

Sygn. akt KIO 1402/19

**WYROK**  
**z dnia 6 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez odwołującego: **K. G. Krismat** (ul. Sielecka 63 42-500 Będzin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie** (ul. B. Głowackiego 56 30-085 Kraków),

przy udziale wykonawcy: **Firma Usługowa LOG-BUD** D. B. ul. Pułaskiego 63/1 33-380 Krynica-Zdrój – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża *odwołującego*: **K. G. Krismat** (ul. Sielecka 63 42-500 Będzin) i 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. Nie uwzględnia wniosku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy: **Firma Usługowa LOG-BUD** D. B. ul. Pułaskiego 63/1 33-380 Krynica-Zdrój o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kwoty 2.460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, którego przedmiotem jest: „Przebudowa mostu wraz z dojazdami w m. Wygiełzów na potoku Płazianka w ciągu drogi DW 781 ode. 080 km 0+115,5- 0+194". Nr postępowania ZDW-DN-4-271-18/19.

Odwołujący – K. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: K. G. Krismat z/s w Będzinie wniósł odwołanie od:

1. Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy - Firma Usługowa Log- Bud D. B. (dalej Log-Bud lub wykonawca lub oferent) jako najkorzystniejszej.
2. Zaniechania czynności odrzucenia oferty Log-Bud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Log-Bud pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień na zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust 1. Ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.
2. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. dokonanie ponownego wezwania Log-Bud do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w rzeczywistości w zakresie informacji, co do których był on już wzywany jednak ze względu na swoje nierzetelne postępowanie nie udzielił wyjaśnień.

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp: 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty Log-Bud jako najkorzystniejszej; 2) Odrzucenie oferty Log-Bud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp; oraz 3) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Oдноśnie interesu Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że „Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny

wpływ na wynik postępowania przetargowego, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego jest bowiem najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega odrzuceniu z Postępowania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz może ponieść bezpośrednią szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania uzyska je (zaoferowana przez Odwołującego cena mieści się w kwocie podanej przez Zamawiającego przeznaczonej na przedmiotowe zadanie). Z kolei naruszenie przez Zamawiającego \* przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w ramach, którego przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Wśród złożonych ofert, oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejsza w świetle ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, pomijając oczywiście ofertę złożoną przez Log-Bud. Dowód: 1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17.07.2019 r. 2. Informacja z otwarcia ofert. 3. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 26.06.2019 r.

Pismem z dnia 17 maja 2019 r. wezwał Log-Bud do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający w szczególności wezwał do udzielenia wyjaśnień w zakresie:

- 1) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) Wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) Wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w ramach udzielanych wyjaśnień niezbędnym pozostaje przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaoferowanych cen ofertowych w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie Zamawiający wskazał w treści wystosowanego wezwania, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie, podobnie jak uznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia wraz z dowodami dostarczonymi przez Wykonawcę potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił również, że linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych wskazuje, iż wyjaśnienia ogólnikowe oraz nie zawierające odpowiednich dowodów, że cena nie jest rażąco niska, skutkują odrzuceniem oferty. Dowód: 4. Pismo Zamawiającego z dnia 17.05.2019 r. Log-Bud w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia za pośrednictwem pisma datowanego na dzień 18 maja 2019 r. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca nie dokonał jednak odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania określone powyżej. Ponadto w zakresie prezentowanego uzasadnienia dokonał on lakonicznego wyjaśnienia przedłożonej oferty cenowej, nie przedstawił również wiarygodnych dowodów na potwierdzenie braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Stanowczo podkreślić należy również, że Log-Bud nie zastosował się do wezwania Zamawiającego w zakresie przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny przedkładając jedynie wersję uproszczoną.

Dowód: 5. Pismo Log-Bud z dnia 18.05.2019 r.

Następnie Zamawiający w dniu 04.06.2019 r. dokonał wyboru oferty Log-Bud jako najkorzystniejszej.

Dowód: 6. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 04.06.2019 r.

Od dokonanej czynności wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty odwołanie złożył w dniu 10.06.2019 r. Odwołujący. W konsekwencji powyższego pismem z dnia 11.06.2019 r. Zamawiający cofnął dokonaną czynność wyboru Zamawiającego z dnia 11.06.2019 r. W trakcie procesu ponownego badania ofert Zamawiający pismem z dnia 26.06.2019 r. zwrócił się do Log-Bud o doprecyzowanie złożonych wyjaśnień, wskazując jednocześnie, iż wzywa do przedłożenia: 1) szczegółowej kalkulacji cenowej z rozbiciem na poszczególne składniki cenotwórcze; 2) jednoznacznych dowodów potwierdzających realność wykonania przedmiotowego zamówienia, w szczególności dotyczących kosztów nabycia niezbędnych do jego realizacji materiałów (w tym: pale, beton, zbrojenie) oraz odnoszących się konkretnie do przedmiotowego zamówienia (faktury, oferty, zapytania o cenę, etc.); 3) jednoznacznych dowodów (w postaci umów, dokumentów wewnętrznych firm, faktur etc.) potwierdzających faktyczne posiadanie/ dysponowanie wskazanymi w przedłożonych przez Log-Bud wyjaśnieniach materiałami oraz sprzętu (tj. koparki, samochodu, walec, deskowanie

systemowe, płyty drogowe, dźwigary mostowe, podporu stalowe, grodziec stalowe, sygnalizacja świetlna), których to Wykonawca zamierza użyć do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wezwał również do wskazania informacji w przedmiocie w zakresie w jakim wskazał w piśmie z dnia 17 maja 2019 r. (pkt 1 do 5) oraz zgodnie z pkt 6) „Przedłożonych w ramach wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. ofert sprzedaży betonu (oferty firmy BAN-KOR-BET Bania korga sp. j.) poprzez określenie kontekstu ich przekazania w ramach wyjaśnień oraz okoliczności, które mają potwierdzać (tzn. wykazanie ich koherencji względem przedmiotu niniejszego zamówienia i złożonej na nie oferty) - przedmiotowe oferty nie dotyczą zamówienia będącego przedmiotem postępowania , a wskazane w nich klasy betonu są inne od określonych przez Zamawiającego w OPZ”.

Mając na uwadze dokonanie przez Zamawiającego dwukrotnego wezwania Log-Bud do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący odnosząc się do wyjaśnień pierwotnych jak i uzupełniających stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwem to pierwotnie złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny stanowić podstawę oceny oferty. Ponadto drugie z wyjaśnień Log-Bud w ogóle nie powinny być brane pod uwagę ze względu na bezpodstawne wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Cena zaoferowana przez Log-Bud pozostaje ceną rażąco niską. Przez rażąco niską cenę rozumiemy cenę, która pozostaje niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wartością od wartości zamówienia oszacowanej z należytą starannością przez zamawiającego oraz cen pozostałych oferentów w danym postępowaniu przetargowym lub cen rynkowych. Jest to zatem cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania zadania inwestycyjnego. Cena zaoferowana przez Log-Bud bezsprzecznie pozostaje ceną rażąco niską oraz nie umożliwi wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty z uwzględnieniem osiągnięcia zysku.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 90 ust 1 ustawy Pzp (...) jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia (...); 2) pomocy publicznej (...); 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym (...); 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”. Dalej podał, że zgodnie z ustępem 1a powołanego przepisu:

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

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

*2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”.*

Wskazał również na ust.2 tego przepisu podnosząc, że (...) Ustęp drugi natomiast ustanawia zasadę, że to wykonawca - w tym wypadku Log-Bud zobowiązany jest do wykazania braku wystąpienia rażąco niskiej ceny pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp - co również wyraźnie w swym piśmie z dnia 17.05.2019 r. oraz w piśmie z dnia 26.06.2019 r. zaznaczał Zamawiający”. Podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny. Domniemanie to może być obalone jedynie poprzez przedstawienie przez wykonawcę skrupulatnych, wyczerpujących oraz zupełnych wyjaśnień popartych dowodami na okoliczność realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 18.05.2019 r. Log-Bud nie udzielił odpowiedzi na żadne z zadanych przez Zamawiającego pytań. Wykonawca nie uszczegółowił występującej oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, nie wskazał również czy korzystał z pomocy publicznej, czy zaoferowana przez niego cena pozostaje najkorzystniejszą w związku z oszczędnościami wynikającymi z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie czy z przepisów prawa o ochronie środowiska. Log-Bud nie odniósł się również do kwestii związanej z podwykonawstwem - nie udzielił żadnych wyjaśnień w zakresie podzlecanego zakresu robót i wpływu tej okoliczności na proponowaną cenę. Istotnym w niniejszej sprawie pozostaje również, że Zamawiający zażądał przedstawienia przez wykonawcę szczegółowego rozbitcia cenowego. Przedłożony natomiast przez Log-Bud dokument stanowi jedynie niepełne rozbitcie tzw. uproszczone, brak jest w nim bowiem określenia takich czynników jak - koszt robocizny, przyjętej stawki roboczogodziny, przyjętego narzutu kosztów pośrednich, zysku czy kosztów zakupu. Takie rozumienie sformułowania „szczegółowe rozbitcie cenowe” wynika nie tylko z doświadczenia zawodowego wykonawców robót budowlanych, ale może je również wywieść z treści Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. 2004 nr 130 poz. 1389), a dokładniej jego paragrafu 4. Zdaniem wykonawcy, przyjęcie przedstawionych w ramach wyjaśnień dowodów na ceny jednostkowe poszczególnych materiałów jest tylko wtedy zasadne, kiedy można je przyrównać do punktu odniesienia, czyli do kosztorysu szczegółowego. W przypadku wyjaśnień Log-Budu z dnia 18.05.2019 r. Zamawiający ani też Odwołujący nie miał możliwości weryfikacji założonych cen z faktur i ofert z lat poprzednich do kosztorysu uproszczonego, który przedstawił wybrany wykonawca właśnie ze względu na brakujące, a wymienionej wyżej dane. Ponadto prawidłowość tego rozumowania potwierdzają również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: „Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko wykonawcy.” (wyrok KIO 2520/18). Tym samym nie sposób stwierdzić by Log-Bud dokonał złożenia wyjaśnień w sposób prawidłowy oraz zgodny z żądaniami Zamawiającego. Brak zastosowania się natomiast przez wykonawcę do opisanego wezwania uniemożliwił Zamawiającemu prawidłowe oraz merytoryczne zweryfikowanie zaoferowanej przez niego ceny. Następnie Log-Bud w piśmie z dnia 18.05.2019 r. wskazał, że przedkłada dowody potwierdzające ceny zakupu bądź dostawy głównych materiałów, składników, które będą użyte do realizacji zadania. Tym samym potwierdził on, że właśnie w zakresie tychże składników jego oferta może zostać uznana za niedoszacowaną. Pomijając jednak powyższe istotnym jest, że Log-Bud przedłożył oferty oraz faktury w żaden sposób niepotwierdzające przyjętych cen. Po pierwsze bowiem są to oferty z lat 2017 oraz 2018 tj. pozostają całkowicie nieaktualne. Lakoniczne stwierdzenie Log-Bud, iż z dokonywanych przez nich obserwacji rynku wprost wynika, że ceny w postępowaniach przetargowych na terenie Małopolski oraz Podkarpacia nie tylko nie różnią się na dzień dzisiejszy do tych oferowanych w roku 2018 r., ale są nawet niższe jest sprzeczne z rzeczywistością. Ponadto Log-Bud nie popiera powyższego stwierdzenia żadnymi dowodami, analizami, wynikami. Tym samym nie można uznać, że powyższe oświadczenie jest skutecznym środkiem dowodowym. Następnie zauważyć należy, że przedłożone oferty oraz faktury dotyczą całkowicie innych realizacji. Nie tylko z fachowego doświadczenia, ale również wiedzy ogólnej wynika, że oferty tworzone są pod konkretne zadanie inwestycyjne - brane są pod uwagę choćby warunki transportowe, warunki na placu budowy, warunki terenowe, czas realizacji itp. Dlatego też nie można uznać przedłożonych dokumentów jako adekwatnych do niniejszej sprawy oraz potwierdzających, że oferowana przez Log-Bud. Cena nie pozostaje rażąco niską. Odnosząc się natomiast szczegółowo do prezentowanego przez Log-Bud uzasadnienia braku wystąpienia rażąco niskiej ceny na danych pozycjach- w przypadku zbrojenia wykonawca wskazał na fakturę z listopada 2018

roku jako dokument potwierdzający prawidłowość wyliczeń. Powyższe nie może się jednak ostać. Na przełomie roku 2018 oraz roku 2019 doszło do zmian w cenach prefabrykatów. Ponadto Log-Bud nie uzasadnił by szacunkowy koszt montażu oscylujący pomiędzy kwotami 1322,30 a 2130,00 zł pozostawał właściwy. Nie przedłożone zostały w tym zakresie żadne dodatkowe dokumenty czy wyliczenia. Oferent nie wskazał nawet czy przedmiotową robotę będzie wykonywał sam czy przy udziale podwykonawców. Następnie Log-Bud przedkłada oferty z 2017 r. co do betonu W tym wypadku ponownie nie sposób przyjąć oferty z 2017 r. za pokazującej realny koszt zakupu zbieżnego materiału w roku 2019 r. Jednocześnie co najistotniejsze w przedłożonych ofertach klasa betonu nie pokrywa się z tą wymaganą przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W w/w ofertach wyliczona została bowiem cena za klasę betonu- C12/15, C20/25, C25/30 (palowy), C 30/37, C 35/40. W programie funkcjonalno - użytkowym Zamawiający ujął natomiast wymóg zastosowania przez wykonawców również beton klasy C 40/50 (B 50). Według PFU: „Zastosowanie materiałów w konstrukcji zgodnie z odpowiednimi rozporządzeniami i normami zatwierdzonymi przez Zamawiającego w tym m. in.:

- ustrój nośny i podpory obiektu z betonu zbrojonego, beton klasy min. C40/50 (B50) z materiałów dostosowanych do tego typu konstrukcji z kruszywa granitowego lub bazaltowego (nie dopuszcza się innych kruszyw grubych),
- kapy chodnikowe z betonu zbrojonego, beton klasy min. C35/45 (B45) z materiałów dostosowanych do tego typu konstrukcji z kruszywa granitowego lub bazaltowego (nie dopuszcza się innych kruszyw grubych),
- pale fundamentowe beton klasy min. C25/30 (B30) z materiałów dostosowanych do tego typu konstrukcji,

Następnie w treści złożonych ofert czytamy, że dotyczą one betonu wykonywanego z kruszywa płukanego 2-8, 8-16 (Kruszgeo, Lafarge Colas), piasku sortowanego, płukanego (Kruszgeo) i cementu (Warta HSR) co również pozostaje niezgodne z wymogami stawianymi przez Zamawiającego- wyciąg z PFU – „Do betonów konstrukcyjnych należy zastosować wyłącznie kruszywa granitowe lub bazaltowe oraz cement portlandzki CEM I niskoalkaliczny”.

Tym samym – zdaniem Odwołującego - nie sposób przyjąć by wykonawca dokonał wyjaśnienia przyjętej ceny za ten zakres prac. Log-Bud zaprezentował również wyjaśnienie przyjętej ceny pali, przy czym ponownie przedłożył on ofertę z 2018 r. dotyczącą pali o zgoła odmiennej średnicy niż ta wymagana przez dokumentację przetargową w niniejszej sprawie- w ofercie pale fi 900 mm, wymagane specyfikacją niniejszego postępowania- fi 800 mm co zostało oznaczone na rysunku nr 3 - Przekrój podłużny części rysunkowej projektu budowlanego. Powyższe powoduje, że również ten zakres nie może zostać uznany za wyjaśniony przez Log-Bud w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Dowód: 8. Rysunek nr 3 - Przekrój podłużny (wydruk). Ponadto przyjęty przez wykonawcę sposób uzasadnienia



braku wystąpienia rażąco niskiej ceny pozostaje całkowicie błędny ze względu na niepodważalny wzrost cen na rynku na przełomie lat 2017-2019 za materiały wymienione powyżej. Na dowód powyższego Odwołujący wskazuje na dane pobrane z w/w lat z Sekocenbudu.

|                                |                                    |       | 1<br>KWARTAŁ |         |         | wzrost cen % |       |       |
|--------------------------------|------------------------------------|-------|--------------|---------|---------|--------------|-------|-------|
|                                |                                    |       | 2017         | 2018    | 2019    | 17-18        | 16-19 | 17-19 |
| Betonowanie fundamentów        | BETON C30/37                       | zł/m3 | 421,91       | 429,73  | 467,75  | 1,9%         | 8,8%  | 10,9% |
| Wykonanie korpusów przyczółków | C30/37 h do 4m                     | zł/m3 | 671,88       | 692,16  | 759,00  | 3,0%         | 9,7%  | 13,0% |
| UN płytowy na mokro            | BETON C30/37                       | zł/m3 | 913,71       | 944,57  | 1016,68 | 3,4%         | 7,6%  | 11,3% |
|                                | PALE fi 800 (bez zbrafienia)       | zł/m  | 1467,92      | 1500,64 | 1603,38 | 2,2%         | 6,8%  | 9,2%  |
|                                | ZBROJENIE pall - kosze zbrojeniowe | zł/t  | 4758,26      | 5019,58 | 5641,68 | 5,5%         | 12,4% | 16,6% |
|                                | ZBROJENIE - przygotowanie          | zł/t  | 3443,86      | 3498,53 | 3763,76 | 1,6%         | 7,6%  | 9,3%  |
|                                | ZBROJENIE - montaż                 | zł/t  | brak danych  | 3180,04 | 3649,27 |              | 14,8% |       |

Mając powyższe na uwadze stwierdził, że przedłożone przez wykonawcę oferty oraz faktury mające rzekomo potwierdzić realność przyjętych przez niego cen pozostają całkowicie nieadekwatne i nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie. Log-Bud w treści sporządzonego uzasadnienia z dnia 18.05.2019 r. podkreśla, że wykonywał on we wcześniejszych latach roboty podobne do tej realizowanej w ramach niniejszego zamówienia publicznego. Abstrahując całkowicie od abstrakcyjności takie stwierdzenia, które zdaniem Odwołującego nie wnoszą nic w sprawie udowodnienia braku złożenia oferty z rażąco niską ceną, to dodatkowo podkreślić trzeba, że takie oświadczenia poddają pod wątpliwość fachowość wykonawcy oraz jego wiedzę i doświadczenie- powszechnie wiadomo bowiem, że przybliżone parametry długości oraz rozpiętości obiektów nie powodują, że można je uznać za podobne- należy wziąć również pod uwagę dodatkowe czynniki jak ustrój nośny, konstrukcje pali, warunki terenowe oraz wodne. Dodatkowo wskazał, że Log-Bud nie udowodnił by powoływane przez niego realizacje faktycznie były wykonane z zyskiem. Przedstawienie przez Log-Bud wyciągu z rocznego zeznania podatkowego za rok 2018 nie stanowi rzetelnego i adekwatnego dowodu w tym zakresie. Pomijając bowiem fakt, iż nie wiadomo czy powoływane realizacje fakturowane były w pełni w roku 2018, a co za tym idzie, czy zostały objęte rocznym zeznaniem podatkowym za rok 2018, to dodatkowo przywołać należy okoliczność, że dochód

widniejący na przedmiotowym zeznaniu mógł wynikać z innych realizacji czy też innego przedmiotu działalności. Dokonanie prawidłowej wyceny poprzednich realizacji w żaden sposób nie może świadczyć o braku wystąpienia rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu. Log-bud w treści wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. składa oświadczenie, że dysponuje własnym sprzętem - koparkami, samochodami, walcem oraz deskowaniem systemowym czy „innymi specjalistycznymi urządzeniami potrzebnymi do realizacji zamówienia” (przy czym nie wymienia on o jakie urządzenia chodzi). Ponadto Log-Bud podkreśla, że jest w posiadaniu płyt drogowych, dźwigarów mostowych i podpór stalowych, grodziec stalowych, sygnalizacji świetlnej, których zamierza użyć przy realizacji zamówienia. Powyższego nie można przyjąć jednak jako skutecznego oświadczenia ze względu na brak jakiegokolwiek udowodnienia jego realności. Log-Bud nie prezentuje bowiem żadnych dokumentów potwierdzających posiadanie prawa własności czy prawa użytkowania do wymienionych powyżej sprzętów. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 2520/18: „i wskazał, że: „Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia; innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczności”. W dniu 26.06.2019 r. Zamawiający dokonał ponownego wezwania Log-Bud do złożenia wyjaśnień poprzez doprecyzowanie tych złożonych pierwotnie. W treści pisma zawarł on jednak żądania zbieżne z tymi sformułowanymi w piśmie z dnia 17.05.2019 r. tj. wezwał do przedłożenia szczegółowej kalkulacji cenowej z rozbiem na poszczególne składniki cenotwórcze oraz wskazał na konieczność wyjaśnienia poniższych w zakresie punktu 1 do 5. Dodatkowo w porównaniu do pierwotnego wezwania wskazał na konieczność wyjaśnienia przedłożonych w ramach wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. ofert sprzedaży betonu (oferty firmy BAN-KOR-BET Bania korga sp.j.) poprzez określenie kontekstu ich przekazania w ramach wyjaśnień oraz okoliczności, które mają potwierdzać (tzn. wykazanie ich koherencji względem przedmiotu niniejszego zamówienia i złożonej ha nie oferty) - przedmiotowe oferty nie dotyczą zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a wskazane w nich klasy betonu są inne od określonych przez Zamawiającego w OPZ oraz dowody świadczące o posiadaniu deklarowanego sprzętu oraz materiałów. W odpowiedzi na powyższe Log-Bud przedłożył szczegółowe wyjaśnienia, jednakże po raz kolejny nieodnoszące się do wszystkich stawianych

przez Zamawiającego pytań. Otóż przede wszystkim nie umotywował faktu przedłożenia w ramach wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. ofert sprzedaży betonu (oferty firmy BAN-KOR-BET Bania korga sp.j.) nie określił kontekstu ich przekazania w ramach wyjaśnień oraz okoliczności, które miały potwierdzać (tzn. nie wykazał ich koherencji względem przedmiotu niniejszego zamówienia i złożonej na nie oferty). Ponadto Log-Bud nie wypowiedział się w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom. W pozostałym zakresie żądań Zamawiającego, Log-Bud udzielił niewyczerpującej informacji oraz przedłożył niektóre stosowne dokumenty, jednak najistotniejszym w tej części pozostaje, że w tym zakresie wezwanie Zamawiającego zostawało powtórzone. Powyższe nigdy nie powinno mieć miejsca. Abstrahując od okoliczności czy Zamawiający w niniejszym wypadku posiadał uprawnienie do ponownego wezwania Log-Bud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień powinno następować jedynie w zakresie uszczegółowienia i doprecyzowania pierwotnie udzielonych wyjaśnień lub kwestii nowych, o których Zamawiający uprzednio nie pytał (Wyrok KIO 1191/18). Z powyższego bezsprzecznie wynika zatem, jego zdaniem, że Zamawiający nie miał uprawnienia do powtórnego wzywania do przedłożenia szczegółowego rozbicia ceny ofertowej, ponownego odniesienia się do pytań, na które Log-Bud pierwotnie nie udzielił odpowiedzi, pomimo próby zatuszowania tej okoliczności wpisując w treść wezwania sformułowań takich jak- doprecyzowanie, dopełnienie czy uszczegółowienie bowiem nie ma możliwości doprecyzowania, dopełnienia czy uszczegółowienia wyjaśnień, które nigdy nie zostały złożone. Wyżej wskazane jednoznacznie potwierdza wyrok KIO 887/18: „Ustawodawca nie określił; ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1 Pzp, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp." Ponadto pod roz wagę powinno się wziąć czy to ponowne wezwanie winno w ogóle nastąpić. Zgodnie bowiem z treścią wyroku KIO 1108/18: „Co do zasady wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest jednokrotne i tylko w szczególnych przypadkach zamawiający może wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Jednakże ponawianie wezwań nie może stanowić ratowania oferty wówczas, gdy wykonawca nie wyjaśnia rzetelnie okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Przy czym

czynność ponownego badania i oceny ofert powinna uwzględniać pierwotnie złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i to one powinny stanowić podstawę oceny oferty przystępującego w tym zakresie." Wbrew twierdzeniom Log-Bud przedstawionym w piśmie z dnia 18.05.2019 r. lakoniczne i nierzetelne wyjaśnienia nie wynikały z braku szczegółowości treści wezwania Zamawiającego. Log-Bud bowiem nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających prezentowane twierdzenia (oferty cenowe z lat poprzednich niedostosowane do niniejszego postępowania, brak przedłożenia dowodów potwierdzających posiadanie przez Log-Bud sprzętów i materiałów), a ponadto nie zastosował się do treści wezwania co najlepiej potwierdza treść pisma z dnia 02.07.2019 r., która już w sposób szczegółowy odnosi się do powtórzonych przez Zamawiającego pytań chociażby w zakresie uwzględnienia przepisów ochrony środowiska, przepisów prawa pracy (taka treść wyjaśnień mogła znaleźć się już w pierwotnie złożonym piśmie). Zamawiający, zdaniem Odwołującego, nie posiadał uprawnienia do ponownego wezwania Log-Bud do złożenia wyjaśnień, powinien natomiast uznać ofertę Log-Bud za zawierającą rażąco niską cenę oraz z tego względu powinien ją odrzucić zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp. Istotnym pozostaje również, że wniesione obecnie przez Log-Bud wyjaśnienia również pozostają błędne i nie powinny zostać przyjęte. Pomimo przedstawienia przez Wykonawcę poszczególnych składników cenotwórczych ogólnych dla określenia całości ceny ofertowej, Log-Bud dokonał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem ww. wskaźników dla zaledwie części jednej z pozycji WWER 2.3 „Budowa nowego mostu”, a dotyczącej zakresu prac betoniarskich, ciesielskich i zbrojarskich konstrukcji nowego obiektu mostowego o wartości zaledwie 394.097,98 zł brutto, nie ustrzegając się błędów w ich kalkulacji z uwagi na pominięcie pozycji dot. budowy rusztowania dla podparcia płyty pomostowej z uwzględnieniem przygotowania podłoża i szczególnych warunków jakim jest ciek wodny. Pomijając istotny fakt braków w wycenie dla ujętego zakresu prac, Log-Bud dokonał szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej dla zaledwie 17,23 % wartości ceny ofertowej, co bezspornie stanowi brak należytego i wyczerpującego udzielenia powtórnych wyjaśnień przez Wykonawcę, a tym samym należy uznać zaistnienie rażąco niskiej ceny w prezentowanej przez Log-Bud ofercie. Podkreślił, że przedstawienie kalkulacji szczegółowej w zakresie wszystkich składników cenotwórczych pozwala na weryfikację ceny złożonej oferty. W niniejszym postępowaniu natomiast Log-Bud po raz kolejny nie zastosował się w pełni do wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny

powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym (wyrok KIO 2387/18). Odwołujący stwierdził ponadto, że w zakresie przedstawionych ofert dot. materiałów, na przykładzie chociażby betonu, Log-Bud ponownie przedstawia zestawienie cen dwóch różnych klas betonu C 40/50 oraz C 35/45 od różnych Dostawców i skupia swoje wyjaśnienia tylko na zależności cenowej pomiędzy tymi dwoma klasami wprost wynikającymi ze specyfiki rodzaju obiektu i miejsca wbudowania mieszanek, zamiast odnieść się dlaczego dokonuje ich zestawienia w odniesieniu do przedmiotowego zadania i co z tego wynika w zakresie zaoferowanej przez niego ceny. Co więcej w wyjaśnieniach z dn. 02.07.2019 r. Log-Bud przedstawia oferty na dostawę materiałów (mieszanki betonowe, bariery energochłonne), które wygasły przed dniem złożenia wyjaśnień, albo jak w przypadku dostawy prefabrykatów zbrojeniowych nie są dedykowane dla zamierzenia budowlanego będącego przedmiotem przetargu. Ponadto przedstawiona przez Log-Bud kalkulacja szczegółowa (załącznik nr 2 do pisma z dn. 02.07.2019 r.), będąca po prawdzie uproszczonym kosztorysem zawiera kilka pozycji elementów rozliczeniowych, składowych WWER bez określenia ich ceny jednostkowej i wynikowej wartości. Samo wskazanie powyższych wielkości wynikających wprost z wartości WWER ujawnia wystąpienie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Log-Bud, dot. m.in. poz. 2.3.2 „Zabezpieczenie wykopów w postaci ścianek szczelnych (zabicie i wyciągnięcie)”, dla której cena jednostkowa z nakładami dla pograżenia i wyciągnięcia brusek ścianki szczelnej wyniesie 30 zł/m<sup>2</sup>, co zdaniem Odwołującego stanowi zaledwie około 15,50 % wartości rynkowej ceny jednostkowej dla tego typu robót. Ponadto Log-Bud poza poglądowymi rysunkami mostu objazdowego, nie dostosowanymi do warunków terenowych przedmiotowego zadania nie przedłożył żadnych kompletnych wybranych rozwiązań technicznych, rozwiązań technologicznych z użyciem, m. in. wykazanego sprzętu (deskowanie systemowe) i materiału do zabezpieczenia wykopów (grodzice stalowe), które to mogłyby potwierdzić oryginalność projektu Wykonawcy, a tym samym zanegować domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w przedstawionej ofercie.

Podsumowując stwierdził, że Log-Bud nie wykazał oraz nie udowodnił by zaoferowana przez niego cena nie posiadała przymiotu rażąco niskiej. Nie udzielił bowiem odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pismem z dnia 17.05.2019 r. pytania oraz nie przedstawił on dokumentu wymaganego przez Zamawiającego tj. szczegółowej kalkulacji zaoferowanych cen ofertowych w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny. Po drugie, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 18.05.2019 r. pozostają nie tylko nieadekwatne do przedmiotu zapytania oraz postępowania poprzez zaprezentowanie ofert cenowych dotyczących innych realizacji Log-Bud i to z lat poprzednich, ale dodatkowo należy je uznać za nierzetelne, nielogiczne oraz niespójne, gdyż oferent próbując uzasadnić poprawność złożonej oferty nie przedłożył żadnego dowodu czy oświadczenia, który mógłby zostać uznany za skuteczny, a tym samym urzeczywistnić prezentowane przez niego stanowisko.

Wymagająca podkreślenia jest teza o koniecznej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty (wyrok KIO 2559/17). Wyjaśnienia z dnia 18.05.2019 r. złożone przez Log-Bud nie posiadają żadnego z powyższych przymiotów co w treści niniejszego uzasadnienia wykazane zostało przez Odwołującego. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy lub jak w wypadku Log-Bud na dokumentach, których treści nie można odnieść do przedmiotu sprawy. Następnie pomimo wyżej przedstawionych okoliczności Zamawiający naruszając art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ponownie wezwał Log-Bud do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie w jakim wzywał pierwotnie. Ponownie Wykonawca nie przedstawił odpowiedzi na zadane pytania, przedłożył niepełne szczegółowe rozbiecie ceny ofertowej oraz przedstawił wybiórcze dowody na potwierdzenie wskazanych cen oraz posiadanie zaplecza materiałowego jak i sprzętowego, nie odnosząc się natomiast ponownie w pełni do zakresu zapytania Zamawiającego - co zostało wskazane powyżej. Bezsporne pozostaje zatem, że skoro Log-Bud był w stanie w sposób szczegółowy odnieść się do zapytania Zamawiającego z dnia 26.06.2019 r. był on również w stanie zrobić to pierwotnie. Nieuzasadnionym i bezprawnym jest działanie Zamawiającego polegające na przyjęciu złożonych przez Log-Bud wyjaśnień i uznaniu braku istnienia rażąco niskiej ceny w prezentowanej przez nich ofercie oraz na nieuprawnionym ponownym wzywaniu wykonawcy do złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów w sytuacji kiedy nie dokonał on tego pierwotnie. W świetle wyżej prezentowanych okoliczności, zdaniem Odwołującego, oferta Log- Bud powinna zostać bezwzględnie odrzucona ze względu na niepodważalną okoliczność braku obalenia przez wykonawcę domniemania wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Jak czytamy w wyroku KIO 399/18: „Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej.”, który w niniejszej sprawie winno się skorelować z okolicznością braku uprawnienia po stronie Zamawiającego do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. „Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych.

Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne; jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, zawierać koniecznie odpowiedzi na wszystkie wskazane przez Zamawiającego wątpliwości (np. zadane pytania co do wyceny poszczególnych elementów) oraz odnosić się do pozostałych elementów wpływających na wycenę oferty. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności." (wyrok KIO 399/18). Tym samym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Log-Bud jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Rolą zamawiającego jest bowiem ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności (wyrok KIO 633/18), przy jednoczesnym przestrzeganiu bezwzględnie obowiązującej zasady zachowania uczciwej konkurencji. Przywołać w tym miejscu należy wyrok KIO 2406/17): „Stwarzanie któremukolwiek wykonawcy dodatkowych możliwości; takich jak kilkukrotna możliwość składania dokumentów, stanowi nierówne traktowanie wykonawców.". Zdaniem Odwołującego w związku z brakiem możliwości uznania istnienia podstawy do wezwania przez Zamawiającego Log-Bud do złożenia dodatkowych, kolejnych wyjaśnień ich treść co do zasady w ogóle nie powinna być brana pod uwagę. W konsekwencji powyższego, w związku z dokonaną przez Zamawiającego czynnością unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 11.06.2019 r. sam Zamawiający stwierdził brak udowodnienia przez Log-Bud w wyjaśnieniach z dnia 18.05.2019 r. braku istnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: Firma Usługowa LOG-BUD D. B. z Krynicy Zdroju wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł także o jego oddalenie w całości wskazując w szczególności:

Przedmiotowe zamówienie - „Przebudowa mostu wraz z dojazdami w m. Wygiełzów na potoku Płazianka w ciągu DW 781 odc. 080 km 0+115,5 — 0+194" obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy mostu w m. Wygiełzów na potoku Płazianka w ciągu drogi wojewódzkiej 781 z dojazdami (w oparciu o projekt budowlany, decyzję o pozwoleniu na budowę i PFU) oraz robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej wykonanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego. czyli wykonanie robót związanych z przebudową mostu wraz z dojazdami w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wartość zamówienia

będącego przedmiotem postępowania jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły cztery oferty. W dniu 4 czerwca 2019 r. dokonano pierwotnego rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania i wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty nr 4 złożonej przez wykonawcę Firma Usługowa LOG-BUD Diana LOG-BUD D. B. z Krynicy Zdroju (LOG-BUD). W dniu 10 czerwca 2019 r. Zamawiający został poinformowany o wniesieniu przez Odwołującego do Krajowej izby Odwoławczej odwołania wobec podjętej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy LOG-BUD (sprawa KIO 1045/19). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która zdaniem Odwołującego podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy LOG-BUD, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W dniu 11 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej na gruncie niniejszego postępowania w dniu 4 czerwca 2019 r, Zawiadomienie o przedmiotowym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zostało w dniu 11 czerwca 2019 r. przekazane wszystkim Wykonawcom, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. W dniu 14 czerwca 2019 r. Zamawiający drogą elektroniczną przekazał do Krajowej izby Odwoławczej (wraz z poinformowaniem Odwołującego) odpowiedź na odwołanie, w ramach której wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego (względnie odrzucenie wniesionego odwołania) z uwagi na jego bezprzedmiotowość — jako że dotyczyło ono czynności nieistniejącej (zniesionej, cofniętej, wyeliminowanej z obrotu prawnego przez Zamawiającego). W ramach niniejszej odpowiedzi Zamawiający poinformował również, iż dokonana w dniu 11 czerwca 2019 r. czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 czerwca 2019 r, nastąpiła na skutek stwierdzenia przez Zamawiającego możliwej przedwczesności podjętej czynności rozstrzygnięcia tego postępowania — Zamawiający w wyniku analizy sprawy uznał, iż nie dokonał jeszcze w sposób wyczerpujący i kompleksowy weryfikacji złożonych w postępowaniu ofert, toteż stwierdził uzasadnioną i dopuszczalną prawnie konieczność konwalidowania własnego błędu (polegającego na przedwczesności zakończenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) poprzez unieważnienie (cofnięcie) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a przez to powrót do etapu badania i oceny ofert na gruncie niniejszego postępowania (który to proces ówczesnie był w toku). W dniu 17 czerwca 2019 r. Zamawiający został poinformowany o cofnięciu przez Odwołującego wniesionego odwołania. W konsekwencji cofnięcia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza



postanowieniem wydanym w dniu 18 czerwca 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze (sprawa KIO 1045/19). Zamawiający, po zakończeniu procedury badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu (wznowionej po dokonaniu unieważnienia pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej), w dniu 17 lipca 2019 r. dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty nr 4 złożonej Wykonawcą Firma Usługowa LOG-BUD D. B., która to czynność została zaskarżona w odwołaniu – sygn. akt: KIO 1402/19. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która zdaniem Odwołującego podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty, jak również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonanie ponownego wezwania Wykonawcy LOG-BUD do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Wykonawcy LOG-BUD, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze stan faktyczno-prawny postępowania przetargowego w sprawie zamówienia publicznego p.n. „Przebudowa mostu wraz z dojazdami w m. Wygiełzów na potoku Płazianka w ciągu DW 781 odc. 080 km 0+115,5— 0+194” obrazowany treścią dokumentacji postępowania (której kopia została przekazana Izbie), w ocenie Zamawiającego zarówno czynności proceduralne podjęte wobec oferty Przystępującego (w ramach badania i oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny), jak również czynność wyboru tej oferty są uzasadnione i prawidłowe w świetle ustawy Pzp. Odnosząc się do meritum złożonego odwołania Zamawiający oświadczył, że odwołanie jest w świetle art. 192 ust. 2 ustawy PZP nieuzasadnione i Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

1. Odwołujący odwołanie i zgłoszony w nim zarzut nieprawidłowego dokonania przez Zamawiającego czynności oferty najkorzystniejszej w kontekście zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oparł na dwóch zasadniczych podstawach — merytorycznej (w ocenie Odwołującego oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz formalnej (w ocenie Odwołującego Zamawiający w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny wdrożonej wobec oferty Przystępującego niezgodnie z ustawą PZP ponowił wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji cenowej). Zadaniem Zamawiającego obydwie kwestie nie znajdują potwierdzenia w faktach,

2. Przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu wdrożenie wobec konkretnej oferty procedury wyjaśniającej w zakresie weryfikacji realności ceny w przypadku, gdy oferta taka zawiera cenę niższą o co najmniej 30 % od ubruttowionej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert w takiej sytuacji Zamawiający zobligowany jest wystąpić do Wykonawcy, który taką ofertę złożył, o złożenie

wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (tzn. nie posiada wówczas możliwości samodzielnego zdecydowania o wdrożeniu takiej procedury wyjaśniającej), chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (przy czym znaczenia tego sformułowania ustawa PZP nie precyzuje, przez co jest ono wysoce problematyczne w kontekście praktycznego zastosowania tej części przepisu). Powyższe oznacza, iż ustanawiane faktem wdrożenia procedury wyjaśniającej w zakresie realności ceny statutowanej art. 90 ustawy PZP domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie podlegającej takiemu badaniu (które w kontekście przepisu art. 90 ust. 2 ustawy PZP winno zostać obalone przez Wykonawcę, który ma wykazać poprzez składane wyjaśnienia, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny) jest de facto w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1a ustawy PZP narzucane automatycznie ex lege —jako że Zamawiający nie ma wówczas zasadniczo możliwości samodzielnego zdecydowania, czy w takiej sytuacji faktycznie cena wydaje się rażąco niska i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, ale te wątpliwości (będące fundamentem wykreowania podstawy prawnej dla wdrożenia postępowania wyjaśniającego z art. 90 ustawy PZP: a tym samym dla zaistnienia wspomnianego domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny) w świetle brzmienia art. 90 ust. 1a ustawy PZP Zamawiający z mocy prawa musi wówczas mieć, a tym samym musi wystąpić do Wykonawcy o złożenie stosowanych wyjaśnień (nie ma w tym kontekście znaczenia wola, wiedza, czy świadomość Zamawiającego, który faktycznie tych wątpliwości może nie mieć). W niniejszym postępowaniu zaistniała właśnie opisana wyżej sytuacja — procedura wyjaśniająca z art. 90 ustawy PZP została wdrożona wobec oferty Przystępującego nie tyle dlatego, że u Zamawiającego rzeczywiście pojawiła się wątpliwość do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego, ale dlatego: iż cena ta formalnie wypełniała określone w art. 90 ust. 1a ustawy PZP parametry odniesienia determinującego konieczność wdrożenia takiej procedury — cena ta była niższa o ponad 30 % od ubruttowionej wartości zamówienia (dokładnie o 32,78 %) i średniej arytmetycznej cen wszystkich czterech złożonych w postępowaniu ofert (dokładnie o 42,75 %), co wskazane zostało w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Przystępującego (pismo z dnia 17 maja 2019 r.). Abstrahując zatem od brzmienia przywołanych przepisów, które nakazują Zamawiającemu posiadanie tych wątpliwości (czyli irrelewantnym jest, czy istnienie tych wątpliwości wynika z faktycznej analizy ceny oferty przez Zamawiającego, ale ich istnienie jest narzucone poprzez przyjęte w ustawie PZP odgórnie i generalnie określone założenie konstrukcyjne) w ocenie samego Zamawiającego cena ta nie budziła wątpliwości w zakresie jej realności przy uwzględnieniu przyjętego systemu realizacji zamówienia (zaprojektuj i wybuduj), a przez to określonej ogólności przedmiotu zamówienia w związku z niemożnością przesądzenia na tym etapie poszczególnych rozwiązań szczegółowych i elementów robót (w tym ich kosztów) oraz faktu ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego w

ramach tego zamówienia. Ubruttowiona wartość zamówienia objętego niniejszym postępowaniem wynosiła 3 994 417,46 zł. W postępowaniu tym złożone zostały cztery oferty:

- ✓ oferta nr 1 - Wykonawcy N.-MOSTY Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza (cena — 3 907 143,43 zł));
- ✓ oferta nr 2 - Wykonawcy K. G. KRISMAT Będzin (cena 3 193 646,36 zł);
- ✓ oferta nr 3 - Wykonawcy Konsorcjum: PRi K.B.I. J. L. Katowice i PRI K R I. Sp. z o.o. Katowice (cena — 4 219 900,00 zł) oraz
- ✓ oferta nr 4 - Wykonawcy FU D. B. Krynica-Zdrój (cena 2 286 700,00 zł).

Rozstrzał cen ofertowych był zatem dość znaczny (od ok. 2,3 mln do 4,2 mln). Jak wynika z treści przedłożonych wraz z ofertami WWER różnica taka powodowana była przede wszystkim znacznym zróżnicowaniem cenowym w zakresie dwóch pozycji:

- ✓ poz. 2.1. (Organizacja ruchu na czas wykonywania robót) wartość od 1 mln zł do 1,2 mln zł oraz
- ✓ poz. 2.3. (Budowa nowego mostu) — wartość od 1.545 mln zł do mln zł.

W ramach kosztorysu inwestorskiego ubruttowione koszty robót w tym zakresie zostały określone odpowiednio na kwotę 1,65 mln zł (Organizacja ruchu na czas wykonywania robót) i kwotę 1,6 mln zł (Budowa nowego mostu). Pozostałe pozycje VVWER nie były już tak cenowo zróżnicowane. Kalkulacja inwestorska wskazanych poz. 2.1, i 2.3. WWER wynikała z przyjęcia maksymalnych możliwych wariantów wykonywania w tym zakresie robót i maksymalnych wartości robót według ogólnych wskaźników cenowych zawartych w wydawnictwie SEKOCENBUD z uwagi na brak możliwości przesądzenia przez Zamawiającego na etapie postępowania zamówieniowego wariantu realizacji robót (z uwagi na przyjęty system realizacji zadania zaprojektuj i wybuduj, w którym szczegółowe rozwiązania projektowe ukształtowane zostaną dopiero podczas realizacji tego zamówienia, w ramach opracowanej dokumentacji). Ponadto podnieść należy fakt, iż kosztorys inwestorski sporządzony został w styczniu 2019 r., a składanie ofert w niniejszym postępowaniu (i kalkulacja ofertowa) dokonywane było w maju 2019 r., stąd w ramach kalkulacji inwestorskiej uwzględniona została kwestia dość znacznej dynamiki i fluktuacji cen na rynku robót budowlanych (obserwowanej w ostatnich latach), Więcej w temacie kalkulacji inwestorskiej również niżej, w pkt 8. Zamawiający zdawał sobie zatem sprawę, iż pomimo posiadania ważnego, aktualnego, przygotowanego z należytą starannością kosztorysu inwestorskiego ceny ofertowe zaoferowane w niniejszym postępowaniu mogą być różne, także dużo niższe niż założona w ramach wariantu maksimum ubruttowiona wartość tego zamówienia — w związku zarówno z dynamicznie zmieniającymi się warunkami rynkowymi, jak i przyjętym systemem realizacji zamówienia implikującym po stronie Wykonawców elastyczność i możliwość zaproponowania różnych) odmiennych (i przez to cenowo zróżnicowanych) rozwiązań szczegółowych związanych z wykonaniem przebudowy mostu i zapewnienia przejezdności na czas robót. Stąd Zamawiający nie był

zdziwiony zróżnicowaną wysokością zawartych w czterech złożonych w postępowaniu ofertach cen — w ocenie Zamawiającego zamówienie to zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ realnie można wykonać zarówno w najniższej zaproponowanej cenie (tj. cenie zawartej w ofercie Przystępującego), jak i cenie najwyższej. Zdaniem Zamawiającego żadna z zaoferowanych cen (zarówno całościowo, jak i w kontekście wysokości poszczególnych elementów cenotwórczych/ części składowych ceny) nie wydawała się z punktu widzenia przedmiotu zamówienia (w tym przyjętego trybu jego realizacji) rażąco wysoka, czy rażąco niska, mająca znamiona ceny dumpingowej (niedozwolonej) wszystkie wydawały się realne i umożliwiające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w przypadku, gdyby cena oferty Przystępującego nie przekroczyła wskaźników odniesienia wskazanych w art. 90 ust. 1a ustawy PZP (co wymuszało wdrożenie procedury wyjaśniającej w zakresie badania realności ceny ofertowej oraz implikowało ex lege powstanie domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny), albo takie parametry w ogóle nie byłyby uregulowane w ustawie PZP (jak to miało miejsce przed nowelizacją ustawy PZP z czerwca 2016 r.), to w ogóle nie uruchamiałyby wobec tej oferty procedury z art. 90 ustawy PZP, ponieważ nie istniałaby podstawa do jej wdrożenia (cena tej oferty faktycznie nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do swojej realności). O powyższym przesądził zatem jedynie automatyzm ustawowy (przepisu art. 90 ust. 1a ustawy PZP); nieuwzględniający kontekstu indywidualizacji danej sytuacji oraz funkcjonujący (i obligujący do dokonania określonych czynności proceduralnych) bez względu na pogląd i wolę Zamawiającego.

**3.** Skoro jednak Zamawiający zobligowany już został wobec powyższego do wdrożenia procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy to pismem z dnia 17 maja 2019 r. wystąpił do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny — zgodnie z brzmieniem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP. W piśmie tym wskazane zostało również, iż należy przedstawić szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny ofertowej w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny. Pismo zawierało pouczenia sankcyjne (w kontekście przepisu art. 90 ust. 2 ustawy PZP i funkcjonującej linii interpretacyjnej przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy PZP). Pismem z dnia 18 maja 2019 r. Przystępujący przekazał wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny zawartej w jego ofercie. Początkowo wyjaśnienia te zostały przyjęte za prawidłowe i wyczerpujące, jednak po analizie sprawy (kwestia następczego unieważnienia pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym była mowa w pkt I) Zamawiający uznał za zasadne wystąpienie o ich doprecyzowanie i wyjaśnienie wątpliwości powstałych na kanwie ich treści. W związku z powyższym pismem z dnia 26 czerwca 2019 r. (w ramach trwającej procedury badania i oceny ofert) Zamawiający wezwał Wykonawcę o doprecyzowanie i uszczegółowienie w określonym tam zakresie wyjaśnień przekazanych pismem z dnia 18 maja 2019 r. Przystępujący w

odpowiedzi pismem z dnia 2 lipca 2019 r, przekazał wnioskowane informacje stanowiące uszczegółowienie i doprecyzowanie wyjaśnień z dnia 18 maja 2019 r.

Zamawiający w kontekście pozyskanych od Przystępującego w ramach procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP informacji (złożonych pismem z dnia 18 maja 2019 r, wyjaśnień i uszczegółowionych pismem z dnia 2 lipca 2019 r.) oraz własnej wiedzy i przekonania (vide treść pkt 2 — Zamawiający od początku nie posiadał wątpliwości co do realności ceny tej oferty) dokonał całościowej oceny ceny zawartej w ofercie Przystępującego uznając ją za ofertę prawidłową w świetle ustawy PZP, ważną, niepodlegającą odrzuceniu i niezawierającą rażąco niskiej ceny, ale cenę realną, umożliwiającą należyte wykonanie zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymaganiami. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że cena w ofercie Przystępującego miała nie pokrywać kosztów należytego wykonania zamówienia — w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia takiego stanowiska, a argumentacja podana przez Odwołującego o tym w żaden sposób nie świadczy. W ocenie Zamawiającego brak było podstaw, aby ofertę Przystępującego uznać za ofertę zawierającą rażąco niską cenę (w ocenie Zamawiającego, popartej przekazanymi wyjaśnieniami, oferta ta zawiera cenę realną w kontekście przedmiotu zamówienia, a nie cenę zaniżoną niezgodnie z prawem), stąd została ona zgodnie z prawem i zasadnie uznana za ofertę najkorzystniejszą.

4. Abstrahując od kwestii ogólnego poczucia realności ceny zawartej w ofercie Przystępującego (przy uwzględnieniu wskazanych indywidualnych okoliczności tej sprawy), w ocenie Zamawiającego przeprowadzenie procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP wobec oferty Przystępującego (w tym jej proceduralna konkluzja w przedmiocie oceny tej oferty jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu) nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy PZP (oraz funkcjonującą linią interpretacyjną tego zagadnienia), z poszanowaniem zasad ogólnych postępowania. Zamawiający nie zgadza się z postawionymi przez Odwołującego zarzutami odnoszącymi się do rzekomego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W szczególności brak jest podstaw do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP w wynikającym z treści odwołania kontekście rzekomego ponownego wezwania Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oraz przyjęcia niepełnych, niekompletnych wyjaśnień niesankcjonowanych odrzuceniem oferty. W ocenie Zamawiającego sytuacja opisana w odwołaniu jako podstawa sformułowanych zarzutów nie miała miejsca, a czynności Zamawiającego w zakresie weryfikacji ceny zawartej w ofercie Przystępującego były uzasadnione i poprawne w świetle ustawy PZP. Podniósł, że Odwołujący wywodzi, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, do czego został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy PZP pismem z dnia 17 maja 2019 r., stąd oferta ta winna zostać

bezwzględnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art- 90 ust. 3 ustawy PZP, a ponowne wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 26 czerwca 2019 r.) miało być już czynnością bezprawną, dokonaną z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby w tym przypadku oferta Przystępującego podlegała od razu (bezwzględnie) odrzuceniu, jako że takie stanowisko nie ma oparcia w przepisach ustawy PZP i wykładni art. 90 ustawy PZP. Zamawiający w toku postępowania zamówieniowego na skutek automatyzmu przepisów ustawy PZP wdrożył wobec oferty Przystępującego procedurę wyjaśniającą z art. 90 ustawy PZP w ramach której faktycznie to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska (czyli Wykonawca musi obalić postawione z tytułu samego faktu uruchomienia procedury domniemanie, iż cena jest rażąco niska)) a jeżeli tego w ocenie Zamawiającego prowadzącego postępowanie nie wykaże, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Przystępujący złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia na temat kalkulacji cenowej (pismo z dnia 18 maja 2019 r.), czyli nie można Przystępującemu zarzucić, że nie zareagował i nie podjął próby obrony zaproponowanej ceny jako ceny realnej, niedozwolenie niezaniżonej (nie zaistniała zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy PZP sytuacja niezłożenia wyjaśnień objęta sankcją odrzucenia oferty); ani też, że złożone przez niego wyjaśnienia były ogólnikowe, lakoniczne, niezawierające dowodów, a więc że jedynie pozorował on działania i zachowania zgodne z wezwaniem Zamawiającego. Zamawiający, czyli podmiot zgodnie z ustawą PZP władny do oceny realności ceny zaproponowanej w ofercie złożonej w postępowaniu przetargowym uznał, że wprawdzie złożone wyjaśnienia budzą pewne wątpliwości w kontekście ich treści i należałoby je doprecyzować, co nie jest jednak jednoznaczne ze stwierdzeniem, iż dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (konkluzji takiej Zamawiający w żadnym razie z tych wyjaśnień nie wywiódł), a jedynie uznanie tegoż zgodnie z literalnym brzmieniem art. 90 ust. 3 ustawy PZP może skutkować odrzuceniem oferty. W tym kontekście Zamawiający prawidłowo uznał, że fakt złożenia niekoniecznie w pełni precyzyjnych i wyczerpujących wyjaśnień na temat kalkulacji cenowej w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego (tzn. wywołujących określone wątpliwości w zakresie swojej treści) nie implikuje proceduralnie możliwości uznania od razu, iż oferta ta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. W tym zakresie Zamawiający opiera się na jednoznacznie uznanej w orzecznictwie, piśmiennictwie i działalności kontrolno-opiniotawczej interpretacji, że procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP nie dotyczy zasadniczo parametr jednokrotności wezwania (analogicznie jak innych przewidzianych ustawą PZP procedur wyjaśniających, w przeciwieństwie do procedury uzupełniania dokumentów zgodnie z funkcjonującą linią interpretacyjną) raz wystosowane wezwanie i złożenie wyjaśnień nie pozbawia możliwości wystąpienia Zamawiającego o złożenie dalszych wyjaśnień celem doprecyzowania, czy doszczegółowienia pierwszych wyjaśnień (jeżeli

oczywiście pierwsze wezwanie wywołuje reakcję Wykonawcy w postaci złożenia wyjaśnień — w przypadku braku złożenia jakichkolwiek wyjaśnień konieczne jest oczywiście podjęcie działań sankcyjnych w postaci odrzucenia oferty), a wręcz dalsze badanie tej kwestii jest obowiązkiem proceduralnym Zamawiającego, ponieważ póki istnieją jakiekolwiek wątpliwości, póty Zamawiający winien je wyjaśniać (w świetle art. 90 ust. 3 ustawy PZP jedynie wyraźne i niewątpliwe uznanie przez Zamawiającego, iż ocena złożonych wyjaśnień potwierdza fakt istnienia rażąco niskiej ceny skutkuje dokonaniem czynności odrzucenia takiej oferty). Możliwość wielokrotności wezwań w ramach procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP jest stosowana powszechnie w praktyce funkcjonowania procedury zamówieniowej i uznawana za poprawną w świetle prawnym — z uwagi na wynikającą z brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy PZP istotę weryfikowanej w ramach tej procedury kwestii, czyli konieczności dokonania przez Zamawiającego oceny, czy złożona oferta faktycznie i obiektywnie zawiera rażąco niską cenę, ponieważ zasadniczo tylko taka oferta podlega odrzuceniu (vide m.in. opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze UZP nr 11 z 2013 r., czy orzeczenia sądów okręgowych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. V Ga 122/10 a także wyroki KIO np. wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r. KIO 1143/15, czy wyrok z dnia 18 lutego 2016 r. KIO 150/16). Takie działanie nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, ale ma na celu ustalenie stanu rzeczywistego w kontekście możliwości dokonania przez Zamawiającego czynności sankcjonujących (odrzucenia oferty) jedynie w przypadkach niewątpliwych, po przeprowadzonej szczegółowej weryfikacji sprawy (obszar wdrażania działań sankcyjnych z racji ich charakteru nie może być interpretowany rozszerzająco).

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, aby nieprecyzyjność pierwszych wyjaśnień na temat kalkulacji cenowej przekazanych w toku postępowania zamówieniowego przez Przystępującego implikowała bezwzględną konieczność odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, jako że dokonanie takiej czynności stanowiłoby zdaniem Zamawiającego naruszenie prawa. W ocenie Zamawiającego konieczne w świetle obowiązków weryfikacyjnych ciążących na Zamawiającym (w świetle art. 90 ust. 3 ustawy PZP) było przeprowadzenie dalszego badania tej oferty, w tym wystąpienie do Przystępującego o dalsze wyjaśnienia (odnoszące się do treści pierwszych wyjaśnień, a nie powielające pierwotne wezwanie) i po ich przekazaniu analiza łączna całokształtu posiadanych informacji (w tych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę) celem ustalenia, czy cena ofertowa faktycznie była rażąco niska. W razie zaniechania takiej procedury weryfikacyjnej Zamawiający wedle jego oceny naruszyłby prawo poprzez nieuzasadnione (w oparciu o niedostateczne podstawy) w kontekście posiadanych informacji (i dostępnych proceduralnych możliwości ich uzupełnienia) odrzucenie oferty. Zaznacza się również, iż dla

kontekstu samego wezwania o doprecyzowanie pierwszych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie miała znaczenia wskazana już kwestia ogólnego poczucia realności ceny zawartej w ofercie Przystępującego. Zamawiający uznał za zasadne, iż w sytuacji wdrożenia już wobec oferty Przystępującego procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości kwestie nieprecyzyjnie, czy niedokładnie wskazane w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2019 r. należy doprecyzować i uszczegółowić — występując o to Zamawiający na bazie wiedzy własnej (w tym świadomości uwarunkowań realizacji zamówienia) w dalszym ciągu uważał, iż cena zawarta w ofercie Przystępującego jest realna i gdyby nie przepis art. 90 ust. 1 a ustawy PZP, to w ogóle nie wdrażałby w odniesieniu do niej procedury wyjaśniającej, niemniej jednak wobec wątpliwości zaistniałych wobec samej treści złożonych wyjaśnień (wyartykułowanych w ramach wezwania z dnia 26 czerwca 2019 r.) uznał za potrzebne i zasadne ich następcze wyjaśnienie.

5. Zamawiający nie uważa także, iżby wezwanie z dnia 26 czerwca 2019 r. stanowiło ponowienie wezwania z dnia 17 maja 2019 r. — przeczy temu zasadniczo treść obu pism (nie zawierają one wcale zbieżnych żądań). Wezwanie z dnia 17 maja 2019 r. zawiera treść odpowiadającą brzmieniu art. 90 ust. 1 ustawy PZP (wezwanie o wyjaśnienie wyliczenia ceny), natomiast wezwanie z dnia 26 czerwca 2019 r. dotyczy doprecyzowania i uszczegółowienia kwestii ujętych w wyjaśnieniach złożonych w dniu 18 maja 2019 r. (tzn. informacji przekazanych już przez Przystępującego). Zamawiający stanowczo nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, aby wezwaniem z dnia 26 czerwca 2019 r. (i złożonymi w jego wyniku wyjaśnieniami z dnia 2 lipca 2019 r.) usankcjonowane i konwalidowane było rzekome zaniechanie Przystępującego w udzieleniu wyjaśnień na wezwanie z dnia 17 maja 2019 r. Wezwanie z dnia 26 czerwca 2019 r. nie było wezwaniem o wyjaśnienie kalkulacji cenowej, ale wezwaniem o doprecyzowanie złożonych już w tym zakresie wyjaśnień (konkretnych ich elementów), czyli informacji zawartych w piśmie Przystępującego z dnia 18 maja 2019 r., celem wyjaśnienia wątpliwości wynikających z ich treści — nie było ono powtórzeniem wezwania z dnia 17 maja 2019 r. W ocenie Zamawiającego dokonana czynność związana z wystąpieniem o złożenie wyjaśnień pismem z dnia 26 czerwca 2019 r. nie naruszała przepisów ustawy PZP (w tym zasad ogólnych postępowania), ale była jak najbardziej uzasadniona i dopuszczalna w świetle celu i funkcji procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP. Zdaniem Zamawiającego Przystępujący wypełnił obowiązek złożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie kalkulacji cenowej z dnia 17 maja 2019 r. przedkładając pismo z dnia 18 maja 2019 r. (zawierające określone informacje, wyjaśnienia i załączniki — dowody twierdzeń i oświadczeń) i wcale nie były to wyjaśnienia lakoniczne, niewiarygodne czy pozorne, a jedynie wyjaśnienia te były w pewnych elementach nieprecyzyjne i wzbudziły wątpliwości co do ich treści, toteż Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2019 r. wezwał o wyjaśnienie określonych kwestii zawartych w tych wyjaśnieniach,



co Przystępujący wyczerpująco wyjaśnił pismem z dnia 2 lipca 2019 r. Powyższe pozwoliło na niewątpliwe i. uzasadnione stwierdzenie, iż zarówno wiedza własna Zamawiającego, jak i wyjaśnienia przekazane przez Wykonawcę potwierdzają, że cena zawarta w ofercie Przystępującego nie jest ceną rażąco niską a więc oferta ta nie może podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy PZP.

6. Zaznaczył, że zgodnie z poglądami prezentowanymi w judykaturze i piśmiennictwie w ramach badania rażąco niskiej ceny analizie i ocenie nie podlegają wyjaśnienia składane przez wykonawcę, ale sama oferta (cena ofertowa — całościowa lub jej istotne elementy składowe) w kontekście pozyskanych i posiadanych informacji w zakresie kalkulacji cenowej. Zamawiający zobligowany jest do całościowego zbadania oferty przy uwzględnieniu w szczególności informacji pozyskanych w ramach postępowania wyjaśniającego z art. 90 ustawy PZP (bez jej uprzedniego wdrożenia nie można dokonać odrzucenia oferty z powodu istnienia rażąco niskiej ceny). Żądanie od wykonawcy wyjaśnień w zakresie kalkulacji cenowej ma przecież na celu rozwianie wątpliwości co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia względem określonych wymagań dotyczących jego realizacji (istniejących automatycznie w przypadkach określonych w art. 90 ust. 1a ustawy PZP (niezależnie od kwestii faktycznego ich posiadania po stronie Zamawiającego). Ani przepisy unijnych dyrektyw zamówieniowych, ani przepisy ustawy PZP nie określają w szczególności możliwej ilości wezwań o udzielenie wyjaśnień — biorąc pod uwagę cel tej instytucji przyjmuje się, iż wezwania Zamawiający może wystosowywać nawet kilkakrotnie (oczywiście jeżeli nie jest to ponawianie cały czas takiego samego wezwania). Zamawiający po uzyskaniu pierwszych wyjaśnień może zawioskować o ich uściśleniu, doprecyzowanie, czy uzupełnienie w aspektach, które budzą wątpliwości, czy zostały niedokładnie wyjaśnione. Analizie w kontekście oceny oferty w świetle jej ustawowej ważności podlegają całościowo przekazane wyjaśnienia (informacje) na temat kalkulacji cenowej, a nie tylko pierwsze z nich / pierwotne (jak wskazuje Odwołujący). Zamawiający ma prawo dopytania się/ do wyjaśniania pierwotnych wyjaśnień, jeżeli uzna to za konieczne celem miarodajnego ustalenia, czy złożona oferta zawiera cenę rażąco niską, czy też nie (w kontekście możliwości stosowania czynności sankcyjnych w sytuacjach niewątpliwych). Zgodnie z przepisami ustawy PZP odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić albo w konsekwencji niezłożenia wyjaśnień, albo też w przypadku, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień potwierdza, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (tzn. jeżeli powzięte przez Zamawiającego wątpliwości dotyczące realności ceny nie zostaną rozwiane poprzez przedłożone wyjaśnienia kalkulacji cenowej). Aby więc doszło do odrzucenia oferty niezbędna jest analiza wyjaśnień (ewentualnie zaistnienie faktu ich niezłożenia), przy czym nie sama treść wyjaśnień powoduje odrzucenie oferty, lecz dopiero ocena ich w kontekście ceny ofertowej przez Zamawiającego. Ponadto zaznacza się, iż art. 90 ust. 3 ustawy PZP nie

stanowi samodzielnej podstawy odrzucenia oferty — przesłanki odrzucenia oferty wyczerpująco statuuje art. 89 ust. 1 ustawy PZP, a w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, który wskazuje, iż odrzuca się ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt. Zamawiający nie odrzuca bowiem wyjaśnień, a ofertę, dlatego też tak ważna z punktu widzenia możliwości zastosowania w konkretnym przypadku sankcji odrzucenia oferty jest całościowa ocena całej oferty wraz ze złożonymi wyjaśnieniami oraz wiedzą własną Zamawiającego (jeżeli takową w danej sprawie posiada). Decydujące znaczenie z tego punktu widzenia ma zatem fakt istnienia rażąco niskiej ceny<sup>4</sup> a nie sama treść wyjaśnień.

7. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 maja 2019 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące kalkulacji cenowej. Późniejsze wezwanie (pismo z dnia 26 czerwca 2019 r.) stanowiło jedynie wezwanie o wyjaśnienie i doprecyzowanie kwestii wątpliwych i niedokładnie określonych w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2019 r. Brak jest podstaw do twierdzenia, iż Przystępujący na wezwanie z dnia 17 maja 2019 r. wyjaśnień adekwatnych prawnie nie złożył, w związku z czym jego oferta winna zostać odrzucona z powodu nie obalenia przez Przystępującego ustanowionego prawnie domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przystępujący w sposób dostateczny wyjaśnił zaoferowaną cenę (wyczerpująco przedstawił sposób jej skalkulowania w ramach wdrożonej procedury wyjaśniającej), a Zamawiający nie ma wątpliwości co do jej realności względem przedmiotu zamówienia, stąd brak jest podstaw do narzucenia Zamawiającemu odmiennej oceny tej kwestii. Podkreślił, że Odwołujący próbuje wywieść swoje racje poprzez zajęcie skrajnie formalistycznego stanowiska co do możliwości i zakresu procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które w ocenie Zamawiającego nie jest prawidłowe w świetle praktyki działania i nie byłoby racjonalne i uzasadnione z punktu widzenia celu i funkcji tej procedury (oraz całego toku procedury zamówieniowej, która ma przecież doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, jako że będzie się to wiązać z wydatkowaniem środków publicznych), jak również reguł sankcjonowania negatywnymi konsekwencjami proceduralnymi jedynie sytuacji niewątpliwych i kwalifikowanych nieprawidłowości w ofertach (nie można odrzucać oferty z powodu rzekomego istnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli zarówno Zamawiający jest przekonany o jej realności i poprawności, tak i Wykonawca okazuje rzeczywistą wolę i chęć wykazania, iż nie zaoferował on ceny niezgodnie z prawem zaniżonej, składając stosowne wyjaśnienia i przedkładając dowody na ich poparcie). Następnie dopytywanie o kwestie szczegółowe zawarte w pierwotnych wyjaśnieniach nie jest zatem działaniem niedozwolonym (konwalidowaniem zaniechań, „ratowaniem” oferty w sytuacji nierzetelności, czy niestaranności wykonawcy), ale działaniem koniecznym i celowym z punktu widzenia instytucji badania rażąco niskiej ceny (i konsekwencji proceduralnych związanych z uznaniem jej istnienia). W ocenie Zamawiającego nie można tak formalistycznie; jak chciałby tego Odwołujący, podchodzić do kwestii badania rażąco niskiej ceny i oceny jej istnienia,

ponieważ sankcja odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP dotyczy stanu istnienia rażąco niskiej ceny w kwestionowanej ofercie, a nie jej podejrzenia (również w świetle brzmienia art- 90 ust. 3 ustawy PZP aby odrzucić ofertę z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający musi być przekonany), że oferta ta taką cenę zawiera, w konsekwencji niewykazania przez wykonawcę, który ją złożył; iż cena ta nie jest jednak w sposób niedozwolony prawem zaniżona), a więc nie powinno dokonywać się odrzucenia oferty na bazie samych tylko przeczuć, domniemań. iż zawarta w niej cena może być rażąco niska. Zamawiający podkreślił, iż posiadane informacje własne przemawiały za uznaniem ceny zawartej w ofercie Przystępującego za realną względem przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca z art. 90 ustawy PZP została wdrożona wobec tej oferty jedynie z uwagi na obowiązujący przepis art. 90 ust 1a ustawy PZP i wynikające z niego automatyczne wykreowanie stanu posiadania wątpliwości wobec określonej ceny ofertowej oraz formalny nakaz wystąpienia z wezwaniem o złożenie wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej zawartej w tej ofercie. Niemniej jednak, niezależnie od powodów wdrożenia samej procedury wyjaśniającej, w ocenie Zamawiającego Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień (ocenionych łącznie) wyczerpująco i miarodajnie prawnie wykazał poprawność i realność ceny. Stąd w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i że powinna z takiego powodu zostać odrzucona — całokształt okoliczności sprawy przeczy takiemu stwierdzeniu.

**8.** Zamawiający podtrzymując dokonaną ocenę, podał, że oferta Przystępującego jest prawidłowa i nie zawiera rażąco niskiej ceny (pomimo, iż zaproponowana w tej ofercie cena odbiega od wartości szacowanej przez Zamawiającego i cen zawartych w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu). W kontekście weryfikacji samej ceny zawartej w ofercie Przystępującego (w świetle zarzutów wskazanych w odwołaniu) Zamawiający pozwala sobie na przedstawienie jej analizy względem w szczególności wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego i ceny zawartej w ofercie Odwołującego — celem wykazania, iż brak jest podstaw do uznawania ją za cenę rażąco niską. Jak już wspomniano, kosztorys inwestorski został sporządzony w styczniu 2019 r., był tworzony w oparciu o poziom cen obowiązujących w czwartym kwartale 2018 r. (według wydawnictwa SEKOCENBUD) oraz został opracowany metodą kalkulacji uproszczonej. Czas, w jakim kosztorys ten był wykonywany, był okresem dużego wahania cen robót budowlanych. Ponadto kosztorys inwestorski z racji swojej funkcji służy jedynie do oszacowania wartości robót budowlanych dla określonego zamówienia, natomiast ostatecznie ceny zostają zaproponowane przez wykonawców (weryfikacja rynkowa założeń szacowania wartości zamówienia). Kosztorys inwestorski stanowi informację o wartości szacunkowej robót budowlanych i służy jako podstawa do analiz złożonych w postępowaniu ofert cenowych wykonawców. Podkreślił, że ważnym czynnikiem cenotwórczym, który w decydujący sposób wpłynął na wysokość ustalonej kalkulacji kosztorysowej tego zamówienia, był założony na

potrzeby jej sporządzenia koszt budowy i rozbiórki mostu tymczasowego będącego elementem wykonania objazdu (tymczasowej organizacji ruchu) - założone w ramach kosztorysu parametry mostu objazdowego były następujące: długość ok. 19,0 m, szerokość ok. 5,1 m wraz z tymczasowymi dojazdami o powierzchni ok. 310 m<sup>2</sup>, montaż, rozbiórka i ograniczenie skarp prefabrykatami L o wysokości ok. 2,5 m na długości ok. 20,0 m. Niniejsze założenie spowodowało ustalenie kosztów wykonania tymczasowej organizacji ruchu na poziomie kwoty 1.300.000 zł (netto)/1. 599.000zł (brutto), co znacznie wpłynęło na globalną wysokość całej szacunkowej wartości zadania. Założenie przez Zamawiającego tych kosztów na poziomie kwoty 1.599.000 zł brutto wynikało również z faktu, iż w kalkulowane w nią zostały nieokreślone z punktu widzenia Zamawiającego (a weryfikowalne dopiero na poziomie samych Wykonawców jako kwestie indywidualne) ryzyka wliczenia w cenę ofertową wszelkich kosztów związanych z wykonaniem obiektu, w tym m.in. kosztów zakupu nowych materiałów budowlanych koniecznych do wykonania obiektu (w ramach kosztorysu inwestorskiego Zamawiający nie może zakładać, że Wykonawca będzie dysponował np. własnymi materiałami, które pozwalają na realizację tego typu obiektu z uwagi na ryzyko niezachowania konkurencyjności i nieprawidłowości obliczenia wartości zamówienia), kosztów organizacji zaplecza budowy, ewentualnych kosztów dzierżawy działek oraz — z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego — ryzyko poniesienia wszelkich kosztów związanych z budową obiektu tymczasowego, których nie można z góry przewidzieć. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Stosownie bowiem do art. 649 KC w przypadku wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, czy programie funkcjonalno-użytkowym, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego w związku ze zwiększeniem szacowanego przez niego zakresu kosztów lub poszczególnych prac do wykonania, zaś Zamawiający nie będzie legitymowany do żądania obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu, jeżeli zakres ten okaże się mniejszy od pierwotnie założonego (vide art. 632 § 1 KC). W tej sytuacji bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie nie znajduje co do zasady uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców sposobów obliczenia ceny z rozbiciem na poszczególne rodzaje/ elementy robót ujęte np. w kosztorysach szczegółowych składających się na realizację całego przedmiotu zamówienia, które należy uznać co najwyżej za dokumenty

pomocnicze. Podkreślił, że Odwołujący w ofercie zaoferował wykonanie organizacji ruchu na czas wykonywania robót w cenie 217 221 zł, a cena ta jest niższa od ceny tego elementu zawartego w ofercie Przystępującego o 28 778,92 zł. Powyższe pokazuje, że rynkowo jest realnym wykonanie objazdu w cenie założonej przez Przystępującego, pomimo iż Zamawiający założył w kosztorysie inwestorskim znacznie wyższą wycenę kosztów tego elementu. Z przedstawionego przez Przystępującego wraz z oferta WWER wynikało, że założył wykonanie organizacji ruchu na czas wykonywania robót wraz z budowa mostu objazdowego za kwotę 246.000 zł. Przystępujący uzasadnił w wyjaśnieniach, iż jest w posiadaniu własnego sprzętu i materiałów (płyty drogowe, dźwigary mostowe, podpory, grodzice, sygnalizacja świetlna, itp.), które użyte zostaną do realizacji tych robót, Stwierdzono zatem, że pozostały zakres robót przewidziany do realizacji w ramach oferty złożonej przez Przystępującego nie odbiega w sposób rażący od założonej wyceny kosztorysu inwestorskiego i nie daje podstaw do odrzucenia najtańszej złożonej oferty. Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy PZP, mając na uwadze całość zamówienia oraz przejrzystość i rzetelność przeprowadzonej procedury przetargowej, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, które przedłożył, co pozwoliło w sposób jednoznaczny potwierdzić realność tej ceny. Dodatkowo stwierdził, że analiza przedstawionych przez Wykonawców w złożonych wraz z ofertami WWER cen składowych w kluczowej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia pozycji (elemencie zadania), czyli „Budowa nowego mostu” (obiektu stałego, docelowego), gdzie wykonawca w wycenie ryczałtowej winien uwzględnić wszelkie koszty związane z wykonaniem obiektu (zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ), jak również koszty związane z okresem gwarancyjnym (udzieloną przez wykonawcę rękojmią i gwarancją), wskazuje, iż ceny te kształtują się podobnie: 1 761 533,57 zł (oferta nr 1), 1 845 zł (oferta nr 3), 1 446 700,00 zł (oferta nr 4). Jedynie Odwołujący wskazał w tej pozycji cenę częściową przekraczającą 2 mln zł (2.301.075:99 zł). Tymczasem Zamawiający w ramach kosztorysu inwestorskiego oszacował budowę nowego mostu na kwotę 1.621.060,39 zł brutto. Również zatem i analiza powyższego pokazuje, że nie można uznać (jak wskazuje Odwołujący), że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za najniższą zaoferowaną w postępowaniu cenę i że cena ta jest nierealna. Z analizy treści WWER złożonych przez Odwołującego i Przystępującego wynika także, że globalnie w zakresie czterech elementów cenowych to Odwołujący wykazał niższą cenę składową niż Przystępujący dotyczy to poz. 21 (Organizacja ruchu na czas wykonywania robót) kwota niższa o 28 778,92 zł, poz. 2.2 (Rozbiórka istniejącego mostu) — kwota niższa o 2.286 zł, poz. 2.6. (Budowa umocnień brzegowych potoku) — kwota niższa o 102.244 zł, poz. 2.7. (Roboty wykończeniowe i porządkowe) — kwota niższa o 23.100 zł. Również okoliczności i uwarunkowania związane z zastosowanym trybem realizacji zamówienia oraz ustalonym charakterem wynagrodzenia umownego

pozwalają na przyjęcie, że wyjaśnienia Przystępującego w sposób wyczerpujący wykazały poprawność prawną i realność ceny. Zamawiający uznał, iż przedstawiona przez Przystępującego argumentacja jest zasadna, a przedmiotowe zadanie jest realne do należytego wykonania w zadeklarowanej przez Wykonawcę cenie. Zaznaczył, że oferowana cena jest ceną ryczałtową, która nie opiera się na przedstawieniu szczegółowego kosztorysu robót budowlanych. Zadanie to będzie realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj, wobec czego w ramach jego realizacji Wykonawca może zoptymalizować niektóre elementy w kontrakcie, np. sposób wykonania objazdu (rodzaj konstrukcji mostu tymczasowego, dojazdów do mostu, zabezpieczenia skarp, itp.), tym bardziej że rodzaj przeprawy w ramach mostu tymczasowego nie został narzucony przez Zamawiającego (Wykonawca ma dowolność w ramach jej zaprojektowania i zastosowania). Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący dokonał lakonicznego i niewyczerpującego wyjaśnienia swojej ceny, z czym Zamawiający się nie zgadza. Podkreślił, że ocena oferty w tym zakresie należy do Zamawiającego i powinna się odbywać w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności i uwarunkowań. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, w których wykazał m.in. kalkulację szczegółową (rozwińcie WWER), co pozwoliło w sposób miarodajny ocenić poszczególne elementy kontraktu. Analizując realność ceny ofertowej zaproponowanej przez Przystępującego Zamawiający wziął pod uwagę również własne doświadczenie w branży ugruntowane wieloletnim działaniem na rynku ze specjalizacją w obiektach mostowych, dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą w poszczególnych branżach. Zauważył, że w obecnych realiach rynku usług projektowych ich wartość jest wyłącznie własną oceną indywidualną poszczególnych wykonawców, a w chwili obecnej nie obowiązują żadne wskaźniki obliczania cen za prace projektowe i rynkowe średnie ceny projektów kształtują się dużo niżej, niż podają publikacje organizacji architektów i projektantów. Dodatkowo przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający opierał się także na tzw. wiedzy urzędowej — Przystępujący wskazał, że wykonał na rzecz Zamawiającego w ubr. podobny obiekt w ciągu DW 977 w m. Poręba Radlna za kwotę 1.961.800 zł. Był to obiekt o większej szerokości całkowitej (tj. 14,45 m), bardziej skomplikowany geometrycznie, podczas gdy obiekt będący przedmiotem niniejszego zamówienia jest mniejszy (zgodnie z dokumentacją ma szerokość całkowitą 13,60 m) i jest prosty geometrycznie, szybszy w realizacji. Przedmiotowe zamówienie zostało przez Przystępującego wykonane należycie pod względem jakościowym, a roboty nim objęte zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, co również pozwala na przyjęcie, iż zaoferowana za obecne zamówienie cena (wyższa — za obiekt prostszy w realizacji) jest ceną realną, nie zaniżoną w sposób niedozwolony, a dodatkowo uwzględniającą indywidualne uwarunkowania dostępne wykonawcy (które Przystępujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach). Wskazał ponadto, że z uwagi na przyjęty tryb realizacji zamówienia („zaprojektuj i wybuduj”) oraz ryczałtowy

charakter wynagrodzenia wykonanie szczegółowej kalkulacji cenowej z rozbiem na poszczególne składniki cenotwórcze możliwe jest dopiero po wykonaniu przez Wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie tego zamówienia, zatwierdzonego przez Zamawiającego projektu wykonawczego i szczegółowych przedmiarów robót oraz STWiORB (zgodnie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ), co dopiero w sposób szczegółowy i wyczerpujący pozwala na wskazanie wszystkich kosztów, m.in. materiałów, robocizny, sprzętu, itp. Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień przedstawił kalkulację szczegółową w oparciu o elementy, które można wskazać na tym etapie procesu inwestycyjnego zadania (kiedy brak jest jeszcze projektu wykonawczego wskazującego szczegółowe rozwiązania i założenia). W ocenie Zamawiającego przedłożona w ramach wyjaśnień kalkulacja (rozbie) cenowa była z jednej strony wystarczająca do oceny składowych cenowych, a z drugiej obejmowała takie uszczegółowienie, jakie jest możliwe na tym etapie posiadania wiedzy o przedmiocie zamówienia (nie mając jeszcze szczegółowej dokumentacji technicznej i wykonawczej, która ma zostać w ramach tego zamówienia dopiero właśnie wykonana) do opracowania. Zdaniem Zamawiającego przedłożona kalkulacja wypełniła żądanie wskazane w wezwaniu Zamawiającego — mając przy tym na uwadze również fakt, że Zamawiający nigdzie nie określił stopnia szczegółowości tego dokumentu (trudno jest uznać w tym zakresie za zasadne i mające jakąkolwiek podstawę wywody Odwołującego: jakoby użyte sformułowanie „szczegółowa kalkulacja cenowa” należało odnosić do pojęcia używanego w konkretnym akcie prawnym, skoro sam Zamawiający takie odesłania nie poczynił, a użyte wyrażenie nie posiada jedynie jednej — wskazanej przez Odwołującego — konotacji znaczeniowej). Dalej podał, że Przystępujący wskazał również wartości kosztów roboczogodziny, założonych wskaźników narzutów i poziom zysku (mimo iż Odwołujący twierdzi, że Przystępujący nie wyjaśnił tych elementów), jak również materiały i zaplecze budowy, jakim dysponuje, co potwierdza realność przyjętych w ofercie założeń cenowych. Wbrew twierdzeniom Przystępujący wskazał również zakres zamówienia, który zamierza zrealizować z udziałem Podwykonawców oraz konkretnego Podwykonawcę, z którym zamierza współpracować (wynika to z samej oferty oświadczenie złożone w pkt 5.8. formularza ofertowego). W ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołującego o wątpliwej rzetelności Przystępującego, nieprzedłożeniu przez niego wiarygodnych, konkretnych i spójnych wyjaśnień i dowodów nie posiadają uzasadnienia faktycznego wskazane w odwołaniu informacje i dokumenty, których rzekomo brak, faktycznie znajdują się w złożonych wyjaśnieniach, co potwierdza dokumentacja postępowania.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności pozwalają stwierdzić, że niewątpliwie zawarta w ofercie Przystępującego cena pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ a tym samym brak jest podstaw do jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny. W ramach dokonanej na etapie postępowania przetargowego analizy

oferty Przystępującego Zamawiający na tej podstawie stwierdził, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, a cenę realną, i obecnie stanowisko to w dalszym ciągu podtrzymuj. Podsumowując powyższe, Zamawiający jednoznacznie stwierdza, iż złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy PZP nie znajduje potwierdzenia w dokonanych przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania czynnościach w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, zapisów SIWZ oraz poglądów prezentowanych przez doktrynę i orzecznictwo, jak i innych okoliczności wskazanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o oddalenie wniesionego odwołania w całości jako nieuzasadnionego z punktu widzenia art. 192 ust. 2 ustawy PZP oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

#### **W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba ustaliła:**

Przedmiotowe zamówienie obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy mostu w m. Wygiełzów na potoku Płazianka w ciągu drogi wojewódzkiej 781 z dojazdami (w oparciu o projekt budowlany, decyzję o pozwoleniu na budowę i PFU) oraz robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej wykonanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego, czyli wykonanie robót związanych z przebudową mostu wraz z dojazdami w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego według kosztorysu inwestorskiego stanowiła kwotę (po jej ubruttowaniu) 3.994 417,46 zł. W postępowaniu tym złożone zostały cztery oferty: oferta nr 1 - wykonawcy N.-MOSTY Sp. z o.o. Dąbrowa Górnicza (cena – 3.907.143,43 zł); oferta nr 2 - wykonawcy K. G. KRISMAT Będzin (cena 3.193.646,36 zł); oferta nr 3 - wykonawcy Konsorcjum: PRi K.B.I. J. L. Katowice i PRi K R I. Sp. z o.o. Katowice (cena – 4.219.900,00 zł) oraz oferta nr 4 - wykonawcy FU LOG-BUD D. B. Krynica-Zdrój (cena 2 286 700,00 zł), której dotyczy odwołanie.

Odwołujący (K. G. KRISMAT Będzin) podniósł w związku z oceną oferty wykonawcy FU LOG-BUD D. B. Krynica-Zdrój (wykonawca LOG-BUD) zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty LOG-BUD, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem wykonawca ten nie udzielił w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 maja 2019 r. (w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp), co dało podstawę do przyjęcia, że oferta



zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaofferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podniósł także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie ponownego wezwania LOG-BUD w piśmie z dnia 26 czerwca 2019 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w rzeczywistości w zakresie informacji, co do których był on już wzywany, a ze względu na nierzetelne postępowanie nie udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. Wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 2 lipca 2019 r. nie mogą być – zdaniem Odwołującego - uwzględniane dla oceny oferowanej przez wykonawcę LOG-BUD ceny.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 17 maja 2019 r. skierowanym do wykonawcy Firma Usługowa LOG-BUD D. B. z Krynicy Zdroju (wykonawca LOG-BUD) podał, że wobec faktu, że cena oferty wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a w szczególności, cena oferty jest niższa o 32,78 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert oraz o 42,75% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania – wzywa wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp (...) *do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:*

*1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);*

*2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*

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

*4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*

*5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*W ramach przedmiotowych wyjaśnień prosimy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaofferowanych cen ofertowych w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny. Do przedmiotowych wyjaśnień należy dołączyć dowody na poparcie przedstawionych wyjaśnień w powyższym zakresie”.*

Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. podał, że:

„1. (...) przedstawiam kalkulację szczegółową dla ceny ofertowej na wykonanie zadania objętego postępowaniem przetargowym oraz dokumenty potwierdzające ceny zakupu bądź dostawy głównych materiałów, składników, które będą użyte do realizacji zadania. Również poniżej przedstawiam porównanie cen dostawy podstawowych materiałów używanych do budowy mostu z cenami zaoferowanymi w naszej ofercie.

Według naszej oferty wykonanie projektu wykonawczego, STWORB, przedmiaru robót wynosi 60 000,00 zł brutto natomiast proponowany w ofercie podwykonawca oferuje wykonanie projektu wykonawczego za kwotę brutto 29 520,00 zł.

W ofercie wykonanie zbrojenia wynosi za tonę 5000,00 zł natomiast cena gotowych prefabrykatów zgodnie z fakturą z listopada 2018 r wynosiła brutto dla prętów giętych 3591,60 — 3677,70 zł, a dla prętów prostych 2870,00-2920,00 zł, czyli na montaż zostaje kwota 1322,30 - 2130,00 zł.

Betonowanie wyceniono na kwotę brutto 1000,00 zł za m<sup>3</sup> według cen oferowanych przez betoniarnie cena dostawy jednego m<sup>3</sup> betonu nie przekroczy brutto 550,00 zł.

Wykonanie pali wyceniono na kwotę brutto 2 200,00 zł za 1mb pala natomiast wykonanie pala fi 900 mm ( w projekcie są pale fi 800mm) wg oferty z kwietnia zeszłego roku wraz z mobilizacją sprzętu wynosi brutto 1350,00 zł.

W zeszłym sezonie w okresie od 02.10.2018 - 14.01.2019 dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie zrealizowaliśmy inwestycję pn. „Przebudowa przepustu w m. Poręba Radlna w ciągu DW nr 977 odc. 020 km 2+650 wraz z dojazdami „ która obejmowała budowę obiektu mostowego o podobnych parametrach długość 9,70 m, szerokość 14,45 m, posadowiony na palisadzie ażurowej z pali fi 60 cm długości pala od 8,00 - 10,40 m w ilości 35 szt. o łącznej długości 360,m oraz rozbiórkę istniejącego obiektu, wykonanie umocnień potoku, przebudowę dojazdów, przebudowę kanalizacji burzowej wraz z zapewnieniem ciągłości ruchu na okres realizacji obiektu za kwotę brutto 1 961 800,00 zł. Obiekt został wykonany należyście.

Projektowany most w m. Wygieźłów ma następujące parametry: długość 9,55 m, szerokość 13,60 m, posadowienie na palach fi 80 cm o łącznej długości 112,00 m zakres robót obejmuje rozbiórkę istniejącego obiektu , przebudowę dojazdów, wykonanie umocnień koryta rzeki, wykonanie mostu tymczasowego. Czyli jest obiektem mniejszym od mostu w m. Poręba Radlna z tym , że tutaj trzeba wykonać most objazdowy ale w Porębie Radlnej też trzeba było wykonać objazd . Ponadto projektowany most jest geometrycznie prosty nie ma żadnych wyłukowań, natomiast most w Porębie ze względu na włączenie w obręb mostu drogi gminnej i zjazdu skrzydełka mostu miały wyłukowania co powoduje, że ich realizacja jest pracochłonna, wydłuża czas realizacji i w konsekwencji jest znacznie droższa . Ponadto obiekt

był realizowany już w okresie zimowym gdzie dni są krótsze, warunki atmosferyczne utrudniają lub niejednokrotnie uniemożliwiają wykonanie pewnych robót, a wykonanie robót wymaga dłuższego okresu realizacji, co znacznie podnosi koszty realizacji robót. Pomimo wszystkiego i przy znacznie niższej cenie obiekt został zrealizowany.

W 2018 roku zrealizowaliśmy również dla Powiatu Proszowickiego w ramach inwestycji „przebudowa mostu w ciągu drogi powiatowej nr 1259K w m. Radziemice JN1 01027467” most, którego parametry techniczne i wymiary są podobne do mostu w Wygieźzowie i Porębie Radlnej i pomimo tego, że obiekt jest na drodze powiatowej klasy Z to jego nośność jest klasy A, most ten został należycie wykonany za kwotę brutto 1 329 750,42 zł, w załączeniu poświadczenie”.

Dalej podał, że (...) firma dysponuje własnym sprzętem koparki, samochody, walec oraz deskowaniem systemowym czy innymi specjalistycznymi urządzeniami potrzebnymi do realizacji zamówienia co również obniża koszty realizacji robót”.

Podał także, że jest (...) również w posiadaniu płyt drogowych, dźwigarów mostowych i podpór stalowych, grodzic stalowych, sygnalizacji świetlnej które materiały zamierzamy użyć przy wykonywaniu objazdu i obiektu”.

Wskazał ponadto, że: „W ubiegłym roku zrealizowaliśmy również dla Powiatu Tarnowskiego w ramach inwestycji pn. Rozbiórka istniejącego i budowy nowego mostu nap. Olszynka w ciągu drogi powiatowej nr 1387K w m. Ołpiny żelbetowy most długości 16,40 m w ciągu drogi powiatowej za kwotę brutto 2 412 106,26 zł. Wartość wszystkich robót zrealizowanych w 2018 roku wyniosła w przypadku mojej firmy netto 4 992 068,83 zł. Firma uzyskała dochód w wysokości 1 004 381,76 zł co daje zyskowność rzędu 20 %. W załączeniu kopia I strony PIT-36L za rok 2018”.

Stwierdził także, że wskazane ceny (...) są to ceny z roku 2018 natomiast śledząc przetargi w których uczestniczymy na terenie Małopolski, Podkarpacia oferowane ceny są na poziomie roku 2018, a nie jednokrotnie poniżej”. Podał także, że w jego ocenie (...) wartość zamówienia „Przebudowa most wraz z dojazdami w m. Wygieźtów na potoku Płazianka w ciągu DW 781 odc. 080 km 0+115,5-0+194” została znacznie zawyżona. Widać to porównując wartość zamówienia przebudowa przepustu na most wraz z dojazdami w m. Małastów w ciągu DW 977 odc. 280 km 0+048 która została zaniżona. Analizując parametry obu obiektów widać że przy takiej samej długości obiektu most w Małastowie jest znacznie bo dwukrotnie wyższy, ilość pali użyta do wykonania podpór jest 3 krotnie większa dodatkowo od dole wody zaprojektowano złoć do którego ściany mają wysokość od 4,0 do 6,0 m. Pewnie to wynika z faktu, że kto inny opracowywał dokumentację. Moja wycena tego obiektu wynosiła 2 484.860,00 zł brutto. Niestety z różnych względów nie dotarliśmy na czas żeby złożyć ofertę”. Powyższe także wskazał jako dowód, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Do tych wyjaśnień załączył tabelę - Kalkulacja szczegółowa (zał.1) obejmującą wycenę dla pozycji od 1 (Prace przygotowawcze) do pozycji 2 (Roboty budowlane). W zakresie pozycji 1 w punkcie 1 wskazał w kolumnie drugiej (element rozliczeniowy) na „Wykonanie dokumentacji (...), a w kolumnie trzeciej na „Wartość elementu”. W tym elemencie rozliczeniowym (pkt 1) wyodrębnił „Projekt wykonawczy (...) oraz „projekt zabezpieczenia (...) wskazując także odrębnie na wartości dla tych pozycji. W zakresie pozycji 2 także wyodrębnił elementy rozliczeniowe 2.1. do 2.7 obejmujących: Organizacja ruchu (...), Rozbiórka istniejącego mostu; Budowa nowego mostu; Przebudowa kanalizacji deszczowej; Przebudowa dojazdów do obiektu wraz z chodnikami; Budowa umocnień brzegowych potoku; Roboty wykończeniowe i porządkowe. W każdej z tych pozycji przedstawił również szczegółowe elementy rozliczeniowe (zakres robót oraz ich ilości) i ich wycenę (dla poszczególnych szczegółowych elementów). Także wartość łączną dla pozycji 1 oraz poz. 2 i ogółem na kwotę 2.286.700 zł. W kolejnych załącznikach (12) zamieścił (jak podał): (...) 2. *Oferta Pana Żuchowicza na wykonanie projektu wykonawczego*; 3. *Oferty IMB Podbeskidzie na wykonanie palisadzie*; 4. *Oferty firmy Ban-Kor-Bet na dostawę betonu*; 5. *Faktury firmy Jamax za dostawę prefabrykatów zbrojarskich*; 6. *Poświadczenie ZDP Proszowiec wykonania mostu w Radziemicach*; 7. *protokół odbioru technicznego mostu w m. Ołpiny*; 8. *PIT-36L za rok 2018 strona nr 1*; 9. *wypełnione oświadczenie wykonawcy zał. nr 3 SIWZ*; 10. *Protokół z otwarcia ofert PZD Nowy Sącz*; 11. *Protokół z otwarcia ofert Gmina Jaśliska*; 12. *WWER dla Małastowa*”.

Wezwanie z 17 maja 2019 r. dotyczyło także (w punkcie II) złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, co do podwykonawcy – (...) *jednoznaczne wskazanie, w jaki sposób Wykonawca spełnia określone w cz. II pkt 3.1.3.2 pkt 2 SIWZ warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu tj. która z opcji wskazanych w pkt 1.1. oświadczenia Wykonawcy złożonego w trybie art. 25a ust. 1 ustawy PZP (zał. nr 3 SIWZ) go dotyczy*”. Wykonawca w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. odniósł się do tego wezwania podając, że „2. *Składając w ofercie OŚWIADCZENIE WYKONAWCY złożone w trybie art. 25a ust. 1 ustawy PZP załącznik nr 3 SIWZ ( zamienny-24.04.2019 r.) sprawa nr ZDW-DN-4-27118/19 omyłkowo nie skreślono w oświadczeniu podpunktu 2 w pkt. 1.1 oświadczenia o treści ( wspólnie z innym Wykonawcą (innymi Wykonawcami) ubiegającym się (ubiegającymi się) o udzielenie zamówienia wobec powyższego w załączeniu przekazuję poprawione oświadczenie*”. To oświadczenie załączono do wyjaśnień (wg pkt 9 załączników) i w jego treści wskazano na podwykonawcę z udziałem którego ma być realizowane zamówienie: „*ProtechniCon Konstrukcje Inżynierskie M. Ż. (...)*”.

W wezwaniu z dnia 26 czerwca 2019 r. Zamawiający wskazując na art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wezwał wykonawcę LOG-BUD (...) do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej złożonych w ramach pisma z dnia 18.05.2019 r., podając:

*„W celu umożliwienia dokonania szczegółowej analizy ceny zawartej w Państwa ofercie Zamawiający wnosi o uszczegółowienie złożonych wyjaśnień dotyczących w szczególności następujących kwestii:*

*1) W kontekście wyszczególnionych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający wnosi o doprecyzowanie, dopełnienie i uszczegółowienie przekazanych informacji i wyjaśnień poprzez odniesienie się do każdego z poniżej wymienionych elementów:*

- oszczędności metody wykonania zamówienia,*
- wybranych rozwiązań technicznych,*
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy,*
- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- ewentualnego korzystania przez Wykonawcę z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,*
- rentowności przedsięwzięcia (poziomu zysku),*
- realizacji zamówienia w kwestii spełnienia wymogów wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska*
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*2) Zamawiający wnosi o uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie przedłożonej przez Państwa w ramach wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. Kalkulacji szczegółowej poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej (opierającej się na aktualnych cenach rynkowych składników/elementów cenotwórczych, przy uwzględnieniu indywidualnych warunków realizacji zamówienia dostępnych Wykonawcy) z rozbiciem na poszczególne składniki cenotwórcze, w tym wyszczególnienie wszystkich następujących czynników, takich jak:*

- koszt robocizny*
- przyjęta stawki roboczogodziny,*
- przyjęty narzutu kosztów pośrednich,*
- zysk*

- kosztu zakupu
  - koszt wykonania objazdu.
- 3) Zamawiający wnosi o przedłożenie jednoznacznych dowodów potwierdzających realność wykonania przedmiotowego zamówienia, w szczególności dotyczących kosztów nabycia niezbędnych do jego realizacji materiałów (w tym: pale, beton, zbrojenie) oraz odnoszących się konkretnie do przedmiotowego zamówienia (faktury, oferty, zapytania o cenę, etc.). Zamawiający wnosi również o wyjaśnienie dotyczące przedłożonych w ramach wyjaśnień z dnia 18.05.2019 r. ofert sprzedaży betonu (oferty firmy BAN-KOR-BET BANIA KORGA Spółka Jawna) poprzez określenie kontekstu ich przekazania w ramach wyjaśnień oraz okoliczności, które mają potwierdzać (tzn. wykazania ich koherencji względem przedmiotu niniejszego zamówienia i złożonej na nie oferty) przedmiotowe oferty nie dotyczą zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, a wskazane w nich klasy betonu są inne od określonych (wymaganych) przez Zamawiającego w OPZ (zał nr 1 słwz)
- 4) Zamawiający wnosi o przedłożenie dowodów (w postaci umów, dokumentów wewnętrznych firm, faktur, etc.) potwierdzających faktyczne posiadanie / dysponowanie wskazanymi w przedłożonych przez Państwa wyjaśnieniach materiałami oraz sprzętu (tj. koparki, samochody, walec, deskowanie systemowe, płyty drogowe, dźwigary mostowe, podpory stalowe, grodzice stalowe, sygnalizacja świetlna), których to Wykonawca zamierza użyć do realizacji przedmiotowego zamówienia.”

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca w piśmie z dnia 2 lipca 2019 r. podał m.in., że: (...) Zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wskazał nam konkretnych obszarów, w stosunku do których oczekiwał wyjaśnień. Obecnie wobec uszczegółowienia i sprowadzenia wyjaśnień do szeregu czynników/elementów wskazanych w ponownym wezwaniu do złożenia wyjaśnień i dowodów jako Wykonawca nie powinniśmy mieć problemu z przeanalizowaniem sprawy, który konkretny składnik zaoferowanej naszej ceny (nadal) budzi wątpliwości Zamawiającego.” Dalej podał, że „Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego złożenia przez nas oferty zawierającej rażąco niską cenę, w załączeniu do niniejszego pisma przedkładamy żadaną przez Zamawiającego szczegółową kalkulację naszej oferty (tj. załącznik nr 1 do nin. pisma), opierającą się na aktualnych cenach rynkowych, z podaniem naszych kosztów robocizny (stawki roboczogodziny średniej w skali kraju dla robót inżynieryjnych wynoszącej 18,41 zł) z podaniem kosztów pośrednich, wysokości zysku oraz kosztów zakupu w wysokości średniej krajowej dla robót inżynieryjnych tj. koszty zakupu 7,8 0/0, koszty pośrednie 64,7 0/0, zysk 10,9 % , ceny materiałów zgodnie z ofertami dostawców którzy złożyli oferty oraz wskazujemy na dowody tj. kopia informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego II kwartał 2019 r zeszyt nr 23/2019 SEKOCENBUD, i tak:

- oferta dostawcy na prefabrykaty zbrojarskie firmy CMC Poland sp. z o.o. (str. 23-26) w m. Dobrynin bo nie ma jeszcze rysunków zbrojarskich ale wielkość i rodzaj zbrojenia jest podobna przy czym odległość dostawy większa),
- oferta dostawcy na beton firmy Kontraktor sp. z o.o (str. 29-34., ponadto przedstawiam oferty na:
  - wykonanie pali Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego IMB Podbeskidzie sp. z o.o. (str. 21-22)
  - wykonanie asfaltów na moście jak i dojazdach Firmy Interviatech sp. z o.o. (str. 27-28) - dostawę barier poręczy i barier na most i dojazdy firmy KTC Service sp. z o.o. ( str.35-39) oraz oferta firmy Protechnicon Konstrukcje Inżynierskie, na której zasoby się powołujemy składając ofertę, którą przedstawiliśmy w piśmie z dnia 18.05.2019 str. 7 wyjaśniającym cenę.

Wycena została dokonana na podstawie cen materiałów i robót świadczonych przez podwykonawców w 2018 uwzględniając koszty inflacji wzrostu cen materiałów oraz doświadczenia w realizacji podobnych obiektów w roku 2018.

Wystąpiliśmy z zapytaniem zarówno do dostawców głównych materiałów koniecznych do realizacji obiektu jak i do potencjalnych podwykonawców , którzy będą realizowali roboty, których my nie zrobimy sami. Oferty, które otrzymaliśmy potwierdzają, że wysokość cen jakie przyjęliśmy do kalkulacji nie są za niskie. W załączeniu te dokumenty”.

W dalszej części wyjaśnień wykonawca przedstawił kalkulacje dla: ceny prętów zbrojarskich, ceny betonu, wykonania pali, wykonania nawierzchni asfaltowych, montażu barier poręczy mostowych – załączając odpowiednio faktury i oferty. Wykonawca podał również, że: „Zamawiający żądał rozbicia ceny oferty praktycznie na 8 pozycji zgodnie z wycenionym wykazem robót elementów rozliczeniowych WWER składając wyjaśnienie poszczególne elementy wykazu zostały rozbite, uszczegółowione w kalkulacji szczegółowej. W związku z tym, że wycena jest zrobiona na podstawie projektu budowlanego, nie może być bardzo szczegółowa. Dopiero po wykonaniu projektu wykonawczego i uzgodnieniu go z Zamawiającym będzie możliwe uszczegółowienie ilości elementów do wykonania jak i ich rodzaju i dokonać dokładnej wyceny. Kalkulacja poszczególnych elementów musi być dość ogólna bo musi też uwzględniać inne koszty jakie musi ponieść wykonawca, te które są do przewidzenia (np. organizacja placu budowy, koszty dozoru, ubezpieczenia jak i te, których nie da się przewidzieć (nie przewidziane kolizje z urządzeniami, awarie, przerwy wynikające z fatalnych warunków atmosferycznych. W świetle powyższego dokonaliśmy szczegółowej kalkulacji głównych elementów wykonania mostu, które będziemy sami wykonywać. Do kosztorysu zastosowano już ceny na materiały - beton, stal jakie otrzymaliśmy w ofertach od potencjalnych dostawców. Zastosowano również stawkę robocizny i narzuty w oparciu o stawki jakie były publikowane w informacji za II kwartał 2019 roku Sekocenbud i tak: stawka

robocizny kosztorysowej w skali kraju — roboty inżynieryjne średnia 18,41 , narzuty: wskaźnik narzutów kosztów zakupu — roboty inżynieryjne średni wynosi 7,8 0/0, wskaźnik narzutów kosztów pośrednich — średni dla robót inżynieryjnych wynosi 64,7%, wskaźnik narzutów zysku -średni dla robót inżynieryjnych 10,9 0/4. Wartość robót brutto dla pozycji od 2.3.4 - 2.3.15 wyniosła 109 382,40.

Według naszej oferty suma wartości tych pozycji wynosi brutto 415 200,0 zł wobec powyższego wycena w naszej ofercie jest większa aż o 305 817,60 zł brutto. Na tych kilku pozycjach widać, że nasza oferta na każdej pozycji jest albo wyższa od zaoferowanej przez firmę, która deklaruje wykonanie robót jak podwykonawca albo wyższa od wartości robót skalkulowanych po jednostkach, które są średnią krajową według sekocenbudu w II kwartale 2019 roku. Kosztorys w załączeniu”.

Wykonawca podał także, że „Porównanie cen z naszej oferty z cenami proponowanymi przez podwykonawców i cenami wyliczonymi dla kilku pozycji szczegółowo w oparciu o robociznę, narzuty dla średniej krajowej wg sekocenbudu i zakup materiałów zgodnie ofertami pokazuje zysk brutto w kwocie 505 578,97 zł. - ostatnia kolumna w załączniku nr 2”. Przedstawił także porównanie cen poszczególnych elementów wycenione w WWER w jego ofercie z pozostałymi ofertami, stwierdzając, że: „Na podstawie tego zestawienia można stwierdzić, że: po zsumowaniu najniższych cen poszczególnych elementów pozostałych oferentów wartość całego zadania wynosi: 2 575 476,89 zł i moja oferta stanowi 88,79 % natomiast wartość samych robót budowlanych stanowi 91,93 % kwoty 2 487 531,89, która jest sumą najniższych cen poszczególnych elementów pozostałych oferentów. Analizując poszczególne ceny można stwierdzić, że w kilku przypadkach moja cena jest wyższa od cen pozostałych oferentów, a pozostałe nie są zbyt niskie, zestawienie w ostatniej kolumnie. Jedynie wykonanie dokumentacji wykonawczej stanowi kwotę niższą niż 70 % od najniższej wartości pozostałych oferentów, przy czym wartość dokumentacji wynika z wartości robót budowlanych i oscyluje koło 3% ich wartości. Można również stwierdzić, że ceny poszczególnych elementów niektórych oferentów są rażąco wysokie w stosunku do pozostałych”.

Dodatkowo jako dowody w sprawie przedłożył dwie kalkulacje cenowe, które pozyskał od wykonawców: Firmy Proj-bud T.D. na kwotę 2.254.000 zł i Firmy BUDOWNICTWO KOMUNIKACYJNE inż. W. K. na kwotę 2.305.000 brutto i podkreślił, że (...) Oferty tych dwóch Wykonawców dołączone do naszych wyjaśnień zostały przygotowane przez podmioty specjalizujące się w robotach branżowych, które mają najlepszą wiedzę, jakie są stawki rynkowe za wykonanie tych robót określonych w siwz, a zatem wycena przez nie dokonywana powinna zostać uznana za najbardziej miarodajną i wiarygodną. Wskazywania dla celów dowodowych ofert potwierdzających wysokość cen rynkowych. Przedstawienie



Zamawiającemu wycen dokonanych przez te dwa podmioty specjalizujące się w tego typach określonych rodzajach robót mostowych ma wyłącznie za cel pokazać, iż ceny za realizację tego typu robót wskazane w naszej ofercie są cenami rynkowymi i realnymi. Przedłożone kalkulacje w tych przykładowych dwóch wycenionych wykazów elementów rozliczeniowych WWER podtrzymują i dowodzą prawidłowości naszej wyceny w zderzeniu z wycenami tych Firm pozyskanych z rynku i dowodzą, iż nasza cena jest ceną rynkową i realną dla poprawnego wykonania tego zamówienia wg. nałożonych wymogów zatem z należyłą starannością oraz zgodnie ze sztuką budowlaną". Podał także, że: „Wskazując na powyższe dowody (wycenione wykazy elementów rozliczeniowych WWER - trzy komplety) w naszych wyjaśnieniach i na dowody mające wpływ na wysokość naszej ceny ofertowej i w tym zakresie twierdzimy że nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz przekazujemy nasze wyjaśnienia w stopniu szczegółowości odpowiednim i adekwatnym do treści ponownego wezwania Zamawiającego z dnia 26.06.19r. Nasze wyjaśnienia uzasadniają tezę, że podana przez nas cena oferty nie została przez nas zaniżona oraz potwierdzają prawidłowość naszego wyliczenia naszej ceny oraz naszego kosztu i z uwzględnieniem i dla spełnienia przede wszystkim wymogów realizacji przedmiotu zamówienia opisanych przez Zamawiającego w siwz”.

Wykonawca podał również, że: „Odnosząc się szczegółowo do zarzutu złożenia przez nas oferty zawierającej rażąco niską cenę, w załączeniu do niniejszych wyjaśnień dla uzasadnienia zasadności i poprawności naszych wyliczeń i jej rynkowego charakteru wskazujemy na powyższe elementy składowe usprzętowania naszej Firmy która dysponuje specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym, do robót ziemnych itp. oraz materiałami do wykonania objazd: dźwigary, grodzice, płyty drogowe w załączeniu dokumenty potwierdzające ich posiadanie.

Wyjaśniając naszą ofertę dodatkowo oświadczamy/gwarantujemy zapewnić — poprzez właściwą organizację pracy na budowie oraz w ramach naszej ceny — wysokość wynagrodzenia dla zatrudnionych przez nas pracowników /wg wymogów siwz/ co najmniej na poziomie 2 250,00 zł brutto- zgodnym z ogólnie obowiązującymi przepisami w tym w szczególności z regulacją ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Odnosząc się dodatkowo do wyjaśnienia stawki podnosimy, iż jest ona jednym z licznych elementów naszej ceny. Nie jest to zatem cena robót budowlanych, tj. cena za przedmiot zamówienia, a wyłącznie jeden z jej elementów. Przy czym należy wskazać, że stawka roboczogodziny kosztorysowej nie jest tożsama ze stawką minimalnej płacy pracowników i obu wartości nie należy ze sobą utożsamiać. Na wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej mają wpływ różne czynniki tj. nie tylko wysokość (poziom) wynagrodzenia osób wykonujących zamówienia, ale także wydajność ich pracy i sposób jej organizacji. Zauważamy, iż w siwz nin. postępowania Zamawiający nałożył wymóg zatrudniania pracowników na umowie o pracę i osoby, które będą realizować nasze zamówienie będą pracownikami zatrudnionymi na podstawie stosunku pracy

*tak w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy. Wskazujemy, iż cena robocizny kosztorysowej w cenie (koszcie) robót budowlanych waha się w zależności od robót i usprzętowania od 6 % do 10 % i nie ma tak decydującego znaczenia dla poziomu i wysokości ceny każdej oferty”. Dalej wskazał, że w nakładzie (koszcie) robocizny kosztorysowej pomieszczony jest czas przeznaczony na przygotowanie robotnika do pracy - ok. 15min; przygotowanie stanowiska pracy w tym doniesienie narzędzi materiałów na stanowisko pracy - ok. 15 min.; spożycie posiłku i potrzeby naturalne — ok. 30 minut w czasie dnia roboczego; stąd efektywny czas pracy jest krótszy od normatywnego zapisanego w kodeksie pracy (170 godz. w miesiącu). Należy też uwzględnić, że praca na budowie odbywa się w warunkach poligonowych na „wolnym powietrzu,, w którym na tym samym odcinku pracuje równolegle kilku pracowników a dla niektórych czynności wymagane są przerwy technologiczne i na dostarczenie materiałów/ sprzętu co dodatkowo zmniejsza efektywny czas pracy, stąd sześć efektywnie przepracowanych godzin w czasie ośmiogodzinnego dnia pracy to dobry wynik dla umów o pracę i nie będzie to miało bezpośredniego wpływu na koszty naszej realizacji”.*

*Wskazał ponadto na czynniki, które uzasadniają wysokość ceny ofertowej: (...) nasze małe koszty utrzymania firmy; posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz własnej bazy sprzętowej; posiadanie własnych materiałów do budowy objazdu: dźwigary, płyty drogowe; grodzice; założenie osiągnięcia nie dużego zysku; posiadanie wydajnego i taniego w eksploatacji sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu; zamiar wykonania zadania w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów realizacji zamówienia; zakup materiałów, angażowanie dostawców, podwykonawców do wykonania niniejszego zamówienia od firm nastawiających się na niski zysk w celu utrzymania kontrahenta oraz po preferencyjnych cenach; wysokość naszej cena oferty złożonej w tym postępowaniu jest adekwatna w porównaniu do naszych poprzednich ofert cenowych u innych zamawiających i jest porównywalna do cen z poprzednich naszych realizacji w tej samej technologii i nasza cena wobec powyższego jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zakresu niniejszego postępowania; powołujemy się na naszą specjalizację w tych robotach oraz duże nasze doświadczenie w realizowaniu tej kategorii zamówień oraz na wieloletnie świadczenie usług podobnych do przedmiotu zamówienia, wdrożenie naszej „specjalizacji przedmiotu zamówienia,, z powodu dużej ilości zamówień realizowanych dla innych zamawiających; wskazujemy na wysoki nasz stopień zmechanizowania i usprzętowania pozwalający obniżyć koszty ludzkiej pracy; wskazujemy na posiadanie dużej ilości własnego, kosztownego sprzętu, np. środków transportu, specjalistycznych elektronarzędzi itp., co ma bezpośrednio odniesienie i wpływ na nasze niskie koszty osobowe pracy, co pozwala obniżyć koszty ludzkiej pracy; powołujemy się na*

*okoliczność sukcesywnego i nieodpłatnego dostarczania nam przez naszych dostawców zamówionych materiałów na miejsce robót, odpadają więc nam nasze koszty magazynowania oraz niskie są też nasze koszty transportu materiałów na plac budowy; negocjujemy z dostawcami materiałów opóźniony termin zapłaty np. do 60 dni, licząc od dnia odbioru materiałów; zaplecze budowy będzie mieściło się w posiadanym przez wykonawcę przenośnym zapleczu administracyjno - biurowym wyposażonym we wszystkie media; zatrudniona wyłącznie na umowę o pracę kadra pracownicza; w zakresie zaproponowanej ceny dla obiektów inżynierskich, robót drogowych i kubaturowych, wykonawca wskazuje, że zawiera ona wszystkie wymogi zamawiającego, proponowana technologia i organizacja prac budowlanych została zoptymalizowana przez zespół uprawnionych projektantów z tej dziedziny, z którymi współpracuje wykonawca, jako wykonawca wykonywaliśmy już kilkadziesiąt kontraktów o takim samym charakterze”.*

*Wykonawca oświadczył ponadto, że (...) realizując niniejsze zamówienie będziemy spełniać wymogi wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska i tak: w ramach realizacji przedmiotu zamówienia do naszych obowiązków jako Wykonawcy należeć również będzie, jako wytwórcy odpadów powstałych - posiadanie karty przekazania odpadów do uprawnionych firm, co oznacza, że materiały z rozbiórki, w tym gruz i zanieczyszczenia będą usunięte poza teren budowy przy przestrzeganiu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (...), (...) w naszej ofercie zawarliśmy i został wyceniony pełny zakres przedmiotu zamówienia i (...) wykonamy nin. zamówienie w zgodności z przepisami prawa ochrony środowiska i przedstawimy Zamawiającemu jako przyszły Wykonawca i zarazem wytwórca odpadów karty przekazania odpadów powstałych na skutek rozbiórki do uprawnionych podmiotów a w zakresie odpadu o kodzie 17 01 01 - odpady betonu i gruz betonowy z rozbiórek i przekażemy ten gruz betonowy osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym do wykorzystania na własne potrzeby, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne, niebędące przedsiębiorstwami mogą poddawać odzyskowi ma potrzeby własne oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (tak treść rozporządzenia — Dz. U z 2016r. poz.93)”. Oświadczył ponadto, że będzie postępować z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami oraz wymogami ochrony środowiska wskazanymi w ustawie o odpadach, przedstawiając wymagane prawem zachowania i czynności. Przedstawił także opis przyjętej technologii prac rozbiórkowych/odzysku.*

Reasumując, ponownie wskazał, że na zaoferowaną cenę wpływ miały następujące obiektywne okoliczności (uwarunkowania): wieloletnie doświadczenie zawodowe wykonawcy; odpowiednie zaplecze kadrowe; własne zaplecze techniczne; rabaty cenowe wykonawca jako wiarygodny i duży odbiorca działający na rynku budownictwa od kilku lat posiada

wynegocjowane wysokie rabaty (pozostające na niezmiennym poziomie) zarówno na materiały, jak i urządzenia niezbędne dla realizacji niniejszego zamówienia; oszczędność metody wykonywania polegająca na zastosowaniu (wg załączonych wykazów i dowodów) do budowy: mostu objazdowego posiadanych materiałów: dźwigary stalowe, płyty drogowe( str.62- 64, 67) (zgodnie z już wykonanym projektem mostu objazdowego -str. 60-61; mostu: wykopy-własne grodzice (zdjęcie str. 65), konstrukcja mostu - własne szalunki (zdj. str. 66) i własnego sprzętu Wszystkie te w/w czynniki mają bezpośredni i pośredni wpływ na naszą cenę oraz dają nam sprzyjające warunki obniżenia ceny i mają wpływ na jej wysokość. Przedłożył także dla wykazania realnego i rynkowego poziomu wysokości ceny oferty w tym postępowaniu i dla potwierdzenia, że cena nie jest rażąco niska - kopię Wycenionego przez wykonawcę wykazu elementów rozliczeniowych WWER dla zadania pn. Przebudowa przepustu w m. Poręba Radlna (...) wraz z dojazdami, który miał większe parametry jak oferowany (za niższą cenę jednostkową do obecnej). Wykonawca podał, że udzielając wyjaśnień i załączając dowody wskazał na elementy wpływające na poziom wysokości ceny ofertowej i stwierdził, że wykazał załączonymi dowodami powody obniżenia ceny, które dają konkretne oszczędności a wybrane rozwiązania i zastosowany tani w eksploatacji sprzęt i maszyny wykonawcy oraz zastosowane materiały budowlane wyjątkowo sprzyjają niskim warunkom wykonania przez tego zamówienia. Podkreślił, że w jego ocenie wynagrodzenie (cena oferty) zostało (...) *rzetelnie skalkulowane do warunków miejscowych występujących w terenie realizacji tego zadania. Zaoferowana została i poparta jest dogłębną analizą tego konkretnego kontraktu, jest ceną realistyczną i skalkulowana została tak aby bezpiecznie umożliwić prawidłowe wykonanie tego zamówienia i nie stanowi sprzedaży tych robót poniżej kosztów ich wytworzenia oraz świadczenia, wskazujemy na kompletny i użyteczny i poważny charakter naszej oferty cenowej. Poziom naszych cen jest realny dla należytego wykonania zamówienia i nie nastąpiło/zachodzi subsydiowanie kosztów wykonania tych robót, tego zamówienia z innej prowadzonej przez nas działalności jako wykonawcy budowlanemu*". Stwierdził, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską, co zostało jednoznacznie wykazane w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w załączonych do nich dowodach. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną i rynkową, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia a także gwarantuje osiągnięcie godziwego zysku. W żaden sposób nie można stwierdzić że treść złożonych wyjaśnień potwierdza, że doszło do niedoszacowania zaoferowanej ceny oferty czy cen jednostkowych. Podał również, że „*W wyjaśnieniu z dnia 18.05.2019 r. wykazaliśmy, że firma przy realizacji podobnych obiektów w roku 2018 ( PIT 36L za 2018 r ) wykazała rentowność rzędu 20 % i nie niższy osiągniemy w tym roku. Ponadto informuję, że korzystam z pomocy publicznej - pomoc De MINIMIS jako gwarancja*

*zabezpieczenia spłaty kredytu odnawialnego udzielonego mojej firmie przez bank Pekao SA, jednakże pomoc ta nie miała wpływu na cenę mojej oferty.” Do tych wyjaśnień zamieszczono załączniki wskazane w wyjaśnieniach (na kartach 16- 81).*

**Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przede wszystkim, wezwanie skierowane do wykonawcy LOG-BUD w piśmie z dnia 26 czerwca 2019 r. nie narusza art. 7 ust.1 ustawy Pzp, a wyjaśnienia udzielone w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. nie uzasadniały odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z jej art. 90 ust.3.

Przepis art. 7 ust.1 Pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

Z ustaleń w tej sprawie wynika, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 18 maja 2019 r. były adekwatne do wezwania Zamawiającego z dnia 17 maja 2019 r. Przede wszystkim Zamawiający wymagał przedstawienia Szczegółowej kalkulacji zaoferowanych cen ofertowych w rozbiciu na poszczególne składniki mające wpływ na wysokość ceny, a nie Szczegółowego kosztorysu ofertowego. Dlatego do wymaganego wezwaniem dokumentu nie można odnosić per analogia przepisów wskazywanego w odwołaniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. 2004 nr 130 poz. 1389), w tym jego paragrafu 4.

Izba zgodziła się z argumentacją Przystępującego wykonawcy i argumentacją Zamawiającego, że przedłożona przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami kalkulacja jest (odpowiednio do formuły Zaprojektuj i wybuduj”) szczegółowa i obrazuje obiektywnie wycenę kluczowych elementów ujętych w załączniku nr 2.1. do SIWZ – Wyceniony Wykaz Elementów Rozliczeniowych (WWER). Wykonawca w tej tabeli przedstawił wycenę dla prac przygotowawczych wskazując na Projekt wykonawczy (...) oraz projekt zabezpieczenia ciągłości ruchu drogowego (...) – poz. 1. Z kolei w poz.2 w ramach Robót budowlanych wyspecyfikował 7 pozycji od 2.1. do 2.7 - szczegółowo wyspecyfikował przewidziane do wykonania elementy rozliczeniowe (zakresy prac i robót), wymieniając przykładowo 35 elementów w pozycji 2.3 i przypisując do każdego elementu ilości oraz ceny jednostkowe i odnosząc wartości do pozycji oraz do wartości elementu.

Wykonawca LOG-BUD przedstawił także dowody adekwatne do oświadczeń składanych w tych wyjaśnieniach. Izba wskazuje, że wykonawca ten w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2019 r. ceny gotowych prefabrykatów, betonu, prętów, także pali (w przypadku pali zaznaczył w treści, że wg projektu są wymagane pale fi 800mm), następnie faktury dla tych materiałów odniósł do cen z roku 2018 porównując je (jak zaznaczył w tych wyjaśnieniach) z cenami z jego oferty. W tych wyjaśnieniach podał bowiem: *„są to ceny z roku 2018 natomiast śledząc przetargi w których uczestniczymy na terenie Małopolski, Podkarpacia oferowane ceny są na poziomie roku 2018, a niejednokrotnie poniżej”*. W odniesieniu do sprzętu będącego w jego posiadaniu wykonawca w istocie nie przedstawił takich zestawień (dowodów), ale w tym przypadku wskazał w tych wyjaśnieniach na inwestycję z roku 2018, którą zrealizował należycie dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie (Przebudowa przepustu w m. Poręba Radlna w ciągu DW nr 977 odc. 020 km 2+650 wraz z dojazdami), a która obejmowała także budowę obiektu mostowego o podobnych parametrach oraz rozbiórkę istniejącego obiektu, wykonanie umocnień potoku, przebudowę dojazdów, przebudowę kanalizacji burzowej wraz z zapewnieniem ciągłości ruchu na okres realizacji obiektu za kwotę brutto 1 961 800,00 zł. Tym samym taki sprzęt musiał być użyty do ich wykonywania, a zatem twierdzenie wykonawcy, w przypadku tego Zamawiającego, *„firma dysponuje własnym sprzętem: koparki, samochody, walec oraz deskowaniem systemowym czy innymi specjalistycznymi urządzeniami potrzebnymi do realizacji zamówienia co również obniża koszty realizacji robót”* nie wymagały szczególnego dowodzenia. W tych wyjaśnieniach zawarł także informacje o znacznym zawyżeniu wartości zamówienia, z którym to twierdzeniem zgodził się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując na dwie istotne pozycje 2.1 i 2.3 i podając, że: *„Kalkulacja inwestorska wskazanych wyżej poz. 2.1, i 2.3. WWER wynikała z przyjęcia maksymalnych możliwych wariantów wykonywania w tym zakresie robót i maksymalnych wartości robót według ogólnych wskaźników cenowych zawartych w wydawnictwie SEKOCENBUD z uwagi na brak możliwości przesądzenia przez Zamawiającego na etapie postępowania zamówieniowego wariantu realizacji robót (z uwagi na przyjęty system realizacji zadania zaprojektuj i wybuduj, w którym szczegółowe rozwiązania projektowe ukształtowane zostaną dopiero podczas realizacji tego zamówienia, w ramach opracowanej dokumentacji)”*. Te pozycje istotnie wpływały na cenę całego przedsięwzięcia. Tak jak wskazywał Zamawiający różnica cen ofertowych (od ok. 2,3 mln do 4,2 mln) powodowana była przede wszystkim znacznym zróżnicowaniem cenowym w zakresie tych pozycji: poz. 2.1. (Organizacja ruchu na czas wykonywania robót) wartość od 1 mln zł do 1,2 mln zł oraz poz. 2.3. (Budowa nowego mostu) — wartość od 1.545 mln zł do 1 mln zł. W ramach kosztorysu inwestorskiego ubruttowane koszty robót w tym zakresie zostały określone odpowiednio na kwotę 1,65 mln zł (2.1.) i kwotę 1,6 mln zł (2.3). Niewątpliwie każdy

wykonawca dla tych pozycji (podobnie jak i dla pozostałych) miał prawo przyjąć wartości wynikające z jego własnych kalkulacji.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożone przez wykonawcę LOG-BUD wyjaśnienia były ogólnikowe, lakoniczne, niezawierające dowodów, a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 maja 2019 r. składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 18 maja 2019 r. jedynie pozorował działania i zachowania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym złożone wyjaśnienia 18 maja 2019 r. nie uzasadniały odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

W myśl tego przepisu: „3. *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*”.

Wykonawca LOG-BUD przede wszystkim adekwatnie do treści wezwania udzielił w dniu 18 maja 2019 r. wyjaśnień oraz przedstawił dowody w zakresie w nich wskazywanym. Izba zwraca uwagę, że wykonawca w wyjaśnieniach zawarł także informację co do podwykonawcy z udziałem którego ma być realizowane zamówienie. Ponadto te wyjaśnienia w żadnym stopniu nie pozwalały uznać, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zdaniem Izby, te wyjaśnienia, także związane z ustaloną przez Zamawiającego wartością zamówienia, w szczególności co do pozycji 2.1. i 2.3. mogły co najwyżej powodować dodatkowe wezwanie, które nawiązując do udzielonych wyjaśnień – jak w tym przypadku - precyzowało stanowisko Zamawiającego w tej konkretnej sprawie (nie tylko stanowiło formalne powielenie w wezwaniu przepisu), co do elementów wymagających uszczegółowionego wyjaśnienia. Wyjaśnienia z dnia 2 lipca 2019 r. i załączone dowody (przytoczone powyżej nieomalże w całości – podobnie jak wyjaśnienia z dnia 18 maja 2019 r. a także wezwania) mogły co najwyżej wzmocnić przekonanie Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę LPG-BUD cena nie jest ceną rażąco niską, jest ceną realną, rynkową, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, która to cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia a także gwarantuje osiągnięcie godziwego zysku.

Powyższe ustalenia wskazują zatem, że podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 tej ustawy nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego, albowiem ustawa Pzp jak i wskazane rozporządzenie tylko w przypadku sprzeciwu pozwalają na zasądzenie na rzecz zgłaszającego przystąpienie takich kosztów, oczywiście o ile jest to uzasadnione wynikiem sprawy.

.....