

Sygn. akt: KIO 592/13

**WYROK**  
z dnia 28 marca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2013 r. przez **wykonawcę Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 35**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdynia, 81-382 Gdynia, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54**,

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A., 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 35** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A., 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 35**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **wykonawcy Firmy Budowlano-Drogowej MTM S.A., 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 35** na rzecz zamawiającego **Gminy Miasta Gdynia, 81-382 Gdynia, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54**, kwotę 3 200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Gdynia prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn: „Rozbudowa ul. Chwarznieńskiej wraz z jej przedłużeniem do ul. Chwaszczyńskiej w Gdyni odcinek III leśny”.

W dniu 7 marca 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie.

Wobec powyższego w dniu 15 marca 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby odwoławczej złożył wykonawca Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Strabag, która winna zostać odrzucona, jako że udzielone wyjaśnienia i dołączone do nich kosztorysy potwierdzają, iż koszty wykonania niektórych znaczących elementów przedmiotu zamówienia podane przez tego wykonawcę są nieprawdziwe i nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag pomimo, iż wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę w zakresie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę miały charakter ogólnikowy i nie zawierały wskazania jakichkolwiek konkretnych, obiektywnych, zindywidualizowanych, dających się skalkulować i zweryfikować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny, a ponadto nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag pomimo, iż treść złożonych wyjaśnień wskazuje, iż oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej jako „SIWZ”], gdyż nie obejmuje wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia wskazanego przez zamawiającego

Odwołujący wnosił m.in. o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 5 marca 2013 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Strabag, jako że wykonawca ten udzielił, w zakresie procedury ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę, wyjaśnień niekonkretnych i ogólnikowych niepopartych jakimikolwiek dowodami, a w konsekwencji wyjaśnienia te winny zostać uznane za niezłożone, a z drugiej strony wyjaśnienia wskazują, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ jako niekompletna pod względem rzeczowym.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał, iż wyjaśnienia udzielone przez Strabag wskazywały na okoliczności obiektywnie wspólne dla wszystkich wykonawców, dotyczące przedmiotu zamówienia i nie pozwalały na ustalenie ich rzeczywistego wpływu na kalkulację ceny oferty. Bez odniesienia się do właściwości dotyczących indywidualnie danego wykonawcy i wskazania konkretnych dowodów na ich poparcie, samo wskazanie na posiadane zasoby, doświadczenie i wysokie kwalifikacje w ocenie odwołującego niczego nie wyjaśnia. Zdaniem odwołującego wywodzenie z tak ogólnej informacji podstawy do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, prowadziło do pozbawienia sensu samej instytucji wzywania do złożenia wyjaśnień. Fakt, iż wykonawca nie podjął się próby uzasadnienia rzetelności kalkulacji, a jedynie dla formalności udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie może prowadzić do przyjęcia, iż jego wyjaśnienia pozwalały na stwierdzenie, iż cena jest realna i odpowiada realiom rynkowym. Zdaniem odwołującego w wyjaśnieniach tych nie ma żadnej informacji o wysokości kosztów, oszczędnościach jakie założył wykonawca na etapie wykonania zamówienia i które wynikać miałyby z okoliczności ogólnikowo wskazanych przez Strabag. Strabag w żaden sposób nie wykazał, iż jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie za zaproponowaną cenę, w szczególności przenosząc jej wysokość na przyjęty sposób kalkulacji kosztów. W ocenie odwołującego udzielona przez Strabag odpowiedź praktycznie nie zawierała żadnej informacji, która obaliłaby domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny, jak również nie wynikało z niej w jaki sposób okoliczności wskazane przez wykonawcę wpłynęły na ustalenie wysokości ceny ofertowej. Odwołujący podnosił, że Strabag złożył wyjaśnienia niemniej jednak zamawiający był zobowiązany dokonać ich oceny, a przede wszystkim powinien był ustalić, czy mają one charakter czynników obiektywnych, są spójne i dostatecznie wyjaśniają powstałe wątpliwości. Ponadto odwołujący stwierdził, iż kalkulacje szczegółowe przedłożone przez Strabag potwierdzają że wykonawca ten nie tylko zastosował do wyceny poszczególnych pozycji niskie ceny jednostkowe, których nie uwiarygodnił jakimikolwiek dowodami, ale również nie objął ceną ofertową całego przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego ze złożonych przez Strabag kalkulacji szczegółowych wynika, że ani w rozdziale „Inne roboty mostowe”, ani w rozdziale „Roboty przygotowawcze drogowe” nie uwzględniono prac związanych z obsługą geodezyjną wiaduktów, a przede wszystkim

podbudowy i nawierzchni wiaduktów. Ponadto w ocenie odwołującego, Strabag nie objął ceną ofertową całego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaoferował cenę poniżej rzeczywistych kosztów robót budowlanych, gdyż pominął w załączonym do wyjaśnienia kosztorysie „Budowa wiaduktów: wiadukt nr 1, wiadukt nr 2” wycenę dostawy i montażu zbrojenia płyty ustroju nośnego wiaduktów w ilości 134.695,05 kg. Tak więc kosztorys przedłożony w ramach złożonego wyjaśnienia przez wybranego wykonawcę jednoznacznie potwierdził, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną przez Strabag cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę oraz, że zaoferowana przez Strabag cena nie obejmuje całości zamówienia, a co za tym idzie wartość świadczenia pieniężnego nie jest ekwiwalentna do świadczenia oferowanego przez wykonawcę, co wyczerpuje definicję rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego w świetle powyższego należy uznać, iż wykonawca Strabag nie zaoferował kompletnego zakresu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Gmina Miasto Gdynia prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn: „Rozbudowa ul. Chwarznieńskiej wraz z jej przedłużeniem do ul. Chwaszczyńskiej w Gdyni odcinek III leśny”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2013 r., pod numerem 2013/S 002-001908.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkową zamówienia ustalono na kwotę 40.696.208,68 zł netto

Zgodnie z postanowieniami SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Zgodnie z pkt 18.3 SIWZ podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane miał być opracowany przez wykonawcę kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przekazaną dokumentację projektową stanowiącą załącznik nr 6 oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiące załącznik nr 7 z uwzględnieniem dyspozycji zawartych w rozdziale 3 SIWZ. W pkt 18.4 SIWZ zamawiający wskazał, że cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależne od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów tych robót i innych świadczeń. Zgodnie z pkt 18.5 SIWZ za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca. Zgodnie z postanowieniami pkt 18.6 SIWZ przedmiar robót dołączony do SIWZ jako

załącznik nr 8, jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego wykonawca może skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku. Zamawiający wskazał również, iż kosztorys ofertowy, na podstawie którego zostanie określone wynagrodzenie ryczałtowe, należy wykonać metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu ceny danej pozycji kosztorysu jako iloczynu ilości (liczby) ustalonych przez Wykonawcę jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej brutto danej pozycji kosztorysu. Ponadto w pkt 18.20 SIWZ zamawiający wskazał, iż ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym winny być ustalone jako ryczałtowe, kompletne i jednoznaczne. Ceny te nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 19 pkt 19.1. SIWZ przy wyborze oferty zamawiający kierował się kryteriami oceny ofert :

- 1) cena brutto oferty – waga 93%
- 2) okres udzielonej rękojmi i gwarancji – waga 5%
- 3) okres wykonania – waga 3%.

W wyznaczonym terminie oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie na kwotę 32.164.429,51 zł brutto,
- 2) „Gotowski” Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy na kwotę 36.982.362,37 zł brutto,
- 3) Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach na kwotę 36.006.708,96 zł brutto,
- 4) Firma Budowlano-Drogowa „MTM” S.A. z siedzibą w Gdyni na kwotę 27.438.389,40 zł brutto,
- 5) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 34.821.914,00 zł brutto,
- 6) SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 33.170.882,33 zł brutto,
- 7) NDI S.A. (lider) oraz MOST Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera w Sopocie na kwotę 34.114.668,22 zł brutto,
- 8) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 34.994.659,51 zł brutto,
- 9) STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na kwotę 25.923.026,46 zł brutto,
- 10) Konsorcjum : POL-DRÓG Gdańsk (lider) oraz WPRD Grawel Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera w Gdańsku na kwotę 32.954.247,84 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 13 lutego 2013 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców: Strabag Sp. z o. o. oraz Firmy Budowlano-Drogowej „MTM” S.A. o złożenie wyjaśnień elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wyznaczonym terminie obaj wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Wykonawca Strabag Sp. z o. o. w wyjaśnieniach z 18 marca 2013 r., wskazywał m.in., iż różnica do kolejnej firmy wynosiła zaledwie 5,85 % co jednoznacznie wskazuje, że jego kalkulacja nie odbiega rażąco od pozostałych firm. Ponadto podnosił, iż na oszczędność

wykonania zamówienia i obniżenia ceny oferty miały wpływ następujące czynniki: „(...) Wykonana przez nas kalkulacja robót opiera się na własnych wyliczeniach nakładów sprzętu, robocizny i przyjęcia wydajności gwarantującej wykonanie wszystkich robót w określonym czasie. Z doświadczenia Wykonawcy wynika, że bazowanie i zlecenie takiego typu prac dla firm podwykonawczych powoduje niekontrolowane zwiększanie wartości robót niewspółmierne do poniesionych kosztów. (...) Posiadamy wiele własnych jednostek sprzętu ciężkiego ( koparki, ładowarki, spycharki, walce, samochody dostawcze, dźwigi itp.) nasz sprzęt nie posiada obciążeń finansowych w okresie jezienno-zimowo-wiosennym, dlatego koszty eksploatacji są bardzo niskie. Podany termin wykonywania prac przypadając będzie na taki okres. Dysponujemy także własnymi mobilnymi węzłami betoniarskimi. Ponad to nadmieniamy, iż w Gdyni posiadamy własną wytwórnię mas bitumicznych którą zamierzamy wykorzystać przy realizacji zamówienia i to znacznie pozwala obniżyć koszty. (...) cena naszej oferty wynika z indywidualnego podejścia Wykonawcy do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych i przedmiotu zamówienia, łączenia pewnych procesów technologicznych w kalkulowaniu całych działów jak i poszczególnych pozycji oraz wykorzystania posiadanych zasobów (materiałowych jak np. ścianki szczelne, szalunki, sprzętowych jak np.: wibromłoty, agregaty prądotwórcze, wiertarki itp.). (...) Posiłkowanie się ofertami i kalkulacjami podwykonawców na etapie ofertowania z naszego doświadczenia, w nieuzasadniony sposób, podwyższa ogólną wartość oferty, dlatego do robót mostowych została przyjęta indywidualna wycena sił własnych firmy STRABAG, własnego sprzętu, możliwości organizacyjne budowy w celu jak najszybszego i sprawnego przeprowadzenia tych robót oraz wydajności robót. Pozwoliło nam to wycenić ten zakres robót w rzeczywistych kosztach wykonania bez popierania się ofertami podwykonawców co z naszego doświadczenia prowadzi do nieuzasadnionego podwyższania cen.”. Ponadto do wyjaśnień dołączono kosztorys budowy wiaduktów: wiadukt nr 1, wiadukt nr 2 oraz kosztorys budowy kładki dla pieszych.

W dniu 26 lutego 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp ponownie zwrócił się do wykonawcy Strabag Sp. z o. o. o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wyznaczonym terminie wykonawca Strabag Sp. z o. o. złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których wskazał, iż:

- oferta obejmuje wykonanie zbrojenia płyty pomostu wiaduktów W1 i W2 a koszty te zostały ujęte w pozycji nr 49 i 50 Kosztorysu budowy wiaduktu nr 1 i 2,
- cena jednostkowa wbijania ścianki szczelnej (poz. 12 i 13) wynosi 303,00zł/m i obejmuje dostarczenie i wbicie ścianki szczelnej z G-62 na wymaganą głębokość 6 m,
- oferta obejmuje betonowanie kap chodnikowych i ciosów a koszty te zostały ujęte w pozycji nr 53, 54, 55, 56 Kosztorysu budowy wiaduktu nr 1 i 2,

- oferta obejmuje wszystkie elementy tymczasowej organizacji konieczne dla wykonania robót w sposób zgodny z dyspozycjami SIWZ i uwzględnia załączone do SIWZ opracowanie wytycznych organizacji ruchu na czas budowy.

Ponadto wykonawca ten wyjaśnił, iż pisząc:

- 1) „oryginalne rozwiązania wykonawcze” miał konkretnie na myśli ewentualne prowadzenie zmianowego trybu prac, ewentualne wykonywanie robót na wszystkich podporach jednocześnie, ewentualnie wprowadzenie nowego Konzernowego systemu informatycznego firmy Strabag, opracowania harmonogramu wykonywania robót bitumicznych w oparciu o doświadczenia z dużych zakończonych kontraktów;
- 2) „wprowadzenie indywidualnych przemyśleń rozwiązań wykorzystania istniejącego projektu wykonawczego z własnymi dotychczasowymi doświadczeniami” miał konkretnie na myśli ewentualne prowadzenie robót palowych przy mobilizacji większej ilości jednostek sprzętowych, ewentualne wykonywanie podbudów niebitumicznych przy wykorzystaniu rozściełaczy do kruszyw, ewentualne wykorzystanie posiadanych już zasobów sprzętowych będących w posiadaniu i zasobach firmy Strabag (wozidła, stacjonarne mieszarki, recyklery, miksery, specjalistyczne dźwigi linowe i balastowe, żurawie wieżowe);
- 3) „wybrane rozwiązania techniczne zgodne z obowiązującymi przepisami” miał konkretnie na myśli ewentualnie używanie środków umożliwiających wykonywanie robót podczas niekorzystnych warunków atmosferycznych (domieszki do betonów, nagrzewnice powierzchniowe do układania mas asfaltowych).

Izba ustaliła, iż Zarządzeniem nr 9929/13/VI/U Prezydenta Miasta Gdyni z dnia 5 marca 2013 r., zatwierdzono wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wszystkim wykonawcom faksem w dniu 7 marca 2013 r.

Czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag Sp. z o. o. leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 18 marca 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Przystępującego, złożone przez niego wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**



## **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag Sp. z o. o. Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. Niewątpliwie przystępujący Strabag Sp. z o. o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia, zawierające w ocenie Izby takie elementy, które pozwoliły stwierdzić, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Skoro najbardziej kosztochłonne elementy robót przystępujący zamierza wykonać samodzielnie to zasadnym wydaje się powoływanie się na własne doświadczenie w tym zakresie, sposób organizacji pracy czy wreszcie brak konieczności korzystania z podwykonawców, którzy muszą uwzględniać swoją marżę. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż wraz ze złożonymi wyjaśnieniami przystępujący przedstawił szczegółowe kosztorysy obejmujące budowę wiaduktów 1 i 2 oraz kładki dla pieszych. Nie sposób pominąć również faktu powoływania się przez przystępującego na posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych czy węzła betoniarskiego. Tym samym działania zamawiającego w zakresie oceny złożonych wyjaśnień należy uznać za prawidłowe. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał aby cena oferty przystępującego była rażąco niska a zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, co jak wykazał przystępujący nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do kwestionowania twierdzeń przystępującego np. co do posiadania własnego węzła betoniarskiego czy wytwórni mas bitumicznych gdyż nie załączył on na tą okoliczność żadnych dowodów. Izba wskazuje, iż podstawą oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę są złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia. Brak jest obowiązku składania wraz z wyjaśnieniami dowodów, choć każdy wykonawca czyni to na własne ryzyko. Jednakże jeśli ze złożonych wyjaśnień wynika, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a do takiego wniosku można było dojść w niniejszej sprawie, to sam brak dowodów nie może stanowić o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może pominąć twierdzeń wykonawcy zawartych w złożonych wyjaśnieniach tylko dlatego, że nie załączono dowodów. Skoro w niniejszej sprawie odwołujący przeczy twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach złożonych

przez przystępującego winien był to wykazać. Ponadto Izba wzięła również pod uwagę dodatkowe wyjaśnienia złożone przez przystępującego z dnia 1 marca 2013 r., stanowiące rozwinięcie wcześniejszych wyjaśnień. Należy wskazać, iż dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro miał dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień uprawniony był do zwrócenia się do przystępującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Zatem dokonując oceny oferty przystępującego pod kątem wystąpienia przesłanek o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający oceniać musiał całość złożonych wyjaśnień. Zdaniem Izby ocena tych wyjaśnień dokonana została prawidłowo. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż przystępujący nie objął ceną ofertową całego przedmiotu zamówienia. Należy w tym miejscu podnieść, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 18.4) zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający zastrzegł, że cena oferty stanowić ma ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależne od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów tych robót i innych świadczeń. Ponadto to na wykonawcy zgodnie z postanowieniami pkt 18.5 SIWZ ciążył obowiązek ustalenia ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego. Dlatego też całe ryzyko z tym związane obciążało wykonawców. Tym samym przy uwzględnieniu powyższego nie sposób zgodzić się z odwołującym, że brak jakiegoś elementu w kosztorysie mógłby stanowić o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Ponadto przedmiar robót dołączony do SIWZ jako załącznik nr 8, stanowił wyłącznie dokument informacyjny, z którego wykonawca mógł skorzystać, ale nie miał takiego obowiązku. Niemniej w wyjaśnieniach z 1 marca 2013 r., przystępujący ponownie oświadczył, że złożona przez niego oferta obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia a ponadto wskazał na poszczególne pozycje kosztorysu budowy wiaduktów W1 i W2 w których ujęto kwestionowane elementy. Tym samym, uwzględniając powyższe należało uznać, że oferta przystępującego w pełni odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego za niepotwierdzony należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a wybór wykonawcy dokonany został zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....