

WYROK
z dnia 21 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających działających wspólnie Powiat Legionowski – Starostwo Powiatowe w Legionowie oraz Miasto i Gmina Serock

przy udziale:

- A. wykonawcy Granar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drogi i Mosty J. K. w Kacicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert uczestników postępowania odwoławczego jako zawierających rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającym działającym wspólnie Powiatowi Legionowskiemu – Starostwu Powiatowemu w Legionowie oraz Miastu i Gminie Serock unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drogi i Mosty J. K. w Kacicach oraz odrzucenie oferty wykonawcy Granar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. oddała odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert uczestników postępowania odwoławczego jako niezgodnych z wymaganiami SWZ;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego oraz zamawiających po połowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiających Powiatu Legionowskiego - Starostwa Powiatowego w Legionowie oraz Miasta i Gminy Serock na rzecz odwołującego Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych przez odwołującego wpisu od odwołania;
 - 3.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania poniesione przez odwołującego i zamawiających z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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

Powiat Legionowski – Starostwo Powiatowe w Legionowie prowadzi w imieniu i na rzecz zamawiających działających wspólnie: Powiatu Legionowskiego – Starostwa Powiatowego w Legionowie oraz Miasta i Gminy Serock (dalej jako „Zamawiający”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 1807W w Gminie Serock od drogi krajowej nr 61 do skrzyżowania z drogą powiatową nr 1805W, w zakresie odcinka I – ul. Promyka w m. Karolino, tj. od km 0+000 do km 1+403,30” (nr ref. ZPU.272.14.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00026760/01. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 10 maja 2021 r. wykonawca Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegających na ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drogi i Mosty J. K. (dalej jako „Drogi i Mosty”), zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Drogi i Mosty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a także zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Granar sp. z o.o. (dalej jako „Granar”) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę ofert i wyjaśnień Drogi i Mosty oraz Granar złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tych ofert jako zawierających rażąco niską cenę;
2. art. 226 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp [sprostowana w uzasadnieniu odwołania - art. 226 ust 1 pkt 5] poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Drogi i Mosty oraz Granar, pomimo, że treść złożonych przez nich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdza, że wykonawcy zarówno dokonywali wyceny, jak i przewidzieli realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert Drogi i Mosty oraz Granar jako ofert zawierających rażąco niską cenę i jako sprzecznych z SWZ. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił wywody dotyczące konieczności złożenia przez wykonawcę wzywanego do wyjaśnień ceny oferty takich wyjaśnień, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz poparcia tych wyjaśnień dowodami. Odwołujący powołał się także w tym zakresie na orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Podkreślił, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbyt ogólnikowość), jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka odrzucenia oferty z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Drogi i Mosty zawiera rażąco niską cenę. Złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zawierają żadnych dowodów. Wykonawca złożył wprawdzie własne kosztorysy odnośnie robót budowlanych i robót elektrycznych, jednakże nie obejmują całości kosztów. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy mieli zaoferować cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu umowy. Podstawą więc przyjętej wyceny powinna była być przede wszystkim dokumentacja projektowa. Odwołujący wskazał następnie na brak uwzględnienia w wycenie określonych kategorii kosztów.

Po pierwsze wskazał na brak uwzględnienia kosztów tymczasowej organizacji ruchu w sytuacji, gdy Zamawiający udostępnił osobną dokumentację pn. „Opracowanie projektowe tymczasowej organizacji ruchu”, z której wynika, że na całym odcinku należy zapewnić przejezdność, a wszelkie prace należy wykonać pod ruchem. Na odcinku ponad 1400 m należy przewidzieć ruch pojazdów na tzw. wahadłach czyli zainstalować sygnalizację świetlną na kilku równocześnie fragmentach drogi, co wiąże się z ustawieniem co najmniej 140 znaków U-21a/b oraz sygnalizatorów świetlnych wraz z akumulatorami do ich zasilania (punkt 9 ppkt 5) i 6 dokumentacji). Zarówno Drogi i Mosty jak i Granar nie uwzględniły tego kosztu w swoich wyliczeniach. Odwołujący podkreślił, że koszty takie nie są małe i wynoszą dla takiego odcinka drogi co najmniej kilkadziesiąt tysięcy złotych. Po drugie Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia przez ww. podmioty w wycenie kosztów wykonania i montażu tablic informacyjnych. Odwołujący powołał się na § 2 ust. 2 pkt 4) lit a) i b) wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do wykonania i montaż tablic informacyjnych w technologii jak przy wykonywaniu znaków drogowych, na obu wlotach przebudowywanego odcinka jezdni. Odwołujący zauważył, że w przedstawionych kalkulacjach brak jest kosztów wykonania tych tablic. Koszt taki szacowany jest na ok. 10.000 zł. Po trzecie Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia w wycenie opłat za czasowe zajęcie działek. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest do pokrycia opłat za czasowe zajęcia działek przylegających do terenu budowy i pokrycia wszystkich kosztów, które wynikają z czasowego ich zajęcia wraz z protokólnym przekazaniem i odbiorem tych działek oraz doprowadzenia ich do stanu pierwotnego.

Odwołujący zauważył, że zarówno Drogi i Mosty jak i Granar nie uwzględniły tego kosztu w swoich kalkulacjach. Po czwarte Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia kosztów utylizacji materiałów z rozbiórki. Zgodnie z § 2 ust 4 pkt 3) wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest do pokrycia kosztów utylizacji materiałów z ewentualnego demontażu elementów istniejących. Zdaniem Odwołującego koszt taki jest znaczący i obejmuje nie tylko transport na najbliższe składowisko, ale też koszt z tytułu składowania i utylizacji odpadów. Koszt taki szacowany jest na 13,43 zł/tonę odpadu z rozbiórki zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 października 2020 r. poz. 961 (kod odpadu 17 01 01). Brak uwzględnienia tej pozycji potwierdza fakt istnienia rażąco niskiej ceny.

Następnie Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy wycince drzew wynikających ze specyfikacji technicznych. Żaden z wykonawców, których dotyczy to odwołanie nie uwzględnił w wypełnionych przez siebie w wyjaśnieniach kosztorysach robót ziemnych wynikających ze specyfikacji technicznych przy wycince drzew. Do wycinki i karczowania przewidziano kilkadziesiąt sztuk. Zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót (dalej jako „STWiORB”) dotyczącej tego Zamówienia „doły po wykarczowanych pniach należy wypełnić gruntem przydatnym do budowy nasypów i zagęścić, zgodnie z wymaganiami zawartymi w OST D-02.00.00 „Roboty ziemne” (D- 1.02.01 USUNIĘCIE DRZEW I KRZAKÓW, pkt. 5.3. strona 29 STWiORB). Wykonawcy w kalkulacjach wpisali wprawdzie koszty karczowania, ale bez pozycji związanej z wykonaniem robót ziemnych po tych pracach. Kolejno Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy rozbiórce ogrodzeń, wynikający ze specyfikacji technicznych. Zamawiający w STWiORB określił zasady wykonywania rozbiórki elementów dróg, ogrodzeń i przepustów. W punkcie 5 ppkt 5.2 części D-01.02.04 STWiORB (strona 32) wskazane zostało, że „Doły w miejscach, gdzie nie przewiduje się wykonania wykopów drogowych należy wypełnić, warstwami, odpowiednim gruntem do poziomu otaczającego terenu i zagęścić zgodnie z wymaganiami określonymi w SST D-02.00.00 „Roboty ziemne”. Podobnie jak w powyższych przygadać załączone przez Drogi i Mosty oraz Granar kalkulacje nie obejmują tych pozycji. Wyceny ograniczały się wyłącznie do samych robót budowlanych. Odwołujący wskazał także na brak uwzględnienia prawidłowej ilości robót ziemnych oraz prawidłowej ilości robót brukarskich i bitumicznych. Kalkulacje obu wykonawców nie obejmują również prawidłowo skalkulowanych kosztów robót ziemnych wynikających z konieczności całkowitego odhumusowania terenu pod rowy i poszerzenia jezdni oraz wywiezienia poza teren budowy nadmiaru gruntu. Podobnie brak jest uwzględnienia prawidłowej ilości robót brukarskich, bitumicznych wynikających z dokumentacji projektowej.

Następnie Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia kosztów kredytowania inwestycji, ryzyka oraz zysku. Odwołujący podkreślił, że obaj wykonawcy złożyli podobne kalkulacje na: roboty drogowe oraz elektryczne. Zsumowanie obu kalkulacji daje łączną cenę oferty; a) Granar: 218.710,57 zł (roboty elektryczne)+ 2.2.447.700,00 zł (roboty budowlane)= 2.666.410,57 zł; b) Drogi i Mosty: 252.150 zł (roboty elektryczne) + 2.093.528,90 (roboty drogowe) = 2.345.678,90 złotych. Żaden z tych wykonawców nie uwzględnił ryzyk kontraktowych (opóźnienia, kary, nieprzewidziane roboty), kosztów dodatkowych w tym wskazanych powyżej, kosztów uzyskania, utrzymania wadium i zabezpieczenia należytego wykonania. Podmioty te ponadto nie wskazały zysku, ani kosztów kredytowania inwestycji. Odwołujący podkreślił, że dopiero po wykonaniu wszystkich robót i po zakończeniu procedury odbioru końcowego nastąpi rozliczenie z wykonawcą. Powoduje to konieczność kredytowania inwestycji przez cały czas jej trwania, co musi mieć odzwierciedlenie w dodatkowych kosztach. Takich kosztów jednak obaj wykonawcy nie uwzględnili. W wyjaśnieniach brak jest też wyceny kosztów usług usuwania wad i usterek. Tymczasem dla każdego z branży budowlanej oczywiste jest, że nie ma takich robót budowlanych, w których nie pojawiłyby się wady lub usterki i to niezależności nawet od wysokiej jakości tychże robót. W swoich wyjaśnieniach poza wskazanymi kosztami wykonawca nie wykazał też żadnego zysku, co tym bardziej podkreśla to że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał ponadto na brak wykazania przez wykonawców Drogi i Mosty ani Granar wysokości kosztów pracy. Z wyjaśnień Granar wynika tylko, „że przyjęte w ustaleniu ceny koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2020 poz. 2207).” Nie wskazuje jednak jakie to są koszty, ilu pracowników zatrudnia itp. Natomiast Drogi Mosty wskazały, że „do obliczeń ceny ofertowej przyjęto następujące składniki cenotwórcze: – robocizna (R) = 25,00 zł (za 1 r-g (roboczogodzinę)”. Podobnie również jak w przypadku Granar nie wskazano ilu pracowników będzie zatrudnionych, w jakim systemie pracy itd. Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Drogi i Mosty, że każdy otrzymywać będzie wynagrodzenie według stawki 25 zł za roboczogodzinne, w sytuacji konieczności zatrudnienia specjalistów w wielu branż jest niewiarygodne. Stawki takie są bowiem nierealne.

Na koniec Odwołujący wskazał na brak przedstawienia przez obu wykonawców jakichkolwiek dowodów potwierdzających koszty zawarte w kalkulacji oraz samych wyjaśnieniach. Argumentem zwalniającym z tego nie może być podnoszona tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawcy ci mogli bowiem zastrzec treść tych dokumentów jako tajemnice i nie ujawniać ich Odwołującemu. Odwołujący zauważył, że obaj wykonawcy: a) w zakresie kosztów pracy nie przedkładają choćby wydruków z dokumentacji księgowej

czy też umów o pracę (oczywiście zanonimizowanych); b) w zakresie kosztów materiałów nie przedłożyli żadnych dowodów potwierdzających wyliczoną cenę; c) w żaden sposób nie potwierdził dowodami kosztów pracy sprzętu; d) nie wykazali, aby byli właścicielami (ewentualnie dysponowali jako leasingobiorcy) jakiegokolwiek sprzętu, który, wg ich twierdzeń rzekomo posiadają jako własny, i który dawałby im odpowiednie oszczędności; e) nie udowodnili kosztów finansowych, w tym kosztów finansowania odroczonej wypłaty wynagrodzenia oraz kosztów pozyskania wadium, gwarancji należytego wykonania umowy, ubezpieczenia, nie przedłożyli ani jednego dowodu na okoliczność kosztów organizacji zaplecza budowy. W konsekwencji uznać należy, że nie sprostali ciężącemu na nich ciężarowi dowodów.

W ocenie Odwołującego przedstawiony przez wykonawcę koszt realizacji prac, w tym nieuwzględnienie pozycji kosztów, a w szczególności kosztów tymczasowej organizacji ruchu, kosztów robót ziemnych związanych z wycinką i rozbiórką ogrodzeń świadczy również o tym, że wykonawcy, których dotyczy to odwołanie, przewidzieli realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami SWZ. Wobec tego zaistniały także przesłanki do odrzucenia oferty Drogi i Mosty oraz Granar na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. Podsumowując powyższe w ocenie Odwołującego należy uznać, że poprzez złożone wyjaśnienia zarówno Drogi i Mosty jak i Granar nie wykazali, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są ogólne, a załączone kalkulacje niekompletne. Wykonawcy nie przedłożyli żadnych dowodów uzasadniających podawane przez nich fakty i wyliczenia. Fakt, że pomimo iż zgodnie z SWZ cena ofertowa jest ceną ryczałtową, nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku należytego wykazania (poprzez wyliczenia i dowody), w jaki sposób została ustalona jej wysokość i co się na nią składa. Dodatkowo fakt zaniechania poszczególnych prac wskazują, że wykonawcy ci złożyli ofertę niezgodną SWZ.

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający powołał się na orzecznictwo odnoszące się do rażąco niskiej ceny, w tym m.in. wyrok Izby z dnia 28 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3225/20. Zamawiający podniósł, iż aby osiągnąć konieczne do zbadania ceny oferty informacje, zalecane jest przedłożenie przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Czyniąc zadość tym postulatowi wykonawca Drogi i Mosty złożył szczegółowe kosztorysy odnośnie robót budowlanych i robót elektrycznych, w których zawarł realne koszty i wartości. Analogicznie wyjaśnienia oraz kosztorysy potwierdzające realność kosztów złożył wykonawca Granar sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wartości uzasadniające zaoferowaną cenę, zawarte w złożonych kosztorysach, umożliwiły Zamawiającemu weryfikację

dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny, która nie potwierdziła tez przedstawionych z zarzutach odwołania. Zdaniem Zamawiającego znamienne dla oceny sprawy jest fakt, że ustaloną formą wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu było wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2640/18, podnosząc, iż pominięcie skalkulowania kosztów wykonania niektórych robót przy ryczałcie nie ma znaczenia dla oceny ceny ostatecznej. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym niewykazanie czy nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W szczególności nie mają wpływu na cenę ostateczną koszty przywołane w odwołaniu.

W zakresie braku uwzględnienia w wycenie kosztów tymczasowej organizacji ruchu Zamawiający podniósł, iż dokumentacji projektowa przewiduje, iż roboty prowadzone będą etapami w podziałach na odcinki o maksymalnej długości 250 m (a nie jak wskazuje Odwołujący na całym odcinku wynoszącym 1400 m). Ponieważ oznakowanie poszczególnych etapów różni się nieznacznie, większość oznakowania będzie wykorzystywane powtórnie i wielokrotnie na kolejnych realizowanych odcinkach drogi. Z długoletniego i bogatego doświadczenia Zamawiającego wynika, że większość wykonawców specjalizujących się w robotach drogowych posiada na stanie podstawowe znaki drogowe oraz urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego, które wykorzystywane były podczas realizacji wcześniejszych kontraktów i nie potrzebuje dokonywać zakupów wszystkich elementów niezbędnych do oznakowania robót w kolejnych kontraktach. Oznakowanie takie, tak jak inne urządzenia i maszyny wykorzystywane przy budowie dróg (koparki, walce, rozścielacze, samochody ciężarowe itp.) nie stanowi przedmiotu umowy (nie są materiałem traconym) lecz są narzędziem umożliwiającym jego wykonania. Reasumując, dla Wykonawcy dysponującym w swoich zasobach oznakowaniem (znaki drogowe, urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego) koszt wprowadzenia tymczasowej organizacji ruchu jest marginalny i sprowadza się do kosztów jego ustawienia (montażu).

W kwestii braku uwzględnienia w wycenie kosztów wykonania i montażu tablic informacyjnych Zamawiający wskazał, że szacowany koszt wykonania dwóch tablic informacyjnych o wymiarach 120x80 cm (1,92 m²) w technologii znaków drogowych wynosi ok. 405 zł (1 m² tablicy kosztuje ok. 210 zł). Szacowany koszt wykonania dwóch tablic informacyjnych o wymiarach 200x300 cm (12 m²) w technologii znaków drogowych wynosi ok. 2.520 zł. Zamawiający dodał, iż nie wymaga wykonania ich w technologii znaków drogowych co oznacza, że ich koszt będzie znacząco niższy. Tak więc powyższy koszt jest marginalny i jako taki nie wpływa na cenę. Co do braku uwzględnienia opłat za czasowe

zajęcie działek Zamawiający wyjaśnił, iż zapis ten wprowadził w celu uniknięcia ewentualnych roszczeń od właścicieli przyległych gruntów przy realizacji inwestycji rozbudowy drogi, gdyby zaistniała taka konieczność. Podkreślił, iż wydana decyzja ZRID nie przewiduje czasowej zajętości terenu. Jak wynika z doświadczeń Zamawiającego biorąc pod uwagę, iż sytuacja taka może wystąpić tylko przy wykonywaniu (przebudowie, budowie) zjazdów do nieruchomości, a służącym przede wszystkim ich właścicielom, prawdopodobieństwo wystąpienia przez nich z roszczeniami jest bliska zeru. Opłata, a w zasadzie rekompensata za straty lub szkody jakich doznał właściciel nieruchomości przy realizacji powyższego, należy się tylko wtedy, gdy takowe by powstały.

W kwestii zarzuty dotyczącego brak uwzględnienia kosztów utylizacji materiałów z rozbiórki, Zamawiający zauważył, że zgodnie z wymogami Zamawiającego zagospodarowanie (w tym utylizacja) materiałów powstałych w wyniku rozbiórki obiektów budowlanych jest po stronie wykonawcy. Zgodnie z definicją słownikową, utylizacja to pojęcie związane z gospodarką odpadami, oznaczające ich przetworzenie w celu ponownego wykorzystania jako surowców wtórnych. Odwołujący zatem mylnie założył, że jedynym rozwiązaniem dla tego wymogu jest wywóz materiałów rozbiórkowych na składowisko i poniesienie kosztów z tym związanych. Z obserwacji Zamawiającego wynika, iż realizujący na jego zlecenie wykonawcy dysponują urządzeniami takimi jak kruszarki czy też otaczarki i przetwarzają materiał rozbiórkowy (beton, asfaltobeton, złom) w celu ponownego jego wykorzystania. Działanie takie nie tylko, że nie przynosi kosztów dla Wykonawcy ale może wygenerować dodatkowy zysk.

Odnośnie braku uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy wycince drzew wynikających ze specyfikacji technicznych oraz braku uwzględnienia robót ziemnych przy rozbiórce ogrodzeń wynikających ze specyfikacji technicznych, Zamawiający wskazał, że lokalizacja zarówno drzew i krzewów przeznaczonych do usunięcia jak i ogrodzeń przeznaczonych do rozbiórki wypada w śladzie projektowanego chodnika, pobocza lub drenu chłonnego. Są to miejsca gdzie będą wykonywane wykopy drogowe (wykop pod pobocze chłonne i dreny chłonne trapezowe, wykop pod warstwy konstrukcyjne chodnika). Zgodnie z STWiORB (pkt 5 ppkt 5.2 str. 32) „Doły (wykopy) powstałe po rozbiórce elementów dróg znajdujące się w miejscach, gdzie zgodnie z dokumentacją projektową będą wykonywane wykopy drogowe, powinny być tymczasowo zabezpieczone. W szczególności należy zapobiec gromadzeniu się w nich wody opadowej.” Wykop definiuje się jako postać odpowiednio ukształtowanej przestrzeni powstałej w wyniku usunięcia z niej gruntu. Jeżeli nawet przyjąć, że wszystkie powstałe w wyniku wycinki drzew i rozbiórki ogrodzeń doły należałoby wypełnić warstwami odpowiednim gruntem to obmiar takiej pozycji wyniósłby po prawej stronie w miejscu planowanego chodnika $34,5 \text{ m}^3 \times 82 \text{ zł/m}^3 = 2.829 \text{ zł}$. Po lewej

stronie w miejscu poboczy i drenów chłonnych $11 \text{ m}^3 \times 82 \text{ zł/m}^3 = 902 \text{ zł}$. Ogółem koszt wyniósłby 3.731 zł. Jest to więc koszt marginalny i nieznaczny w stosunku do zaoferowanej ceny.

W kwestii zarzutu braku uwzględnienia prawidłowej ilości robót ziemnych oraz prawidłowej ilości robót brukarskich, Zamawiający podniósł, że ilość robót ziemnych, brukarskich oraz bitumicznych przewidzianych do wykonania jest zgodna z dokumentacją projektową. Z dokumentacji projektowej wynikają następujące roboty brukarskie: Ilość zjazdów po stronie prawej (w ciągu projektowanego chodnika) wynosi 33 szt. Średnia szerokość 4,5 m i długość 3 m. Powierzchnia zjazdu $3 \text{ m} \times 4,5 \text{ m} = 13,5 \text{ m}^2$ (przyjęto 14 m²). Co daje powierzchnię łączną $33 \text{ szt.} \times 14 \text{ m}^2 = 462 \text{ m}^2$. Ilość zjazdów po lewej stronie (w ciągu pobocza i drenów chłonnych) wynosi 35 szt. Średnia szerokość 4,5 m długość 1,5 m (28 zjazdów) i 3 m (7 zjazdów). Powierzchnia zjazdów $4,5 \text{ m} \times 1,5 \text{ m} = 6,75 \text{ m}^2$ (przyjęto 7 m²) oraz $4,5 \text{ m} \times 3 \text{ m} = 13,5 \text{ m}^2$ (przyjęto 14 m²). Łączna powierzchnia zjazdów po lewej stronie $28 \text{ szt.} \times 7 \text{ m}^2 + 7 \text{ szt.} \times 14 \text{ m}^2 = 196 + 98 = 294 \text{ m}^2$. Sumaryczna powierzchnia zjazdów wynosi $462 \text{ m}^2 + 294 \text{ m}^2 = 756 \text{ m}^2$. W kalkulacji Wykonawcy jest 724 m². Różnica - 32 m² (na korzyść Zamawiającego). Całkowita długość chodnika wynosi 1.404,5 m a jego szerokość 1,85 m netto (nawierzchnia kostki bez krawężnika i obrzeża). Na długości chodnika znajdują się 33 zjazdy o średniej szerokości 4,5 m co daje $33 \text{ szt.} \times 4,5 \text{ m} = 148,5 \text{ m}$ długość i ma wpływ na skrócenie samego chodnika $1404,5 \text{ m} - 148,5 \text{ m} = 1256 \text{ m}$. Powierzchnia chodnika wynosi zatem $1256 \text{ m} \times 1,85 \text{ m} = 2.323,6 \text{ m}^2$. W kalkulacji Wykonawcy przyjęto 2.460 m². Różnica + 137 m² (na korzyść Wykonawcy). Z dokumentacji projektowej wynikają następujące roboty bitumiczne: Długość jezdni wynosi 1.404,5 m, szerokość jezdni wynosi 6 m, powierzchnia jezdni wynosi $1.404,5 \text{ m} \times 6 \text{ m} = 8.427 \text{ m}^2$ (przyjęta do kalkulacji przez Wykonawcę 8.581 m²). Według kalkulacji Wykonawcy ogólna objętość mas bitumicznych (podbudowa, warstwa wyrównawcza i wiążąca oraz warstwy ścieralne) wynosi 1.794 m³, co daje średnią grubość mas bitumicznych na poziomie 21 cm. Według dokumentacji projektowej (profil podłużny) grubość warstw bitumicznych wynosi od 10 cm do 23 cm z taką uwagą, że odcinek wymagający takiej grubości wynosi mniej niż 200 m (188 m). Na podstawie dokumentacji ogólna ilość robót ziemnych przy usunięciu humusu, wykopach przy drenach chłonnych, poboczach chłonnych, poszerzenia jezdni oraz pod zjazdy wynosi 1779 m³. Natomiast wykonawca w swojej kalkulacji przyjął 1794 m³. Powyższe wartości wskazują, że podnoszone w odwołaniu nieuwzględnione koszty są marginalne w stosunku do zaoferowanej ceny i nie mogą świadczyć o jej nierealności.

Reasumując Zamawiający wskazał, iż o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia

będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. W analizowanym stanie faktycznym taka sytuacja nie zachodzi. Pominięcie skalkulowania kosztów wykonania niektórych robót nie ma znaczenia dla ceny ostatecznej i nie może skutkować uznaniem całej ceny za rażąco niską. Zamawiający dodał, iż w prowadzonym postępowaniu cena oferty Drogi i Mosty odbiegała jedynie od ustalonej przez Zamawiającego ubruttowionej wartości zamówienia o nieco więcej niż wynikająca z przywołanego powyżej przepisu granica 30%, natomiast już znacznie mniej (około 12%) od średniej cen wszystkich trzech złożonych ofert, co wydaje się być wystarczającą liczbą dla uznania, jak rynek wykonawców wyceni realizację tego zamówienia. Podniósł, że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień. Ceny wykonawców Drogi i Mosty oraz Granar w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień nie były nierealistyczne. Zamawiający podkreślił, że podmioty prawa publicznego działają na podstawie i w granicach prawa, co oznacza, że przepisy obowiązującego prawa określają kompetencje, tryb postępowania i zadania podmiotu publicznego, wyznaczając tym samym granice jego aktywności. Na gruncie publicznym obowiązuje zasada, że dozwolone jest tylko to, na co prawo zezwala. Tym samym co nie jest dozwolone jest zakazane. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W analizowanym przypadku taka dyspozycja dla Zamawiającego nie wynikała ani z przepisów praw, ani z ustalonego stanu faktycznego.

W dniu 18 czerwca 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożył wykonawca J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Drogi i Mosty J.K., wnosząc o oddalenie odwołania. Podkreślił okoliczność, że Zamawiający przewidział za wykonanie przedmiotu zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, przywołując orzecznictwo Izby wskazujące, że przedmiotem weryfikacji celem wykluczenia występowania rażąco niskiej ceny jest w takim przypadku całkowita cena oferty (m.in. wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 2361/17, KIO 860/16, KIO 2291/15). Przystępujący podkreślił, że przy zamówieniu na roboty budowlane mamy do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zdaniem Przystępującego do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzenie określone w ofercie. Błędne jest wobec tego traktowanie przez Odwołującego poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia. Tym bardziej że Odwołujący nie wie jak poszczególne

ceny były agregowane w toku kalkulacji. Zatem zarzuty dotyczące cen są czysto spekulacyjne.

Przystępujący podniósł, iż cena jego oferty została wyliczona na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów w oparciu o warunki zamówienia sformułowane w SWZ, z zachowaniem zasad jakie Zamawiający przewidział dla ujęcia tej ceny w formularzu oferty oraz na podstawie własnego doświadczenia Przystępującego zdobytego przy realizacji podobnych zamówień. Wbrew sugestiom Odwołującego, w tym przetargu nie istnieje jeden wyłącznie poprawny i wspólny wszystkim wykonawcom w danym postępowaniu wzorzec konstruowania ceny. Metodologia konstruowania ceny jest różna, gdyż tak postanowił Zamawiający. Z treści postanowień SWZ wynika, że jedynymi przewidzianymi przez zamawiającego wymogami w zakresie ujęcia ceny oferty były te, o których mowa w pkt XXIII. Przystępujący w oparciu o te zasady postępowania sporządził ofertę w celu zaproponowania Zamawiającemu najkorzystniejszych warunków realizacji zamówienia. Przystępujący nie był zatem obowiązany do szczególnego przedstawienia ceny lub kosztu. Zostało to pozostawione decyzji wykonawcy. Przystępujący Drogi i Mosty wskazał następnie na ceny ofert złożonych w postępowaniu, podnosząc, że na ich gruncie, w świetle wartości rynkowej szacunki Zamawiającego były zawyżone, a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 2 666 586, 49 zł, a więc jest to kwota znacznie odbiegająca od szacowanej kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Dwie oferty są niższe o przeszło 30 % od wartości zamówienia. Oferta Odwołującego jest niższa od wartości zamówienia o przeszło 22%. Jednocześnie, oferta Odwołującego nie odbiega znacznie od pozostałych. Co istotne, oferta Odwołującego jest bardziej zbliżona do oferty Przystępującego niż do szacunkowej wartości zamówienia (Przystępujący przedstawił tabelę obrazującą różnice w cenach ofert i ich relację do wartości zamówienia i średniej ofert, a także różnice procentowe pomiędzy ofertami). Wykonawca podkreślił, że okoliczności te potwierdzają rynkowość oferty Przystępującego, pozostali wykonawcy ofertowali w sposób zbliżony, nie ma dużej dysproporcji cenowej pomiędzy wykonawcami. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uważa, że obniżenie o ok. 12% ceny oferty potwierdza, że nie można wykonać należycie przedmiotu zamówienia.

Następnie Przystępujący wskazał, iż ocena udzielonych wyjaśnień powinna następować w granicach zakreślonych treścią wezwania. Nie zgodził się z twierdzeniem odwołania, że wyjaśnienia są zdawkowe, ogólne i uniwersalne. Przystępujący do pisma z dnia 21 kwietnia 2021 r. załączył kosztorysy ofertowe w formie uproszczonej przedstawiające wycenę robót z podziałem przyjętym przez Zamawiającego w formularzu ofertowym na roboty branży drogowej i roboty branży elektroenergetycznej. Kosztorys został sporządzony na potrzeby tego postępowania, w celu umożliwienia weryfikacji ceny. Nie ma on zatem

charakteru ogólnego, zdawkowego czy uniwersalnego. Jednocześnie, Przystępujący w wyjaśnieniach dodatkowo doprecyzował złożone kosztorysy w ten sposób, że wskazał przyjęte do wyceny stawki - robocizną (R), koszty zakupu materiałów (Kz), koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny - które również mają walor konkretnych informacji odniesionych do danego przedmiotu zamówienia, zatem i z tego punktu widzenia, nieporozumieniem jest twierdzenie o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, skoro były szczegółowe i dedykowane do tego przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał także na konkretne okoliczności, które miały wpływ na przygotowanie korzystnej cenowo oferty, a mianowicie dysponowanie własną wytwórnią mas bitumicznych AMMANN o wydajności 160/200 Mg/h zlokalizowaną w miejscowości Kacice k/Pułtуска, własną wytwórnią prefabrykatów betonowych zlokalizowaną w miejscowości Kosewo k/Nasielska oraz kopalnią kruszyw w Sułkowie Borowym k/Mławy. To są już okoliczności które dają wymierne oszczędności, z punktu widzenia funkcjonowania przedsiębiorstwa na rynku lokalnym. Ponadto, posiadanie własnego rozbudowanego parku maszynowego: układarki mas bitumicznych, walce, środki transportu, koparki, koparko - ładowarki, oraz dysponowanie kadrą niezbędną do wykonania zamówienia, powoduje że Przystępujący nie musi się godzić na dyktat podwykonawców. Wreszcie bliska odległość siedziby Przystępującego, wytwórni, kopalni i placów składowych Przystępującego od miejsca realizacji zadania. Przekazane Zamawiającemu informacje, w pełni korespondują z ofertą, w tym z podmiotowymi środkami dowodowymi złożonymi przez Przystępującego w postępowaniu. Na potwierdzenie dysponowania wymaganym zasobem osób Przystępujący złożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu przedmiotu zamówienia i są zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie dysponowania wymaganym sprzętem Przystępujący złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych. Cały wykazany sprzęt jest własnością Przystępującego. W świetle powyższego, nieporozumieniem jest twierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący nie złożył dowodów. Z ostrożności procesowej Przystępujący podzielił stanowisko Izby wyrażone w wyroku sygn. akt: KIO 263/20, wskazującym, że brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień.

Zdaniem Przystępującego Drogi i Mosty Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę i wyjaśnienia, które są dedykowane do kalkulacji przedmiotowej oferty, są konkretne, jednoznaczne i udowodnione w zakresie niezbędnym do potwierdzenia realności ceny. Przystępujący zauważył, że skierowane do niego wezwanie nie dotyczyło konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości Zamawiającego i odnośnie których żąda wyjaśnień. Wezwanie dotyczyło ceny jako całości i referowało do przepisów ustawy. Taki sposób zapytania jest dopuszczalny w świetle Pzp. Ustawa nie określa wprost jak ma wyglądać treść wezwania. Nie istnieje również konkretny schemat wyjaśnień. Przystępujący stosownie do

wezwania do wyjaśnienia ceny oferty jako całości sporządził odpowiedź zawierającą argumentację, przedstawiającą okoliczności mające dla Przystępującego znaczenie dla kalkulacji ceny. W świetle tych wyjaśnień oraz innych okoliczności ujawnionych w przetargu (cena oferty w odniesieniu do średniej ofert) podejrzenie rażąco niskiej ceny okazało się nieuzasadnione. Przystępujący wskazał, iż kalkulacja ceny oferty została przedstawiona w kosztorysie ofertowym, który Przystępujący złożył samodzielnie jako dowód realności ceny. Tym samym nieprawdziwe jest twierdzenie odwołania odnośnie tego, że Przystępujący nie złożył żadnych dowodów. Zdaniem Przystępującego stopień szczegółowości rozbicia ceny ryczałtowej pozwala na weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Nie są rażąco niskie składniki cenotwórcze wskazane w wyjaśnieniu: robocizna (R) = 25,00 zł (za 1 r-g (roboczogodzinę)), – koszty zakupu materiałów (Kz) = 15 % od M – koszty pośrednie (KP) = 65% od (R+S), – zysk kalkulacyjny (Z) = 10% od (R+S+Kp). W świetle wyjaśnień Przystępującego oraz złożonych podmiotowych środków dowodowych wiarygodne jawi się również twierdzenie co do możliwości obniżenia ceny z uwagi na dysponowanie przez Przystępującego własnym potencjałem (osób, sprzętu i materiałów) i bliskim sąsiedztwem miejsca realizacji zdania od siedziby, wytwórni, kopalni i miejsc składowych. Przystępujący powołał się także na wyrok Izby z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 104/18, wskazujący, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, a dowodem może być także oświadczenie wykonawcy. Przystępujący podniósł, iż zaproponowany przez Odwołującego zestaw dowodów, który rzekomo powinien złożyć Przystępujący w celu wykazania realności ceny jest oderwany od realiów sprawy. Nie ma jednego generalnego katalogu minimalnego ani zakresu maksymalnego zagadnień do których powinien się odwołać dany wykonawca, sporządzając kalkulację ceny oferty, tak samo nie ma minimalnego zakresu dowodów, które powinien przedstawić dla uzasadnienia swojej kalkulacji. Jednocześnie wszystko może być dowodem, w tym oświadczenie własne czy inne dokumenty składane w toku postępowania. Decydujące znaczenie ma zakres ujawnionych informacji, czyli taki, który umożliwia Zamawiającemu weryfikację realności ceny. Zdaniem Przystępującego Zamawiając dysponował pełnym zakresem informacji pozwalającym na pozytywną weryfikację, tj. kosztorysem, informacjami na temat przyjętej do kalkulacji stawki roboczogodziny, szacowanych kosztów zakupu materiałów, kosztów pośrednich oraz zysku oraz informacjami na temat potencjału Przystępującego (posiadanie, wytwórni i kopalni jest do zweryfikowania na podstawie dostępnych powszechnie informacji). W konsekwencji Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego jako potwierdzające realność ceny, a decyzja ta jest zasadna.

Następnie wykonawca Drogi i Mosty powołał się na ukształtowany w orzecznictwie pogląd o dopuszczalności ponownego zwrócenia się do wykonawcy o dalsze wyjaśnienia.

Możliwość taka będzie zachodzić wówczas, gdy wezwanie było ogólne, po drugie niektóre elementy nie zostały doprecyzowane. W realiach sprawy Przystępujący nie złożył ogólnikowych nieodnoszących się do treści wezwania wyjaśnień, jego oferta zatem nie powinna być odrzucona. Zdaniem Przystępującego, o czym była już mowa powyżej Zamawiający dysponuje wystarczającymi informacjami, jakkolwiek dopuszczalne prawne jest doprecyzowanie wyjaśnień według uznania Zamawiającego. W tym zakresie Przystępujący powołał się na wyroki Izby o sygn. akt KIO 758/20, KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 Przystępujący wskazał ponadto, iż również z uwagi na szeroki, ogólnikowy charakter wezwania, również wyjaśnienia Odwołującego mogą podlegać dalszemu doprecyzowaniu, powołując się w tym zakresie na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1056/20. Zdaniem Przystępującego z tego powodu odwołanie zostało wadliwie skonstruowane, ponieważ przedmiotem prawidłowo wniesionego odwołania powinien być co najwyżej zarzut braku dalszego wezwania do wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień i adekwatne do tego żądanie. Ponadto odwołanie została wadliwie skonstruowane, gdyż przedmiotem prawidłowo wniesionego odwołania powinien być co najwyżej zarzut braku wezwania do wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie jakim zdaniem Odwołującego wyjaśnienia (nie oferta) tego wzmagają. Odwołanie została wadliwie skonstruowane, także z tego powodu. że jest nieskonkretyzowane. gdyż Odwołujący posługuje się argumentacją o kilkudziesięciu tysiącach złotych, a środek ochrony prawnej nie może być ogólników a następnie konkretyzowane w toku rozprawy. W tym zakresie Przystępujący wskazał także na wyrok TSUE w sprawie C- 68/13, stanowiący, że rażąco niska cena oferty powinna być oceniana „w stosunku do usługi”. Instytucja zamawiająca może zatem, w ramach badania rażąco niskiej oferty, w celu zapewnienia zdrowej konkurencji, uwzględnić nie tylko okoliczności wymienione w art. 37 ust. 2 dyrektywy 92/50, lecz również wszystkie istotne elementy w związku z odnośną usługą. Odwołanie została wadliwie skonstruowane. także z tego powodu, że Odwołujący nie wskazał w którym miejscu oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią specyfikacji, a środek ochrony prawnej nie może być ogólników a następnie konkretyzowane w toku rozprawy. Przystępujący wskazał tutaj na wyrok Izby o sygn. akt: KIO 709/20, sygn. akt: KIO 715/20.

Zdaniem wykonawcy Drogi i Mosty odwołanie zostało wadliwie skonstruowane, również z tego powodu. że z natury rzeczy wyjaśnienia ceny dotyczą jedynie istotnych elementów zamówienia, nie zaś każdego elementu zamówienia. w szczególności gdy zamawiający o szczegóły nie dopytuje, to wykonawca agreguje koszty. W tym zakresie Przystępujący przywołał stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku o sygn. akt: KIO 1755/20. Ponadto twierdzenie Odwołującego co do tego, że oferta nie uwzględnia wszystkich

kosztów realizacji zamówienia, jest całkowicie bezpodstawne. Odwołujący poprzestał w tym zakresie na gołosłownym twierdzeniu, co nie podlega konwalidacji w toku rozprawy. Przystępujący ponownie wskazał, że nie istnieje jeden wyłącznie poprawny i wspólny wszystkim wykonawcom w danym postępowaniu wzorzec konstruowania ceny. Metodologia konstruowania ceny jest różna. Przystępujący w cenie oferty uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego przewidziane w dokumentach zamówienia oraz wszystkie związane z nimi koszty, rozsądny zysk i wycenę ryzyk. Odwołujący zatem błędnie interpretuje złożone przez Przystępującego kosztorysy i wyciąga nieprawidłowe wnioski. Zamawiający co istotne nie przewidział, odnośnie kosztorysowania żadnych szczególnych wymogów (np. rozbicia ceny), pozostawiając tym samym decyzję w tym zakresie wykonawcom.

Odnosząc się z ostrożności do zarzutów odwołania dotyczących nieuwzględnienia określonych kosztów Przystępujący w zakresie kosztów związanych z tymczasową organizacją ruchu wyjaśnił, iż uwzględnił w ofercie wymogi Zamawiającego wynikające z projektu czasowej organizacji ruchu, przyjął w tym zakresie następujące założenie, że oznakowanie tymczasowe w tym: znaki u21a/b oraz sygnalizatory są to znaki, które każdy Wykonawca używa wielokrotnie na różnych budowach aż do momentu ich zużycia. Takimi znakami dysponuje Przystępujący i nie musi ich nabywać. Przy czym, Zamawiający nie wymagał nowego oznakowania tymczasowego. Zatem założenie Odwołującego jest błędne, że każda nowa budowa wymaga zakupu nowego oznakowania tymczasowego i że prawidłowa kalkulacja musi uwzględniać zakup nowego oznakowania w każdym przypadku. W zakresie braku uwzględnienia w wycenie kosztów wykonania i montażu tablic informacyjnych Przystępujący wskazał, iż uwzględnił koszt wykonania i montażu tablic informacyjnych w wycenie stałej organizacji ruchu. Taki sposób kalkulacji jest jak najbardziej prawidłowy. Na marginesie wskazał, że koszt wykonania nowych tablic informacyjnych jest przez Odwołującego kilkukrotnie zawyżony, na potrzeby przyjętej strategii procesowej. Odnośnie braku uwzględnienia opłat za czasowe zajęcie działek Przystępujący przyjął założenie, że w celu należytego wykonania zamówienia nie jest konieczne zajmowanie czasowe działek przyległych do terenu budowy i tym samym ponoszenie z tego tytułu opłat. Zamawiający nie formułował wymogu zajęcia działek przyległych do terenu budowy. W zakresie braku uwzględnienia kosztów utylizacji materiałów z rozbiórki Przystępujący wskazał, iż zostały one rozbite na poszczególne koszty robót rozbiórkowych. W odniesieniu do braku uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy wycinie drzew wynikających ze specyfikacji technicznych Przystępujący wskazał, iż uwzględnił wymóg Zamawiającego wynikający z STWiORB: „doły po wykarczowanych pniach należy wypełnić gruntem przydatnym do budowy nasypów i zagęścić, zgodnie z wymaganiami zawartymi w OST D-

02.00.00 „Roboty ziemne”. Przystępujący przyjął, że doły po wykarczowanych pniach zostaną uzupełnione materiałem ziemnym z korytowania pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni uzyskany na miejscu budowy. Zakup nowego materiału nie jest wymagany i w związku z tym nie musiał być skalkulowany. W odniesieniu do braku uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy rozbiórce ogrodzeń. wynikający ze specyfikacji technicznych Przystępujący wskazał, iż wartość robót ziemnych została wliczona w koszt rozbiórki ogrodzeń. Co do braku uwzględnienia prawidłowej ilości robót ziemnych oraz prawidłowej ilości robót brukarskich i bitumicznych Przystępujący wskazał, że nie jest w stanie odnieść się do tego twierdzenia, ze względu na to, że Odwołujący nie opisał na czym miała by polegać rzekoma nieprawidłowość. Oświadczył, że uwzględnił i skalkulował w cenie ryczałtowej bezpośrednio i pośrednio niezbędne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, w tym rozsądny zysk. Co do braku uwzględnienia kosztów kredytowania inwestycji. ryzyka oraz zysku Przystępujący wskazał, iż uwzględnienie w cenie oferty zysku oraz kosztów pośrednich wprost wynika ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Poniższe wskaźniki cenotwórcze zostały podane w piśmie wyjaśniającym rażąco niską cenę: do obliczeń ceny ofertowej przyjęto następujące składniki cenotwórcze: koszty pośrednie (Kp)= 65% od (R+S), zysk kalkulacyjny (Z) = 10% od (R+S+Kp).

Przystępujący wskazał także, iż jego oferta jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Wskazana w wyjaśnieniach Przystępującego stawka roboczogodziny przyjęta do kalkulacji ceny ofert wynosząca średnio 25 zł netto jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Stwierdzenia takiego można dokonać na podstawie wskazanej wprost w wyjaśnieniach kwoty. Jednocześnie, stawka ta nie budzi wątpliwości wbrew stanowisku Odwołującego co do rynkowości. Należyte wykonanie zamówienia z taką właśnie średnią stawką jest możliwe i uzasadnione, uwzględniając w tym kluczowy personel. Przedmiotowa stawka nie oznacza w żaden sposób, że kluczowa kadra wskazana w wykazie osób, będzie wynagradzana w ten sposób, że za godzinę pełnienia funkcji przykładowo kierownik budowy otrzyma wynagrodzenie wysokości 25 zł netto. Metodologie wyliczania kosztów roboczogodziny pracowników są różne. Zamawiający pozostawił to wykonawcom nie precyzując wymogów szczegółowych w tym zakresie. Jedyne wymóg to realność ceny oferty, w tym kosztów robocizny.

Ponadto Przystępujący podniósł, iż treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Zastrzeżenia Odwołującego odnośnie poszczególnych pozycji kosztorysowych czy rzekomego nieuwzględnienia wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich realizacji przedmiotowego zamówienia są niezasadne. Wyciąganie dalej idących wniosków co do

niezgodności oferty z warunkami zamówienia z tych samych powodów tym bardziej jest niezasadne. Zakres zaoferowanego świadczenia odpowiada zakresowi wymaganemu w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego niezgodność oferty Przystępującego z dokumentami zamówienia.

Podsumowując Przystępujący Drogi i Mosty wskazał, iż w związku z obniżeniem cen wszystkich ofert w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość VAT, Zamawiający podjął czynności wyjaśniające, w związku z przekroczeniem poziomu procentowego 30%, o którym mowa w Pzp. Przy czym cena oferty Przystępującego była zbliżona do cen innych ofert. Również była znacznie niższa o kwoty jaką przeznaczył inwestor. Przystępujący na wezwanie w terminie oraz w wymaganym zakresie złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Poza kalkulacją oraz szczegółowymi informacjami co do kosztów pośrednich bezpośrednich i kalkulowanego zysku, Przystępujący podał również szczegóły dotyczące sposobu realizacji oraz potencjału własnego i inne obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu na złożenie konkurencyjnej oferty. Informacje te były konkretne i wystarczające do zweryfikowania przez Zamawiającego, co potwierdził wybór oferty najkorzystniejszej. Przystępujący nie zgodził się z zarzutem, iż na sformułowane generalnie wezwanie, odpowiedział ogólnikowo i podzielił pogląd Izby, np. w wyroku: sygn. akt KIO 1157/20. Wskazał także na wyroki Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2631/20, KIO 2812/20.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne przystąpienie zgłoszone do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Granar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego oraz wykonawcę J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drogi i Mosty J.K. w Kacicach po stronie Zamawiającego, dopuszczając ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników w zakreślonym w przystąpieniach zakresie.

Następnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania ofert obu Przystępujących, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego

przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, informację o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, oferty wykonawców Drogi i Mosty oraz Granar, wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny skierowane do ww. wykonawców oraz udzielone przez nich w odpowiedzi wyjaśnienia, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania. Skład orzekający Izby poddał analizie również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego Drogi i Mosty) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 czerwca 2021 r.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie oznaczonych przez niego jako dowody nr 1-3 (oferta cenowa wraz z wyciągiem z dokumentacji projektowej, opinia rzeczoznawcy D. J., opinia geodety z dnia 28.05.2021 r.), na okoliczności wskazane przez Odwołującego w opisie dowodów. Przedstawione przez Odwołującego zestawienie porównawcze w zakresie powierzchni i ilości robót oznaczone jako dowód nr 4, Izba potratowała jako oświadczenia własne Odwołującego, uzupełniające prezentowaną przez niego argumentację.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na: Przebudowie drogi powiatowej Nr 1807 W w Gminie Serock od drogi krajowej nr 61 do skrzyżowania z drogą powiatową Nr 1805W, w zakresie odcinka I - ul. Promyka w miejscowości Karolino, tj. od km 0+000 do km 1+403,30 oraz budowy linii kablowej oświetlenia drogowego o długości całkowitej trasy 1433m, w tym linia kablowa YAKXs 4x25mm² Lc=1618m, montaż 36 szt. słupów stalowych o wysokości 7m, ocynkowanych, okrągłych-zbieżnych o grubości ścianki min. 3 mm, montaż 36 szt. wysięgników jednoramiennych o wym. 1,0mx1,5m, montaż 36 szt. opraw LED o mocy max, 32,1W - parametry oprawy wg wytycznych zawartych w dokumentacji projektowej oraz wykonanie innych robót elektrycznych przewidzianych dokumentacją projektową (wymiana istniejącej skrzyni sterowania oświetleniem SON na skrzynię SOK). W zakresie przedmiotu zamówienia zostaną wykonane roboty: poszerzenie jezdni na szerokość 6,00 m, pogrubienie nawierzchni jezdni w celu przystosowania drogi do ruchu KR3, przebudowa i budowa zjazdów publicznych, przebudowa i budowa zjazdów indywidualnych do posesji, budowa nowych chodników, uporządkowanie zieleni przydrożnej tj. usunięcie kolidujących drzew i krzewów,

budowa oświetlenia drogowego. Powyższe roboty zostały objęte dokumentacją projektową wymienioną w pkt VII.3 SWZ, stanowiącą jej integralną część. Ponadto w pkt VII.5 SWZ Zamawiający wskazał, iż w przypadku wystąpienia rozbieżności w załącznikach do SWZ przyjmuje się następującą hierarchię ważności dokumentów: 1) projekt budowlano-wykonawczy, 2) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, 3) przedmiar robót.

Ponadto Zamawiający w pkt VII.6 SWZ wskazał, iż zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, w celu zapewnienia poprawnego wykonania przedmiotu umowy, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, na okres realizacji zamówienia, osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia - pracowników, którzy będą wykonywać czynności faktycznie związane z przedmiotem zamówienia w zakresie robót drogowych tj.: kierowcę samochodów ciężarowych oraz dostawczych, operatora koparki ładowarki, operatora rozścielacza, operatora masy asfaltowej, operatora walca, brukarza, monter sieci elektroenergetycznych i elektrycznych. Wskazał, że wykonanie wyżej wymienionych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320) oraz wyjaśnił, że wymóg powyższy nie dotyczy samego Wykonawcy lub Podwykonawcy (w tym wspólników spółek osobowych), który osobiście realizować będzie wyżej wymienione czynności na zasadzie jednoosobowej działalności gospodarczej (samozatrudnienie). Zamawiający ponadto pozostawił ustalenie wymiaru zatrudnienia w gestii Wykonawcy.

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z protokołem postępowania została ustalona na kwotę 3 228 206,73 zł.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty – Odwołującego z ceną 2 987 670 zł brutto, Przystępującego Drogi i Mosty z ceną 2 345 678,90 zł brutto i Przystępującego Granar z ceną 2 666 410,57 zł brutto. Wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam okres gwarancji na roboty drogowe i taki sam okres gwarancji na budowę oświetlenia drogowego. Zamawiający wskazał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 3 855 000,00 zł, w tym 3 565 000,00 zł za roboty drogowe, 290 000,00 zł za budowę oświetlenia drogowego.

Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2021 r. wezwał wykonawców Drogi i Mosty oraz Granar do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W treści wezwań Zamawiający wskazał, iż w trakcie badania ofert wątpliwości wzbudziła zaoferowana przez każdego z ww. wykonawców cena za realizację przedmiotu zamówienia, niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oszacowanej przed wszczęciem postępowania, co wypełnia okoliczności określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 3 ustawy Pzp,

Zamawiający wezwał obu ww. wykonawców do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; a ponadto: 3) metody budowy; 4) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych; 5) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 6) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia mają na celu ustalenie, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia i dowody należało złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 21 kwietnia 2021 r. do godz. 15.00.

W dniu 21 kwietnia 2021 r. wykonawca Drogi i Mosty przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, że jest zdolny do wykonania zadania za kwotę brutto 2.345.678,90 zł, zgodnie ze złożoną ofertą. Wyjaśnił, iż zaproponowana cena ofertowa jest niższa o 12% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jest ceną realną. Do obliczeń ceny ofertowej przyjęto następujące składniki cenotwórcze: robocizna (R) = 25,00 zł (za 1 r-g (roboczogodzinę); koszty zakupu materiałów (Kz) = 15 % od M; koszty pośrednie (Kp) = 65% od (R+S); zysk kalkulacyjny (Z) = 10% od (R+S+Kp). Ponadto wykonawca wskazał, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym, jakie zastosował Zamawiający za wykonanie zadania, bierze się pod uwagę wartość całego zamówienia, nie analizując poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wykonawca podniósł ponadto, iż dysponuje własną wytwórnią mas bitumicznych AMMANN o wydajności 160/200 Mg/h zlokalizowaną w miejscowości Kacice k/Pułtusk, własną wytwórnią prefabrykatów betonowych zlokalizowaną w miejscowości Kosewo k/Nasielska oraz kopalnią kruszyw w Sułkowie Borowym k/Mławy. Dysponuje również własnym sprzętem tj.: układarki mas bitumicznych, walce, środki transportowe, koparki, koparko – ładowarki, ładowarki, równiarki, skraparki. W/w wytwórnie, kopalnia, sprzęty, a także ekipy wykonawcze oraz wykwalifikowana kadra inżynierska pozwala na znaczne zmniejszenie kosztów. Natomiast bliska odległość przedmiotowego zadania oraz własne place składowe w m. Kacice, Nasielsk oraz Legionowo, dodatkowo zmniejszają koszty transportu. Materiały użyte do wykonania w/w zadania posiadają atesty spełniające wymogi zawarte w SWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem wykonawcy zaoferowana

cena jest ceną realną i rzetelną z uwzględnieniem kompleksowej realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację projektową, własny przedmiar i zapisy SWZ oraz gwarantuje właściwą jakość wykonania zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami wiedzy technicznej. Do wyjaśnień wykonawca załączył kosztorys dla branży drogowej i branży elektroenergetycznej.

W dniu 21 kwietnia 2021 r. wykonawca Granar przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, że przyjęte w ustaleniu ceny koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2020 poz. 2207). Wykonawca wyjaśnił, że podczas realizacji kontraktów na roboty drogowe wartość zużywanych materiałów stanowi ok. 50-60% ogólnej wartości kontraktu. Wykonawca, z racji wieloletniej współpracy ze stałymi dostawcami materiałów (materiały brukarskie, mieszanki mineralno-asfaltowe, kruszywa, beton, podsypka cementowo-piaskowa, materiały kanalizacyjne, itp.) otrzymuje w chwili obecnej maksymalne rabaty. W związku z powyższym wykonawca Granar jest w stanie zaoferować konkurencyjne ceny na roboty do poszczególnych Zamawiających. Dodatkowo zaznaczył, że kontakt zlokalizowany jest w bardzo bliskiej odległości od zakładów produkcji i dostawców materiałów z którymi współpracuje, co powoduje że koszty transportu są minimalne. Z racji tego, że Wykonawca działa jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ze względu na tajemnicę handlową nie może do powyższych wyjaśnień dołączyć ofert jakie posiada na poszczególne materiały. Ponadto wykonawca Granar wyjaśnił, że wszystkie roboty wykonuje własnym sprzętem, nie korzystając ze sprzętu wynajmowanego, co pozwala na obniżenie kosztów. Wyjaśnił także, że własny sprzęt posiada w całości zamortyzowany, stąd przyjęte do kalkulacji cenowej stawki tego sprzętu są na bardzo niskim poziomie. Jednocześnie wykonawca potwierdził, że w swojej ofercie uwzględnił cały zakres rzeczowy zamówienia określony w SWZ zgodnie z załączoną dokumentacją projektową oraz zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. W załączeniu do wyjaśnień wykonawca Granar złożył kosztorysy ofertowe dla robót drogowych i budowy oświetlenia drogowego.

Zamawiający w dniu 5 maja 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego Drogi i Mosty. Drugą kolejności w rankingu ofert była oferta Przystępującego Granar, a trzecią oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania

odrzućenia ofert Przystępującego Drogi i Mosty oraz Przystępującego Granar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Przywołując aktualnie obowiązujące regulacje prawne dotyczące badania cen ofert należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miały także przepisy art. 224 ust. 4 – 6 ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 4 ww. przepisu w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust.

1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak wynika z powyższych regulacji, w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy nPzp).

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić szczególną uwagę na wprowadzony na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp obowiązek żądania przez Zamawiającego w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi wyjaśnień co najmniej w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy

Pzp (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnianiu osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej i skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Art. 224 ust. 4 ustawy Pzp jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane.

Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane lub usługi obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w ww. zakresie, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Obowiązek taki wywieść można także na gruncie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który wskazuje, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że Zamawiający - w celu zapewnienia poprawnego wykonania przedmiotu umowy - przewidział w SWZ obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę (i podwykonawcę) na podstawie umowy o pracę, na okres realizacji zamówienia, osób wykonujących czynności faktycznie związane z przedmiotem zamówienia w zakresie robót drogowych tj.: kierowcę samochodów ciężarowych oraz dostawczych, operatora koparki ładowarki, operatora rozściełacza, operatora masy asfaltowej, operatora walca, brukarza, monterów sieci elektroenergetycznych i elektrycznych. Ponadto Zamawiający, respektując treść art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, zażądał

zarówno od wykonawcy Drogi i Mosty, jak i od wykonawcy Granar, wyjaśnień m.in. w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Co więcej, Zamawiający aspekty te wymienił w pierwszej kolejności, a dodatkowo nawet pogrubiał w tym miejscu wezwania czcionką, akcentując priorytetowe znaczenie tych właśnie elementów. Żaden z Przystępujących w zasadzie nie udzielił wyjaśnień w zakresie kosztów pracy, pomimo tego, że na taki obowiązek wskazuje zarówno ustawa Pzp (art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 224 ust. 4), jak i treść wezwania do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Mając to na względzie nie sposób zaaprobować stanowiska Przystępującego Drogi i Mosty, że skoro wezwanie nie dotyczyło konkretnych zagadnień i referowało do przepisów ustawy, to wykonawca przyjął ich własny schemat i przedstawił tylko okoliczności mające według niego znaczenie dla kalkulacji ceny. Owszem, wezwanie bazowało na przepisach ustawy Pzp, niemniej Przystępujący Drogi i Mosty pominął fakt, że na gruncie tych przepisów oraz wystosowanego do niego wezwania, miał obowiązek udzielić wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Oparcie treści wezwania przez Zamawiającego na brzmieniu przepisów bynajmniej nie zwalnia wykonawców z obowiązku wyjaśnienia okoliczności ustawowo wymaganych.

Należy zauważyć, że poza lakonicznym wskazaniem stawki robocizny wykonawca Drogi i Mosty nie podał żadnych informacji odnoszących się do kosztów pracy. W ocenie Izby podanie samej stawki za roboczogodzinę, w żaden sposób nie omówionej, nie stanowi dostatecznego wyjaśnienia przyjętych kosztów pracy. Mając na uwadze, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie właściwych przepisów, wykonawca powinien w treści wyjaśnień taki fakt nie tylko szczegółowo omówić, ale i wykazać. Posiłkując się w tym zakresie § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. nr 130 poz. 1389, które to rozporządzenie zgodnie z art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) zachowuje moc do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 34 ust. 2 ustawy Pzp) należy wskazać, że godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze; premie regulaminowe; płace dodatkowe (dodatki stażowe,

inne dodatki regulaminowe); płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe); obligatoryjne obciążenia płac; odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Wobec braku przedstawienia jakichkolwiek informacji przez wykonawcę Drogi i Mosty odnoszącej się do kwestii przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny oferty kosztów pracy nie sposób ocenić ich zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy czy zabezpieczenia społecznego, a okoliczność czy są one wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z właściwych przepisów można co najwyżej domniemywać na podstawie wskazanej stawki za roboczogodzinę, nie ma jednak możliwości sprawdzenia tego faktu.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, Przystępujący Drogi i Mosty nie podał żadnych szczegółowych informacji odnoszących się do przyjętych kosztów pracy, co uniemożliwia zweryfikowanie czy zostały one właściwie uwzględnione, z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa. Proste wskazanie stawki roboczogodziny, bez jakiegokolwiek omówienia faktycznie przyjętych kosztów pracy, nie stanowi rzetelnego wyjaśnienia kluczowych aspektów zaakcentowanych w treści wezwania, jakie Zamawiający wystosował do ww. Przystępującego. Z kolei wykonawca Granar w swoich wyjaśnieniach poprzestał wyłącznie na niczym nie popartym stwierdzeniu, że „przyjęte w ustaleniu ceny koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę”. W treści wyjaśnień tego wykonawcy brak jest jakichkolwiek dalszych informacji w zakresie przyjętych podczas kalkulacji ceny oferty kosztów pracy, nawet co do stawki za roboczogodzinę. W ocenie Izby Zamawiający nie miał żadnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń ww. wykonawcy i zgodności przyjętych założeń z obowiązującymi przepisami prawa, w świetle czego nie sposób uznać, aby wykonawca Granar udzielił rzetelnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w którym to właśnie kwestia kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy była szczególnie podkreślona. W wyjaśnieniach obu wykonawców (Granar oraz Drogi i Mosty) nie sposób odnaleźć informacji na temat przyjętej na potrzeby kalkulacji cen ofertowych wysokości wynagrodzenia pracowników, nie mówiąc o omówieniu kwestii uwzględnienia w wyliczeniach pozapłacowych kosztów pracy obciążających z tego tytułu pracodawcę. Na podstawie treści wyjaśnień brak jest możliwości ustalenia jakie faktycznie koszty pracy i na jakim poziomie zostały uwzględnione przez wykonawców.

Ponadto w ocenie Izby nie można deprecjonować, jak czyni to Zamawiający oraz Przystępujący Drogi i Mosty, konieczności przedstawienia przez wykonawców dowodów potwierdzających, że cena nie jest rażąco niska, na którą to konieczność wskazywała zarówno treść wezwania, jak i na którą wskazuje ustawa Pzp (obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub

ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”). Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. Natomiast ustawa wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający musi mieć możliwość zweryfikowania czy okoliczności, na które powołują się wykonawcy znajdują odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, ani Przystępujący Granar, ani Przystępujący Drogi i Mosty w zasadzie nie przedstawili dowodów potwierdzających treść złożonych wyjaśnień. Za niewystarczające w tym zakresie Izba uznała poprzestanie na przedstawieniu przez wykonawców uproszczonych kosztorysów, które jakkolwiek wskazują na sposób skalkulowania ceny ofert, to jednak po pierwsze stanowią jedynie oświadczenia własne wykonawców, a po drugie są to dokumenty wyjaśniające sposób skalkulowania ceny, a nie dokumenty potwierdzające i uwiarygadniających w jakikolwiek sposób przyjęte koszty pracy czy też inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny, na które wykonawcy powoływali się w treści wyjaśnień. Przedstawienie wiarygodnych dowodów dotyczących przyjętych kosztów pracy nie jest utrudnione, dowodami takimi mogą być chociażby zanonimizowane umowy o pracę, listy płac, wyciągi z ksiąg rachunkowych. Ww. wykonawcy, jak zauważył Odwołujący, nie przedstawili także jakichkolwiek dowodów mających potwierdzić wskazane w wyjaśnieniach okoliczności wpływające na ustalenie ceny ofert na takim, a nie innym poziomie. Brak jest jakichkolwiek obiektywnych dowodów odnoszących się do kosztów pozyskania materiałów czy dysponowania przez wykonawców odpowiednim sprzętem.

Poziom skomplikowania przedmiotu zamówienia czy też sama wartość zamówienia w ocenie Izby nie zwalnia wykonawców z ustawowego obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających wiarygodność okoliczności przedstawianych w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba nie zgodziła się także z Przystępującym Drogi i Mosty że dowodami takimi są podmiotowe środki dowodowe, ponieważ dokumenty te zostały Zamawiającemu złożone przez Przystępującego już po dokonaniu przez Zamawiającego oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i ustaleniu, że oferta wykonawcy Drogi i Mosty została oceniona najwyżej, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału

w postępowaniu. W odniesieniu do Przystępującego Granar należy dodać, że wykonawca ten wskazując na okoliczności takie jak korzystne relacje handlowe i będące ich konsekwencją korzystne ceny materiałów czy posiadane rabaty, jednocześnie odmówił złożenia jakichkolwiek dowodów zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa. Działanie takie jest niezrozumiałe, mając na uwadze fakt, że ustawa Pzp daje wykonawcom możliwość zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na co wskazywał Odwołujący. Przystępujący Granar sam swoim działaniem pozbawił Zamawiającego możliwości zweryfikowania prawdziwości własnych twierdzeń, podczas gdy przedstawienie dokumentów potwierdzających treść wyjaśnień nie powinno powodować po jego stronie trudności – skoro wykonawca powołał się na relacje handlowe, to istniała możliwość przedstawienia ofert partnerów handlowych lub zawartych z nimi umów, które potwierdzałyby ceny materiałów czy posiadane rabaty, a jeśli informacje te zdaniem wykonawcy stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa to mogły one zostać przez niego odpowiednio zastrzeżone.

Brak przedstawienia szczegółowych danych i dowodów w odniesieniu do kwestii kosztów pracy i zgodności z obowiązującymi przepisami, ale również w odniesieniu do okoliczności mających wpływać na obniżenie ceny, na które wykonawcy powoływali się w treści wyjaśnień, powoduje, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Drogi i Mosty oraz przez wykonawcę Granar dokonywana przez Zamawiającego siłą rzeczy opierać musiała się na domysłach i jego własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, ewentualnie w tym przypadku także na wcześniejszej współpracy z danym wykonawcą i wiedzy co do posiadanych przez niego zasobów (co przyznał na rozprawie Zamawiający). Taka sytuacja nie jest akceptowalna z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców. Jedynie dodatkowo należy wskazać, że jeżeli wykonawca powołuje się na wyjątkowo korzystne dla niego warunki związane z realizacją robót czy inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny oferty, to powinien wyjaśnić jakie konkretnie mają one przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny, jaki jest ich realny wpływ na przyjęte koszty realizacji zamówienia, w przeciwnym razie nie sposób uznać tak złożonych wyjaśnień za kompletne i rzetelne. W przedmiotowym przypadku żaden z wykonawców nie wskazał jak podniesione w wyjaśnieniach okoliczności takie jak fakt posiadania sprzętu, wytwórni, czy określonych relacji handlowych wpływa na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Wykonawcy nie podali żadnej mierzalnej wartości wynikających z tych faktów oszczędności ani realnego wpływu tych okoliczności na przyjęte na potrzeby sporządzenia kosztorysu koszty sprzętu czy materiałów.

Ponadto w odniesieniu do wyjaśnień Przystępującego Granar Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w wyjaśnieniach tych brak jest wskazania czy zaoferowana cena umożliwia realizację zamówienia bez strat i pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Ani z treści wyjaśnień ani załączonych do nich kosztorysów nie wynika powyższa okoliczność, wobec czego brak jest możliwości stwierdzenia czy zysk został przez ww. wykonawcę uwzględniony i na jakim poziomie. Powyższe również świadczy o niekompletności przedstawionych przez wykonawcę Granar wyjaśnień, jako że kwestia wykazania, że zaoferowana cena uwzględnia wszelkie koszty wykonania zamówienia oraz zysk powinna być kluczowym elementem składanych wyjaśnień, podobnie jak wspomniane powyżej wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż wyjaśnienia złożone przez uczestników postępowania były niekompletne, a nadto nie zostały poparte dowodami, których przedstawienie było możliwe, a które potwierdzałyby przyjęte założenia. Ocena wyjaśnień obu Przystępujących nie pozwala na stwierdzenie, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe przesądziło o tym, że oferty wykonawców powinny podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 224 ust. 6 w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie ofert obu Przystępujących uznając za niezasadne stanowisko Przystępującego Drogi i Mosty o przedwczesności zarzutów odwołania i ewentualnej konieczności wezwania wykonawcy Drogi i Mosty do dalszych wyjaśnień. Podkreślić należy, że jakkolwiek orzecznictwo i doktryna dopuszczają możliwość zwrócenia się po raz drugi do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to działanie takie może mieć miejsce w przypadku gdy wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były rzetelne, kompletne i adekwatne do treści skierowanego wezwania, co nie miało miejsca w przedmiotowym przypadku. Już chociażby w zakresie dotyczącym kosztów pracy i ich zgodności z obowiązującymi w tym zakresie przepisami wyjaśnienia żadnego z wykonawców nie korespondują z treścią skierowanego do nich wezwania, nie mówiąc o tym, że cała treść wyjaśnień wykonawcy Granar i wykonawcy Drogi i Mosty jest dość lakoniczna, a opisane okoliczności mające wpływać na wysokość cen ofert zostały przedstawione z pominięciem ich realnego przełożenia na wysokość ceny i nie zostały poparte dowodami.

Natomiast Izba za nieudowodnione uznała twierdzenia Odwołującego o nieuwzględnieniu przez Przystępujących kosztów związanych z tymczasową organizacją ruchu. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że sygnalizację świetlną należy zainstalować równocześnie na kilku fragmentach drogi. W treści odwołania brak jest

konkretnego uzasadnienia w tym zakresie. Odwołujący nie wyjaśnił na ilu fragmentach drogi prace miałyby być prowadzone równocześnie i dlaczego, nie wskazał także z czego wywodzi konieczność ustawienia równocześnie aż 140 znaków U21a/b oraz sygnalizatorów świetlnych. Z wypowiedzi Odwołującego przedstawionej na rozprawie wnioskować można, że powodem dla takiego działania jest konieczność dochowania terminu realizacji zamówienia, niemniej okoliczność taka nie została podniesiona w odwołaniu ani niczym poparta. Przedstawiony dowód w postaci oferty cenowej DPJ System (dowód nr 1) wskazuje jedynie na przyjęty przez ten podmiot sposób realizacji robót, a załączona dokumentacja, na którą się w tej ofercie powołano, nie wskazuje na konieczność równoczesnej realizacji kilku odcinków. Z fragmentów dokumentacji załączonych do oferty DPJ System wynika jedynie konieczność ustawienia sygnalizatorów i znaków na całej długości odcinka wykonywanych prac, a nie całej długości przebudowywanego w ramach niniejszego zamówienia fragmentu drogi. Jak wskazywał Zamawiający, w świetle dokumentacji projektowej prace mają być prowadzone etapami w podziale na odcinki o maksymalnej długości 250m. Odwołujący twierdził tych nie odparł, podobnie jak nie odparł twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego Drogi i Mosty o możliwości wykorzystania w celu tymczasowej organizacji ruchu posiadanych już przez wykonawców sygnalizatorów i znaków, co w zasadniczy sposób wpływa na kwestię kosztów (nie muszą to być nowe produkty).

Odnosząc się do kwestii braku uwzględnienia przez Przystępujących kosztów wykonania i montażu tablic informacyjnych, opłat za czasowe zajęcie działek, kosztów utylizacji materiałów z rozbiórki oraz kosztów robót ziemnych przy wycince drzew i rozbiórce ogrodzeń Izba stwierdziła, że powyższe okoliczności nie zostały przez Odwołującego w dostateczny sposób uzasadnione. Odwołujący w odniesieniu do ww. aspektów założył *a priori*, że jeżeli danego elementu nie wskazano wprost w załączonych do wyjaśnień obu wykonawców kosztorysach, to oznacza, że nie zostały one w ogóle uwzględnione w wycenie. Założenie takie uznać należy za nieprawidłowe. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu zaprezentowania kalkulacji cenowej, tymczasem Odwołujący zdaje się wywodzić obowiązek wyszczególnienia przez wykonawców w tych kalkulacjach wszystkich kosztów, nawet tych niewielkiego rzędu, jednocześnie deprecjonując fakt oparcia przez Przystępujących załączonych do wyjaśnień kosztorysów o przedmiary udostępnione przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania. Odwołujący nie odniósł się także do okoliczności, że wynagrodzenie w przypadku przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Dodatkowo Izba miała na względzie, że Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił, czy kwestionowane przez niego w odwołaniu elementy kosztotwórcze stanowią istotną część składową ceny oferty.

W zakresie opłat za czasowe zajęcie działek oraz kosztów robót ziemnych przy wycince drzew i rozbiórce ogrodzeń Odwołujący nie podał w treści odwołania żadnych danych wskazujących jakiego rzędu koszt należało w cenie uwzględnić. Z kolei podanie takiego kosztu w odniesieniu do wykonania i montażu tablic informacyjnych nie zostało niczym poparte i nie koreluje z kosztami, na jakie w tym zakresie wskazywał Zamawiający. Odwołujący nie odparł twierdzeń swoich przeciwników, że koszt wykonania i montażu tablic został przez niego zawyżony. Ponadto Przystępujący Drogi i Mosty wyjaśnił, że przedmiotowy koszt został przez niego uwzględniony w wycenie stałej organizacji ruchu, do czego Odwołujący również się nie odniósł. W zakresie zaś opłat za czasowe zajęcie działek Odwołujący nie wykazał, aby nieprawidłowym było przyjęcie przez wykonawców założenia, że czasowe zajęcie działek nie będzie miało miejsca, albo że wystąpienie tego rodzaju opłat jest mało prawdopodobne i uwzględnienie ryzyka ich ewentualnego poniesienia w ramach ryzyka kontraktowego. W zakresie kosztów utylizacji materiałów z rozbiórki Izba stwierdziła, że Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego, iż zagospodarowanie tych materiałów pozostaje w gestii wykonawcy i nie musi sprowadzać się do składowania, lecz może także polegać na ich wtórnym wykorzystaniu. Nie odniósł się także do twierdzeń Przystępującego Drogi i Mosty, który wskazywał, iż uwzględnił koszt utylizacji w kosztach rozbiórki.

Za bezzasadne Izba uznała ponadto twierdzenia Odwołującego o braku uwzględnienia przez Przystępujących prawidłowej ilości robót ziemnych, brukarskich i bitumicznych, powiązane także z wyżej wspomnianą już kwestią uwzględnienia kosztów robót ziemnych przy wycince drzew i rozbiórce ogrodzeń. Stanowisko to nie zostało w treści odwołania w ogóle uzasadnione, Odwołujący nie wskazał nawet jaka jest w jego ocenie prawidłowa ilość robót i jakiego rzędu koszty należało uwzględnić. Informacje w tym zakresie wynikają dopiero z opinii rzeczoznawcy złożonej przez Odwołującego jako dowód nr 2, wyliczeń geodety stanowiących dowód nr 3 oraz zestawienia zawierającego porównanie powierzchni i ilości robót wynikających z przedstawionych dowodów z danymi wskazanymi przez Przystępujących i wynikającymi z dokumentacji projektowej (oznaczonego przez Odwołującego jako dowód nr 4), co należy uznać za działanie spóźnione. Niezależnie od powyższego w ocenie Izby stanowisko Odwołującego o braku uwzględnienia prawidłowej ilości robót ziemnych, brukarskich i bitumicznych oparte zostało na błędnym założeniu, że wykonawcy powinni podczas wyceny uwzględnić szerszy zakres robót niż wynikający z dokumentacji projektowej. To dokumentacja projektowa jako załącznik do SWZ stanowi obiektywne źródło wiedzy dla wykonawców co do zakresu przedmiotu zamówienia i ilości robót niezbędnych do wykonania, koniecznych do uwzględnienia podczas kalkulacji ceny oferty. Równy dostęp wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do informacji wynikających z dokumentacji projektowej daje gwarancję porównywalności cen ofert. Jeżeli

Odwołujący powziął wątpliwości co do prawidłowości danych wskazanych w tej dokumentacji, to winien zasygnalizować to jeszcze na etapie ostatecznego kształtowania treści postanowień SWZ, zadając Zamawiającemu w tym zakresie pytania bądź wnosząc odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia. Wywodzenie nieprawidłowej kalkulacji ofert przez Przystępujących z ewentualnych błędów w dokumentacji projektowej jest na obecnym etapie postępowania działaniem nieuprawnionym. Mając to na względzie Izba uznała, że opinie złożone przez Odwołującego stanowiące dowód nr 2 i 3 nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia. Dodać należy, że zgodność kalkulacji Przystępujących z założeniami co do ilości robót wynikającymi z dokumentacji projektowej wykazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, jak i potwierdził sam Odwołujący przedstawiając na rozprawie zestawienie (oznaczone jako dowód nr 4), w którym porównano m.in. ilość robót wynikającą z dokumentów zamówienia z ilościami przyjętymi przez wykonawców i dane te były zgodne.

Niewykazane w ocenie Izby są także twierdzenia Odwołującego o braku uwzględnienia kosztów kredytowania inwestycji czy ryzyk kontraktowych. Założenie o konieczności kredytowania inwestycji przez Przystępujących nie zostało przez Odwołującego niczym poparte i stanowi jedynie gołosłowne przypuszczenie. Odwołujący nie wyjaśnił także dlaczego w jego ocenie fakt, że zsumowanie kwot wskazanych w obu kosztorysach daje cenę całkowitą (zarówno w przypadku Granar, jak i Drogi i Mosty) miałby świadczyć o nieuwzględnieniu przez tych wykonawców ryzyk kontraktowych czy kosztów usuwania wad lub usterek. Izba uznała za zbyt daleko idące założenie poczynione przez Odwołującego, że jeżeli danego elementu nie wskazano wprost w wyjaśnieniach to nie zostały one w ogóle uwzględnione w wycenie. Odwołujący pominął okoliczność, iż wykonawcy mogą przyjąć różne czynniki cenotwórcze przy sporządzaniu kosztorysów, jak koszty pośrednie, koszty ogólne czy ryzyka. W ocenie Izby podnoszona przez Odwołującego okoliczność może wskazywać na lakoniczność czy niekompletność udzielonych wyjaśnień, natomiast nie przesądza automatycznie o tym, że w wycenie nie uwzględniono określonych kategorii kosztów.

Natomiast odnosząc się do kwestii zysku Izba stwierdziła, że twierdzenie Odwołującego o niewskazaniu przez Przystępującego Drogi i Mosty zysku nie znajduje oparcia w treści wyjaśnień tego wykonawcy. Przyjęty zysk został przez Przystępującego Drogi i Mosty podany, tyle że nie wskazano go w sposób kwotowy, lecz wskaźnikowo jako iloczyn procentowego wskaźnika narzutu zysku i ustalonej podstawy jego naliczania. Odwołujący nie odniósł się merytorycznie w odwołaniu do tak przyjętej metody ustalenia zysku, wobec czego podnoszone przez niego podczas rozprawy w tym zakresie twierdzenia, że wartość zysku nie jest znana, czy że nie przewidziano zysku od materiałów, stanowią

argumentację spóźnioną. Natomiast stanowisko Odwołującego o niewskazaniu zysku przez wykonawcę Granar potwierdziło się - z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę ani z załączonych do nich kosztorysów nie wynika czy zysk został w kalkulacji ceny ofertowej uwzględniony i na jakim poziomie, na co wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia.

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zarzut ten został przez Odwołującego oparty na założeniu nieuwzględnienia przez Przystępujących w wycenie kosztów realizacji prac, w tym tymczasowej organizacji ruchu oraz kosztów robót ziemnych związanych z rozbiórką i wycinką ogrodzeń. Założenie takie nie zostało wykazane, do czego Izba odniosła się szczegółowo we wcześniejszej części uzasadnienia dotyczącej zarzutu rażąco niskiej ceny. Ponadto zarzutu niezgodności ofert Przystępujących z warunkami zamówienia Odwołujący szerzej nie uzasadnił, nie wskazując nawet dlaczego jego zdaniem ewentualny fakt braku wyszczególnienia w treści wyjaśnień i załączonych do nich kosztorysów ww. kosztów miałyby przesądzać o tym, że Przystępujący przewidzieli realizację zamówienia niezgodnie z wymaganiami SWZ. Mając to na względzie przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba rozdzieliła wpis stosunkowo obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Mając na uwadze, że Izba uwzględniła odwołanie z zakresie jednego z dwóch zarzutów, wpis od odwołania został rozdzielony pomiędzy Odwołującego a Zamawiającego w równej części (po połowie). Natomiast koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników Izba w takim wypadku zniósła wzajemnie.

Przewodniczący: