

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Powiatowych w Brzesku, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 6, 32-800 Brzesko,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG sp. z o.o., ul. Matki Boskiej Bolesnej 87, 34-600 Limanowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1026/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu: Zarządowi Dróg Powiatowych w Brzesku unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Brzesku, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 6, 32-800 Brzesko, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2** zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Zarząd Dróg Powiatowych w Brzesku, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 6, 32-800 Brzesko** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Dróg Powiatowych w Brzesku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej "Pzp" w przedmiocie: „Przebudowa drogi powiatowej nr 1437 K Jadowniki – Porąbka Uszewska w km od 0+840,00 do km 5+586,00 w miejscowości Jadowniki gmina Brzesko raz Porąbka Uszewska gmina Dębno, powiat brzeski”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2023 r. pod nr. 2023/BZP 00121377/01.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2023 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych wniósł odwołanie wobec:

- (1) zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego LIMDROG Sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej (dalej zwane „LIMDROG”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena Jego oferty nie jest rażąco niska;
- (2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została ta złożona przez wykonawcę LIMDROG.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

- (1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LIMDROG z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:
 - wykonawca ten był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, w szczególności, nie przedstawił informacji, o które wnioskował Zamawiający, a załączone kalkulacje różnią się istotnie od tych, które złożone zostały wraz z ofertą;
 - cena ofertowa LIMDROG nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, w szczególności, zawiera rażąco niskie (nierynkowe) wyceny istotnych elementów składowych ceny końcowej (np. w poz. 5 i 16 Tabeli Tytułów i Elementów Rozliczeniowych), co przekłada się na rażąco niską cenę końcową oferty LIMDROG;

(2) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez Limdrog w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co uniemożliwi realizację przedmiotu Postępowania przy spełnieniu wszelkich wymagań stawianych przez Zamawiającego w sposób prawidłowy; *a w konsekwencji*

(3) art. 16 Pzp, poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - odrzucenia oferty wykonawcy LIMDROG;
 - dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w Postępowaniu z pominięciem oferty LIMDROG,
- a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, odrzuciłby ofertę wykonawcy LIMDROG i wówczas pierwszą pozycję w rankingu ofert uzyskałaby oferta Odwołującego. Aktualnie oferta Odwołującego plasuje się na drugiej pozycji.

W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert.

Zamawiający wezwał LIMDROG do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 22 marca 2023 r. Jak wskazano w treści wezwania, zaoferowana przez wykonawcę LIMDROG cena jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający w treści wezwania stwierdził ponadto, że cena ofertowa LIMDROG wydaje się być rażąco niska oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 marca 2023 r. LIMDROG udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny które Zamawiający ocenił jako prawidłowe.

W dniu 4 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez LIMDROG.

Zdaniem Odwołującego, akceptując wyjaśnienia złożone przez LIMDROG, Zamawiający naruszył przywołane w *petitum* odwołania przepisy Pzp. W wyjaśnieniach LIMDROG ograniczył się do lakonicznego przedstawienia oświadczeń własnych oraz zapewnień, nie wykazał w żaden sposób, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową, nie obalił zatem domniemania ceny rażąco niskiej i nie dowiódł, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. LIMDROG nie wywiązał się z również z obowiązków, jakie nałożył na tego wykonawcę Zamawiający w treści wezwania, przedstawił kalkulację

niespełniającą oczekiwań Zamawiającego, która w dodatku zawiera w niektórych pozycjach ceny jednostkowe wyższe od tych wskazanych w kalkulacji załączonej do oferty. W dalszej części odwołania Odwołujący, poza argumentacją prawną, przedstawi również okoliczności faktyczne związane z wyjaśnieniami złożonymi przez LIMDROG w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest wykazanie jej rynkowego charakteru. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zagadnienie rażąco niskiej ceny jest jednym z częściej poruszanych (z racji mnogości zarzutów odwoławczych w tym zakresie), a przy tym wyjątkowo ustabilizowanym w warstwie merytorycznej. Z orzecznictwa tego wynika szereg niekwestionowanych i niepodważalnych reguł, którymi cechować powinien się przebieg procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny. Już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony” o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści Pzp (art. 224 ust. 5). Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. Konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. Wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń wiarygodnymi, potwierdzającymi twierdzenia ujęte w wyjaśnieniach, dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które stanowiąc będą w istocie twierdzenia jedynie gołosłowne, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania” minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości).

Obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest zatem:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);
- c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Wykonawca LIMDROG nie sprostął żadnemu z wymienionych powyżej obowiązków, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Oferta LIMDROG powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego, dokonując analizy wezwania nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający nie ograniczył się w jego treści do zacytowania art. 224 ust. Pzp. Wezwanie składa się z dwóch punktów. Zamawiający upatrywał m.in. możliwości obalenia domniemania ceny rażąco niskiej przez LIMDROG w przedstawieniu kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych na następujące elementy składowe:

- a) robocizna,
- b) materiały,
- c) sprzęt,
- d) koszty pośrednie,
- e) zysk.

Odwołujący wskazał, że jakkolwiek wynagrodzenie, za które wybrany wykonawca będzie realizował zamówienie stanowiące przedmiot postępowania ma charakter ryczałtowy, to Zamawiający, w sposób jednoznaczny i niekwestionowany przez któregokolwiek wykonawcę, zażądał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych (rozdział 8 pkt 10 Specyfikacji Warunków Zamówienia).

Biorąc pod uwagę powyższy wymóg oraz brak innych postanowień odnoszących się do wskazanych kosztorysów, z których wynikałoby, że mają one niewiążący charakter czy też, że należy je traktować jedynie pomocniczo, bezsporne jest, że kosztorysy te stanowiły dla Zamawiającego faktyczne (i jedyne) źródło wiedzy na temat tego w jaki sposób wykonawcy zamierzają zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę.

W ramach wymaganych kosztorysów wykonawcy wycenić mieli łącznie kilkadziesiąt pozycji według następującego schematu:

Nr	Przedmiar robót, lokalizacja, technologia	Jedn. miary	Ilość jednostek	Cena jedn. netto [zł]	Wartość [zł] (kol. 4 x 5)
----	---	-------------	-----------------	-------------------------	-----------------------------

Zaprezentowanie ceny ofertowej w powyższy sposób (tj. poprzez wskazanie jedynie ceny jednostkowej) uniemożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się ze sposobem, w jaki dany wykonawca skalkulował daną cenę jednostkową. Nie dziwi więc treść wezwania, która w istocie sprowadza się do przedstawienia szczegółowego rozbitcia każdej pozycji kosztorysu poprzez wyodrębnienie wymienionych w wezwaniu składowych.

Żądanie przedłożenia przez LIMDROG tak szczegółowej kalkulacji również nie może dziwić jeśli weźmie się pod uwagę z jak znacznymi dysproporcjami ceny ofertowej mamy do czynienia w przypadku wyceny LIMDROG w stosunku do wycen pozostałych wykonawców oraz wartości zamówienia. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9 mln zł brutto, a kwoty oferowane przez pozostałych wykonawców prezentują się następująco: 7 388 370,15, 7 961 302,92, 6 932 590,66, 6 981 674,92.

Z powyższego wynika m.in., że:

- a) cena ofertowa LIMDROG jest o 38% niższa od szacunkowej wartości zamówienia;
- b) cena ofertowa LIMDROG jest o ponad 20% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert (która to średnia jest istotnie zaniżona właśnie przez cenę ofertową LIMDROG);
- c) cena ofertowa LIMDROG jest o prawie 20% (ponad 1,4 mln zł) niższa od drugiej najtańszej oferty złożonej w postępowaniu;
- d) pomiędzy drugą a piątą (ostatnią) ofertą jest różnica na poziomie ok. 1 mln zł, co dobitnie dowodzi, że wszyscy wykonawcy (poza LIMDROG) wycenili zamówienie w bardzo zbliżony sposób.

Dostrzegając wszystkie powyższe okoliczności Zamawiający uznał, że domniemanie rażąco niskiej ceny ofertowej LIMDROG zostanie obalone jedynie wtedy, gdy wykonawca ten wytłumaczy poziom każdej ceny jednostkowej zaprezentowanej w kosztorysach ofertowych, rozbijając ją na wymienione w treści wezwania elementy.

Tymczasem LIMDROG nie zastosował się do treści wezwania - złożone szczegółowe kalkulacje nie zawierają wyszczególnionych kosztów pośrednich oraz zysku. LIMDROG przedstawił zestawienia według następującego schematu:

KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA KOSZTÓW							
Jedn. miary	Ilość jednostek	Cena jedn. netto [zł]	Wartość [zł] (kol. 4 x 5)	ROBOCIZNA	MATERIAŁY	SPRZĘT	RAZEM
3.	4.	5.	6.				

Kalkulacja ta nie powinna zostać uznana przez Zamawiającego za prawidłową, nie spełnia bowiem oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w treści wezwania.

W opinii Odwołującego, obowiązkiem wykonawcy, do którego skierowane jest wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jest precyzyjne odniesienie się do oczekiwań zamawiającego. Jeżeli, zdaniem wykonawcy, wezwanie to zawiera żądania nadmierne czy nieuzasadnione, powinien on zaprotestować wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przeciwnym razie treść wezwania uznać należy za wiążącą a udzielone wyjaśnienia muszą być oceniane przez pryzmat wezwania.

Odwołujący podkreślił, że, w szczególności, koszty pośrednie stanowią wyjątkowo istotny element kosztotwórczy. Niezależnie bowiem od standardowych (tj. występujących we wszystkich inwestycjach mających za przedmiot roboty budowlane) kosztów pośrednich, w analizowanym przypadku doliczyć należy również chociażby koszty związane z finansowaniem inwestycji w ramach Polskiego Ładu, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani są do czasowego współfinansowania inwestycji.

Za wystarczające z punktu widzenia oczekiwań Zamawiającego nie sposób uznać wskazania pod tabelą cenową załączoną do wyjaśnień, iż koszty pośrednie wynoszą 55%.

Nie sposób bowiem w oparciu o tę deklarację ustalić jakiegokolwiek punktu odniesienia (np. od jakiej kwoty liczyć należy ów poziom procentowy) czy też zweryfikować czy, a jeśli tak to do których pozycji koszty te zostały wliczone. LIMDROG wprawdzie wpisał pod tabelą załączoną do wyjaśnień wartość wskaźników kosztów pośrednich równą 55 %, jednakże rozbieżności cenowe we wspomnianej tabeli nie zawiera w ogóle kosztów pośrednich i oceniający nie jest w stanie wywnioskować czy takie koszty zostały gdziekolwiek w kosztorysie uwzględnione. Za przykład może posłużyć pozycja nr 1 załącznika nr 2.2, gdzie całkowita wartość pozycji w kosztorysie ofertowym wynosi 422 640,00 zł. W kalkulacji szczegółowej wyjaśniający rozbił tę wartość na koszt robocizny w kwocie 29 584,80 zł, koszt materiałów w kwocie 245 131,20 zł, koszt sprzętu w kwocie 147 924,00 zł co daje razem właśnie kwotę 422 640,00 zł netto, co wskazuje na brak ujęcia tutaj kosztów pośrednich oraz zysku. Co więcej, żadna z pozycji kalkulacji szczegółowej załączonej do wyjaśnień nie zawiera rozbieżności cen jednostkowych na robocizną, materiały, sprzęt, a także koszty pośrednie i zysk. Ponadto przedstawiona kalkulacja nie nawiązuje do obowiązujących zasad kosztorysowania wg których koszty pośrednie liczy się od kosztów robocizny i sprzętu, natomiast zysk powinien być liczony od robocizny i sprzętu oraz kosztów pośrednich. W kalkulacji LIMDROG w niektórych pozycjach koszty pośrednie i zysk są ujemne, gdyż wartość robocizny, materiałów i sprzętu przekracza wartość ofertową.

Zamawiający w treści wezwania podkreślił, że interesują go „wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach”. Oczekiwanie to jest zrozumiałe, wszak gdyby LIMDROG oparł kalkulacje szczegółowe na katalogach nakładów rzeczowych Zamawiający otrzymałby kompleksową informację na temat chociażby roboczogodzin czy cen materiałów. Takich informacji nie dostarcza natomiast kalkulacja załączona do wyjaśnień, co stanowi dodatkowy argument przemawiający za uznaniem, iż LIMDROG nie wywiązał się z wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również na inne okoliczności:

- szereg różnic pomiędzy kalkulacją załączoną do oferty, a tą złożoną wraz z wyjaśnieniami. Sam fakt zaniżenia sumarycznych wartości w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień LIMDROG zapewne uzasadniałby próbę wykazania ujęcia w cenie ofertowej kosztów pośrednich i zysku. Jednak nie sposób ustalić chociażby faktycznego poziomu kosztów pośrednich czy też ich składowych. Niezależnie od tego w kalkulacji załączonej do wyjaśnień liczne pozycje wycenione są na kwoty wyższe od tych wskazywanych w kalkulacji złożonej wraz z ofertą. Dotyczy to następujących pozycji:

- a) w tabeli stanowiącej zał. 2.1.1) (budowa chodnika): 17, 18;
- b) w tabeli stanowiącej zał. 2.2) (przebudowa drogi): 2, 3, 4, 7, 10, 18, 19, 23, 25, 26.

Powyższe dowodzi, że LIMDROG nie jest w stanie wykonać prac w omawianych pozycjach za cenę wynikającą z kalkulacji załączonej do oferty, co znajduje potwierdzenie w uszczegółowionych kalkulacjach przedstawianych przez samego wykonawcę.

LIMDROG niezależnie od zawierającej wymienione powyżej wadliwości tabeli z rozbiem poszczególnych kosztów, przedstawia w lakonicznych wyjaśnieniach również kilka innych argumentów mających przekonać Zamawiającego, że cena ofertowa nie jest rażąco niska:

a) LIMDROG wskazuje na bliskość bazy sprzętowej – brak jednak jakiegokolwiek wykazania wpływu tej okoliczności na cenę ofertową;

b) LIMDROG powołuje się na dysponowanie kadrą i sprzętem – również w tym przypadku wykonawca ten ogranicza się do głośnych twierdzeń o wpływie tych argumentów na cenę ofertową;

c) dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych oddaloną o ok. 50 km od placu budowy – Odwołujący informuje, że wytwórnia mieszanek mineralno-bitumicznych należąca do Odwołującego znajduje się w odległości 7 km od miejsca wykonywanych robót, wobec czego trudno zgodzić się, że to LIMDROG posiada najdogodniejsze warunki do wykonywania tego zadania;

d) LIMDROG stwierdza, że za możliwością obniżenia ceny przemawia zatrudnienie pracowników w oparciu o niskie stawki – wykonawca ten pomija jednak, że jest to okoliczność wspólna dla każdego z wykonawców, którzy funkcjonują na tym samym rynku (co więcej, jeśli któryś z wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie miałby się na taki argument powoływać, to były to raczej Odwołujący, który funkcjonuje na Podkarpaciu, gdzie wynagrodzenia są niższe od tych spotykanych w Małopolsce). Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że stawki, które przyjmuje LIMDROG budzą daleko idące wątpliwości, uwzględniając aktualną sytuację na rynku pracy, w tym biorąc pod uwagę problemy z dostępnością pracowników.

Nie sposób zgodzić się, aby tego typu ogólne, wspólne dla wielu wykonawców (każdy z wykonawców mógłby się w równym stopniu podierać takimi argumentami) oraz nieoddziałujące na cenę ofertową (wpływu na cenę LIMDROG nie wykazał) argumenty mogły przemawiać za uznaniem wyjaśnień za prawidłowe.

W treści wyjaśnień LIMDROG odnosi się do treści wezwania, stwierdzając, że kwestionowane elementy składowe ceny powinny mieć charakter istotny. Odwołujący tego nie kwestionuje, jednak Zamawiający nie wskazywał w wezwaniu na konkretne pozycje kalkulacji załączonej do oferty, ale poddawał pod wątpliwość końcową cenę ofertową.

Odwołujący podkreślił, że jakkolwiek LIMDROG załączył do wyjaśnień dowody, to w żaden sposób nie powiązał ich z ceną ofertową. LIMDROG powinien wykazać wpływ posiadanego sprzętu czy wytwórni na cenę ofertową, czego jednak nie uczynił, ograniczając się do dołączenia do wyjaśnień wykazu sprzętu oraz informacji o wytwórni.

Odwołujący podkreślił, że zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez LIMDROG nie jest obiektywnie możliwe. Przedstawiona kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej wskazuje bowiem stawki za roboczegodzinę czy koszty pośrednie, które znacznie odbiegają od wielkości średnich stosowanych w aktualnych publikacjach Sekocenbud. Według biuletynu Sekocenbud I kwartał 2023 (Zeszyt 4/2023-2144) stawka roboczegodziny kosztorysowej dla robót inżynierskich wynosi od 23,70 zł/r-g do 33,00 zł/r-g – średnia wartość 26,16 zł/r-g, tymczasem wartość przyjęta przez LIMDROG to 20,00 zł/r-g (wartość poniżej minimum), wskaźnik narzutów kosztów pośrednich dla robót inżynierskich wynosi od 40% do 80% – średnia wartość 66,30%, tymczasem wartość przyjęta przez LIMDROG to 55%. Zgodnie z SWZ oraz projektem umowy, na wykonawcy spoczywa obowiązek finansowania kontraktu, co powoduje znaczny wzrost kosztów pośrednich, w których mieszczą się koszty finansowania, w związku z czym koszty pośrednie na poziomie 55% są niedoszacowane i budzą wątpliwość.

Uzasadnione wątpliwości budzi również kilka pozycji kosztorysowych, gdzie wartość sumy materiałów, sprzętu oraz robocizny, bez kosztów pośrednich i zysku przewyższa wartość złożoną w ofercie.

Wyliczenia dla niektórych pozycji są nierzetelne, dla przykładu dla poz. 5 załącznika 2.2. średnia arytmetyczna ceny złożonych ofert przez konkurencję dla pozycji 5 wynosi 265,00 zł/m, tymczasem wycena LIMDROG to 120,00 zł/m. Koszt materiałów niezbędnych na wykonanie pozycji 5 przekracza przedstawioną wycenę zaoferowaną przez LIMDROG, co ma znamiona rażąco niskiej ceny oraz podważa rzetelność wyceny ofertowej. W celu potwierdzenia tego stanowiska Odwołujący wskazał szczegółowe wyliczenia dla poz. 5 – poszerzenie jezdni: dla której minimalna wartość samych materiałów wynosi 140,20 zł/m, podczas gdy wartość materiałów dla poz. 5 wg kalkulacji LIMDROG to 69,60 zł/m (263 436,00zł / 3785 m), a wartość RMS (robocizna, materiały i sprzęt) to 120,00 zł/m. Biorąc pod uwagę stopień skomplikowania i pracochłonności wykonania robót na poszerzeniu przyjęta kwota ta nie pozwala na pokrycie minimalnych kosztów określonych powyżej. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku poz. 16 (parking w Porąbce Uszewskiej).

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia oraz załączone do nich dowody, Zamawiający powinien zatem uznać, że LIMDROG nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp, doszło do ziszczenia się sytuacji opisanej art. 224 ust. 6 Pzp, a zatem oferta LIMDROG powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie nie zmaterializowały się jakiegokolwiek podstawy do wezwania LIMDROG do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zwłaszcza w przypadku,

kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie zamawiającego. Pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r. zgłaszający przystąpienie wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca wyjaśnił, że został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przedstawienia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych odpowiadających sumie kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, obliczonej na jednostkę przedmiarową robót podstawowych przy zastosowaniu branżowych przepisów resortowych (rozporządzenie MRiT z dnia 20 grudnia 2021r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym). Ponadto, Zamawiający wymagał wyjaśnienia zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy z uwzględnieniem obowiązku stosowania ustawowej płacy minimalnej/min. stawki godzinowej, przy zastosowaniu zasad systemu ubezpieczeń społecznych mając na uwadze postawiony w SWZ (rozdz. II. pkt.2) warunek zatrudnienia pracowniczego przy realizacji robót budowlanych opisanych STWiORB.

W wyznaczonym terminie Przystępujący udzielił szczegółowych wyjaśnień, przedkładając wymagane kalkulacje cen jednostkowych obejmujące koszt bezpośredni robocizny, koszty materiałów, koszty pracy sprzętu, koszty pośrednie, zakładany zysk. Ponadto, przedstawił informacje wskazujące na przewagę konkurencyjną z uwagi na własne zasoby sprzętowe, ze szczególnym uwzględnieniem własnej wytwórni mas bitumicznych, zasobów ludzkich, bezpośrednią dostępność rzeczonych zasobów oraz miejsce ich posadowienia względem miejsca planowanych robót stanowiących przedmiot zamówienia.

Zdaniem Przystępującego, ww. okoliczności mają istotne przełożenie na poziom skalkulowanej ceny, choć niewątpliwie nie wynikają wprost z treści wezwania. Zważywszy na fakt, iż to wykonawca wezwany do wyjaśnień w komentowanym trybie winien uprawdopodobnić, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp, wbrew zarzutom odwołania, Przystępujący dopełnił ram staranności i czyniąc zadość treści wezwania przedstawił czynniki kształtujące poziom ceny również w zakresie, w jakim wprost Zamawiający tego nie wymagał. Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, że winien był dodatkowo powiązać je z konkretnymi pozycjami kosztorysowymi. Niewątpliwie własna baza sprzętowa ma wpływ na skalkulowanie oferty w części odpowiadającej pracy sprzętu, co jest z kolei wprost powiązane z brakiem konieczności wprowadzania w podstawy

wyceny stawek generujących koszty, które wykonawca musiałby ponieść w przypadku konieczności korzystania z usług podwykonawcy w tej mierze lub kosztów wynikających z zakontraktowanych należności czynszowych. Brak tych kosztów umożliwia utrzymanie pozycji konkurencyjnej na tle wykonawców, którzy korzystają ze wsparcia podwykonawców i są zobligowani wprowadzać sztywne warunki cenotwórcze uwzględniające warunki wynegocjowane z podmiotami trzecimi.

Posiadanie własnej nowoczesnej wytwórni mas bitumicznych przekłada się na oszczędności w zakresie kosztów materiałów, co jest wynikiem stosowania przez Wykonawcę niższych stawek wytworzenia wyrobów, zważywszy na wynegocjowane większe wolumeny surowców, które pozyskuje na szereg miesięcy wprzód bez względu na rodzaj i zakres zamówień, które będą ostatecznie wykonywane. Oszczędności związane z zakupem większych wolumenów surowców są mierzalne i mają wpływ na przyjęcie innych, tj. niższych stawek kosztów materiałów niż podmiot, który wytwórni nie posiada lub nie ma zakontraktowanych zakupów surowców

Ww. okoliczności stanowią wiedzę powszechną i trudno wymagać aby wykonawca miał każdorazowo wiązać ww. atuty z konkretnymi pozycjami kosztorysowymi skoro w szczegółowych kalkulacjach wyodrębnił koszty robocizny, materiałów i sprzętu (uwzględniając poziom kosztów pośrednich oraz przyjętego zysku).

Biorąc pod uwagę przedstawione wyjaśnienia oraz ich zakres, w tym przedstawione kalkulacje, nie sposób przyjąć, że wykonawca nie obalił domniemania, które Odwołujący wywodzi z samego faktu wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień. Zakres informacji przedstawionych przez Przystępującego w drodze wyjaśnień nie uzasadnia również zarzutu jakoby to wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy i lakoniczny.

Zdaniem Przystępującego, nie sposób zgodzić się z zarzutem jakoby w przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił informacji o planowanym zysku. Przeciwnie, informacja taka widnieje pod tabelami kosztorysowymi przedstawionymi wraz z wyjaśnieniami odrębnie dla każdego z zadań (etapów).

Wbrew też zarzutom kreślonym w odwołaniu, Przystępujący uczynił zadość treści wezwania i ujął w kosztorysach koszty pośrednie. Stosownie do treści wezwania, wykonawca był zobowiązany do złożenia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych — przedstawionej jako sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku obliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych i w jego ocenie przedstawione w ramach wyjaśnień tabele kosztorysowe czynią zadość treści wezwania.

Przystępujący przyznał, że Zamawiający oczekiwał ujęcia w kalkulacjach wartości w poszczególnych jednostkowych nakładach rzeczowych i wykonawca tak uczynił, określając odrębnie robociznę, materiały oraz sprzęt.

W przedmiarach robót Zamawiający nie wskazywał norm w postaci KNR stąd nie sposób oczekiwać, aby — również mając oparcie w treści wezwania — nawiązywać do rzeczonych norm.

Wartość narzutów a także wartość wyrażona procentowo kosztów pośrednich oraz zysku zostały ujęte, wobec powyższego trudno oczekiwać, iż Uczestnik miałby stosować elementy, które wywodzą się tutaj tylko i wyłącznie z subiektywnej wizji Odwołującego.

Co do różnic w zakresie niektórych pozycji kalkulacji dołączonej do oferty a tą złożoną wraz z wyjaśnieniami, Przystępujący zauważył, że różnice stanowią oczywistą omyłkę Przystępującego, stąd należy przyjąć jako miarodajne w tym zakresie wartości wynikające z kosztorysu ofertowego, gdyż oczywistym jest, że treść wyjaśnień nie stanowi treści oferty, dlatego nie sposób traktować ww. omyłek jako woli nadania treści oferty nowego brzmienia.

Ponadto wg. obliczeń Przystępującego, cena jego oferty wobec średniej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu generuje różnicę rzędu niespełna 21%. Zaś pomiar różnicy średniej arytmetycznej wszystkich pozostałych ofert z wyłączeniem oferty Przystępującego względem ceny jego oferty generuje proporcję rzędu 24%. Przystępujący wskazał, że rozpiętość cen ofert wszystkich wykonawców sięga sumy 2.405.747,37 zł, zaś różnica najwyższej ceny względem kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyraża się w sumie 1.038,697,08 zł, różnica natomiast między drugą a ostatnią ofertą z rankingu ofert to 1.028.712,26 zł. Dlatego też nie sposób przyjąć, iż ww. kryteria ekonomiczne mają uzasadniać *per se* zarzuty odwołania.

W świetle ww. argumentów, zdaniem Przystępującego, odwołanie zasługuje na oddalenie.

Zamawiający nie składał odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Zamawiający nie przedstawił swojego stanowiska w sprawie – nie stawił się na posiedzenie i rozprawę.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie zamawiającego, zgodnie z wymaganiami art. 525 ust. 1- 3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert. Oferta złożona przez wykonawcę LIMDROG została sklasyfikowana na pierwszej pozycji w rankingu ofert z ceną 5 555 555,55 zł.

Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 7 311 290, 00 zł oraz przeznaczył kwotę 9 000 000,00 zł na sfinansowanie zamówienia.

Wynagrodzenie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, ale Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych (rozdział 8 pkt 10 Specyfikacji Warunków Zamówienia (załącznik nr 2.1.1)). W ramach wymaganych kosztorysów wykonawcy mieli wycenić łącznie kilkadziesiąt pozycji według określonego przez Zamawiającego schematu ze wskazaniem ilości jednostek, ceny jednostkowej i wartości netto i brutto poszczególnych pozycji.

Pismem z dnia 22 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę LIMDROG na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty z uwagi na okoliczność, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego oraz o 20,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający uznał ponadto, że cena zaoferowana przez wykonawcę LIMDROG wydaje się być rażąco niska oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wezwanie ma charakter szczegółowy. Zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, wskazując konkretne kwestie, które wykonawca powinien przedstawić w wyjaśnieniach. Zamawiający oczekiwał przedstawienia *„kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych (jako sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, obliczonej na jednostkę przedmiarową robót podstawowych) w oparciu o Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i*

podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021 poz. 2458) określając wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach. Przy ustalaniu stawek i narzutów czynników produkcji należy przyjąć wielkości określone według danych rynkowych, lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji np. biuletyny cen robót drogowych i mostowych Sekocenbud. wg poziomu cen w IV - kwartale 2022 r.”

Ponadto, wykonawca został zobowiązany przez Zamawiającego do wyjaśnienia w szczególności:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2022r. poz. 1952) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w kontekście wymagania określonego w Rozdziale II pkt.2 SWZ dotyczącego zatrudnienia osób na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia.

W ramach wyjaśnień wykonawca został zobowiązany do przedstawienia szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji wycenionych w ofercie.

Powyższe wezwanie nie było kwestionowane przez ww. wykonawcę LIMDROG na drodze środków ochrony prawnej.

Pismem z dnia 29 marca 2023 r. wykonawca LIMDROG złożył wyjaśnienia. W wyjaśnieniach wykonawca przedstawił ogólne zapewnienia, że zaoferowana cena jest ceną rynkową. Wskazał m.in. na bliskość bazy sprzętowej, dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą i sprzętem, dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych oddaloną o ok. 50 km od placu budowy oraz na fakt zatrudniania pracowników w oparciu o niskie stawki. Oświadczenia powyższe mają charakter bardzo ogólny, wskazują w sposób generalny na „niższe koszty” ponoszone przez wykonawcę w stosunku do innych wykonawców. Wykonawca LIMDROG załączył do wyjaśnień dowody w postaci wykazu sprzętu i informacji o dysponowaniu wytwórnią mas bitumicznych. Przedstawił także kalkulację kosztów, która w części pozycji zawiera ceny jednostkowe wyższe od cen wskazanych w tych pozycjach w kalkulacji załączonej do oferty, wymaganej przez Zamawiającego.

W przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji wykonawca LIMDROG nie zawarł wyszczególnionych kosztów pośrednich oraz zysku. W świetle treści wezwania nie sposób uznać, że wskazanie pod tabelą cenową – wartości procentowej kosztów pośrednich i zysku bez wskazania punktu odniesienia oraz pozycji, w których koszty te zostały wliczone, czyni zadość wezwaniu Zamawiającego.

Dodatkowo, podkreślenia wymaga fakt, że przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja jest niespójna z kalkulacją złożoną w ofercie – w kalkulacji załączonej do wyjaśnień część pozycji wycenionych zostało na kwoty wyższe od kwot wskazanych w kosztorysie złożonym w ofercie (zał. 2.1.1 budowa chodnika: poz.17, poz. 18; zał. 2.2 przebudowa drogi: poz. 2, poz. 3, poz. 4, poz.7, poz. 10, poz. 18, poz. 19, poz. 23, poz. 25, poz. 26).

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego w postępowaniu następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LIMDROG jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia
2. art. 239 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez LIMDROG w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
2. art. 16 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Nie budzi wątpliwości fakt, że w niniejszej sprawie zostały wypełnione przesłanki do wezwania wykonawcy LIMDROG do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp.

Podkreślić należy, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, które wezwany do wyjaśnień wykonawca musi obalić za pomocą złożonych wyjaśnień i dowodów. Ciężar dowodu – ciężar wykazania – że cena oferty nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp spoczywa całkowicie na wykonawcy, który może przedkładać wszelkie możliwe dowody, aby wykazać, że cena złożonej przez niego oferty jest rzetelnie skalkulowana i gwarantuje prawidłową realizację zamówienia.

Dlatego też wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć ogólnego i lakonicznego charakteru. Muszą być szczegółowe, konkretne i wiarygodne, tak, aby usunęły wątpliwości i

przekonały Zamawiającego, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, lecz jest rzeczywiście rynkowa, wynika ze szczególnych możliwości dostępnych danemu wykonawcy i zapewnia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ.

Podkreślenia wymaga fakt, że aby wyjaśnienia były konkretne i wiarygodne muszą być również poparte dowodami, na potwierdzenie istotnych okoliczności mających wymierny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wykonawca LIMDROG wskazał w wyjaśnieniach kilka czynników, które, w ocenie wykonawcy, zapewniły mu możliwość obniżenia ceny oferty w stosunku do średnich cen na rynku, jednak nie wykazał w jakikolwiek sposób i w jakimkolwiek stopniu okoliczności - w jaki sposób czynniki te rzutują na poziom zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wykonawca nie przedstawił żadnych kalkulacji ponoszonych przez niego kosztów w zakresie czynników, co do których powoływał się w wyjaśnieniach oraz nie wykazał konkretnych oszczędności, które pozwalałyby na obniżenie ceny oferty do określonego poziomu, gwarantując wykonawcy jakikolwiek zysk.

Wykonawca LIMDROG wskazał w wyjaśnieniach m.in. na bliskość bazy sprzętowej, dysponowanie kadrami i sprzętem, dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych oddaloną o ok. 50 km od placu budowy oraz zatrudnienie pracowników w oparciu o niskie stawki, nie wykazując jednocześnie jaki konkretny i mierzalny wpływ mają one na poziom ceny oferty. Załączone do wyjaśnień dowody w postaci: wykazu sprzętu i informacji o dysponowaniu wytwórnią dowodzą jedynie faktu dysponowania przez wykonawcę tymi urządzeniami, ale nie dowodzą, w jakim stopniu są to czynniki obniżające koszty (o ile) realizacji tego zamówienia. Żadnych wyliczeń w powyższym zakresie wykonawca LIMDROG nie przedstawił. Aby uwiarygodnić swoje oświadczenia w powyższym zakresie, wykonawca powinien przedstawić stosowne dowody, które w niniejszej sprawie nie zostały złożone. Wykaz sprzętu i informacja o posiadaniu wytwórni mas bitumicznych same w sobie nie stanowią dowodu uzasadniającego wysokość zaoferowanej ceny.

Ponadto, wykonawca LIMDROG nie złożył pełnych wyjaśnień w stosunku do treści wezwania. W przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji wykonawca LIMDROG nie zawarł wyszczególnionych kosztów pośrednich oraz zysku, które były wymagane zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego. Nie sposób uznać, że wystarczające z punktu widzenia treści wezwania, było jedynie wskazanie pod tabelą cenową – wartości procentowej kosztów pośrednich, gdyż, jak słusznie zauważył Odwołujący, wykonawca nie wskazał punktu odniesienia ani pozycji kosztorysowych, w których koszty te zostały wliczone, np. czy w koszcie robocizny, czy też w koszcie materiałów. Jak zauważył Odwołujący, obowiązujące zasady kosztorysowania wskazują, że koszty pośrednie liczy się od kosztów robocizny i

sprzętu, natomiast zysk powinien być liczony od robocizny i sprzętu oraz kosztów pośrednich.

Wykonawca LIMDROG nie przedstawił w wyjaśnieniach również szczegółowych kosztów zatrudnienia osób przy realizacji zamówienia.

Dodatkową okolicznością, która dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia jest niespójność kalkulacji załączonej do wyjaśnień z kalkulacją złożoną w ofercie – w kalkulacji załączonej do wyjaśnień część pozycji została wyceniona na kwoty wyższe od kwot wskazanych w kosztorysie złożonym w ofercie (zał. 2.1.1 budowa chodnika: poz.17, poz. 18; zał. 2.2 przebudowa drogi: poz. 2, poz. 3, poz. 4, poz.7, poz. 10, poz. 18, poz. 19, poz. 23, poz. 25, poz. 26 (wartość sumy materiałów, sprzętu oraz robocizny, bez kosztów pośrednich i zysku przewyższa wartość złożoną w ofercie).

Powyższe dowodzi jednoznacznie, że wykonawca LIMDROG nie jest w stanie wykonać prac w omawianych pozycjach za cenę wskazaną w kosztorysie załączonym do oferty. Nie ma podstaw, aby rozbieżności powyższe usprawiedliwiać omyłką wykonawcy, jak oświadczył Przystępujący w swoim piśmie procesowym. Przedstawienie kalkulacji ceny oferty bez odniesienia do kalkulacji złożonej w ofercie dowodzi całkowitego braku rzetelności i staranności, która jest wymagana od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca LIMDROG, w ocenie Izby, przedstawił wyjaśnienia, które nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, złożone wyjaśnienia wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena nie została skalkulowana w sposób rzetelny, rynkowy, uwzględniający wszystkie konieczne do poniesienia przez wykonawcę koszty prawidłowej realizacji zamówienia, zważywszy w szczególności, że wykonawca, podając w wyjaśnieniach wyższe koszty części pozycji kosztorysowych w porównaniu do kalkulacji złożonej w ofercie, potwierdził, że oferta została wyceniona poniżej rzeczywistych możliwości wykonawcy LIMDROG.

Izba stwierdziła, że wykonawca LIMDROG nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień i dowodów, które obaliłyby domniemanie rażąco niskiej ceny złożonej przez niego oferty. W tych okolicznościach nie budzi wątpliwości fakt, że oferta wykonawcy LIMDROG podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę, w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, wobec potwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 i art. 554 ust.1 pkt 1 oraz ust.3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: