

Sygn. akt: KIO 2449/19

WYROK
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2019 przez **Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A., ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego, ul. Pucka 11, 84-200 Wejherowo**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., z siedzibą ul. Długa 4B, 84-223 Linia** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego, ul. Pucka 11, 84-200 Wejherowo** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A., ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 1463G ul. Obwodowej w Redzie na odcinku od Kanału Łyskiego do ul. Łąkowej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 października pod poz. 616112-N-2019.

W dniu 3 grudnia 2019r. Odwołujący - Firma Budowlano- Drogowa MTM S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Kruszywo sp. z o.o. oraz Bituminium sp. z o.o. polegającej odrzuceniu oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, czego skutecznie wykonawca nie zakwestionował w swoich ogólnikowych wyjaśnieniach;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., pomimo że treść wyjaśnień niskiej ceny oferty jest tak ogólnikowa i nie dotyczy ceny obliczonej zgodnie z SIWZ, że odpowiada treściowo sytuacji w której wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikami istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), gdyż do wyceny nie zostały przyjęte wszystkie pozycje z przedmiaru robót przedstawionego przez zamawiającego.
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., która zawiera wskazane w uzasadnieniu odwołania błędy w obliczeniu ceny wynikające z tego, iż kalkulacja ceny ofertowej nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia określonego przedmiarem robót;
5. art. 7 ust 1 i ust 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt oraz pkt 4 i pkt 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz która zawiera rażąco niską cenę, a także która zawiera błędy w obliczaniu ceny - w zakresie wskazanym w uzasadnieniu

odwołania, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność odrzucenia oferty złożonej przez ww. konsorcjum firm.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i w jej wyniku odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, złożone przez konsorcjum Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają charakter ogólnikowy i ograniczający się wyłącznie do powierzchownego opisywania okoliczności, które zdaniem wykonawców mają dla nich sprzyjający charakter, bez podparcia tych twierdzeń jakimikolwiek dowodami. W szczególności nie wskazując nawet, którego z wykonawców występujących wspólnie dotyczą podane okoliczności, powołano się ogólnikowo na „wdrożenie wysokich standardów zarządzania”, „długoletnie doświadczenie w realizacji robót drogowych”, „zatrudnienie pracowników na umowę o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo w wysokości minimalnej stawki godzinowej”, „zatrudnianie przez wykonawcę własnej kadry technicznej” oraz „korzystanie z usług sprawdzonych wykonawców”. Wykonawcy nie wykazali żadnego przełożenia tych ogólnikowych okoliczności na konkretne wartości oszczędności, które miałyby z tego wynikać. Wprawdzie wykonawcy powołali się także na posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych i kopalni kruszywa i piasku, ale było to gołosłowne i nie znalazło żadnego istotnego przełożenia na konkretne wartości oszczędności, pomimo złożenia recept-kalkulacji jednostkowych na produkcję mieszanki mineralno-asfaltowej. Ponadto złożone przez wykonawców kalkulacje jednostkowe na produkcję mieszanki mineralno-asfaltowej, w żadnym razie nie potwierdzają, a wręcz przeczą temu, że czynnikiem wpływającym na niską cenę ofertową są oszczędności wynikające z posiadania własnej kopalni kruszyw i piasku, gdyż wynika z nich, iż wykonawcy wykorzystują piasek i kruszywo z własnej kopalni (ZG Linia) tylko w stosunkowo niewielkich ilościach i w odniesieniu do kruszyw powszechnych i najtańszych ze wszystkich składników recepty, pozostałe kruszywa pochodzą z Norwegii i zakupione są od DC N..

Jako kolejną przesłankę wpływającą na wysokość zaoferowanej ceny wykonawcy wskazali nieuwzględnienie w cenie ofertowej kosztów działań naprawczych z tytułu wyrządzenia szkody w środowisku naturalnym z uwagi na to, że „teren wykonywania prac budowlanych nie stanowi przestrzeni objętej szczególną ochroną środowiska”. Wyjaśnień tych, zdaniem Odwołującego także nie można uznać za czynniki indywidualnie wpływające na oferowaną cenę, gdyż są one

jednakowe dla wszystkich wykonawców.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w tym postępowaniu nie przeprowadził weryfikacji złożonych wyjaśnień. Poza jedną okolicznością dotyczącą posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych i kopalni kruszywa oraz piasku, stanowią one zbiór ogólnych i nieskonkretyzowanych twierdzeń i nie wynika z nich nic, co pozwalałoby na przesądzenie o możliwości realizacji zamówienia przez wybranych wykonawców za wskazaną w ofercie cenę. Zamawiający, opierając się na art. 90 ust.3 ustawy Pzp powinien był stwierdzić, że wykonawcy nie wykazali że oferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej ceny, które to domniemanie powstało w momencie skierowania zapytania w tej sprawie do wykonawców. Wyjaśnienia wykonawców stanowią w dużej mierze wyłącznie niczym nie potwierdzone deklaracje o znikomym stopniu szczegółowości i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Nie jest dopuszczalne skierowanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący powołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu I robót drogowych, załączonym do oferty wybranych wykonawców nie dokonano wyceny opłaty za wysypisko - gruz z remontów dróg ujętej w pozycji nr 16, wobec czego złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, zgodnie z którym jak wyżej wskazano, do wyceny należało przyjąć wszystkie pozycje z przedmiaru. Rubryka w kosztorysie ofertowym, która zawierać powinna cenę jednostkową (za 1 tonę) za złożenie gruzu 2: remontów dróg na wysypisku, pozostała niewypełniona, a w rubryce przeznaczonej na wycenę wysokości opłaty za złożenie na wysypisku gruzu z remontów dróg wskazane zostało „0”. Oczywiście jest jednak, że „0” wskazane w pozycji przewidzianej na wycenę łącznego kosztu złożenia na wysypisku 1467,170 ton gruzu nie stanowi wyceny tej pozycji, gdyż wyceny dokonuje się poprzez pomnożenie wskazanej w kosztorysie ilości jednostek miary z ceną jednostkową wskazaną przez wykonawcę.

W przedmiotowym postępowaniu wybrani wykonawcy nie wskazali ceny jednostkowej w pozycji 16 kosztorysu ofertowego, toteż nie można także uznać, iż dokonali wyceny łącznej wartości tej pozycji. Zaistniały brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego nie ma charakteru omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp czyli takiej, która podlegałaby poprawieniu przez zamawiającego. Wbrew twierdzeniom konsorcjum, nie można przyjąć, że dokonano wyceny opłaty za wysypisko - gruz z remontów dróg. Ponadto Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia wykonawców, iż nie ponoszą oni żadnych kosztów wynikających z przewiezienia gruzu na wysypisko, ponieważ gruz z budowy przewieziony zostanie do własnego przedsiębiorstwa zajmującego się utylizacją odpadów, także nie nadaje się do obrony, gdyż nawet takie składowanie czy utylizacja pociągać musi za sobą określone choćby najmniejsze koszty. Co jednak najistotniejsze z załączonej do wyjaśnień wykonawców decyzji nr OS-355/2013 wyraźnie wynika, iż obejmuje ona wyłącznie „zezwolenie na prowadzenie działalności na zbieranie odpadów” a nie uprawnia ona do tego o czym napisano

w wyjaśnieniach wykonawców z dnia 22 listopada 2019 r. tj. do „przetworzenia” gruzu celem dalszego jego wykorzystania, w oparciu o co wykonawcy twierdzili, że nie będą zobligowani do ponoszenia kosztów opłaty za wysypisko czy jak sami napisali do „przewiezienia gruzu do zakładu utylizacyjnego”. Okoliczność, że decyzja nr OS-355/2013 nie obejmuje uprawnień do gospodarowania wskazanymi odpadami wynika wprost z samej jej treści, gdzie w pkt 3 wskazano, że „odpady będą przekazywane podmiotom posiadającym aktualne zezwolenie na gospodarowanie tymi odpadami”. W związku z tym wyjaśnienia wykonawców, że nie poniosą oni żadnych kosztów z tytułu przetworzenia (utylizacji) gruzu są nieprawdziwe. Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że opisane wyżej pominięcie w kalkulacji ceny oferty tj. w kosztorysie ofertowym, wyceny kosztu opłaty za wysypisko-gruz z remontów dróg (pozycja 16) świadczące o tym, że kalkulacja ta nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, co w świetle orzecznictwa KIO (wyrok z dnia 11 maja 2011 r. KIO/UZP/910/11) zakwalifikować należy jako błąd w obliczaniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny charakteryzuje się tym, że nie można go w żaden sposób poprawić. Tym samym zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty w której kalkulacja ceny zawiera błędy w obliczeniu ceny ofertowej, gdyż nie obejmowała całego zakresu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający oraz konsorcjum: Kruszywo Sp. z o.o. oraz Bituminium Sp. z o.o. (*dalej Przystępujący lub konsorcjum*), które zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego wniosli o oddalenie odwołania. W swoim stanowisku podkreślali, że oferta konsorcjum jest niższa od oferty Odwołującego o 9,9%, a od drugiego wykonawcy o 7,6%. Sama ta okoliczność świadczy o tym, że cena może być co najwyżej niska, ale nie rażąco niska. Konsorcjum wskazało w piśmie z dnia 18 listopada 2019r. w sposób szczegółowy, że zarzut rażąco niskiej ceny nie jest uzasadniony. Konsorcjum nie dokonało pominięcia żadnej części składowej. Istotnym czynnikiem cenotwórczym jest posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych. Pozyskanie surowca od podmiotu trzeciego wiąże się z dodatkowymi kosztami, które podmiot ten musi pozyskać w wyniku prowadzonej przez siebie działalności, a które pokryć musiałby wykonawca. Konsorcjum wytwarza surowiec i ponosi koszt dużo niższy niż cena rynkowa, gdyż sam pracuje nad jego pozyskaniem. Konsorcjum jest w posiadaniu własnej wytwórni mas bitumicznych wraz z laboratorium oraz własnej kopalni kruszyw, posiada własny węzeł betoniarski, który służy do wyrobu wszelkiego rodzajów podsypek piaskowo- cementowych, betonów suchych oraz stabilizacji wykorzystywanych do robót związanych z układaniem galanterii betonowej tj. pod kostki, krawężniki, obrzeża. Do produkcji betonów konsorcjum wykorzystuje własne produkty w postaci piasków oraz kruszywa z własnej kopalni, co świadczy o znaczącym obniżeniu kosztów wytworzenia danego towaru. Przystępujący załączył receptury wykonania poszczególnych betonów oraz stabilizacji oraz zestawienie sprzętowo – transportowe. Zaznaczył, że posiada na wyposażeniu sprzętowo frezarkę, rozkładarki mas

bitumicznych, których nie musi wynajmować za dodatkową opłatą. Na potwierdzenie załączył do pisma tabelę przedstawiającą wykonane zamówienia wraz z dokumentacją dotyczącą tych postępowań oraz referencje.

W zakresie zarzutu dotyczącego pominięcia wyceny kosztu opłat za wysypisko - gruz z remontów dróg, konsorcjum wskazało, że oferta obejmuje całość przedmiotu zamówienia łącznie z wywiezieniem gruzu w ilości 1467,17 t na wysypisko. Cena za przedmiot zamówienia to cena całościowa. Przystępujący wskazał, że w kalkulacji przyjął przewiezienie gruzu z remontu dróg do własnego zakładu przemysłowego, który to materiał zostanie przetworzony do realizacji innych inwestycji. Przystępujący posiada decyzję OS -355/2013 z dnia 19 grudnia 2013r. na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, w tym odpadów z materiałów i elementów budowlanych oraz infrastruktury drogowej. Przystępujący nie wskazał, że materiał ten zostanie przetworzony już obecnie. Przystępujący nie będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów związanych z opłatą za składowanie na wysypisku - opłaty za składowanie, a zatem dokonał wpisania pozycji 0. Zdaniem Przystępującego przepisy ustawy Pzp nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 zadania. Zadanie 1 - przebudowa nawierzchni drogi powiatowej nr 1463G ul. Obwodowej w Redzie oraz kanalizacji deszczowej, sieci oświetleniowej i teletechnicznej na odcinku od Kanału Łyskiego do ul. Łąkowej wraz z zabezpieczeniem sieci elektroenergetycznej, zadanie 2 - budowa sieci wodociągowej w ul. Obwodowej w Redzie na odc. od ul. Olimpijskiej do ul. Łąkowej. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. W kryterium oceny ofert - cena 60% Zamawiający oceniał cenę łączną za zadanie 1 i 2. Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę w wysokości - 4.229.083,64zł, w tym zadanie nr 1 - 3.242.125,00 zł brutto, zadanie nr 2 - 986.958,64 zł. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty z następującymi cenami:

1. oferta Odwołującego – zadanie nr 1 – 2.014.122,36, zadanie nr 2 - 469.287,74, razem - 2.843.410,10 zł,
2. oferta Przystępującego - zadanie nr 1 - 1.990.340,55zł, zadanie nr 2 - 268.791,90 zł, razem - 2.259.132,45 zł,
3. oferta Produkcji i Eksploatacji Kruszywa FORMELLA - zadanie nr 1 - 2.032.083,42, zadanie nr 2 - 398.159,52 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.11.2019r., wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie ceny lub jej istotnych elementów składowych, konsorcjum wskazało, że zaoferowana cena została skalkulowana w sposób rzetelny. Jako okoliczności, mające wpływ na konkurencyjność oferty wykonawca podał: wysokie standardy zarządzania jakością oraz niwelowania kosztów operacyjnych, długoletnie doświadczenie w realizacji robót drogowych i około drogowych, zatrudnienie własnej kadry technicznej, zatrudnienie na umowę o pracę - tych samych pracowników realizujących udzielone zamówienia publiczne, dzięki czemu wykonawca nie musi poszukiwać pracowników, wydając na rekrutację dodatkowe środki, pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne z uwzględnieniem pełnych obciążeń finansowych pracodawcy. Wykonawca wskazał, że korzysta z usług sprawdzonych podwykonawców, z którymi wiąże go długoletnie relacje handlowe, dysponuje własnym sprzętem oraz maszynami, a jego zasoby dodatkowo będą uzupełniane przez zasoby dalszych podwykonawców. Z uwagi na skalę działalności i renomę ma możliwość wynegocjowania korzystnych warunków umów z podwykonawcami, dostawcami i współpracownikami, w tym wysokich rabatów na świadczone usługi i dostarczane towary. Wykonawca posiada własną wytwórnię mas bitumicznych wraz z laboratorium w Gdańsku, która bazuje na wysokiej jakości maszynach. Wytwórnia nie jest znacznie oddalona od miejsca realizacji inwestycji, co zmniejsza koszty wykonania zadania po stronie wykonawcy. Wykonawca jest właścicielem kopalni kruszyw oraz piasku (pospółki) w Linii. Na własnych materiałach zaoszczędza znaczną część środków finansowych, stając się konkurencyjnym wobec innych oferentów. Wskazał, że cena jest zbliżona do cen innych oferentów. Jako dowód wykonawca załączył do wyjaśnień recepty – koszty produkcji mieszanek mineralno- asfaltowych.

Z kolei, w piśmie z dnia 22.11.2019r., odpowiadając na wezwanie do wyjaśnień w zakresie poz. 16 kosztorysu ofertowego „opłata za wysypisko - gruz z remontów dróg”, wykonawca podał, że cena oferty obejmuje całość przedmiotu zamówienia, łącznie z wywiezieniem gruzu w ilości 1467,17t na wysypisko. Wskazał, że na mocy decyzji OS-355/2013 z dnia 19 grudnia 2013r. wydano spółce zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów. W związku z tym wykonawca zakładał i skalkulował w ofercie przewiezienie gruzu z remontu dróg do własnego zakładu przemysłowego znajdującego się w Linii, który to materiał zostanie następnie przetworzony oraz wykorzystany przy realizacji innych inwestycji zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie środowiska. Tym samym wykonawca nie będzie zobowiązany do przewiezienia gruzu z remontu dróg do zakładu utylizacyjnego prowadzonego przez podmiot trzeci, a w konsekwencji nie będzie zmuszony do poniesienia kosztu. Wykonawca załączył do pisma decyzję z dnia 19 grudnia 2013. OS-355/2013.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż twierdzenia Odwołującego podniesione w toku rozprawy odnoszące się do ceny oferty konsorcjum w zadaniu nr 2 wykraczają poza granice zarzutów odwołania. Argumentacja ta mieści się w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu tj. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na rażąco niską cenę oraz ogólnikowości udzielonych wyjaśnień.

Z wyżej przedstawionego porównania cen ofert z wartością przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, wynika, że wartość ustalona przez Zamawiającego w sposób znaczący odbiegała od cen wszystkich trzech ofert. Oznacza to, że nie może ona stanowić miarodajnego wyznacznika do oceny rzetelności kalkulacji cen ofert. Porównując jednak ceny ofert z wartością szacunkową zamówienia Zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby wszcząć procedurę wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że w przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny a przypadku gdy w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zamierza korzystać z usług podwykonawców, powinien wykazując rzetelność kalkulacji przedstawić wraz

z wyjaśnieniami oferty podwykonawców, uzyskane rabaty czy inne dowody potwierdzające korzystne warunki współpracy wpływające na niską cenę lub koszt.

Mając na uwadze powyższe, Izba oceniła złożone przez konsorcjum wyjaśnienia i uznała, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny i nie podają wpływu poszczególnych czynników na obniżenie ceny. Wysokie standardy jakościowe czy długoletnie doświadczenie w realizacji robót drogowych nie są czynnikami, które mogą w sposób istotny wpłynąć na cenę oferty. Wykonawca nie podał jaki wpływ na obniżenie ceny oferty ma zatrudnienie osób na umowę o pracę. W złożonych wyjaśnieniach odwołał się do korzystanych warunków umów z podwykonawcami, którym - zgodnie z treścią oferty - zamierza powierzyć wykonanie części zadania w zakresie robót branży sanitarnej oraz elektroenergetycznej. Jednak odwołanie się do możliwości uzyskania korzystnych rabatów z podwykonawcami pozostało gołosłowne, wykonawca nie przedstawił ani wraz ze złożonymi wyjaśnieniami ani w toku rozprawy żadnej oferty czy umowy, która potwierdzałaby te okoliczności.

Okoliczność posiadania własnej wytwórni mas bitumicznych wraz z laboratorium oraz własnej kopalni kruszywa oraz piasku, nie jest - jak wykazała rozprawa - okolicznością dostępną wyłącznie temu wykonawcy. Ponadto wykonawca nie wykazał jaki konkretnie wpływ na obniżenie ceny może mieć powyższa okoliczność. Załączone przez wykonawcę recepty - kalkulacje na produkcję mieszanki mineralno- asfaltowej pokazują jedynie, że wykonawca wykorzystuje piasek i kruszywo z własnej kopalni (ZG Linia) w niewielkich ilościach w porównaniu do innych kruszyw, które muszą zostać zakupione w Lafarge czy DC N. . W złożonych wyjaśnieniach brak konkretnych kalkulacji ceny oferty oraz dowodów w postaci ofert dostawców i podwykonawców, które pozwoliłyby uznać rzetelność dokonanej kalkulacji. Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień. Zdaniem Izby, złożone przez konsorcjum wyjaśnienia są gołosłowne (nie poparte żadnymi dowodami), ogólnikowe i z tych względów nie potwierdzają rzetelności dokonanej kalkulacji ceny oferty.

Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego odnośnie braku wyceny poz. 16 kosztorysu ofertowego konsorcjum „Opłata za wysypisko - gruz z remontów dróg” w ilości 1467,17 ton, gdzie wykonawca podał w rubryce - cena jednostkowa za tonę - brak wyceny, wysokość opłaty - 0 zł. Zgodzić należy się z Odwołującym, że nawet jeśli wykonawca- zgodnie z posiadany zezwoleniem - zamierza zbierać odpady na własnym składowisku to czynność taka również generuje koszty związane choćby z przewiezieniem czy utrzymaniem składowiska itp..

Kosztów tych jednak wykonawca nie ujął w złożonym kosztorysie. Nie ulega wątpliwości, że złożona wraz z wyjaśnieniami decyzja z dnia 19 grudnia 2013r. nr OS-355/2013 wydana na rzecz spółki Kruszywo Sp. z o.o. zezwala na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów i nie dotyczy ona przetwarzania odebranych odpadów. Z tych względów wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w piśmie z dnia 22.11.2019r. iż w swojej ofercie „skalkulował przewiezienie gruzu z remontu dróg do własnego zakładu przemysłowego znajdującego się w Linii, który to materiał zostanie następnie przetworzony oraz wykorzystany do realizacji innych inwestycji zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie środowiska” nie znajdują żadnego uzasadnienia w przedstawionym kosztorysie oraz posiadanym zezwoleniu. Po pierwsze - wykonawca, wbrew temu co wskazał w wyjaśnieniach - nie ujął w cenie oferty nawet kosztów związanych z przewiezieniem gruzu na własne składowisko, po drugie - posiadana przez wykonawcę decyzja nie uprawnia wykonawcy do przetwarzania odebranego gruzu a jedynie jego składowania. Z uwagi na to, że posiadana decyzja ogranicza się jedynie do zbierania odpadów, nieuzasadniona jest argumentacja Przystępującego przedstawiona w toku rozprawy, iż planuje on odzyskany materiał przetworzyć i wykorzystać przy realizacji innych inwestycji, co w efekcie miałoby przynieść wykonawcy zysk. Przystępujący nie mógł do kalkulacji ceny oferty przyjąć - jak twierdził w toku rozprawy - że w związku z trwającą procedurą administracyjną zostanie mu wkrótce wydana decyzja również na przetwarzanie odpadów.

Podsumowując, zdaniem Izby, w cenie oferty konsorcjum winny zostać ujęte choćby koszty przewiezienia gruzu oraz jego przetworzenia (utylicacji). Brak ujęcia tych kosztów powoduje, że oferta nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia a okoliczność ta ma niewątpliwie wpływ na całkowitą cenę oferty. Z tych względów potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na ogólnikowość udzielonych wyjaśnień oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty, która nie zawiera pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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. 2018 poz. 972).

Przewodniczący