawarta między Przystępującym a konsorcjantem - Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie.

Wobec powyższego - robota wskazana w pkt 2 Wykazu - spełnia wymogi ustanowione w warunku udziału w postępowaniu.

3) Wreszcie odnosząc się do robót z pkt 3 Wykazu:

Przebudowa ul. M. Konopnickiej wraz z przebudową i budową kanalizacji deszczowej realizowanej na rzecz zamawiającego Miasto Łęczycza - Przystępujący wykonywał zamówienie w ramach konsorcjum, na co wskazują referencje załączone do Wykazu.

Zakres prac jakie wykonał Przystępujący w ramach konsorcjum wyniósł 50% zakresu całego zamówienia i otrzymał wynagrodzenie wynoszące również 50% wartości całego wynagrodzenia — tj. 2 359 687,05 zł (również przekroczyło wartość wymaganą). Umowa konsorcjum zawarta w celu realizacji zamówienia z pkt 3 Wykazu zawiera postanowienia o równym podziale prac i wynagrodzenia między konsorcjantami. Ponadto Przystępujący pełnił funkcję lidera konsorcjum i kierował działalnością konsorcjum podczas realizacji zamówienia - w załączeniu umowa Konsorcjum (załącznik ...).

Wobec powyższego również doświadczenie wskazane w pkt 3 Wykazu jest prawidłowe. Zarówno zakres wykonanych robót jak i ich wartość odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu.

2. Podkreślenia wymaga, że Przystępujący złożył Wykaz zgodnie ze stanem faktycznym. Przystępujący w kolumnie 2. dotyczącej wartości robót - zaznaczał każdorazowa, że wpisana wartość to wartość całej inwestycji, a nie tylko części, którą

zrealizował. Jednocześnie okoliczność wykonywania dwóch robót z wykazu w ramach współpracy z innymi wykonawcami - wynikała ze złożonych do wykazu referencji.

Nie sposób również zarzucać Przystępującemu, że ukrywał fakt realizacji dwóch robót z Wykazu w ramach konsorcjum - byłoby to zupełnie bezcelowe, bowiem zakres prac samodzielnie wykonywanych przez Przystępującego oraz ich wartość - spełniają treści warunku udziału w postępowaniu.

3. Odwołujący przyjął, że już sam fakt realizacji robót referencyjnych w ramach konsorcjum świadczy o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko takie jest niezasadne w świetle orzecznictwa KIO wydanego na kanwie wyroku TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt, które z resztą zostało przywołane w odwołaniu. KIO wielokrotnie wskazywała, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum.

Niemniej jednak w niniejszym przypadku nie tyle idzie o możliwość powołania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum przez Przystępującego. Kwestia ta nie jest o tyle istotna, z uwagi na to, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu nawet wtedy, gdy będzie brany pod uwagę jedynie ten zakres prac i ich wartość, które wykonywał samodzielnie w ramach wykonywania zamówienia we współpracy z innym wykonawcą.

Reasumując — odwołanie jest bezzasadne. Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny są tendencyjne - — nie uwzględniają realnych cen w niniejszym postępowaniu, są oparte wyłącznie o próbę „zakwestionowania” wyjaśnień. Wyjaśnienia były prawidłowe i uwzględniały całość wykonania przedmiotowego zamówienia. Wezwanie do uszczegółowienia dot. wyceny warstw bitumicznych — nie było podwójnym wezwaniem, ale jedynie uszczegółowieniem.

Natomiast zarzuty dotyczące kwestii wykazu robót — są całkowicie bezzasadne z uwagi na to, że elementy samodzielnie wykonane przez Przystępującego — wielokrotnie przewyższają wartości wymagane w treści warunku.

Sygn. akt KIO 764/21

ODWOŁANIE z 2021-03-09 AGLET Sp. z o.o. z s.Warszawa

We wniesionym odwołaniu Odwołujący
zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp2004r.:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania przejawiające się w odmiennym sposobie oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Budowlano - Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna (dalej: „TRAKT”);
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKT pomimo, że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
- 4) Art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp przez dwukrotne skierowanie do wykonawcy TRAKT wezwania do wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę TRAKT.

Uzasadnienie

I.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Będąca przedmiotem odwołania czynność bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób bezpośredni pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, co skutkuje powstaniem szkody po jego stronie. W świetle kryteriów oceny ofert złożona przez Odwołującego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 04.03.2021 r. otrzymanym w tym samym dniu Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta firmy TRAKT, a oferta Odwołującego została odrzucona.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dalszej części uzasadnienia odrzucenia tej oferty Zamawiający wskazał, że przyczyną skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty był art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

W szczegółowym uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że niewiarygodne są wyjaśnienia Odwołującego dotyczące możliwości korzystania z będącej jego własnością wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanej w Skierniewicach. Zamawiający stwierdził, że:

1. „[...] przedmiotowa Wytwórnia Mas Bitumicznych jest nieczynna od kilku lat, jej właściciel nie ma do niej zapewnionego prawnego i fizycznego dostępu oraz posiada wobec właściciela nieruchomości zaległość finansową za bezumowne korzystanie z nieruchomości

W odniesieniu do przywołanej w wyjaśnieniach ceny oferty okoliczności dysponowania Wytwórnią Mas Bitumicznych w Kielcach Zamawiający stwierdził:

udzielonych wyjaśnień wynika, że Aglet Sp. z o.o. jedynie dysponuje Wytwórnią Mas Bitumicznych w Kielcach. Wykonawca nie przedstawia żadnego dokumentu potwierdzającego sposób przedmiotowego dysponowania, a co za tym idzie dla Zamawiającego wątpliwe pozostaje stwierdzenie, że będzie miał możliwość nieograniczonej produkcji betonów asfaltowych w cenach ich wytworzenia."

3. Dodać należy, że argument dotyczący zgromadzonej nadwyżki kruszyw nie może być brany pod uwagę, ponieważ z w/w wyjaśnień nie wynika, aby Aglet sp. z o.o. był jej właścicielem, albo posiadał do niego jakiegokolwiek prawo".

4. „Biorąc pod uwagę łączny czas od załadunku do wbudowania masy bitumicznej, zgodnie z wyżej przedstawionymi danymi, czas transportu mieszanki mineralno-asfaltowej z Kielc do Skierniewic w sposób znaczący przekroczy 2 godziny, co będzie niezgodnej ze SPECYFIKACJĄ ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA dla przedmiotowego postępowania".

W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

5. „Dodatkowo Zamawiający poddał analizie wpływ kosztów transportu na wykonanie nawierzchni asfaltowej w przedmiotowym postępowaniu".

6. „W celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający może badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie".

7. „Z wyżej wymienionych wyjaśnień wynika, że korzystanie przez Wykonawcę z Wytwórni [...] Skierniewice na terenie Zakłady Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN sp. z o.o. nie jest możliwe, a korzystanie z Wytwórni Mas Bitumicznych w Kielcach niezgodne ze

SPECYFIKACJĄ [...] i niewątpliwie będzie miało wpływ na obniżenie jakości wykonywanych robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu".

8. „ Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska [.....]. Reasumując, wyjaśnienia otrzymane od Aglet sp. z o.o. [...] nie spełniają powyższych wymagań. Ponadto brak jest kalkulacji cenowej, która w sposób rzeczowy i przekonujący przedstawia cenę oferty mimo wyższych w stosunku do pozostałych wykonawców kosztów transportu. Tym samym, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty {.....}”.

II. Zarzut nr 1)

1.

Uzasadniając zasadność sformułowanych zarzutów na wstępie Odwołujący zauważa, że u podstaw zakwestionowania przez Zamawiającego złożonych przez niego wyjaśnień RNC legła ta część wyjaśnień, która dotyczyła cen obejmujących warstwy bitumiczne. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że wadliwość wyjaśnień w tym zakresie, a nie jakiegokolwiek innej części wyjaśnień skutkowałą stwierdzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że treść decyzji Zamawiającego nie jest precyzyjna i z jednej jej części wynika, że podstawą odrzucenia oferty jest wystąpienie RNC całej oferty, a z innej, że RNC części składowej tj. warstwy bitumicznej.

2. „Dodatkowo Wykonawca załącza do wyjaśnień Stan Materiałów Wytwórni Mas Bitumicznych na dzień 31.12.2020 r. Wyjaśnienia te nie zostały potwierdzone żadnymi dokumentami. Z

Należy przypomnieć, że stosownie do treści SIWZ cena ofertowa ma charakter ryczałtowy (pkt 16.1 SIWZ). Na treść oferty składała się całościowa cena netto/brutto oferty, w tym Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Stosownie do pkt 3.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek złożenia wypełnionych kosztorysów ofertowych jedynie w stosunku do wybranego wykonawcy (obowiązek złożenia przed podpisaniem umowy). Równocześnie Zamawiający wskazał, że ilości przedmiarowe podane w kosztorysie mają wyłącznie charakter informacyjny (pkt 14.1 SIWZ).

W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, iż skierowane do niego wezwanie do wyjaśnienia RNC dotyczyło ceny całej oferty, miało charakter ogólny i w zasadzie stanowiło przepisanie treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wyszczególnił jakiegokolwiek pozycji cenowej/kosztowej, która miałaby być przedmiotem wyjaśnień.

2.

Odwołujący stwierdza bezzasadność ustalenia przez Zamawiającego wystąpienia RNC, jak też złożenia lakonicznych, czy niewiarygodnych wyjaśnień na podstawie zakwestionowania wyjaśnień w części dotyczącej wykonania warstw bitumicznych.

2.1

Uzasadniając powyższe należy zauważyć, że z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego w żaden sposób nie wynika na jakiej podstawie uznał on, że sugerowana RNC w zakresie warstw bitumicznych skutkuje wystąpieniem rażąco niskiej ceny całej oferty. Nie wiadomo ponadto na jakiej podstawie uznał on, iż rzekome lakoniczne wyjaśnienia ceny w tym zakresie oznaczają, że wyjaśnienia w pozostałym zakresie nie obalają domniemania RNC. Odwołujący podnosi, że obowiązkiem Zamawiającego jest przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a tymczasem Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił stwierdzenia, że rzekome założenie RNC za warstwy bitumiczne skutkuje powstaniem rażąco niskiej ceny całej oferty.

W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, a wykonawcy nie byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertami kosztorysów ofertowych. Poziom cen jednostkowych w zasadzie mógł być dowolnie kształtowany przez wykonawców do momentu podpisania umowy (zgodnie z SIWZ kosztorysy miały być złożone, w celach informacyjnych, przed podpisaniem umowy przez wybranego wykonawcę). W tej sytuacji tym większe zdziwienie budzi działanie Zamawiającego, który odrzuca ofertę Odwołującego jako rażąco niską z powołaniem się na zaniżenie „wyceny” jednej z pozycji kosztorysowych, podawanych informacyjnie, bez jakiegokolwiek próby ustalenia, czy rzekome zaniżenie tej pozycji faktycznie skutkować może wykonaniem całego zamówienia poniżej kosztów.

Niezależnie od powyższego, w świetle okoliczności faktycznych, Zamawiający winien był być świadomym, że nawet hipotetyczne zaniżenie przyjętych w ofercie kosztów w zakresie warstw bitumicznych nie skutkuje wystąpieniem rażąco niskiej ceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że łączna wartość wykonania warstw bitumicznych (materiał, transport, wbudowanie) według kalkulacji Odwołującego (warstwa wiążąca, warstwa ścieralna, podbudowa) wynosi ok. 1.240.199,29 zł netto. Z kolei według szacunków Zamawiającego (według kosztorysu inwestorskiego) łączna ich wartość wynosi: ok 1.788.827 zł. Hipotetyczny

poziom niedoszacowania wynosi zatem ok. 548.628 zł. Wymaga natomiast podkreślenia, że poziom zysku w ofercie wykonawcy określony został na 15% co daje kwotę ok. 832.933,79 zł netto. Jak zatem widać, z uwagi na założony i niezakwestionowany przez Zamawiającego poziom zysku, pozwalający na pokrycie ewentualnych niedoszacowań w zakresie poszczególnych pozycji, nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny oferty z uwagi na ujętą w wyjaśnieniach wycenę wykonania warstw bitumicznych.

2.2

Odwołujący podnosi ponadto, że na wskazaną w wyjaśnieniach wycenę wykonania warstw bitumicznych składają się następujące pozycje kosztowe:

Zakup masy bitumicznej Transport masy na teren budowy Wbudowanie masy.

Tymczasem, z decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że w zasadzie oparł ją wyłącznie o analizę kosztu w zakresie zakupu masy bitumicznej. Zamawiający nawet nie ustalił jaki procent w zakresie podanych cen wykonania warstw bitumicznych stanowi zakup masy bitumicznej. Brak ten również świadczy o wadliwości decyzji Zamawiającego.

2.3

Odwołujący kwestionuje ustalenie Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny oferty w zakresie wykonania warstw bitumicznych są lakoniczne, niewiarygodne i nie obalają domniemania RNC. Wymaga podkreślenia, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił podstawowy dokument jaki winien składać się na wyjaśnienia tj. szczegółowe rozbięcie ceny ofertowej zawarte w kosztorysach ofertowych. W odniesieniu do ujętych w nich pozycji dotyczących wykonania warstw bitumicznych, Odwołujący przedstawił dowody i wyjaśnienia uzasadniające poziom szacowanej ceny tj.

oświadczenie o dysponowaniu własnymi wytwórniami warstw bitumicznych w Kielcach oraz Skierniewicach

stan materiałów niezbędnych do wykonania warstw bitumicznych ze wskazaniem kosztu poszczególnych kruszyw

oferty dotyczące sprzedaży materiałów niezbędnych do wykonania warstw bitumicznych.

Zamawiający winien być świadomym, że okoliczność dysponowania na terenie Skierniewicach wytwórnią mas bitumicznych jest okolicznością, która w sposób oczywisty umożliwia zaoferowania niższych cen. Odwołujący jako producent masy bitumicznych nie musi korzystać z usług pośredników przy zakupie masy bitumicznych co realnie pozwala na obniżenie ceny w stosunku do cen rynkowych o kilkanaście procent. W tych okolicznościach

występująca różnica pomiędzy wyceną Zamawiającego, a Odwołującego znajduje swoje uzasadnienie.

Równocześnie Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób dowolny ustalił, że Odwołujący nie ma możliwości wykorzystania instalacji (wytwórni) w Skierniewicach do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący czyni obecnie na tę instalację nakłady w celu jej uruchomienia.

Odwołujący dodaje, że oceniając realność wyjaśnień w zakresie wykonania warstw bitumicznych Zamawiający winien mieć wiedzę, że dostępne na rynku ceny zakupu mieszanek bitumicznych do wbudowania są bardziej zbliżone od jego wyceny, a nie do wyceny Zamawiającego. Wiedza o realnych cenach rynkowych warstw bitumicznych jest powszechna, co oznacza, że nieuwzględnienie tej okoliczności przy ocenie oferty Odwołującego stanowiło zaniechanie ze strony Zamawiającego. Nawet zatem, gdyby Odwołujący nie był w stanie wykorzystać do realizacji zamówienia materiałów z własnych instalacji to oczywistym było, że wynikająca z wyjaśnień cena pozwala na pokrycie kosztów zakupu tych materiałów na rynku.

3.

Odwołujący podnosi, iż niezasadne jest odrzucenie jego oferty z powołaniem się na zaniżenie części składowej tj. wykonania warstw bitumicznych również z tej przyczyny, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia części składowej ceny oferty (oczywistym jest zresztą, że cena oferty nie obejmowała żadnej części składowej). Jak wprost wynika z wezwania, jego treścią było wyjaśnienie ceny całej oferty, a nie części składowej. Jeżeli zatem podstawą odrzucenia oferty jest ustalenie, że rażąco niska jest cena części składowej oferty, to decyzja ta jest wadliwa m.in. z tej przyczyny, że Odwołujący nie był wzywany do wyjaśnienia tej części składowej. Należy ponadto powtórzyć, że w żadnym miejscu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie pojawiła się argumentacja wskazująca, że rzekoma rażąco niska cena wykonania warstw bitumicznych skutkuje powstaniem rażąco niskiej ceny całej oferty. Ustalenie zamawiającego w tym zakresie było zatem całkowicie dowolne, co skutkuje przyjęciem, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

4.

Odwołujący zaznacza ponadto, że wbrew ustaleniom Zamawiającego zawartym w informacji o odrzuceniu jego oferty różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a szacunkiem Zamawiającego nie wynosiła co najmniej 30%, który to poziom

wymagany jest w treści art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Kwota odczytana podczas otwarcia ofert to: 9.700.000 zł brutto (7.886.178 zł netto), a cena oferty Odwołującego wynosi: 6.830.057,41 zł brutto (netto: 5.552.892,20 zł), co stanowi różnicę mniejszą niż 30%.

Z drugiej natomiast strony różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosi jedynie 2,25%. Ceny wszystkich złożonych ofert nieznacznie się różnią, która to okoliczność winna była stanowić dla Zamawiającego obiektywną informację, że to raczej jego szacunek jest zawyżony, a poziom cen złożonych ofert obrazuje realne ceny rynkowe. W tym miejscu dodać należy, że kosztorys inwestorski Zamawiającego w odniesieniu do którego oceniał on wystąpienie RNC różni się od przygotowanych przez niego przedmiarów. Ponadto, szacunek wynikający z kosztorysu inwestorskiego różni się od kwoty odczytanej przed otwarciem ofert. Okoliczność ta również świadczy o dowolności ustalenia przez Zamawiającego wystąpienia RNC oferty Odwołującego.

II. Zarzut nr 2)

Odwołujący podnosi, że cena oferty TRAKT jest wyższa od ceny Odwołującego o jedynie 12.432,59 zł brutto. Są to zatem w zasadzie jednakowe ceny. Wykonawca ten również został wezwany do wyjaśnienia RNC. Treść wezwania była tożsama z wezwaniem skierowanym do Odwołującego. Analizując wyjaśnienia tego wykonawcy należy zauważyć, że nie złożył on podstawowego dokumentu jaki winien być elementem wyjaśnień tj. rozbitcia ceny ofertowej na części składowe. W przeciwieństwie do firmy TRAKT Odwołujący złożył na pierwsze wezwania kompletne kosztorysy ofertowe. Od samego początku Odwołujący informował Zamawiającego o poziomie wyceny w zakresie warstw bitumicznych. W wyjaśnieniach TRAKT zabrakło tych informacji. Wymaga ponadto podkreślenia, że w treści wyjaśnień tego wykonawcy nie znalazły się jakiegokolwiek wyjaśnienia czy dowody określające sposób, czy poziom cen w zakresie wykonania warstw bitumicznych.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Oferta Odwołującego, który na wezwanie Zamawiającego złożył kosztorysy ofertowe określające wycenę warstw bitumicznych oraz załączył inne dowody i wyjaśnienia w zakresie tej pozycji, została odrzucona, natomiast oferta firmy TRAKT, która nie złożyła żadnych wyjaśnień odnoszących się do wykonania warstw bitumicznych została przyjęta.

O nierównym traktowaniu świadczy ponadto okoliczność w której wykonawca TRAKT, już po złożeniu wyjaśnień, w tym kosztorysów przez Odwołującego, został wezwany do złożenia kosztorysu akurat w zakresie wykonania warstw bitumicznych. Znając wyjaśnienia

Odwołującego oraz wycenę warstw bitumicznych, a także znając wątpliwości Zamawiającego w stosunku do tej części wyjaśnień Odwołującego, firma TRAKT mogła dowolnie ukształtować w swoim kosztorysie poziom cen w zakresie wykonania warstw bitumicznych. Znamienne jest zresztą to, że wynikająca z tych wyjaśnień wycena TRAKT w zakresie warstw bitumicznych w zasadzie pokrywa się z wyceną Zamawiającego, a z kolei cała oferta jest o blisko 30% niższa od wyceny Zamawiającego.

Zwraca ponadto uwagę okoliczność w której Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego z powołaniem się na zakwestionowanie możliwości dysponowania wytwórnią mas bitumicznych w Kielcach oraz Skierniewicach, natomiast przyjmuje ofertę firmy TRAKT, która w odpowiedzi na wezwanie nie składa żadnych wyjaśnień dotyczących wykonania warstw bitumicznych.

III. Zarzut nr 3) i 4)

Jak wynika z pkt II uzasadnienia Odwołania firma TRAKT nie złożyła na wezwanie Zamawiającego rozbicia ceny ofertowej na poszczególne części składowe. Brak tak podstawowego dokumentu winien był skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na praktyczny brak złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny całej oferty. W tej sytuacji okoliczność złożenia przez tego wykonawcę kalkulacji dotyczącej wykonania warstw bitumicznych jest bezprzedmiotowa, gdyż dokument ten złożony został po terminie.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust 1 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie TRAKT do wyjaśnienia ceny oferty. Możliwość powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny może mieć miejsce tylko w celu doprecyzowania złożonych już wyjaśnień. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Wykonawca ten nie wskazał w pierwotnych wyjaśnieniach poziomu cen w zakresie wykonania warstw bitumicznych oraz nie załączył dowodów w tym zakresie.

Sygn. akt KIO 764/21

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE 2021-04-14

Na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku, w odpowiedzi na odwołanie Aglet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zamawiający wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność wywiedzionych w nim zarzutów,
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów a to:

Protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22.02.2021. — uzasadnienie odrzucenia oferty Aglet sp. z o.o. wraz z załącznikami (w tym w szczególności pisma L.dz. 492/2021 Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. z dnia 29.01.2021 r., opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku oraz opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku) - znajdujących się w aktach zamówienia publicznego RZP.27i.57.2020 i przekazanych do Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie

Fragmentu treści STWiORB (str. od str. 1 do str. 2 i od str. 62 do str. 64) — załączone do odpowiedzi dla stwierdzenia faktu: nieudowodnienia przez Aglet sp. z o.o., że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, niezgodności oferty Aglet sp. z o.o. z SIWZ, wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty Aglet sp. z o.o.. braku możliwości dowozu mieszanki asfaltowej z Kielc na teren budowy w czasie nieprzekraczającym 2 godzin,

Wezwań Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. oraz z dnia 2 lutego 2021r. skierowanych do Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. — spółka jawna, do złożenia, a następnie uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

Pism z dnia 19 stycznia 2021 r. oraz z dnia 3 lutego 2021r. zawierających wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna znajdujących się w aktach zamówienia publicznego RZR271,57.2020 i przekazanych do Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie.

dla stwierdzenia faktu: przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności badania wystąpienia w ofertach uczestników postępowania rażąco niskiej ceny z poszanowaniem dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych;

3. Zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł jak w załączonej fakturze VAT wraz z dowodem uiszczenia należności z niej wynikających.

Uzasadnienie

Odwołujący Aglet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;

2. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania przejawiające się w odmiennym sposobie oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna;

3. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKT pomimo, że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez dwukrotne skierowanie do wykonawcy TRAKT wezwania do wyjaśnienia ceny oferty.

Dla uporządkowania wyводу, przedmiotowe uzasadnienie zostanie podzielone na części odpowiadające podniesionym zarzutom.

1. Dot. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Wbrew twierdzeniu Aglet sp. z o.o. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego. W związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający wezwał uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień. Po wnikliwej ocenie złożonych wyjaśnień oraz przeprowadzeniu czynności sprawdzających ich wiarygodność, Zamawiający dokonał zasadnego stwierdzenia, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone przez Aglet Sp. z o.o. są niewystarczające, niewiarygodne, a w konsekwencji oferowana cena pozostaje nierealistyczna, co prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego (wyrok KIO z 12.03.2013 r., KIO 437/13).

W treści uzasadnienia protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22 lutego 2021 roku, Zamawiający dokonał wyczerpującego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Aglet sp. z o.o., z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny. Wnioski z przeprowadzonej procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty zostały poparte stosownymi dokumentami, oświadczeniami, opiniami oraz wyliczeniami stanowiącymi załączniki do przedmiotowego protokołu.

Dowód: protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22.02.2021. uzasadnienie odrzucenia oferty Aglet sp. z o.o. wraz z załącznikami (w tym w szczególności pisma L.dz.

492/2021 Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. z dnia 29.01.2021 r., opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku oraz opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku)

Mając na uwadze powyższe, w tym miejscu należy jedynie podkreślić, że:

Aglet sp. z o.o. nie udowodnił możliwości wykorzystania Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej w miejscowości Mokra Prawa 30, 96-100 Skierniewice na terenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o.,

Aglet sp. z o.o. wskazał na możliwość wykorzystania Wytwórni Mas Bitumicznych w Kielcach, jednakże z uwagi na odległość przedmiotowej wytwórni od miejsca realizacji inwestycji, dostarczenie gotowych mieszanek asfaltowych nie mogłoby nastąpić z zachowaniem wymogów przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz miałyby wpływ na obniżenie jakości wykonywanych robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie bowiem z zapisami STWiORB (strona 64, pkt 4, ostatni akapit): „Czas transportu mieszanki, liczony od załadunku do rozładunku, nie powinien przekraczać 2 godzin z zachowaniem wymaganej minimalnej temperatury przy zagęszczeniu”. W związku z zamiarem wykorzystania przez Aglet sp. z o.o. wytwórni mas bitumicznych w Kielcach, z uwagi na odległość dzielącą przedmiotową wytwórnię z lokalizacją inwestycji, czas transportu mieszanki bitumicznej przekroczyłby znacznie 2 godziny od załadunku do rozładunku. Powyższe znajduje potwierdzenie w opinii mgr inż. T. W. z dnia 21 stycznia 2021 roku, opinii inspektora nadzoru inwestorskiego A. M. z dnia 3 lutego 2021 roku stanowiących załączniki do protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 22 lutego 2021 roku.

W związku z powyższym, ziściły się przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP.

3. Dot. zarzutu naruszenia art.7 ust.1 p.z.p.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Aglet sp. z o.o. jakoby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania mającego przejawiać się w odmiennym sposobie oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna.

W ocenie odwołującego, wezwanie Przedsiębiorstwa Budowlano Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna do złożenia kosztorysów wykonania warstw bitumicznych stanowiło naruszenie zasady równego traktowania, bowiem nastąpiło to po złożeniu rzeczonych kosztorysów przez Aglet sp. z o.o. W ślad za wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2021 r. sygn. akt: 3393/20, ustawa z 2004r. - Prawo zamówień publicznych w art. 90 ust. 1 i 1a pozwala Zamawiającemu na badanie zaoferowanej przez wykonawcę ceny nie tylko w zakresie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale także co do elementów składowych owej ceny, jeżeli ich wysokość budzi wątpliwości zamawiającego.

Tym samym, wystąpienie przez Zamawiającego do złożenia przez Przedsiębiorstwo Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna kosztorysów wykonania warstw bitumicznych po złożeniu analogicznych kosztorysów przez Odwołującego nie może zostać uznane za czynność powodującą naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wątpliwości w tym przedmiocie wyniknęły w stosunku do Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna na późniejszym etapie.

3. Dot. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 1a p.z.p. oraz zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p.

Niezgodne z prawdą jest także twierdzenie odwołującego o przyjęciu ofert Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna, mimo niezłożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie wartości wykonania poszczególnych warstw bitumicznych. W ślad za wezwaniem Zamawiającego z dnia 2 lutego 2021r., ww. wykonawca pismem z dnia 3 lutego 2021 roku przekazał szczegółowy wykaz wartości wszystkich warstw bitumicznych oraz pozostałych prac z rozbiciem na poszczególne części składowe, wobec czego udzielił wyczerpujących wyjaśnień dotyczących wskazanej w ofercie

Dowód: pisma zawierające wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna z dnia 19 stycznia 2021r. oraz z dnia 3 lutego 2021r.

Nie można zgodzić się z zarzutem, jakoby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez dwukrotne skierowanie do Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna wezwania do wyjaśnienia ceny oferty. W wyroku z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2025/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „w przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mato rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień. Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę” (co miało w tej sprawie miejsce). Na możliwość wielokrotnego wzywiania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r., oraz orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r., V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazywały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną.

Dowód: wezwania Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. oraz z dnia 2 lutego 2021r. do złożenia i uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pismo zawierające wyjaśnienia

Przedsiębiorstwa Budowlano — Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna z dnia 19 stycznia 2021 r.

Złożone w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 roku wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wywołały wątpliwości Zamawiającego, ponieważ nie zawierały szczegółowej wyceny z rozbiem na poszczególne etapy prac. Wobec powyższego, zachodziły podstawy do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, na etapie oceny ofert zgodnie z zapisami punktu 3.5 SIWZ oferenci nie byli zobowiązani do przedstawienia kalkulacji cenowej: "Uwaga: - Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu kalkulacji cenowej sporządzonej w oparciu o zamieszczone przedmiary robót."

Oferenci Aglet sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. złożyli pełne kalkulacje cenowe na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — spółka jawna tego nie zrobił, ponieważ zgodnie z SIWZ nie miał takiego obowiązku.

Dokonując konstatacji powyższego należy wskazać, że odwołanie uczestnika postępowania Aglet sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie, wobec czego zamawiający wnosi jak w petitum pisma.

Jednocześnie wskazuje, że Zamawiający poniósł koszty reprezentacji w niniejszym postępowaniu przez profesjonalnego pełnomocnika, na potwierdzenie czego w załączeniu przedkłada fakturę wraz z dowodem opłaty. Mając na uwadze powyższe, wnoszę o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 764/21

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO PB-P „TRAKT” B., T. sp.j. z s. Kutno z 2021-04-14

Pismo procesowe Przystępującego

W imieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” B., T. — Spółka jawna (Woźniaków 110, 99-300 Kutno) — dalej jako „Przystępujący”,

w nawiązaniu do przystąpienia złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów” — nr sprawy: RZP.271.57.2020, prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Skierniewice (ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice), dalej jako „Zamawiający”,

odnosząc się do zarzutów i twierdzeń odwołania wniesionego przez wykonawcę Aglet Sp. z o.o. (ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa) dalej jako „Odwołujący”, wskazując:

I. W przedmiocie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego AGLET z postępowania z powodu rażąco niskiej ceny oferty.

1. Na wstępie należy podkreślić, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu miał prawo a jednocześnie obowiązek badać zarówno ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac w ramach zamówienia jak i cenę całkowitą oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, iż wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy. W orzecznictwie KIO utrwalony jest pogląd, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ceny jednostkowe poszczególnych pozycji również podlegają badaniu, co więcej rzetelna ocena cen jednostkowych wpływa na ocenę ceny całkowitej oferty — w zakresie rażąco niskiej ceny: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 910/16:

Za nieuzasadnioną Izba uznaje argumentację, że wobec ceny ryczałtowej nie można badać poszczególnych pozycji wyceny całości zadania. Owszem należy zgodzić się z twierdzeniem, że o rażąco niskiej cenie decyduje całość wynagrodzenia a nie wynagrodzenie poszczególnych jej pozycji. Niemniej by odpowiedzieć na pytanie czy cena ma charakter rażąco niskiej należy zbadać jej poszczególne elementy, składające się na całość, co daje podstawę do odpowiedzi czy cena ryczałtowa pokrywa koszty jak i zysk przedsiębiorcy na zadaniu. Tylko przez pokazanie zaniżonych elementów w cenie ryczałtowej można stwierdzić jej zaniżenie.

O możliwości badania poszczególnych cen jednostkowych nie decyduje zatem sam charakter wynagrodzenia, a to czy konkretna cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej oferty. Taki charakter bez wątplenia miały ceny zaoferowane za warstwy bitumiczne.

Warstwy bitumiczne w ofercie Odwołującego zostały wycenione na kwotę 1 240 199,29 zł netto, która to wartość stanowi 22% ceny całkowitej netto oferty Odwołującego.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że wykonanie robót związanych z warstwami bitumicznymi to jedna z głównych i najbardziej istotnych prac w ramach tego zamówienia. Prawidłowa wycena tych prac ma kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia.

Powyższe przesądza, że ceny za warstwy bitumiczne są jedną z głównych części składowych ceny całkowitej oferty, a ich zaniżenie wpływa znacząco na zaniżenie ceny całkowitej oferty. Konsekwencją powyższego — rażąco niska cena pozycji dotyczących warstw bitumicznych przesądza o rażąco niskiej cenie oferty. Cena za warstwy bitumiczne spełnia przesłanki uznania ją za „istotną” w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp — określone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2018r. KIO 1489/18

Badanie kwestii rażąco niskiej ceny, niezależnie od podstaw jej wszczęcia (...), dotyczyć może całkowitej ceny oferty, bądź jej istotnej części składowej (por. przepis art. 90 ust. 1 in principio Pzp). Ową istotność tłumaczyć należy jako wymierny wpływ na cenę całkowitą oferty, co wymaga ustalenia w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu m.in. rodzaju przedmiotu zamówienia, czy czynnika cenotwórczego. Stwierdzenie, że wysokość istotnej składowej ceny oferty ustalona została w oderwaniu od realiów rynkowych powoduje, że cenę całkowitą oferty uznać należy za rażąco niską. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r. KIO 2678/18

Pojęcie "istotności" części składowej ceny lub kosztu należy interpretować również poprzez odniesienie się do "istotności" części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona.

Tym samym — właśnie nieprawidłowe elementy wyjaśnień w zakresie tego elementu — słusznie spowodowały, że wykonawca ten potwierdził w wyjaśnieniach rażąco niską cenę.

2. Wbrew twierdzeniom odwołującego wysokości cen jednostkowych nie można było ustalić „dowolnie”. Zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferowanej ustanowionym w SIWZ, należało:

16. Sposób obliczenia ceny oferty

16.1. Cenę na dane zadanie należy określić jako cenę ryczałtową. Wartość pozycji i ceny jednostkowe, winny być wyrażone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

16,2. Ceny jednostkowe winny być podane netto i zawierać wszystkie składniki, o których mowa w specyfikacji technicznej mające wpływ na kompletność wykonania zamówienia oraz na dostosowanie się do wymogów zamówienia.

16,3. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto na wszystkie pozycje wymienione w Wykazie Cen, a następnie przemnoży je przez wymaganą ilość. Tym samym Wykonawca określi wartość netto pozycji wymienionych w Wykazie Cen.

16.4 Po zsumowaniu cen netto za poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego Wykonawca określa cenę netto oraz cenę brutto za całe Zamówienie.

16.5. Ceny określone przez Wykonawcę zostaną ustalone na czas umowy i nie będą podlegały zmianom, RZP.271.57.2020. „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów” oprócz ustawowej zmiany stawki podatku VAT.

16.6. Cena ryczałtowa wskazana w ofercie winna odpowiadać wartości ustalonej w Wykazie Cen (załączniki nr 2.1 do SIWZ)

Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z 5.01.2021 r. Zamawiający - w odpowiedzi na pytanie dotyczące charakteru wynagrodzenia oraz wymaganego w postępowaniu Wykazu Cen, wskazał:

W SIWZ pkt 14.) .a) Zamawiający podkreśla, że Wykonawcy niewolno zmieniać ilości podanych w C W. Tymczasem zarówno we wzorze umowy 53 jak i w SIWZ pkt 16.1 widnieje zapis, że cenę za zadanie należy określić jako ryczałtową.

Prosimy o wyjaśnienie kwestii, która forma obliczania ceny jest właściwa

Odpowiedź.

Mimo, że wynagrodzenie jest ryczałtowe, wykaz cen jest dokumentem pomocniczym i koniecznym np. przy dokonywaniu odbiorów częściowych i dokonywaniu rozliczeń na etapie realizacji inwestycji. Dlatego zamawiający zastrzega, że podany wykaz cen nie może ulec zmianie. W innym przypadku dopuszczenie do zmian w tym zakresie doprowadziłoby do wielu niejasności dla obydwu stron realizacji przedsięwzięcia.

Niniejsze pismo stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: pn.: „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów”,

Tym samym, Zamawiający potwierdził, że Wykaz Cen — ma istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu - a jego treść tj. Wskazane ceny jednostkowe — nie może ulec zmianie. Ceny przyjęte w wykazie — na podstawie których oblicza się cenę całkowitą - nie mogły ulec zmianie. Oznacza to, że po złożeniu oferty, wykonawcy nie mogli dowolnie przerzucać kosztów z jednej pozycji wykazu do innych.

Ponadto, ceny wskazane w wykazie będą stanowiły podstawę rozliczeń między stronami umowy w trakcie realizacji zamówienia i w oparciu o te ceny nastąpi wypłata wynagrodzenia Wykonawcy.

Co prawda wykaz cen podlega złożeniu przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, niemniej jednak powyższe postanowienia SIWZ wskazują na konieczność obliczenia ceny oferty o taki wykaz. Przygotowanie wykazu i rzetelna wycena wszystkich jego pozycji była konieczna do prawidłowego obliczenia ceny całkowitej oferty. Jednocześnie ceny jednostkowe z wykazu, które będą stanowić podstawę do rozliczeń podlegają badaniu czy nie są rażąco niskie. Mając na względzie powyższe — wymagane było w niniejszym postępowaniu obliczenie ceny całkowitej jako sumy cen jednostkowych wyliczonych na podstawie realnych i rzeczowych danych. Okoliczność ta wyklucza „dowolne” określenie cen jednostkowych.

3. Zamawiający prawidłowo ocenił treść wyjaśnień Odwołującego AGLET w zakresie ceny zaoferowanej za warstwy bitumiczne. Odwołujący podnosi, że wobec treści wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w którym Zamawiający nie żądał wprost wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej za warstwy bitumiczne - to w związku z tym Zamawiający nie mógł za podstawę odrzucenia oferty przyjąć rażąco niskiej ceny tych pozycji.

Powyższa argumentacja nie jest zasadna. Po pierwsze - wezwanie do wyjaśnień nie musiało, a nawet nie mogło dotyczyć cen jednostkowych bowiem na tym etapie Zamawiający ich nie znał.

Po drugie wykonawca składając wyjaśnienia musi się liczyć z tym, że ich treść będzie podlegała ocenie. Jeżeli w ramach wyjaśnień Odwołujący przedstawił informację o przyjętych cenach jednostkowych i w tych samych wyjaśnieniach odniósł się do nich szczegółowo — tj. wskazał na jakiej podstawie dokonał wyceny pozycji, to oczywistym jest, że Zamawiający ma obowiązek odnieść się do pełnej treści wyjaśnień — w tym do wyjaśnień w zakresie konkretnej ceny jednostkowej.

Nie jest zasadne twierdzenie, że Zamawiający mógł w takim przypadku oceniać wyjaśnienia wyłącznie pod kątem rażąco niskiej ceny całkowitej oferty i zupełnie pominąć tę część wyjaśnień, która wskazuje, że istotna część składową ceny — tj. cena za warstwy bitumiczne jest rażąco niska. To nie treść wezwania determinuje zakres oceny Zamawiającego ale treść wyjaśnień. Zamawiający nie mógł pominąć okoliczności wskazujących na rażąco niską cenę jednostkową, tylko dlatego, że nie pytał o nie w sposób bezpośredni w treści wezwania. Ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może być wybiórcza. Każda okoliczność ujawniona w treści wyjaśnień a mająca znaczenie dla oceny oferty pod kątem wystąpienia w niej rażąco niskiej ceny musi być wzięta pod uwagę.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2017 r., KIO 1001/17

Skład orzekający uznaje, że w aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych "wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odmienny pogląd prezentowany przez odwołującego prowadziłby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

4. Cena zaoferowana przez Odwołującego AGLET jest rażąco niska, co potwierdzają złożone przez niego wyjaśnienia.

Odwołujący przyjął za podstawę wyceny pozycji związanych z warstwami bitumicznymi — okoliczność, że dysponuje własnymi wytwórniami warstw bitumicznych w Kielcach i Skierniewicach. Przy czym należy podkreślić, że powyższe należy traktować nie jako fakt ale jedynie założenie wykonawcy. Zamawiający wykazał bowiem, że Odwołujący nie jest właścicielem wytwórni, nie ma do niej żadnego tytułu prawnego oraz, że wątpliwym jest możliwość nieograniczonego wykorzystania wytwórni przez Odwołującego. W odwołaniu de facto potwierdzono zasadność tych wątpliwości. Co więcej Odwołujący przyznał, że obecnie czyni nakłady w celu uruchomienia tej wytwórni.

Oznacza to, że wytwórnia aktualnie nie pracuje — zatem założenia w zakresie kosztów związanych z produkcją mas bitumicznych w tej wytwórni nie opierają się na realnych danych a jedynie na założeniach wykonawcy — trudno zatem mówić w tych okolicznościach o faktach, dane przyjęte przez Odwołującego oparte są wyłącznie na przypuszczeniach, które nie są poparte żadnymi dowodami. Ponadto, jeżeli Odwołujący zamierza uruchomić wytwórnię dla potrzeb niniejszego zamówienia i czyni w związku z tym nakłady — to również nakłady poczynione na rozruch wytwórni i koszty związane z jej funkcjonowaniem w trakcie realizowania zamówienia powinny zostać ujęte w kalkulacji, bowiem dotyczą wykonywania tego konkretnego zamówienia. Tymczasem nic takiego nie wynika z wyjaśnień odwołującego.

5. Należy również podkreślić, że transport mieszanki bitumicznej zgodnie ze specyfikacjami technicznymi w niniejszym zamówieniu nie powinien przekraczać 2 godziny z zachowaniem wymaganej minimalnej temperatury przy zagęszczeniu (s. 64 STWiORB):

Skrzynie samochodów wywrotek muszą być dostosowane do współpracy z układarką w czasie rozładunku mieszanki. Czas transportu mieszanki, liczony od załadunku do rozładunku, nie powinien przekraczać 2 godziny z zachowaniem wymaganej minimalnej temperatury przy zagęszczeniu.

Natomiast transport mieszanki z Kielc nie odpowiada takiemu wymogowi.

Droga z Kielc do Skierniewic — samochodem osobowym zajmuje co najmniej 2 h 8 min — zatem czas pokonania tej samej drogi w przypadku obciążanych i wolniejszych samochodów wyładowczych i wywrotek do transportu mieszanki bitumicznej będzie jeszcze dłuższy z uwagi na ograniczenia związane z transportem takiego ładunku, zachowaniem bezpiecznej prędkości przejazdu itd.

W tym aspekcie wyjaśnienia złożone przez Odwołującego — wskazują na sposób wykonania zamówienia niezgodny z wymogami ustanowionymi w postępowaniu.

6. Natomiast odnośnie zarzutu w zakresie wezwania Przystępującego do wyjaśnień dodatkowych, podczas gdy Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dodatkowych dotyczących wyceny warstw bitumicznych — wskazać należy, że w stosunku do Odwołującego AGLET - nie zachodziły okoliczności, które wskazywałyby na zasadność takiego wezwania.

Przede wszystkim treść wyjaśnień Odwołującego z dn. 14.01.2021 r. jednoznacznie rozwiewała wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny w pozycjach dot. warstw bitumicznych. Poza rzekomym dysponowaniem wytwórnią mas bitumicznych w Skierniewicach — nie było innych okoliczności wpływających na rażąco niską cenę w pozycjach dot. mas bitumicznych i kolejne wyjaśnienia w tym zakresie nic by nie zmieniły. Podstawą przyjętych cen były jedynie te okoliczności wskazywane w wyjaśnieniach z dn. 14.01.2021 r. Nawet w treści odwołania Odwołujący nie wskazał choćby jednego innego powodu, który wpłynął poza okolicznościami już znanymi - na taką a nie inną wycenę tych pozycji. Dodatkowe wyjaśnienia Odwołującego prowadziłyby w tej sytuacji jedynie do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień — w szczególności potwierdza to okoliczność, że zdaniem Odwołującego wycena poszczególnych cen jednostkowych mogła być dowolna.

W tym miejscu należy przywołać fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1334/19, w którym Izba odnosząc się do możliwości wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - uzależniła takowe wezwanie od treści złożonych uprzednio przez wykonawcę wyjaśnień:

W odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień Izba wskazuje na własne orzecznictwo (wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15), w którym niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie

zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę "na pierwsze wezwanie". Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art 90 ust 2 Pzp, ciężaru dowodu.

W niniejszym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której wyjaśnienia złożone przez Odwołującego — potwierdziły, że jego cena jest rażąco niska, wobec czego nie było zasadne doprecyzowanie takich wyjaśnień.

Odnosnie zaś wyjaśnień złożonych przez Przystępującego — to w pełni odzwierciedlały one zakres wezwania, zawierały stosowne dowody, a ich doprecyzowanie dotyczyło wyłącznie cen warstw bitumicznych, których Przystępujący nie wyjaśniał w pierwszych wyjaśnieniach, bowiem Zamawiający tego nie wymagał.

Natomiast Odwołujący sam podjął się wyjaśnienia cen za warstwy bitumiczne już na pierwsze wezwanie wykonawcy — mimo braku takiego żądania w wezwaniu. Przedstawienie przez Odwołującego szczegółowych informacji w tym zakresie wykluczyło możliwość dalszego wyjaśniania tej kwestii, bowiem została ona wyjaśniona w sposób jednoznaczny i konkretny. Złożone wyjaśnienia potwierdziły że założenia Odwołującego w zakresie cen za wykonanie warstw bitumicznych są nierealne, oparte na błędnych założeniach i jako takie potwierdzają rażąco niską cenę tych pozycji, które jako istotne części składowe ceny przesądzają o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty.

7. Ustosunkowując się do zarzutu w zakresie niewystarczającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego to również jest on niezasadny.

W uzasadnieniu tym Zamawiający wskazał jednoznacznie okoliczności, które stały u podstaw odrzucenia. Zamawiający wskazał, które elementy wyjaśnień Odwołującego potwierdzają wystąpienie rażąco niskiej ceny. Były to w szczególności:

- nieudowodnione dysponowanie wytwórniami mas bitumicznych na ternie Skierniewic,
- nieudowodnione posiadanie prawa do wykorzystania rzekomej nadwyżki kruszywa przeznaczonego do wykonania mas,

- wykazanie przez Zamawiającego, że wykorzystanie wytwórni w Skierniewicach będzie niemożliwe, brak ujęcia w kosztach mas bitumicznych kosztów transportu z wytwórni z Kielc,
- ponadto sam transport mas z Kielc przy znacznym oddaleniu miejsca wykonania zamówienia zdaniem Zamawiającego wpływa na jakość kruszywa i w związku z tym aspekcie można wskazywać na niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami postanowionymi w SIWZ.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego — wobec przywołanej powyżej treści - nie może zostać uznane jako nieprecyzyjne.

Wobec powyższego decyzję Zamawiającego o negatywnej ocenie wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej należy uznać za prawidłową. Oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę jej istotnych części składowych — tj. wyceny warstw bitumicznych, a to wpływa na rażąco niską cenę całkowitą oferty.

II. W przedmiocie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego TRAKT.

1. Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu na wstępie należy podkreślić, że Odwołujący uzasadnia go w sposób zdawkowy i lakoniczny.

W ocenie Odwołującego nie doszło do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego TRAKT - a jako argument Odwołujący wskazuje brak załączenia do wyjaśnień kalkulacji szczegółowej. Tymczasem Odwołujący nie był zobowiązany do złożenia takiej kalkulacji. Treść wezwania nie wskazywała na taki obowiązek.

2. Wyjaśnienia Przystępującego były szczegółowe, zawierały odniesienie się do poszczególnych składowych ceny całkowitej a przede wszystkim zawierały szereg dowodów jednoznacznie potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

3. W wyjaśnieniach Przystępujący przedstawił koszty wykonania zamówienia — określił wysokość robocizny, koszty sprzętu, koszty gwarancji, dojazdów, urlopów, planowany zysk a w zakresie kosztów materiałowych — przedstawił oferty na zakup materiałów.

Przystępujący złożył wraz z wyjaśnieniami dowody w postaci:

- wykaz sprzętu i urządzeń budowlanych będących własnością wykonawcy
- oferty na sprzedaż mieszanek do mas bitumicznych
- oferta na kostki betonowe
- oferty na wszystkie materiały budowlane konieczne do wykonania zamówienia

Takie dokumenty stanowią wystarczające dowody na to, że zaoferowana cena ma swoje uzasadnienie, że jest realna. Przystępujący składając stosowne wyjaśnienia oraz korespondujące z nimi dowody - wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Tego samego nie można powiedzieć o „dowodach” przedstawionych z wyjaśnieniami Odwołującego - tamte są jedynie zbiorem niczym niepopartych założeń własnych wykonawcy — nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości.

4. Należy podkreślić, że Przystępujący składając wyjaśnienia — wykazał w sposób dostateczny, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający miał wszelkie podstawy do uznania ceny za prawidłową.

a) Złożenie oferty/ opartej o ceny realne — właściwe firmom wykonawczym, które są znacznie niższe niż ceny, o które oparte jest szacowanie przedmiotu zamówienia zostało wskazane w wyjaśnieniach jako jeden z głównych powodów, dla których Zamawiający powinien dać wiarę Przystępującemu — sporządzenie kosztorysów na podstawie WYCEN WŁASNYCH - a nie na podstawie stawek Sekocenbudu — było właściwe DLA WSZYSTKICH WYKONAWCÓW (w tym dla odwołującego również),

b) Przystępujący wskazał na wizję lokalną - przeprowadzenie wizji lokalnej w niniejszej sytuacji, o której mowa miało istotne znaczenie — pozwoliło na wszechstronną ocenę możliwości zastosowania materiałów oraz pracochłonności projektu,

c) Wieloletnie, nieprzerwane doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu właśnie takich zamówień - jest również czynnikiem pozwalającym na uznanie przez Zamawiającego, że niższe ceny, niż przyjęte w szacowaniu - są możliwe do uzyskania przez tego wykonawcę,

d) Własny sprzęt i baza transportowa — związane również z lokalnym charakterem Wykonawcy oraz faktem, że jest to firma WYKONAWCZA — są również bardzo istotnym elementem potwierdzającym wiarygodność ceny,

e) Struktura organizacyjna firmy — jest również elementem potwierdzającym niższe koszty, niż przyjmowane przez ogólne cenniki — w takiej strukturze tzw. koszty pośrednie — są znacznie niższe niż w przypadku tzw. Generalnych wykonawców,

f) Potencjał własny w zakresie kontenerów i wskazanie specjalistycznego sprzętu, który jest właściwy właśnie dla tego typu inwestycji — również potwierdza, że Zamawiający ma do czynienia z profesjonalnym wykonawcą wykonującym właśnie takie roboty, jak w przedmiocie zamówienia,

g) W wyjaśnieniach określono w sposób wiarygodny i jednoznaczny robociznę:

- wskazano 12 osób, wskazano wynagrodzenie tych osób (4000,00 zł / etat), koszt obsady kierowniczej przez cały okres inwestycji — 100 000,00 zł

h) Przedstawienie sprzętu własnego w tabeli - który jest idealnie dostosowany do wykonywania właśnie takiej roboty, jak przedmiot zamówienia, z określeniem orientacyjnej kwoty kosztów sprzętu — jest również bardziej czytelne niż szczegółowe podziały kategorii RMS w kosztorysach szczegółowych,

i) Przedstawienie innych kosztów w kategorii zbiorczej oraz planowanego zysku również czytelne i jednoznaczne.

j) Należy mieć na względzie, że w zakresie istotnego elementu ceny — tj. mieszanek bitumicznych — złożono konkretną ofertę — dotyczącą:

- mieszanki do wykonania podbudowy - AC22P KR3 - 225 zł lt,
- mieszanki do wykonania warstwy wiążącej A16W KR3 — 240 zł lit,
- mieszanki do wykonania warstwy ścieralnej KR3 — ACIIS — 290/t

Ponadto - oferta obejmowała wynajęcie zespołu do rozkładania mieszanek — w ryczałcie dziennym 6600, 00 za użycie rozkładarki i 2 pracowników.

Oferta stanowiła istotny element potwierdzający wiarygodność ceny,

5. Wyjaśnienia Przystępującego korespondowały z treścią wezwania oraz zawierały wszelkie informacje i dane, które w sposób jednoznaczny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Natomiast okoliczność, że Zamawiający wezwał do ich uzupełnienia o przedstawienie szczegółowej wyceny za wykonanie warstw bitumicznych jedynie potwierdza istotność wyceny tego konkretnego elementu zamówienia.

6. Również okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa od ceny oferty Przystępującego tylko o 12 432,59 zł nie przesądza ani o tym, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska ani o tym, że obydwie ceny są rażąco niskie.

Po pierwsze taka różnica nie wynika z faktycznych kosztów przyjętych przez obu wykonawców, tylko z tego, że Odwołujący przyjął zysk na poziomie 832 933,79 zł netto, podczas gdy Przystępujący przyjął zysk na poziomie 350 000,00 zł - czyli ponad dwukrotnie niższym. Odwołujący wycenił faktyczne koszty związane z realizacją zamówienia na kwotę niższą o około 482 tys. zł - i to zaniżenie, które dotyczyło prac związanych z wykonaniem nawierzchni bitumicznej dróg świadczy o rażąco niskiej cenie istotnej części składowej ceny całkowitej - a w konsekwencji również o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty.

Reasumując — odwołanie AGLET jest całkowicie bezzasadne i zasługuje na oddalenie. Próba manipulacji nieczynną wytwórnią mas bitumicznych na terenie Skierniewic słusznie spowodowała uznanie, że istotny element ceny — nie został prawidłowo uwzględniony i oszacowany w ofercie AGLET.

Sygn. akt KIO 764/21

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO PRD-M Sp. z o.o. z s. Piotrków Trybunalski z 2021-04-14

PISMO PROCESOWE PRZYSTĘPUJĄCEGO PRD-M Sp. z o.o.

Działając w imieniu Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim („Przystępujący”), w związku z odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Aglet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”, „Aglet”) pismem z dnia 9 marca 2021 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów” (nr postępowania: RZP.271.57.2020, „Postępowanie”) prowadzonym przez Miasto Skierniewice („Zamawiający”) wniósł o:

1. oddalenie odwołania w części dot. zarzutu 1);
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do pisma procesowego, wnioskowanych w piśmie procesowym lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

UZASADNIENIE

ZWIĘZŁY OPIS STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie przedmiotem którego jest przebudowa ulic w osiedlu Halinów. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp”), Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 grudnia 2020 r. pod nr pozycji: 768720-N-2020.

2. Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty. W odpowiedzi pismem –z dnia 19 stycznia-2021 przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia.
3. 20 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego dodatkowe zapytanie nawiązujące do wezwania z 14 stycznia 2021 r. Przedmiotem zapytania było wskazanie położenia oraz terminu uruchomienia Wytwórni Mas Bitumicznych w Skierniewicach, na które powołał się Odwołujący w swoich wyjaśnieniach.
4. Pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. Aglet udzielił dodatkowych odpowiedzi dot. Wytwórni mas bitumicznych.
5. Pismem z dnia 4 marca 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu Jego oferty.
6. Pismem z dnia 9 marca 2021 r. Odwołujący złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym to zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie powyższych przepisów ma się odzwierciedlać w nieprawidłowym uznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
7. Zamawiający dokonał jednak prawidłowych ustaleń w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Jak zostanie wykazane w dalszej części pisma. Odwołujący udzielił ogólnych i lakonicznych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny swojej oferty, co doprowadziło do podjęcia przez Zamawiającego uzasadnionych działań polegających na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

UZASADNIENIE PRAWNE

11.1 . PROCEDURA WYJAŚNIAJĄCA W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

8. W treści swojego odwołania Odwołujący podnosi, że Jego oferta została niesłusznie odrzucona przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej analizy złożonych wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. O ile jednak Zamawiający zdecydowaną część uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego skupił na wskazaniu, że Odwołujący nie dysponuje Wytwornią Mas Bitumicznych w Skierniewicach, to nie można jednak pominąć, że taka informacja istotnie wpłynęła na stwierdzenie, że Odwołujący przedstawił ofertę z rażąco niską cenę i nie udowodnił, że ofertą ta skalkulowana została w sposób rzetelny i rynkowy.

Odwołujący podnosi, że z treści uzasadnienia odrzucenia Jego oferty nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że cena w zakresie warstw bitumicznych skutkuje

uznaniem, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Odwołujący zdaje się jednak pomijać, że Odwołujący nie tylko przedstawił nieprawdziwie informacje w zakresie dysponowania Wytwórnią Mas Bitumicznych, która miała wpływać na obniżenie ceny Jego oferty, ale nie udzielił de facto przekonujących wyjaśnień już w piśmie z 19 stycznia 2021 roku.

10. W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wynikającym wprost z art. 90 ust. 1 Pzp.

11. Wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny jego oferty. Powstanie takiego domniemania skutkuje przerzuceniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę. Powyższe wynika wprost z art. 90 ust. 2 Pzp. To z kolei oznacza, że wykonawca, w stosunku do którego wystosowano wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do udzielenia rzetelnych, wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień, które dokładnie przedstawiają ukształtowanie ceny oferty i które poparte będą dowodami co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty.(KIO 3448/20 z 20 stycznia 2021r.)

12. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 4 p.z.p. (Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2019 r. KIO 992/19)

13. Z kolei skuteczne złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny będzie miało miejsce wówczas, gdy wyjaśnienia będą „konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia (Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2018r. KIO 2175/18).

14. Wobec powyższego stwierdzić jednoznacznie należy, że w przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, obowiązkiem danego wykonawcy jest udzielenie konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień, które wprost wskażą że

możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny być również poparte obiektywnym materiałem dowodowym, który potwierdzi okoliczności wskazane przez wykonawcę w wyjaśnieniach.

15. Odwołujący nie sprostął wskazanym wyżej wymaganiom odnoszących się do konstrukcji i koniecznej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Aglet sprowadziły się do ogólnych stwierdzeń, a w przeważającej mierze poparte zostały subiektywnymi dowodami przygotowanymi przez Odwołującego, nie określono przy tym, jak dowody te przekładają się na cenę końcową oferty Aglet. Jak Przystępujący przedstawi w dalszej części pisma, wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdziły, że przedmiot zamówienia można realnie wykonać za cenę zaproponowaną przez Odwołującego. Tym samym, wątpliwości Zamawiającego nie zostały rozwiane, co z kolei upoważniało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

II.2. OFERTA AGLET ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ

16. Analiza wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 stycznia 2021 r. prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie sprostął wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Wezwaniem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień, który potwierdziłyby, że zaproponowana cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie:

- (a) 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;
- (b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- (c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- (d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- (e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

17. W treści wezwania z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający podkreślił, że odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień, wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

18. Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 19 stycznia 2021 r. słusznie nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Wyjaśnienia te bowiem w żaden sposób nie potwierdziły, że zaoferowana cena jest realna.

19. Odwołujący w treści swoich wyjaśnień z dnia 19 stycznia 2021 r. wskazał w szczególności, że:

(1) posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu oraz maszyn budowlanych;

(2) posiada szeroko wykształconą kadrę pracowników z wieloletnim wykształceniem w zakresie wykonywania robót drogowych co ma znacznie obniżyć koszty realizacji zamówienia;

(3) zatrudnieni pracownicy posiadają umowę o pracę;

(4) Odwołujący nawiązał współpracę z producentami materiałów i kruszyw;

(5) Odwołujący dysponuje Wytwórnią Mas Bitumicznych w Kielcach oraz Skierniewicach, co daje mu możliwość nieograniczonej produkcji betonów asfaltowych na potrzeby własnej;

(6) Odwołującemu przyznana została pomoc publiczna;

(7) pozycje kosztorysu ofertowego w pełni pokrywają wszystkie koszty bezpośrednie w proporcji do kosztów pośrednich;

(8) podwykonawca robót elektrycznych i telekomunikacyjnych złożył ofertę cenową wykonania robót na kwotę 235 213,36 zł netto.

20. Odwołujący podsumowując swoje krótkie wyjaśnienia wskazał, że

(1) oferta przygotowana została zgodnie z przedmiarami robót;

(2) cena ofertowa została wyliczona w oparciu o przedmiary robót;

(3) poszczególne ceny zostały skalkulowane w sposób rzetelny i właściwy;

(4) cena oferty uwzględnia całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

21. Wyjaśnienia Odwołującego skupiły się przede wszystkim na głoślownych oświadczeniach i deklaracjach, że wymienione w tym piśmie okoliczności pozwolą Aglet zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach z 19 stycznia 2021 r. zostały zawarte jedynie oświadczenia Odwołującego, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelna i rynkowa oraz, że uwzględnia i obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Samego oświadczenia wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można jednak uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień.

22. Aglet de facto w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób przedstawione wyżej okoliczności realnie obniżyły zaoferowaną przez niego cenę. Do wyjaśnień załączone został wykaz środków trwałych, który wskazuje, jakie urządzenia i maszyny są w posiadaniu Odwołującego, wykaz stanu materiałów oraz oferty cenowe. Nie wyjaśniono jednak w jaki sposób, i w jakiej wysokości załączone do wyjaśnień dowody miałyby obniżać cenę oferty Odwołującego.

Przechodząc jednak do analizy oświadczeń Odwołującego w wyjaśnieniach, wskazać należy, że oświadczenia złożone przez Odwołującego pozostają zupełnie nieprzydatne do ustalenia, czy skalkulowana przez niego cena jest prawidłowa j rynkowa.

24. Po pierwsze, nie można uznać, że złożony dowód w postaci wykazu środków trwałych miałby pozwalać na marginalizowanie kosztów pracy sprzętu. Fakt posiadania przez Odwołującego bazy sprzętu nie uzasadnia jeszcze obniżenia kosztów wykonania robót budowlanych. Co istotne, w treści wyjaśnień, Odwołujący nie wskazuje na jakim dokładnie poziomie oszczędności z tego tytułu się kształtują oraz jak wpływają na cenę ofertową. Odwołujący w tym zakresie stawia głoślowne twierdzenia, które nie zostały poparte rzetelnymi informacjami. Samo posiadanie sprzętu nie jest niczym szczególnym. Niezależnie od tego czy Odwołujący posiada na własność wskazany przez niego sprzęt, ponosi on koszty pracy sprzętu, tj. ubezpieczenie, amortyzację, koszty paliwa, serwisu. Jeżeli zatem Odwołujący zamierzał powołać się na obniżone koszty pracy sprzętu jako wyjątkową okoliczność mającą wpływ na obniżenie ceny ofertowej, powinien właśnie te okoliczności wykazać. Tymczasem, w wyjaśnieniach Aglet powołuje się wyłącznie na fakt posiadania sprzętu, nie podając nawet w przybliżeniu kwoty kosztów pracy sprzętu ani tym bardziej skalkulowanych elementów składających się na ten koszt.

25. Po drugie, Odwołujący twierdzi, że obniżenie ceny oferty ma związek z posiadaniem wykwalifikowanej i doświadczonej kadry pracowniczej. Niemniej jednak, fakt posiadania doświadczonej kadry nie stanowi okoliczności wyjątkowej, która pozwalałaby istotnie obniżyć koszty wykonania robót. W rzeczywistości jest to jedynie okoliczność, która pozwala stwierdzić, że wykonawca jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia. Na tę

okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych szerszych wyjaśnień czy też dowodów, które pozwalałyby potwierdzić, że posiadanie doświadczonej kadry pozwala na ograniczenie kosztów, a tym samym uzasadnia obniżoną cenę oferty. Bez znaczenia pozostają tu także deklaracje Odwołującego, że zatrudnieni pracownicy posiadają umowy o pracę, a ich zarobki są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Poza powyższym oświadczeniem, Aglet winien był wskazać jaki jest faktyczny koszt pracowników w cenie ofertowej i jak wpływa to na obniżenie ceny całkowitej oferty.

26. W dalszej części wyjaśnień Odwołujący wskazał, że nawiązał stałą współpracę z producentami kruszyw i innych materiałów budowlanych, co skutkowało rzekomo niższymi cenami zakupu. Do wyjaśnień załączono oferty handlowe, jednak nie sposób z nich wydedukować, w jakiej wysokości Odwołujący otrzymał korzystniejsze warunki cenowe na zakup poszczególnych materiałów budowlanych. Zarówno z wyjaśnień, jak i z ofert handlowych nie wynika, że ceny te są istotnie obniżone. Odwołujący w sposób bardzo ogólnikowy powołał się na przysługujące mu rabaty, przy czym nie wskazał, jakich produktów to dotyczy i jak przekłada się na zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach nie podano żadnych konkretnych informacji na temat cen materiałów ani ich udziału w cenie oferty, nie określono założeń dotyczących ich przewidywanego zużycia. Jedynym dowodem dotyczącym cen kosztów materiałów są oferty handlowe, z którym wprost nie wynika, że obniżają one ceny oferty Odwołującego. Tym samym, nie można jednoznacznie przyjąć, że współpraca z dostawcami kruszyw wpływa na cenę ofertową.

27. I wreszcie, Odwołujący wskazał, że dysponuje Wytwórnią Mas Bitumicznych w Kielcach oraz jest właścicielem Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej w Skierniewicach. Powyższe okoliczności miały rzekomo przekładać się na obniżenie kosztów działalności spółki i stwarzać możliwość nieograniczonej produkcji betonów asfaltowych na potrzeby własne w cenach ich wytworzenia. Odwołujący nie przedłożył jednak żadnych dowodów na to, by potwierdzić, że dysponowanie powyższymi zakładami wpłynie na cenę oferty w Postępowaniu. Odwołujący nie zdecydował się nawet na przedstawienie dowodów, które potwierdzałyby; że Odwołujący faktycznie dysponuje Wytwórnią Mas Bitumicznych w Kielcach oraz, że jest właścicielem Wytwórni Mas Bitumicznych w Skierniewicach. Zamiast tego, do wyjaśnień załączono sporządzony przez Niego wykaz nadwyżki kruszyw na Wytwórni w Kielcach. Przystępującemu ciężko doszukać się uzasadnienia w przedłożeniu takiego dowodu.

28. Oceniając powyższe, już pobieżnie można stwierdzić że Odwołujący złożył ogólnikowe i niepoparte wystarczającymi dowodami wyjaśnienia, które nie wykazują, że cena oferty nie jest rażąco niska. Odnosząc się do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach

należy stwierdzić że w żadnej mierze nie potwierdzają one realności ceny. Ogólnikowa treść wyjaśnień nie odnosi się do okoliczności związanych z kalkulacją ceny dla konkretnego przedmiotu zamówienia w tym Postępowaniu. Odwołujący w żadnym fragmencie swoich wyjaśnień nie wskazał, jak każda z poszczególnych okoliczności wpływa na obniżenie ceny. Już zatem z tych względów zasadnym było uznanie, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

11.3. ODRZUCENIE OFERTY ODWOŁUJĄCEGO Z UWAGI NA NIEPOTWIERDZENIE DYSPONOWANIA WYTWÓRNI MAS BITUMICZNYCH W SKIERNIEWICACH

29. Pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem dot. Wytwórni Mas Bitumicznych w Skierniewicach na którą powołał się Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 19 stycznia 2021 r. Z uwagi, że Wytwórnia ta jest właściwa miejscowo dla siedziby Zamawiającego, Zamawiający zwrócił się z prośbą o odpowiedź, pod jakim dokładnie adresem zlokalizowana jest Wytwórnia oraz w jakim terminie zostanie uruchomiona. Pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi, wskazując na adres wytwórni oraz wskazał, że uruchomiona zostanie ona do końca czerwca 2021 r. Co istotne - Odwołujący w pierwotnych wyjaśnieniach wskazał, że jest właścicielem Wytwórni w Skierniewicach, jednak nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

30. Nie dziwi zatem fakt, że Zamawiający powziął wątpliwości, co do faktycznego dysponowania przez Odwołującego obiektu, który znajdować miałby się w obrębie działalności Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie więc zwrócił się do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WODKAN Sp. z o.o., na terenie którego znajdować miała się Wytwórnia.

31. Informacją z dnia 4 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego (oraz wszystkich pozostałych wykonawców) o odrzuceniu jego oferty. Podstawą odrzucenia był art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. Całość uzasadnienia Zamawiającego skupiła się na wspomnianej wcześniej Wytwórni Mas Bitumicznych w Skierniewicach. Jak bowiem wskazał Zamawiający, po uzyskaniu odpowiedzi od Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. z zapytaniem o Wytwórnię. Powyższy podmiot wskazał Zamawiającemu, że Odwołujący bezprawnie zajmuje nieruchomość. Co więcej, Wytwórnia Mas Bitumicznych jest nieczynna, a sam właściciel nie ma do niej zapewnionego prawnego i fizycznego dostępu.

32. Nie może więc budzić żadnych wątpliwości, że przedstawione przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko nie potwierdziły, że cena nie jest zaniżona, ale wprowadziły dodatkowo Zamawiającego w błąd. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w

której podmiot trzeci (Zakład Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o.), niezaangażowany bezpośrednio ani pośrednio w inwestycję stanowiącą przedmiot Postępowania (a więc niemający w tym zakresie jakiegokolwiek interesu), zaprzecza istnieniu okoliczności, która jawi się jako mająca w decydujący sposób przemawiać za uznaniem, że cena ofertowa Aglet nie jest ceną rażąco niską. Bezsporne jest, że Zamawiający okoliczności tej nie mógł zignorować i zmuszony był do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

33. Odwołujący stara się w treści swojego odwołania przekonać, że trudno odczytać intencje Zamawiającego i nie jest Odwołującemu wiadome co dokładnie wpłynęło na decyzje o odrzuceniu Jego oferty z Postępowania. Odwołujący zdaje się jednak celowo pomijać okoliczność, że już same wyjaśnienia złożone pismem z dnia 19 stycznia 2021 r. były niewystarczające z punktu widzenia objaśnienia czynników obniżających cenę oferty. Dodatkowym i przeważającym aspektem był z kolei fakt, że Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że na obniżenie ceny wpływa fakt, iż jest właścicielem Wytwórni Mas Bitumicznych w Skierniewicach, co miałyby przyczynić się na obniżenia produkcji mas bitumicznych. Odwołujący próbuje przerzucić na Zamawiającego ciężar udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy samodzielnie nie pokusił się na przedłożenie jednoznacznych dowodów na tę okoliczność. Nie dziwi więc, że Zamawiający mając już wątpliwości co do całokształtu wyjaśnień, po uzyskaniu informacji od Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. utwierdził się, że wykonanie zamówienia za cenę przedstawioną przez Odwołującego jest niemożliwe.

34. Zamawiający w tym zakresie przedstawił dokładne uzasadnienie faktyczne, prawne jak i techniczne. Zamawiający dokładnie omówił i przedstawił, co wzbudziło jego wątpliwości i co legło u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

35. Wobec powyższego, decyzja od odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa. Szereg okoliczności zaistniałych w toku procedury wyjaśniającej potwierdziły, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA USTALIŁA I ZWAŻYŁA

Sygn. akt KIO 762/21 i Sygn. akt KIO 764/21

Obydwa odwołania złożono w związku z czynnością/zaniechaniem czynności przez zamawiającego, o których odwołujący zostali powiadomieni przez zamawiającego w dniu 4 marca 2021 roku.

Obydwa odwołania złożono w dniu 9 marca 2021 roku, w związku z ogłoszeniem wyniku przetargu przez zamawiającego, zgodnie z art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwaną także „ustawą Pzp” oraz „ustawą Pzp2004”.

Ogłoszenie o wyniku przetargu, nastąpiło wskutek badania i oceny ofert przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przebudowa ulic w osiedlu Halinów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 grudnia 2020 r. pod nr pozycji: 768720-N-2020.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oznaczonej nr 4, złożonej przez Wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANO-PRODUKCYJNE „TRAKT” B., T. Spółka jawna 99-300 Kutno, Woźniaków 110, zwane też TRAKT:

- 1) Cena wybranej oferty: 5 563 000,00 zł + VAT wynosi 6 842 490,00 zł
- 2) Okres gwarancji wynosi: 60 miesięcy.

Jak podał zamawiający oferta oznaczona nr 4 złożona przez Wykonawcę TRAKT Kutno spełnia wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i na podstawie kryteriów oceny ofert, na które składa się cena 60% i okres gwarancji 40%, uzyskała najkorzystniejszy bilans punktów, tj. 100,00 pkt na 100,00 pkt możliwych do uzyskania.

Zamawiający ustalił następujący ranking złożonych ofert. Przy czym każdy z czterech wykonawców zaoferował gwarancję 60 miesięczną, a różnice w ofertach polegają na wysokości zaoferowanego wynagrodzenia. I tak:

1. Aglet Sp. z o.o. ul. Nowogrodzka 31; 00-511 Warszawa kwota 6 830 057,41zł. brutto – odwołujący w sprawie o Sygn. akt KIO 764/21,
2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo — Mostowych Sp. z o.o. 97-300 Piotrków Trybunalski ul. Południowa 17/19, kwota 6 877 971,53 zł. brutto – odwołujący w sprawie o Sygn. akt KIO 762/21,
3. JKM MIREX sp. z o.o. ul. Czerwona 9, 96-100 Skierniewice kwota 7. 400 644,18 zł. brutto, wykonawca ten na wezwanie zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą

4. PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANO-PRODUKCYJNE „TRAKT” B., T. Spółka jawna 99-300 Kutno, Woźniaków kwota 6 842 490,00 zł brutto to jest wykonawca, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, po odrzuceniu ofert z pkt 1 i 3.

Zamawiający zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp2004 poinformował o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i tak:

1. Aglet Sp. z o.o. ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa (odwołujący – Sygn. akt KIO 764/21) zwana też „Aglet”, „Aglet Warszawa” z następującym uzasadnieniem prawnym:

Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004. Oferta zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tak więc czynność zamawiającego została dokonana w związku ze złożonymi wyjaśnieniami, a nie brakiem złożenia wyjaśnień, na podstawie dyspozycji art.90 ust.3 ustawy Pzp2004.

Zamawiający w dniu 4 marca 2021r.podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Aglet Warszawa:

W toku oceny ofert Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający stwierdził, że przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wprowadza przesłankę kwotową zgodnie z którą, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to zamawiający ma obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień ceny.

Tak więc bezsporną okolicznością w sprawie jest, że wezwanie zamawiającego miało źródło w dyspozycji art.90 ust.1a, a nie w dyspozycji art.90 ust.1 ustawy Pzp2004r. czyli było podyktowane formułą bezwzględna, nakazującą wezwanie, a nie podlegało ocenie zamawiającego czy wezwać do wyjaśnień, co z kolei ma miejsce w dyspozycji art.90 ust.1 ustawy Pzp2004.

Dla oceny przez Izbę zasadności, to jest zgodności z prawem, ale też racjonalności wezwania do złożenia wyjaśnień w kierunku rażąco niskiej ceny (r.n.c.) mają następujące okoliczności .

Jak wynika z protokołu postępowania prowadzonego przez zamawiającego w dniu 4 listopada 2021r. ustalono wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego i wyniosła 12.561.111,68 zł., co stanowi równowartość 2.942.202,39 euro. Zgodnie z art.32

ust.1 ustawy Pzp2004 oznacza to szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego. W tym szacunkowym wynagrodzeniu zamawiający przewidział zamówienia, o których mowa w art.67 ust.1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp2004 na kwotę 4.187.048,23 zł, co stanowi równowartość 980.734,13 euro.

Z kolei w dniu 11.01.2021r. na otwarciu ofert to jest bezpośrednio przed ich otwarciem zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 9.700.000,00zł. brutto. W dniu otwarcia ofert zamawiający uznał, że zamówienie można wykonać za kwotę 9.700.000,00zł. brutto, pomimo szacunku na poziomie 12.561.111,68 zł. bez podatku od towarów i usług.

Ponadto Izba bierze pod uwagę przy ocenie zasadności wezwania przez zamawiającego do wyjaśnień okoliczność, że oferty złożone przez wykonawców są na tym samym poziomie.

W tym miejscu Izba przywołuje fragment cytowanego powyżej w całości pisma z dnia 14.04.2021r. przystępującego TRAKT w sprawie KIO 762/21 (odwołanie PRD-M Piotrków Trybunalski):

I. W przedmiocie zarzutu nr 1 odwołania - dotyczącego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego TRAKT oraz zarzutu nr 3 dotyczącego wezwania Przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co zdaniem Odwołującego było wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców.

„1. Na wstępie należy wskazać, że oferty złożone w postępowaniu miały ceny na zbliżonym poziomie. Cena Odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. jest większa od ceny TRAKT zaledwie o 0,5% - tj. niecałe 30 tys. złotych. Poniżej tabela z zestawieniem wszystkich cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu oraz porównanie tych cen złotych brutto do ceny złotych brutto zaoferowanej przez Przystępującego TRAKT:

1.Przystępujący - TRAKT	5 563 000,00	cena wyjściowa do porównań
2.Aglet Sp. z o.o.	5 552 892,20	cena mniejsza o około 0,2 %
3.Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o.	5 591 846,77	cena większa o około 0,5%
4.JKM MIREX sp. z o.o.	6 016 783,89	cena większa o około 8%
ŚREDNIA CENA:	5 681 130,72	cena większa o około 2%

Biorąc pod uwagę skalę i zakres zamówienie de facto są to takie same ceny. W tych okolicznościach nie sposób wywodzić, że CENA CAŁKOWITA wynosząca 5 563 000,00 zł jest rażąco niska, a cena wyższa od niej o zaledwie 0,5% - wynosząca 5 591 846,77 zł — już

nie jest ceną rażąco niską.”(fragment pisma TRAKT jako przystępującego – KIO 762/21 – odwołujący PRD-M Piotrków Trybunalski).

Z formalnego punktu widzenia w ocenie Izby zamawiający miał prawo wszcząć postępowanie wyjaśniające w kierunku r.n.c. zarówno wobec oferty odwołującego Aglet Warszawa – KIO 764/21 (najniższa cena) jak i wykonawcy wybranego TRAKT Kutno (KIO 762/21 – odwołanie PRDM Piotrków Trybunalski). Zezwala zamawiającemu na to brzmienie art.90 ust.1 pkt 1 a ustawy Pzp2004 (wartość szacunkowa powiększona o vat lub średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert). Na taką czynność zezwalało zamawiającemu porównanie kwot cenowych ofert zarówno odwołującego Aglet Warszawa, jak i oferta przystępującego/wykonawcy wybranego TRAKT Piotrków Trybunalski. Natomiast na taką czynność nie zezwalało zamawiającemu porównanie ofert złożonych to jest ich średnia arytmetyczna, która różniła oferty na poziomie 0,2% czy 0,5% oraz 8% oferta wykonawcy JKM MIREX Skierniewice, który nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z kolei na taką czynność zamawiającemu już nie zezwalałoby porównanie ofert z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, ogłoszoną przez zamawiającego na otwarciu ofert (9.700.000,00zł. kwota zamawiającego na otwarciu ofert i kwota najtańszej oferty 6.830.057,41 Aglet Warszawa i pułap kwoty zamawiającego pomniejszonej o 30% - 6.790.000,00zł.). Niemniej są to wnioski na przyszłość, które bardziej racjonalizują badanie rażąco niskiej ceny przez porównania nie z wartością szacunkową powiększoną o podatki od towarów i usług a przez porównanie z kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Tak więc skoro dla zamawiającego bardziej realną kwotą do oceny rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa, która zwierała w sobie również wypełnioną dyspozycję do art.67 ust.1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp2004, a nie średnia złożonych ofert to z punktu formalnego, a nie celowego Izba stwierdza, że zamawiający miał suwerenne prawo wszcząć procedurę z art.90 ustawy Pzp2004.

Co do KIO 764/21

Tak więc poniżej Izba prezentuje uzasadnienie zamawiającego do czynności odrzucenia oferty z najniższą ceną odwołującego Aglet Warszawa, odnosząc się do zasadności tej czynności, biorąc pod uwagę ocenę złożonych dowodów w postępowaniu odwoławczym jak i argumentacji i wyjaśnień stron i uczestników postępowania prezentowanych we wstępnej części uzasadnienia wyroku w pismach w tym odwołaniu (KIO 764/21).

Wobec jednoznacznej formuły art.90 ust.1 a ustawy Pzp2004 co do podstawy wezwania jaką jest jedno z kryterium wezwania to jest wartość szacunkowa powiększona o podatek vat Izba odnosi się do słuszności czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego Aglet Warszawa.

Zamawiający następująco uzasadnił czynność odrzucenia oferty odwołującego Aglet Warszawa z powodu rażąco niskiej ceny.

„W wyjaśnieniu przesłanym przez Aglet Sp. z o.o. ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa w dniu 19.01.2021r. wykonawca poinformował Zamawiającego cyt.: „że w wycenie zostały uwzględnione wszystkie wymogi zawarte w SIWZ dla zadania pn.: Przebudowa ulic w osiedlu Halinów, a także wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia, bez obniżania jakości wykonywanych robót budowlanych.” Na potwierdzenie przedstawił m.in. informacje, że dysponuje Wytwornią Mas Bitumicznych, zlokalizowaną w Kielcach, ponadto jest właścicielem Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej w Skierniewicach. Jednocześnie załączył do wyjaśnień informację dotyczącą stanu materiałów Wytwórni Mas Bitumicznych w Kielcach. Zamawiający nie miał wiedzy aby na terenie Skierniewic, której jest jednocześnie jednostką samorządu terytorialnego zlokalizowana była jakakolwiek Wytwornia Mas Bitumicznych. W związku z powyższym wezwał Wykonawcę do wyjaśnień na temat informacji, które przekazał w piśmie z dnia 19.01.2021r. wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanych w Skierniewicach. Aglet Sp. z o.o. pismem z dnia 21.01.2021 r. wyjaśnił, że Wytwornia Mas Bitumicznych zlokalizowana jest w miejscowości Mokra Prawa 30, 96-100 Skierniewice (na terenie Zakładu Wodociągów) oraz że przedmiotowa wytwornia jest w trakcie renowacji i uruchamiania, a planowany termin uruchomienia to czerwiec 2021r. Zamawiający na potwierdzenie w/w wyjaśnień skierował do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. pismo z dnia 26.01.2021 r oraz udzielenie informacji dotyczących Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej na ich terenie. W odpowiedzi Zakład Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. pismem z dnia 29.01.2021 r wyjaśnił, że Wytwornia Mas Bitumicznych należąca do Aglet Sp. z o.o. znajduje się na jego terenie bezprawnie, a Aglet Sp. z o.o. nie posiada żadnego tytułu prawnego do nieruchomości, na której znajduje się przedmiotowa ruchomość. Ponadto z informacji przekazanej przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z

o.o. wynika, że przedmiotowa Wytwórnia Mas Bitumicznych jest nieczynna od kilku lat, jej właściciel nie ma do niej zapewnionego prawnego i fizycznego dostępu, oraz posiada wobec właściciela nieruchomości zaległość finansową za bezumowne korzystanie z nieruchomości stanowiącej własność ZWIK WOD-KAN Sp. z o.o. Zamawiający biorąc pod uwagę powyższe informacje stwierdza, że wyjaśnienia Aglet Sp. z o.o. są niewiarygodne, a korzystanie przez Wykonawcę z Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej na terenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. nie jest możliwe. Ponadto Aglet Sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazuje, że „dysponuje Wytwornią Mas Bitumicznych, zlokalizowaną w m. Kielce więc ma możliwość nieograniczonej produkcji betonów asfaltowych na potrzeby własne w cenach ich wytworzenia, co w znaczący sposób przekłada się na obniżenie kosztów działalności”. Dodatkowo Wykonawca załącza do wyjaśnień Stan Materiałów Wytwórni Mas Bitumicznych na dzień 31.12.2020 r. Wyjaśnienia te nie zostały potwierdzone, żadnymi dokumentami. Z udzielonych wyjaśnień wynika, że Aglet Sp. z o.o., jedynie dysponuje Wytwornią Mas Bitumicznych w Kielcach. Wykonawca nie przedstawia żadnego dokumentu potwierdzającego sposób przedmiotowego dysponowania, a co za tym idzie dla Zamawiającego wątpliwe pozostaje stwierdzenie, że będzie miał możliwość nieograniczonej produkcji betonów asfaltowych w cenach ich wytworzenia. Dodać należy, że argument dotyczący zgromadzonej nadwyżki kruszyw nie może być brany pod uwagę, ponieważ z w/w wyjaśnień nie wynika, aby Aglet Sp. z o.o. był jej właścicielem, albo posiadał do niego jakiegokolwiek prawo.

Zgodnie ze SPECYFIKACJAMI TECHNICZNYMI WYKONANIA I ODBIORU WYKONANIA ROBÓT BUDOWLANYCH dla zadania „Przebudowa ulic na osiedlu Halinów w Skierniewicach” opracowanymi przez Projektanta mgr inż. Pawła Frynia, które stanowią integralną całość SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ulic w osiedlu Halinów D.04.07.01. POBUDOWA Z BETONU ASFALTOWEGO, D.05.OO.05 NAWIERZCHNIA Z BETONU ASFALTOWEGO D.05.03.05/01 WYKONANIE WARSTWY WIĄŻĄCEJ Z BETONU ASFALTOWEGO AC16W D.05.03.05/02 WYKONANIE WARSTWY ŚCIERALNEJ Z BETONU ASFALTOWEGO w punkcie 4. TRANSPORT wskazano, że: „Do transportu mieszanki przewiduje się samochody samowładowcze posiadające pokrowce brezentowe zapewniające utrzymanie odpowiedniej temperatury transportowanej mieszanki. Ładowność i ilość środków transportowych powinna być tak dobrana aby zapewnić ciągłą pracę układarki a jednocześnie nie dopuścić do zbyt długiego przestoju przed wyładowaniem i wbudowaniem mieszanki asfaltowej. Transport powinien być zorganizowany w taki sposób aby nie dopuścić do spadków temperatury przewożonej mieszanki z wytwórni do miejsca wbudowania poniżej 10% temperatury wyjściowej. Powierzchnia wewnętrzna skrzyni samochodów przed załadunkiem musi być

spryskana środkami zapobiegającymi przyklejaniu się mieszanki. Skrzynie samochodów wywrotek muszą być dostosowane do współpracy z układarką w czasie rozładunku mieszanki. Czas transportu mieszanki, liczony od załadunku do rozładunku, nie powinien przekraczać 2 godziny z zachowaniem wymaganej minimalnej temperatury przy zagęszczeniu. Zamawiający zgodnie z załączonymi wyznaczonymi trasami przejazdu dla Samochodów ciężarowych oszacował, że czas przejazdu mieszanki z wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanych w Kielcach do Skierniewic wyniesie dla trasy 194,2 km 3,0 godziny, Dla trasy 458 km 4 godziny i 50 minut. Biorąc pod uwagę łączny czas od załadunku do wbudowania masy bitumicznej, zgodnie z wyżej przedstawionymi danymi, czas transportu mieszanki mineralno asfaltowej z Kielc do Skierniewic w sposób znaczący przekroczy 2 godziny, co będzie niezgodnie ze SPECYFIKACJĄ WARUNKÓW ZAMÓWIENIA przedmiotowego postępowania. Dodatkowo Zamawiający poddał analizie wpływ kosztów transportu na wykonanie nawierzchni asfaltowej w przedmiotowym postępowaniu. W celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający może badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie. W wyroku z 24.08.2012 r. KIO 1734/12, LEX nr 1216249, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ceny jednostkowe mogą mieć cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie i być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy. Z wyżej wymienionych wyjaśnień wynika, że korzystanie przez Wykonawcę z Wytwórni Mas Bitumicznych zlokalizowanej w miejscowości Mokra Prawa 30, 96-100 Skierniewice na terenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. nie jest możliwe, a korzystanie z Wytwórni Mas Bitumicznych w Kielcach niezgodne ze SPECYFIKACJĄ ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA i niewątpliwie będzie miało wpływ na obniżenie jakości wykonywanych robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu. 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 (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., XIX Ga 3/07). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska (Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV). Reasumując, wyjaśnienia otrzymane od Aglet Sp. z o.o. ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa, nie spełniają powyższych wymagań. Ponadto brak jest kalkulacji cenowej, która w sposób

rzeczowy i przekonujący przedstawia cenę oferty mimo wyższych w stosunku do pozostałych oferentów kosztów transportu. Tym samym, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty (wyrok KIO z 13.10.2014 r., KIO 2031/14). Biorąc wszystkie powyższe argumenty pod uwagę należy przyjąć, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone przez Aglet Sp. z o.o. są niewystarczające, niewiarygodne, a w konsekwencji oferowana cena pozostaje nierealistyczna, co prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego (wyrok KIO z 12.03.2013 r., KIO 437/13). Na skutek powyższego, nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.”

Izba podsumowując argumentację zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego Aglet Warszawa (KIO 764/21) stwierdza, że zasadnicza argumentacja sprowadza się do braku dysponowania na terenie Skierniewic przez Aglet, a dokładnie na terenie nieruchomości w Mokra-Prawa Zakładu Wodociągów i Kanalizacji WOD-KAN Sp. z o.o. (spółka ze 100% kapitałem zakładowym zamawiającego) czynnej wytworni mas bitumicznych. Powyższe ustalenie skłoniło zamawiającego do stwierdzenia, że druga wytwórnia mas bitumicznych, będąca w posiadaniu odwołującego znajduje się w odległych Kielcach. Zamawiający poczynił szereg ustaleń i pozyskał szereg opinii z których wynika, że niespełniony będzie wymóg co do dostawy mieszanki bitumicznej w ciągu 2 godzin na plac budowy, a czego wymaga proces technologiczny układania warstw bitumicznych. W ocenie Izby fakt jest bezsporny, że w ciągu dwóch godzin na dokona się załadunku i rozładunku masy bitumicznej dowożonej z wytworni mas bitumicznych w Kielcach na teren budowy w Skierniewicach. Niemniej faktem jest, że około trzech lat temu odwołujący kupił wytwornię mas bitumicznych i od ubiegłego roku 2020r.(czerwiec-lipiec) czyni nakłady na jej uruchomienie (przedstawił trzy faktury na roboty elektryczne AKPiA na kwotę około 30 tys. złotych –akta sprawy). Faktem również jest, że zamawiający jest decyzyjny co do uregulowania kwestii użytkowania wytworni mas bitumicznych odwołującego na terenie ZWiK WOD-KAN Sp. z o.o. jako 100% udziałowiec tej spółki. W ocenie Izby uruchomienie nieczynnej od trzech lat wytworni mas bitumicznych na terenie Mokra-Prawa rejon Skierniewic da korzyści nie tylko odwołującemu, ale również zamawiającemu jako gospodarzowi terenu, który ożywi się przez to gospodarczo i zapewni dostęp do blisko położonej wytworni mas bitumicznych przy wszelkiego rodzaju robotach drogowych w obszarze zarządzania zamawiającego. Niemniej jak twierdził przystępujący na rozprawie PRDM Piotrków Trybunalski, jako jedyny wśród wykonawców dysponujący własną czynną

wytwórnią mas bitumicznych, na decyzję środowiskową na uruchomienie wytwórni czeka się nawet do dwóch lat.

Izba rozstrzygając tę kwestię sporną nie znajduje podstaw co do jakiegokolwiek znaczenia kwestii posiadania, bądź nie posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych. Nie było wymogu posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych. Każdy wykonawca do realizacji przewidzianych robót drogowych ma prawo do zakupu masy bitumicznej u zewnętrznych podmiotów. Takim zewnętrznym podmiotem jest chociażby przystępujący PRDM Piotrków Trybunalski, który jak oświadczył na rozprawie posiada własną wytwórnię mas bitumicznych. Ponadto na rozprawie odwołujący Aglet Warszawa przedstawił dwie internetowe informacje handlowe o możliwości zakupu masy bitumicznej z podaniem cen, w rejonie spełniającym wymóg czasowy co do odległości miejsca wytwórni od miejsca robót drogowych (Falbruk oraz Masfalt). W ocenie Izby aby przyjąć powyższy dokument jako dowód na zapewnienie dostawy masy bitumicznej, nie musi mieć on charakteru wiążącej oferty do przedmiotowego postępowania. Twierdzący o konieczności wiążącej oferty do przedmiotowego zamówienia nie wykazali, że na rynku dostaw są jakiegokolwiek ograniczenia, w podaży to jest w zdolnościach produkcyjnych wytwórni mas bitumicznych, na terenie zamawiającego. W tym stanie rzeczy wywody zamawiającego, jak i przystępujących w złożonych pismach oraz na rozprawie o r.n.c. jeżeli chodzi o ułożenie w tym zakup masy bitumicznej oraz dodatkowych kosztach transportu z Kielc nie potwierdziły się.

Izba przyznała również zasadność argumentacji zawartej w odwołaniu:

We wniesionym odwołaniu Odwołujący

zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp2004r.:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania przejawiające się w odmiennym sposobie oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Budowlano - Produkcyjnego „TRAKT” B., T. Spółka jawna (dalej: „TRAKT”);
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKT pomimo, że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
- 4) Art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp przez dwukrotne skierowanie do wykonawcy TRAKT wezwania do wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę TRAKT.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. W świetle kryteriów oceny ofert złożona przez Odwołującego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadniając zasadność sformułowanych zarzutów na wstępie Odwołujący zauważa, że u podstaw zakwestionowania przez Zamawiającego złożonych przez niego wyjaśnień RNC legła ta część wyjaśnień, która dotyczyła cen obejmujących warstwy bitumiczne. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że wadliwość wyjaśnień w tym zakresie, a nie jakiegokolwiek innej części wyjaśnień skutkowałą stwierdzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty.

Należy przypomnieć, że stosownie do treści SIWZ cena ofertowa ma charakter ryczałtowy (pkt 16.1 SIWZ). Na treść oferty składała się całościowa cena netto/brutto oferty, w tym Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Stosownie do pkt 3.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek złożenia wypełnionych kosztorysów ofertowych jedynie w stosunku do wybranego wykonawcy (obowiązek złożenia przed podpisaniem umowy). Równocześnie Zamawiający wskazał, że ilości przedmiarowe podane w kosztorysie mają wyłącznie charakter informacyjny (pkt 14.1 SIWZ).

W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, iż skierowane do niego wezwanie do wyjaśnienia RNC dotyczyło ceny całej oferty, miało charakter ogólny i w zasadzie stanowiło przepisanie treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wyszczególnił jakiegokolwiek pozycji cenowej/kosztowej, która miałaby być przedmiotem wyjaśnień.

W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, a wykonawcy nie byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertami kosztorysów ofertowych. Poziom cen jednostkowych w zasadzie mógł być dowolnie kształtowany przez wykonawców do momentu podpisania umowy (zgodnie z SIWZ kosztorysy miały być złożone, w celach informacyjnych, przed podpisaniem umowy przez wybranego wykonawcę). W tej sytuacji tym większy zdziwienie budzi działanie Zamawiającego, który odrzuca ofertę Odwołującego jako rażąco niską z powołaniem się na zaniżenie „wyceny” jednej z pozycji kosztorysowych, podawanych

informacyjnie, bez jakiegokolwiek próby ustalenia, czy rzekome zaniżenie tej pozycji faktycznie skutkować może wykonaniem całego zamówienia poniżej kosztów.

Niezależnie od powyższego, w świetle okoliczności faktycznych, Zamawiający winien był być świadomym, że nawet hipotetyczne zaniżenie przyjętych w ofercie kosztów w zakresie warstw bitumicznych nie skutkuje wystąpieniem rażąco niskiej ceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że łączna wartość wykonania warstw bitumicznych (materiał, transport, wbudowanie) według kalkulacji Odwołującego (warstwa wiążąca, warstwa ścieralna, podbudowa) wynosi ok. 1.240.199,29 zł netto. Z kolei według szacunków Zamawiającego (według kosztorysu inwestorskiego) łączna ich wartość wynosi: ok 1.788.827 zł. Hipotetyczny poziom niedoszacowania wynosi zatem ok. 548.628 zł. Wymaga natomiast podkreślenia, że poziom zysku w ofercie wykonawcy określony został na 15% co daje kwotę ok. 832.933,79 zł netto. Jak zatem widać, z uwagi na założony i niezakwestionowany przez Zamawiającego poziom zysku, pozwalający na pokrycie ewentualnych niedoszacowań w zakresie poszczególnych pozycji, nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny oferty z uwagi na ujętą w wyjaśnieniach wycenę wykonania warstw bitumicznych.

Odwołujący podnosi ponadto, że na wskazaną w wyjaśnieniach wycenę wykonania warstw bitumicznych składają się następujące pozycje kosztowe:

Zakup masy bitumicznej Transport masy na teren budowy Wbudowanie masy.

Tymczasem, z decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że w zasadzie oparł ją wyłącznie o analizę kosztu w zakresie zakupu masy bitumicznej. Zamawiający nawet nie ustalił jaki procent w zakresie podanych cen wykonania warstw bitumicznych stanowi zakup masy bitumicznej. Brak ten również świadczy o wadliwości decyzji Zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje ustalenie Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny oferty w zakresie wykonania warstw bitumicznych są lakoniczne, niewiarygodne i nie obalają domniemania RNC. Wymaga podkreślenia, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił podstawowy dokument jaki winien składać się na wyjaśnienia tj. szczegółowe rozbieżności ceny ofertowej zawarte w kosztorysach ofertowych. W odniesieniu do ujętych w nich pozycji dotyczących wykonania warstw bitumicznych, Odwołujący przedstawił dowody i wyjaśnienia uzasadniające poziom szacowanej ceny tj.

oświadczenie o dysponowaniu własnymi wytwórniami warstw bitumicznych w Kielcach oraz Skierniewicach,

stan materiałów niezbędnych do wykonania warstw bitumicznych ze wskazaniem kosztu poszczególnych kruszyw,

oferty dotyczące sprzedaży materiałów niezbędnych do wykonania warstw bitumicznych.

Równocześnie Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób dowolny ustalił, że Odwołujący nie ma możliwości wykorzystania instalacji (wytwórni) w Skierniewicach do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący czyni obecnie na tę instalację nakłady w celu jej uruchomienia.

Odwołujący dodaje, że oceniając realność wyjaśnień w zakresie wykonania warstw bitumicznych Zamawiający winien mieć wiedzę, że dostępne na rynku ceny zakupu mieszanek bitumicznych do wbudowania są bardziej zbliżone od jego wyceny, a nie do wyceny Zamawiającego. Wiedza o realnych cenach rynkowych warstw bitumicznych jest powszechna, co oznacza, że nieuwzględnienie tej okoliczności przy ocenie oferty Odwołującego stanowiło zaniechanie ze strony Zamawiającego. Nawet zatem, gdyby Odwołujący nie był w stanie wykorzystać do realizacji zamówienia materiałów z własnych instalacji to oczywistym było, że wynikająca z wyjaśnień cena pozwala na pokrycie kosztów zakupu tych materiałów na rynku.

Odwołujący zaznacza ponadto, że wbrew ustaleniom Zamawiającego zawartym w informacji o odrzuceniu jego oferty różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a szacunkiem Zamawiającego nie wynosiła co najmniej 30%, który to poziom wymagany jest w treści art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Kwota odczytana podczas otwarcia ofert to: 9.700.000 zł brutto (7.886.178 zł netto), a cena oferty Odwołującego wynosi: 6.830.057,41 zł brutto (netto: 5.552.892,20 zł), co stanowi różnicę mniejszą niż 30%.

Z drugiej natomiast strony różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosi jedynie 2,25%. Ceny wszystkich złożonych ofert nieznacznie się różnią, która to okoliczność winna była stanowić dla Zamawiającego obiektywną informację, że to raczej jego szacunek jest zawyżony, a poziom cen złożonych ofert obrazuje realne ceny rynkowe. W tym miejscu dodać należy, że kosztorys inwestorski Zamawiającego w odniesieniu do którego oceniał on wystąpienie RNC różni się od przygotowanych przez niego przedmiarów. Ponadto, szacunek wynikający z kosztorysu inwestorskiego różni się od kwoty odczytanej przed otwarciem ofert. Okoliczność ta również świadczy o dowolności ustalenia przez Zamawiającego wystąpienia RNC oferty Odwołującego.

Zwraca ponadto uwagę okoliczność w której Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego z powołaniem się na zakwestionowanie możliwości dysponowania wytwórnią mas bitumicznych w Kielcach oraz Skierniewicach, natomiast przyjmuje ofertę firmy TRAKT, która

w odpowiedzi na wezwanie nie składa żadnych wyjaśnień dotyczących wykonania warstw bitumicznych.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust 1 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie TRAKT do wyjaśnienia ceny oferty. Możliwość powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny może mieć miejsce tylko w celu doprecyzowania złożonych już wyjaśnień. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Wykonawca ten nie wskazał w pierwotnych wyjaśnieniach poziomu cen w zakresie wykonania warstw bitumicznych oraz nie załączył dowodów w tym zakresie.”

Co do zarzutów odwołania odnoszących się do oferty TRAKT Kutno (zarzuty 3 i 4 odwołania) to Izba nie uwzględniła zarzutów, które powielają zarzuty zawarte w odwołaniu PRDM Piotrków Trybunalski, a które to odwołanie zostało oddalone (KIO 762/21). Zresztą na posiedzeniu Izby zarzuty zawarte w pkt 3 i 4 odwołania zostały przez odwołującego Aglet cofnięte.

Podsumowując Izba nie stwierdziła, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wskazywały na r.n.c w ofercie odwołującego Aglet Warszawa.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji wyroku (Sygn. akt KIO 764/21).

Kosztami postępowania obciąża odwołującego Aglet Warszawa i zamawiającego Miasto Skierniewice, zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego Aglet Warszawa tytułem wpisu od odwołania, zasądzając od zamawiającego Miasto Skierniewice na rzecz odwołującego Aglet Warszawa kwotę 5 000 zł 00 gr, stanowiącą połowę uiszczonego wpisu od odwołania, a w pozostałym zakresie koszty postępowania – wynagrodzenia pełnomocników znoszą się wzajemnie.

Co do KIO 762/21

Co do odwołania w sprawie KIO 762/21 to zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący PRDM Piotrków Trybunalski na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) („ustawaPzp2019”/”Pzp2019”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

I. Zaniechania:

- (1) odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Produkcyjnego „Trakt” B., T. Spółka jawna z siedzibą w Kutnie (dalej „Trakt”), pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Trakt wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena ma realny charakter;
- (2) przeprowadzenia względem wykonawcy Trakt procedury wyjaśniającej w zakresie doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.2.c) SIWZ;
- (3) dokonania wyboru oferty Trakt jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II. Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp2004:

- (1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty Trakt na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pozwalają uznać, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- (2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, gdy tymczasem z przedłożonych przez Trakt dokumentów nie wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w pkt 6.2.c) SIWZ;
- (3) art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, które przejawiało się w nieuzasadnionym korzystniejszym traktowaniu wyjaśnień Trakt w zakresie rażąco niskiej ceny niż wyjaśnień wykonawcy Aglet sp. z o.o., a także stosowaniu wobec obu wykonawców dwóch modeli badania rażąco niskiej ceny (wobec Trakt mniej rygorystycznego, wnikliwego badania kalkulacji ceny ofertowej, w tym rzekomych oszczędności generowanych przez Trakt).

III. Na podstawie tak sformułowanych zarzutów, odwołujący wniósł o:

- (1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

- (a) unieważnienia czynności wyboru oferty Trakt;
- (b) odrzucenia oferty Trakt w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
- i
- (c) wykluczenia wykonawcy Trakt w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;
- (d) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert;

[ewentualnie]

(2) w razie braku wykluczenia Trakt, nakazanie Zamawiającemu zastosowanie wobec Trakt art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp i przeprowadzenie ponownego badania oferty Trakt pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

(3) w każdym przypadku 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.

i

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący uzasadnił interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa.

Oferta złożona przez Trakt została sklasyfikowana przez Zamawiającego na pozycji wyższej niż oferta złożona przez Odwołującego. Uznanie przez Zamawiającego, że oferta Trakt nie podlega odrzuceniu prowadzić może do pozbawienia Odwołującego uzyskania zamówienia.

Izba na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, w zakresie złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Trakt Kutno, nie stwierdza, aby złożone wyjaśnienia wskazywały na rażąco niską cenę oraz zarzucaną przez odwołującego ogólnikowość czy też lakoniczność złożonych wyjaśnień, czy też brak dowodów. Przystępujący Trakt złożył na potwierdzenie wiarygodności ceny w tym w zakresie jej istotnego elementu to jest kosztu i możliwości zakupu mieszanki bitumicznej dowody (wyciąg z protokołu” Adwokat, pełnomocnik Przystępującego Trakt składa dowody dla sprawy 762/211- . Oferta ERBEDI M 08.01.2021, z której wynikają ceny na mieszankę do wykonania podbudowy, która była złożona w toku pierwszych wyjaśnień, niemniej była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (nie w zakresie ceny tylko w zakresie danych producenta),-2 wydruk z Google stanowiący potwierdzenie, że ERBEDI M oferujący nam mieszankę do wykonania podbudowy posiada wytwórnię na terenie Strykowa i jest to wiedza powszechna.

Izba również nie stwierdza zarzucanego zamawiającemu nierównego traktowania wykonawcy Trakt Kutno w stosunku do wykonawcy Aglet Warszawa przy ocenie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak już wyżej w sprawie Sygn. akt KIO 764/21 Izba ustaliła, wezwania do wyjaśnień opierały się na dosłownym brzmieniu art.90 ust.1 ustawy Pzp2004 r. oraz nie wymagały od wykonawców złożenia kalkulacji cenowych, przy pierwszym wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Bowiem po pierwsze cena ma charakter

ryczałtowy i dopiero wykonawca wybrany ma obowiązek na etapie zawierania umowy przedłożyć kalkulację cenową. W tej sytuacji nie można uznać za nieuprawnione drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień, a konkretnie do złożenia kalkulacji cenowej, które to żądanie nie było sprecyzowane na etapie pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień w kierunku rażąco niskiej cen. To wykonawca Aglet Warszawa z własnej inicjatywy złożył kalkulację cenową na etapie pierwszego wezwania, bez postawienia takiego wymogu przez zamawiającego. W tej sytuacji zrozumiałym jest, że zamawiający dla równego traktowania stron przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, wezwał do uzupełnienia wyjaśnień Trakt Kutno przez doręczenie kalkulacji cenowej, jak to uczynił Aglet Warszawa z własnej inicjatywy, przekazując wyjaśnienia zamawiającemu. Izba również przywołuje w tym miejscu ocenę złożonych ofert w związku z cenami z nich wynikającymi, które są na tym samym poziomie, różnią się od kilkunastu do kilkudziesięciu tysięcy złotych (Aglet Warszawa, TRAKT Kutno oraz PRDM Piotrków Trybunalski) oraz kilkuset tysięcy złotych (niespełna 600 tys. złotych to jest około 8 % od pozostałych ofert) JKM MIREX Skierniewice, który nie przedłużył terminu związania ofertą. To jest przy cenach całkowitych opiewających na kwoty milionowe (na poziomie 7 mln złotych), w sytuacji gdy kwota podana na sfinansowanie zamówienia na otwarciu ofert przez zamawiającego znacznie odbiegała od kwoty szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, przy uwzględnieniu przy szacowaniu wartości zamówienia dyspozycji wynikającej z art.67 ust.1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp2004..

W tym stanie rzeczy Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego PRDM Piotrków Trybunalski co do oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez przystępującego Trakt Kutno.

Izba również nie podzieliła oceny odwołującego PRDM Piotrków Trybunalski co do wymaganego doświadczenia zawodowego na poziomie dwóch podobnych robót drogowych każda co najmniej po 2 miliony złotych. Wykonawca Trakt Kutno na posiedzeniu/rozprawie przedłożył umowy Konsorcjum(w aktach sprawy), w których jako lider/partner konsorcjum miał powierzone zadania przekraczające nawet kilkakrotnie poziom dwóch milionów złotych. (Wyciąg z protokołu:" Adwokat, pełnomocnik Przystępującego Trakt składa dowody dla sprawy 762/21:w związku z zarzutem doświadczenia uzyskanego jako członek konsorcjum składa trzy umowy konsorcjum, z których wynika, że działając w ramach konsorcjum wykonał wartość robót znacznie przekraczających wymóg SIWZ, tj. poziomu 2 mln zł i tak dla pozycji 1 umowa 21.08.2017 budowa drogi ul. Dmowskiego i rozbudowa ul. 1 maja w Łowiczu wraz z infrastrukturą techniczną 2 przetarg z par. 6 wynika, że Trakt wykonał 88% wartości całego zadania co stanowi kwotę 8 982 837 zł (w piśmie procesowym z 14.04.2021 str. 7) co stanowi 4 krotne przekroczenie wymogu SIWZ, dla pozycji 2. 18.08.2016 przebudowa drogi

gminnej Mirosław – Stare Gulczewo gdzie wykonano roboty przez Trakt 80% co daje kwotę 4 154 000 zł (str. 7 pisma z 14.04.2021) co jednocześnie stanowi ponad 2 krotność wymogu SIWZ oraz 05.03.2018 przebudowa ulicy M. Konopnickiej w Łęczycy wraz z odwodnieniem gdzie Trakt wykonał 50% wartości całego zadania co stanowi 2 359 000 zł (str. 7 pisma procesowego) na okoliczność, iż Trakt będąc w konsorcjum wykonał roboty na znacznie wyższym poziomie niż wymagany jest przez SIWZ i to po odjęciu robót wykonanych przez drugiego konsorcjanta”). Owszem zarzuty odwołującego PRDM Piotrków Trybunalski mogłyby zasługiwać na uwzględnienie gdyby odwołujący wykazał, że w toku realizacji umów nastąpiły zmiany proporcji wykonanych robót w stosunku do umów konsorcjalnych. Izba inaczej by oceniła twierdzenia odwołującego PRDM, gdyby wykazał podnoszone zarzuty czy to protokołami odbioru robót, czy też informacjami od zamawiającego, potwierdzającymi zmianę udziału w proporcjach robót między konsorcjantami w stosunku do zawartych robót. Izba nie przyjęła za wykazane, że w ramach dostępu do informacji publicznej odwołujący PRDM Piotrków Trybunalski nie mógł uzyskać stosownej informacji, w związku z udziałem u w realizacji robót drogowych wykazanych umowami konsorcjalnymi. Przywołanie nawet wyroku WSA w Warszawie w tym zakresie, ale w innej indywidualnej sprawie co do odmowy dostępu do informacji, nie zwalnia wnioskującego z podjęcia próby uzyskania informacji publicznej dla wykazania podnoszonych twierdzeń.

W tym stanie rzeczy nie potwierdziły się zarzuty odwołania, a argumentacja zawarta w stanowisku przystępującego TRAKT Kutno w piśmie z dnia 14.04.2021r. oraz złożone w toku postępowania dowodowego przez pełnomocnika dokumenty oraz stanowisko zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2021r. skutecznie odparły zarzuty odwołania. Izba podzieliła argumentację zamawiającego i przystępującego TRAKT Kutno, które zostały przedstawione we wstępnej części uzasadnienia wyroku.

Odwołanie w sprawie Sygn. akt KIO 762/21 nie zasługuje na uwzględnienie.

Kosztami postępowania obciążono odwołującego i zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr stanowiącą wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Przewodniczący: