

WYROK
z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy: **Skanska S.A, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszaw** , i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszaw** na rzecz zamawiającego: **Gmina Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa układu ulicznego w centrum Olsztyna ul. S. Pieniężnego wraz z mostem Św. J.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2016 r. pod numerem 2016/S 207-374204.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny oferty Odwołującego, polegających na:

- 1) dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz błędnym uznaniu przez Zamawiającego, iż oferta Odwołujący zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu („SIWZ”);
- 3) błędnym uznaniu, że złożenie przez Odwołującego oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji błędnym uznaniu, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, wynikające z błędnego uznania przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu badania i oceny oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przypisanych, na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: 1) Odwołujący – cena oferty: 12.986.798,60 zł netto, 15.973.762,28 zł brutto; 2) Skanska S.A. – cena oferty: 13.573.914,13 zł netto, 16.695.914,38 zł brutto; 3) Strabag Sp. z o.o. – cena oferty: 15.171.202,22 zł netto, 18.660.578,73 zł brutto.

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 10 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - uznając, że wyjaśnienia Odwołującego, dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - uznając, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie przyjętych do wyceny ilości betonu asfaltowego oraz podsypki cementowo- piaskowej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - uznając, że złożenie oferty przez Odwołującego może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podał następujące uzasadnienie dla zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

W toku postępowania - z uwagi na różnicę pomiędzy szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego a ceną oferty Odwołującego - Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny (pismo Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2017 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny).

W piśmie z dnia 13 stycznia 2017 r. („Wyjaśnienia nr 1”), stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w sposób kompleksowy wyjaśnił, jakie elementy i czynniki dostępne Odwołującemu miały znaczenie dla ustalenia ceny oferty. W szczególności, Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje, dotyczące poszczególnych zakresów kosztorysu, wskazujące wartości robocizny (R), materiałów (M), sprzętu (S) oraz narzutów jakie zostały zastosowane w celu obliczenia ceny oferty, jak również przedstawił stosowne dowody dotyczące kalkulacji ceny w postaci ofert renomowanych podwykonawców wraz z kosztorysami dla poszczególnych zakresów robót.

Powyższe wyjaśnienia, zdaniem Odwołującego, miały zatem charakter wyczerpujący i poparte zostały dowodami, które potwierdzały jednoznacznie poprawność kalkulacji oraz rynkowy charakter ceny ofertowej Odwołującego, a tym samym wyjaśnienia stanowiły wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

Niezależnie od złożonych wyjaśnień, jak podał Odwołujący, Zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz przekazania kalkulacji szczegółowej dla wskazanych w wezwaniu pozycji kosztorysów oraz wskazania procentowego poziomu narzutów, jak również do wskazania cen jednostkowych w rozbiciu na robociznę (R), materiały (M) i sprzęt (S) wraz z ilościami i cenami jednostkowymi dla konkretnie wskazanych w wezwaniu działów oraz wskazania kosztów pracy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 27 stycznia 2017 r. przedstawił dodatkowe wyjaśnienia („Wyjaśnienia nr 2”), w których, w jego opinii, szczegółowo odniósł się do wątpliwości Zamawiającego.

Odnosząc się do wskazanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty analizy Zamawiającego, dotyczącej wyjaśnień Odwołującego podniósł następujące okoliczności:

Zdaniem Odwołującego, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy i nieskonkretyzowany w odniesieniu do zamówienia objętego postępowaniem. W wyjaśnieniach Odwołujący, jak twierdzi, wskazał szczegółowo na czynniki, które pozwalają mu na osiągnięcie zaoferowanej ceny oraz przedstawił szczegółowe kalkulacje dla poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Z niezrozumiałych dla Odwołującego względów Zamawiający kwestionuje i bagatelizuje wskazane przez Odwołującego doświadczenie wykonawcy zdobyte na podobnych projektach, w szczególności, że Odwołujący jest spółką specjalizującą się w realizacji projektów analogicznych do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, a wykonanie i zakończenie z sukcesem analogicznych projektów niewątpliwie, zdaniem Odwołującego, potwierdza kompetencje Odwołującego i trafność dokonywanych wycen.

Odwołujący podniósł, iż to właśnie doświadczenie pozwala wykonawcy na wycenę oferty w sposób, który daje możliwość uzyskania zamówienia i jednocześnie zagwarantuje osiągnięcie zysku. Odwołujący, jak podał, nie jest organizacją *non profit* i jako racjonalnie działający przedsiębiorca jest nastawiony na wycenę zamówienia na poziomie cenowym, który wygeneruje dochód.

Zdaniem Odwołującego, nie polega na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie ustosunkował się do kwestii kosztów pracy. Odwołujący podał, że w Wyjaśnieniach nr 2 wskazał, jakie koszty zostały przyjęte do wyceny i dlaczego są one zgodne z wymaganiami dotyczącymi płacy minimalnej oraz minimalnej stawki godzinowej.

W odniesieniu do żądania przedstawienia kalkulacji szczegółowych Odwołujący podał, iż zarówno w Wyjaśnieniach nr 1, jak i w Wyjaśnieniach nr 2 Odwołujący podał szczegółowe wyliczenia dotyczące robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S), narzutów w ujęciu procentowym oraz kosztów jednostkowych dla pozycji, których oczekiwał Zamawiający.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z rozdziałem XIII pkt 2 SIWZ, Zamawiający wymagał przygotowania kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej, zaś dopiero na etapie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, wbrew ww. postanowieniom SIWZ, Zamawiający domagał się przekazania kosztorysu w formie szczegółowej.

Celem wykazania, iż Odwołujący jednoznacznie wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska, a złożone przez niego Wyjaśnienia nr 1 i Wyjaśnienia nr 2 miały charakter kompletny i wyczerpujący, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, tj. wyjaśnień Odwołującego z dnia 13 stycznia 2017 r. oraz z dnia 27 stycznia 2017 r., dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty oraz sposobu kalkulacji ceny.

Dalej Odwołujący podał, że jak wynika z treści wezwania do złożenia wyjaśnień, w zakresie kalkulacji ceny oferty, jedyną przyczyną wystosowania wezwania było stwierdzenie przez Zamawiającego, iż cena oferty Odwołującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. O ile jednak, jak zauważył Odwołujący, powyższa różnica może stanowić wyznacznik dla wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, to nie stanowi ona jednak

w żaden sposób dowodu czy potwierdzenia, że oferta danego wykonawcy jest rażąco niska. Z powyższego względu, zarówno z różnic pomiędzy szacunkową wartością zamówienia czy też z różnic pomiędzy cenami ofert złożonych przez wykonawców w danym postępowaniu nie można automatycznie wywodzić wniosku jakoby najtańsza oferta nie miała charakteru rynkowego.

Powyższe, jak podał Odwołujący, potwierdza również orzecznictwo KIO: „Różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, jak również różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert w postępowaniu nie przesadza o tym, że cena zaoferowana przez uczestnika postępowania odwoławczego stanowi cenę rażąco niską, natomiast normalnym przejawem konkurencji jest występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu.” (wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt: 436/15). „W dwóch wypadkach wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, ale mogą istnieć też takie sytuacje uzasadnione specyfiką zamówienia, że wątpliwości powinny u zamawiającego budzić również ceny wyższe niż 30% od wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej ofert, wówczas również zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Natomiast w żadnym przepisie p.z.p. nie ma regulacji nakazującej odrzucić z postępowania wykonawcę, którego cena spełnia tak przesłankę ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.” (wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt: 858/15).

Wycena oferty, jak podkreślił Odwołujący, jest zawsze kwestią indywidualną, a ostateczna cena oferty jest wypadkową zarówno doświadczenia, wiedzy jak i dostępnych danemu wykonawcy środków i czynników, które pozwalają obniżyć koszty wykonania zamówienia. Różnice występujące pomiędzy najniższą ceną ofertową a cenami ofert konkurencyjnych, czy wartością zamówienia oszacowaną przez zamawiającego, nie przesadzają zatem o zaoferowaniu wykonania zamówienia za rażąco niską cenę i nierealną cenę, ale są przejawem konkurowania wykonawców o uzyskanie zamówienia.

W powyższym kontekście Odwołujący wskazał, iż różnice pomiędzy ofertą Odwołującego a kolejnymi ofertami złożonymi w postępowaniu, nie przekraczają progu 30%, a różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a drugiej w kolejności oferty wykonawcy Skanska S.A. wynosi zaledwie 4,32%. Nie sposób zatem stwierdzić, zdaniem Odwołującego, iż cena oferty Odwołującego może być uznana za rażąco niską.

Poz.	Nazwa wykonawcy	Cena oferty (netto)	% ceny najniższej	% różnicy do ceny najniższej
1	Odwołujący	12.986.796,85	100%	0%
2	Skanska S.A.	13.573.914,13	95,67%	4,32%
3	Strabag Sp. z o.o.	15.171.202,22	85,6%	14,39%

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że o ile zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, to zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest uprawniony odrzucić ofertę tylko wówczas, gdy wykonawca 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.

Tym samym, jak podkreślił Odwołujący, w toku badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny również na zamawiającym spoczywa ciężar dowodowy, polegający na wykazaniu, z jakich względów zamawiający uznaje, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie KIO, który Odwołujący podziela, treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w tym w szczególności stwierdzenie: *„jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę”* prowadzi do wniosku, iż to Zamawiający, w przypadku uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę musi wyczerpująco uzasadnić i umotywować swoje rozstrzygnięcie.

Brak takiego uzasadnienia w badanej sprawie prowadzi do wniosku, jak stwierdził Odwołujący, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, ani też nie miał żadnych podstaw faktycznych do odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza, jak wskazał Odwołujący, orzecznictwo KIO, w tym m.in.: *„Zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 219/14).*

„W obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje ciężar wskazania przez zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie popartych dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane).” (wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 436/15).

„Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, [art. 90 ust. 3 PZP - przypis własny] zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał, że dokonał oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast jako pierwszoplanową podstawę jej odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał spełnienia tej przesłanki.” (wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2640/12).

„Odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Zamawiający nie może opierać się na przypuszczeniach, musi natomiast wykazać, że za daną cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, co może wskazywać na to, że jest ona rażąco niska. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić Zamawiający. Nie wystarczy przy tym sama deklaracja, że dana cena wydaje się zaniżona lub nierealistyczna. O cenie rażąco niskiej nie przesądzają też fragmentaryczne, niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy. Ogłaszający przetarg takie braki powinien zestawić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Dopiero brak wytłumaczenia się wykonawcy z wyceny określonych robót i nieuwzględnienie kosztów części zamówienia może stanowić podstawę do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną” (wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11).

Odwołujący podniósł, że należyte uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty przez Zamawiającego oraz umotywowanie, dlaczego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest rażąco niska należy do podstawowych obowiązków Zamawiającego. Powyższy obowiązek wynika, jak podał Odwołujący, nie tylko z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ale również z art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy mają prawo poznać uzasadnione motywy działania zamawiającego.

Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, iż:

- 1) kompleksowe i wyczerpujące wyjaśnienia Odwołującego, dotyczące kalkulacji ceny oferty nie pozostawiały żadnych wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, zaoferowanej przez Odwołującego oraz tego, że zaoferowana cena została skalkulowana w sposób rzetelny. Odwołujący odniósł się do wszystkich czynników oraz elementów oferty, mających wpływ na cenę oraz przedstawił dowody, w tym oferty podwykonawców, które potwierdzają faktyczną możliwość zrealizowania zamówienia po zaoferowanych cenach oraz pozwalają na osiągnięcie zysku;
- 2) różnica pomiędzy ceną ofertową a szacunkową wartością zamówienia nie uzasadnia automatycznego uznania ceny ofertowej Odwołującego za rażąco niską, w szczególności, że w niniejszym postępowaniu ceny wszystkich ofert znacząco odbiegały od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, natomiast wyłącznie oferta Odwołującego została uznana za rażąco niską;
- 3) znikome różnice pomiędzy wysokością ceny ofertowej Odwołującego a kolejnymi ofertami złożonymi w postępowaniu wskazują, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy. Odwołujący ponownie podkreślił, iż różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a ceną oferty wykonawcy SKANSKA S.A. wynosi zaledwie 4,32%.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego i dowodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uznając, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, a w konsekwencji bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią uzasadnienia z dnia 10 lutego 2017 r. podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, stanowił również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający uznał bowiem, że:

- a) oferta Odwołującego rzekomo nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wyceny betonu asfaltowego [kosztorys ofertowy, dział 11 „Roboty drogowe (budowa)” w. pozycjach 9.8 , (9.8.1 oraz 9.8.2)]:

9.8		Podbudowa z betonu asfaltowego WT-1 i WT-2 z 2010 r.	Jednostka obmiarowa	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
9.8.1	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 7 cm	m ²	454	32,08 zł	14.564,32 zł
9.8.2	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm	m ²	3547	4,58 zł	12.245,26 zł

- b) oferta Odwołującego rzekomo nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wyceny podsypki cementowo-piaskowej [kosztorys ofertowy, dział 11 „Roboty drogowe (budowa)” w pozycjach 10.1.1, 10.1.2., 10.6.1, 10.6.2, 11.3.1]:

10.1		Nawierzchnia z kostki kamiennej	Jednostka obmiarowa	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
10.1.1	D-05.03.01	Warstwa ścieralna – kostka kamienna nieregularna 15x17 gr. 16 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	36	122,00 zł	4.392,00 zł
10.1.2	D-05.03.01	Nawierzchnia z kostki granitowej łamanej 8x10 na podsypce cementowo-	m ²	539	90,00 zł	48.510,00 zł

		piaskowej 1:4 gr. 3 cm				
10.6		Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej				
10.6.1	D-05.03.23	Warstwa ścieralna – kostka betonowa gr. 8 cm szara na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm	m ²	128	46,00 zł	5.888,00 zł
10.6.2	D.05.03.23	Warstwa ścieralna – betonowa kostka brukowa 15x25 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1941	44,00 zł	85.404,00 zł
11.3		Chodnik z płyt kamiennych				
11.3.1	D-08.02.03	Warstwa ścieralna – płyta chodnikowa granitowa 40x40 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1526	153,00 zł	233.478,00 zł

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane jako kontrakt kosztorysowy, a tym samym ilość poszczególnych robót będzie wyceniana zgodnie z dokonanym obmiarem robót, który może różnić się od ilości wskazanych w kosztorysach ofertowych. Tym samym, ostateczne wynagrodzenie wykonawcy będzie ustalone jako iloczyn, faktycznie wykonanych prac oraz cen jednostkowych. Na powyższe wskazuje postanowienie rozdziału XIII pkt 1 SIWZ, w brzmieniu: „Zamawiający ustala, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe określone we wzorze umowy, a w zakresie nieuregulowanym w umowie zdefiniowane w art. 629, 630, 631 Kodeksu cywilnego”.

Zdaniem Odwołującego, treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zdaje się wskazywać nie tyle na obiektywną i nieusuwalną niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ, ale obawy Zamawiającego co do rzekomego braku możliwości wykonania zamówienia z uwagi na przyjętą wycenę przywołanych powyżej pozycji kosztorysu, co zgodnie z oświadczeniami Odwołującego w żaden sposób nie ma miejsca. Tymczasem, jak podkreślił Odwołujący, o przygotowaniu oferty Odwołującego zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz gotowości do jej wykonania zgodnie ze wszelkimi wymaganiami Zamawiającego oraz dokumentacji postępowania świadczą nie tylko oświadczenia samego Odwołującego zawarte w ofercie, ale również dowody (oferty podwykonawców) załączone do Wyjaśnień nr 1 dotyczących ceny oferty, które potwierdzają, iż cena ofertowa została sporządzona zgodnie z SIWZ oraz obejmuje zakres robót wskazany do wykonania zgodnie z dokumentacją postępowania.

Co więcej, jak podał Odwołujący, Zamawiający podkreśla „szczególną istotność” wskazanych pozycji kosztorysu, w których w jego ocenie, zachodzi rzekoma niezgodność z SIWZ oraz ich szczególną wagę dla realizacji całego zamówienia. Odwołujący podniósł jednak, iż podkreślenie przez Zamawiającego rzekomej „istotności” ma jedynie charakter pozorny. Porównując bowiem kwestionowane przez Zamawiającego pozycje w ofercie Odwołującego oraz pozostałych wykonawców (Skanska S.A. i Strabag Sp. z o.o.) różnica ta wynosi ok. 200.000,00 zł, a tym samym stanowi zaledwie 1,3% wartości ceny oferty Odwołującego.

Nadto, kierując się tokiem rozumowania Zamawiającego, w opinii Odwołującego, należałoby przyjąć, iż oferty pozostałych wykonawców również powinny podlegać odrzuceniu z uwagi na dokonane różnice w wycenach poszczególnych pozycji kosztorysowych poszczególnych oferentów.

Dokonując wykładni oświadczenia woli, jakim jest oferta, w pierwszej kolejności, jak podkreślił Odwołujący, oceniać należy intencję i wolę wykonawcy, co do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz złożenia oferty zgodnej z SIWZ.

Co istotne, zdaniem Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy ewentualna rozbieżność pomiędzy wymaganiami SIWZ a wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie (które w ocenie Odwołującego nie mają miejsca), co do zaoferowania innego świadczenia niż oczekuje Zamawiający lub niewykonania przez wykonawcę danego asortymentu robót, musi być wykazana ponad wszelką wątpliwość. Co więcej, musi wystąpić zupełna rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ a zobowiązaniem wykonawcy wynikającym z treści oferty (tak m.in. KIO w wyrokach o sygn. akt: KIO 354/13, KIO 1100/15), co w niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie zachodzi.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż złożenie przez Odwołującego oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zgodnie z treścią informacji o odrzuceniu oferty, Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego spełnia przesłanki z art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a jej złożenie *„może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, iż sam Zamawiający stwierdza, iż oferta Odwołującego „może stanowić” czyn nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie kateryczne stwierdzenie, że zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że *„złożenie [oferty] stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”*.

Odwołujący podkreślił, iż czyn nieuczciwej konkurencji należy oceniać w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w tym art. 3 ust. 2 ww. ustawy, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako *„działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”*. Tym samym, jak podniósł Odwołujący, aby dana czynność mogła zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji muszą zostać spełnione przesłanki wskazane w ww. przepisie. W powyższym kontekście, zdaniem Odwołującego, podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający nie wykazał, jakiego rzekomo „czynu nieuczciwej konkurencji” miał się dopuścić Odwołujący i na czym miałyby on polegać, tym samym trudno rzeczowo polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający, jak podał Odwołujący, co prawda wskazał, że Odwołujący mógł dokonać „inżynierii cenowej” i „przerzucać koszty” pomiędzy poszczególnymi pozycjami robót, ale jednocześnie nie wskazał, że takie działania w ogóle mogłyby w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podał, że z treści uzasadnienia odrzucenia oferty wynika jednoznacznie, że Zamawiający na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego oraz dla „wzmocnienia” swojego stanowiska w zakresie pozostałych, równie nieuzasadnionych w okolicznościach niniejszej sprawy przesłanek odrzucenia, tj. rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy też rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, kieruje dodatkową podstawę prawną odrzucenia oferty.

Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, potwierdza tylko, że Zamawiający „na siłę i za wszelką cenę” próbuje odrzucić ofertę Odwołującego w oderwaniu od jakichkolwiek przesłanek faktycznych lub prawnych, uzasadniających takie działania Zamawiającego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 5 marca 2017 r.)

Odwołujący do rzeczonej odpowiedzi ustosunkował się w piśmie procesowym z dnia 7 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, w którym w części Układ drogowy (Budowa) w zakresie podbudowy zawarto m.in. następujące pozycje:

9.8.		Podbudowa z betonu asfaltowego wg WT-1 i WT-2 z 2010 r.				
9.8.1	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 7 cm	m ²	454,00	32,08 zł	14 564,32 zł
9.8.2	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm	m ²	3 547,00	4,58 zł	16 245,26 zł

Jeśli idzie zaś o nawierzchnie, to w kosztorysie znajdują się w szczególności:

10.1		Nawierzchnia z kostki kamiennej	Jednostka obmiarowa	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
10.1.1	D-05.03.01	Warstwa ścieralna – kostka kamienna nieregularna 15x17 gr. 16 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	36	122,00 zł	4.392,00 zł
10.1.2	D-05.03.01	Nawierzchnia z kostki granitowej łamanej 8x10 na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	539	90,00 zł	48.510,00 zł
10.6		Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej				
10.6.1	D-05.03.23	Warstwa ścieralna – kostka betonowa gr. 8 cm szara na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm	m ²	128	46,00 zł	5.888,00 zł
10.6.2	D.05.03.23	Warstwa ścieralna – betonowa kostka brukowa 15x25 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1941	44,00 zł	85.404,00 zł
11.3		Chodnik z płyt kamiennych				
11.3.1	D-08.02.03	Warstwa ścieralna – płyta chodnikowa granitowa 40x40 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1526	153,00 zł	233.478,00 zł

Pismem z dnia 10 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, „do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty zaproponowanej przez Państwa konsorcjum za wykonanie całości robót budowlanych dotyczących przebudowy układu ulicznego w centrum Olsztyna ul. S. Pińskiego wraz z

mostem Św. Jakuba oraz przedłożenia dowodów dotyczących elementów oferty potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowieniami zawartymi w rozdz. XIII ust. 13 SIWZ, jeżeli cena oferty lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do Wykonawcy, który złożył taką ofertę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto w myśl art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Z uwagi na to, że cena oferty złożonej przez Państwa konsorcjum jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość 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 oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od dnia 01.01.2017 r. 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*) wprowadzonych rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 roku – Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie oferty uwarunkowania związane z nową wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- 2) ewentualnej pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy/podwykonawcom.

Stosownie do treści zapisów zawartych w rozdziale XIII ust. 12 i 15 SIWZ, Wykonawca nie może podać ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, pod

rygorem odrzucenia oferty. Cena przedstawiona przez Wykonawcę w ofercie, po zastosowaniu ewentualnych upustów nie może być niższa niż koszty własne Wykonawcy, wynikające z kalkulacji ceny. Całkowite wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia musi obejmować wszystkie obowiązki Wykonawcy, w tym prace, czynności, opracowania i uzgodnienia niezbędne dla kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia leży po stronie Wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana w Państwa ofercie cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz kalkulacji ceny potwierdzającej, że zaproponowana cena nie jest niższa niż koszty własne Wykonawcy i uwzględnia godziwy zysk, a koszty pracy, które zostały przyjęte do ustalenia ceny oferty nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od dnia 1 stycznia 2017 r. 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*), w tym w szczególności:

- 1) Wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena brutto: 15 973 760,12 PLN (...) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) Kalkulacji ceny potwierdzającej, że zaproponowana cena nie jest niższa niż koszty własne Wykonawcy i uwzględnia ona godziwy zysk, a koszty pracy, które zostały przyjęte do ustalenia ceny oferty nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej obowiązujących od dnia 1 stycznia 2017 r. ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (*Dz. U. z 2015r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265*),
- 3) Kalkulacji szczegółowej wskazującej ceny: robocizny (R), materiałów (M) oraz pracy sprzętu (S), które zostały przyjęte do wyceny robót zawartych w kosztorysach ofertowych załączonych do Państwa oferty oraz przyjęte do wyceny narzuty (w tym koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu, stawka roboczogodziny), a dla pozycji kalkulacja własna - podstawy takiej kalkulacji wskazującą podstawy wyceny, zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu, przy zachowaniu wszystkich założeń określonych w rozdz. XIII SIWZ.

Powyższe w szczególności dotyczy robót związanych z wykonaniem następującego zakresu zamówienia:

L.p.	Nazwa	Wartość netto z oferty (PLN)
9.	Zieleń (Modernizacja)	61 380,00 zł

11.	Układ drogowy (Budowa)	2 089 340,59 zł
19.	Zieleń (Budowa)	216 821,00 zł
22.	Most św. Jakuba (Budowa)	2 394 580,69 zł
23.	Rozbiórka mostu (Budowa)	62 970,00 zł
29.	Mury oporowe (Budowa)	166 613,80 zł
30.	Wzmocnienie istniejącego muru (Budowa)	36 807,20 zł

W przypadku gdy wartość pozycji (elementu robót) ustalono na podstawie oferty podwykonawcy lub dostawcy, takiemu wskazaniu w wyjaśnieniach Wykonawcy powinno towarzyszyć złożenie dowodów (np. oferty podwykonawcy lub dostawcy lub innych dowodów).

W myśl zapisów zawartych w rozdz. XIII ust. 10 SIWZ, stawki i ceny jednostkowe powinny zawierać (ale nie powinny się tylko do tego ograniczać): robociznę, transport, testowanie, kontrole jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie, użytkowanie i naprawy całego sprzętu, urządzeń czy narzędzi, wykonanie i utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wykonanie wszelkich czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wartości wprowadzane dla poszczególnych pozycji przedmiaru robót powinny być wynikiem sumy iloczynu ilości jednostek miary i stawek lub cen jednostkowych stanowiących dany komplet. Zamawiający dokona poprawek jakichkolwiek błędów arytmetycznych powstałych podczas obliczenia lub dodawania w sposób określony w stosownych przepisach ustawy. (...)

W myśl art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na Wykonawcy. W przypadku nie udzielenia wymaganych wyjaśnień lub jeśli ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta złożona przez Państwa konsorcjum zostanie odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1, pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 13 stycznia 2017 r.), zastrzegając ich poufność z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na względzie rzeczzone zastrzeżenie Izba odstąpiła od przytoczenia przedmiotowych wyjaśnień.

Pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 w zw. Z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego wskazując: „po zapoznaniu się z Państwa wyjaśnieniami złożonymi w dniu 16 stycznia 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, proszę o uszczegółowienie przedstawionych

wcześniej informacji dotyczących treści Państwa oferty w zakresie następujących elementów wymaganych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia, tj. proszę o przedstawienie:

- a) kalkulacji szczegółowej, wskazującej przyjęty do wyceny procentowy poziom narzutów (w tym koszty pośrednie, zysk i koszty zakupu),
- b) cen jednostkowych i wysokości nakładów robocizny (R), materiałów (M) oraz pracy sprzętu (S) przyjętych do wyceny robót zawartych w kosztorysach ofertowych załączonych do Państwa oferty wraz z zestawieniami robocizny (R), materiałów (M) oraz sprzętu (S) zawierającymi ilości i ceny jednostkowe, dla n/w działów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 10.01.2017 r. znak jw.:

Lp.	Nazwa
9.	Zieleń (Modernizacja)
11.	Układ drogowy (Budowa)
19.	Zieleń (Budowa)
22.	Most św. Jakuba (Budowa)
23.	Rozbiórka mostu (Budowa)
29.	Mury oporowe (Budowa)
30.	Wzmocnienie istniejącego muru (Budowa)

W myśl zapisów zawartych w rozdz. XIII ust. 10 SIWZ, stawki i ceny jednostkowe powinny zawierać (ale nie powinny się tylko do tego ograniczać): robociznę, transport, testowanie, kontrole jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie, użytkowanie i naprawy całego sprzętu, urządzeń czy narzędzi, wykonanie i utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wykonanie wszelkich czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Ponadto w tabelach kalkulacji szczegółowej poszczególnych zakresów kosztorysu złożonych Zamawiającemu w dniu 16 stycznia 2017 r. wraz wyjaśnieniami wskazana została m. in. wartość robocizny, proszę również o podanie kosztów pracy (*stawki roboczogodziny lub wysokości miesięcznego wynagrodzenia*) jakie zostały przyjęte do ustalenia ceny oferty, które nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej obowiązujących od dnia 1 stycznia 2017 r. ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (*Dz. U. z 2015r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265*), zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 10.01.2017 r. znak jw. (...)

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na Wykonawcy. W przypadku nie udzielenia wymaganych wyjaśnień lub jeśli ocena złożonych wyjaśnień wraz

z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta złożona przez Państwa firmę zostanie odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1, pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 27 stycznia 2017 r.), zastrzegając ich poufność z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Rzeczone zastrzeżenie stoi na przeszkodzie ich przytoczeniu w tym miejscu.

Pismem z dnia 10 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta „została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jw. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2), 3) i 4) w zw. z art. 90 ust. 3 w/w ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie przyjętych do wyceny ilości betonu asfaltowego oraz podsypki cementowo-piaskowej, co może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wyjaśnienia złożone przez w/w Wykonawcę nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca, Konsorcjum firm: BALZOLA Polska Sp. z o. o. 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. Avenida Sabino Arana, 20 3° 48013 Bilbao (Hiszpania) w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu z dnia 26.10.2016r. /Dz.U.U.E nr 2016/S 207-374204 ze zm./ dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jw. złożył Zamawiającemu ofertę oznaczoną numerem 1 na kwotę: 15 973 760,12 PLN, w tym stawka należnego podatku VAT 23 % ustaloną na podstawie kosztorysu ofertowego, który został dołączony do oferty w/w Wykonawcy (*cena oferty po dokonaniu przez Zamawiającego poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp*).

Zamawiający mając na względzie przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 5 stycznia 2017 r. znak jw. dokonał we wszystkich ofertach, w tym w ofercie złożonej przez Konsorcjum w/w firm poprawienia omyłek, w tym również innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Jednakże niezgodności wskazane w poniższym uzasadnieniu nie podlegają poprawieniu przez Zamawiającego w świetle interpretacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z dnia 10 stycznia 2017r. wezwał w/w Wykonawcę do wyjaśnienia ceny złożonej oferty oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów

oferty mających wpływ na jej wysokość. Zamawiający w treści wezwania precyzyjnie określił, że oczekuje m.in. nadesłania:

- 1) Kalkulacji ceny potwierdzającej, że zaproponowana cena nie jest niższa niż koszty własne Wykonawcy i uwzględnia ona godziwy zysk, a koszty pracy, które zostały przyjęte do ustalenia ceny oferty nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej obowiązujących od dnia 1 stycznia 2017 r. ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (*Dz. U. z 2015r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265*),
- 2) Kalkulacji szczegółowej wskazującej ceny: robocizny (R), materiałów (M) oraz pracy sprzętu (S), które zostały przyjęte do wyceny robót zawartych w kosztorysach ofertowych załączonych do Państwa oferty oraz przyjęte do wyceny narzuty (w tym koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu, stawka roboczogodziny), a dla pozycji kalkulacja własna - podstawy takiej kalkulacji wskazującą podstawy wyceny, zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu, przy zachowaniu wszystkich założeń określonych w rozdz. XIII SIWZ. Ponadto Zamawiający dodatkowo sprecyzował, że w szczególności oczekuje wyjaśnień i szczegółowej kalkulacji robót związanych z wykonaniem następującego zakresu zamówienia:

L.p.	Nazwa	Wartość netto z oferty (PLN)
9.	Zieleń (Modernizacja)	61 380,00 zł
11.	Układ drogowy (Budowa)	2 089 340,59 zł
19.	Zieleń (Budowa)	216 821,00 zł
22.	Most św. Jakuba (Budowa)	2 394 580,69 zł
23.	Rozbiórka mostu (Budowa)	62 970,00 zł
29.	Mury oporowe (Budowa)	166 613,80 zł
30.	Wzmocnienie istniejącego muru (Budowa)	36 807,20 zł

Zamawiający wskazał nadto, że w myśl zapisów zawartych w rozdz. XIII ust. 10 SIWZ, stawki i ceny jednostkowe powinny zawierać (ale nie powinny się tylko do tego ograniczać): robociznę, transport, testowanie, kontrole jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie, użytkowanie i naprawy całego sprzętu, urządzeń czy narzędzi, wykonanie i utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wykonanie wszelkich czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wartości wprowadzane dla Zamawiający dokona poprawek jakichkolwiek błędów arytmetycznych powstałych podczas obliczenia lub dodawania w sposób określony w stosownych przepisach ustawy.

W dniu 16 stycznia 2017 r. Wykonawca złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, zawierające ogólne stwierdzenia odnoszące się między innymi do posiadanego bogatego doświadczenia, dostępności niezbędnego sprzętu, dysponowania wysoko wykwalifikowaną kadrą, jak również prowadzenia długofalowej współpracy z podwykonawcami i dostawcami, co skutkuje możliwością uzyskania satysfakcjonujących warunków i rabatów. Nadesłane wyjaśnienia liczące łącznie 12 stron, z czego: same wyjaśnienia to 7 stron, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: 3 strony oraz jednostronicową tabelę zatytułowaną „Tabela kalkulacji szczegółowej poszczególnych zakresów kosztorysu wskazującą wartości robocizny, materiałów, sprzętu oraz narzutów, jakie zostały zastosowane w celu wykonania kalkulacji własnej oferty niezależnej od ofert podwykonawców” nie potwierdziły w sposób jednoznaczny, że oferta w/w Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do zakresu i wartości robót objętych przedmiotem zamówienia. Pod tabelą Wykonawca złożył nadto oświadczenie, że „Ceny jednostkowe robót uwzględniają wszelkie roboty towarzyszące i materiały potrzebne do wykonania robót, wynikające z dokumentacji projektowej, SST, obowiązujących przepisów, norm oraz zasad wiedzy technicznej”.

Analizując treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, wskazać należy, że:

- 1) Wyjaśnienia pisemne (7 stron) mają charakter ogólnikowy, nieskonkretyzowany w odniesieniu do niniejszego zamówienia; skupiają się w głównej mierze na wykazaniu dużego doświadczenia Wykonawcy i pomyślnego wykonania innych zamówień;
- 2) Wykonawca nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego do przedstawienia kalkulacji ceny wykazującej, że koszty pracy przyjęte do ceny oferty nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę bądź minimalnej stawki godzinowej, zgodnie z przepisami powołanymi w wezwaniu,
- 3) Wykonawca nie załączył kalkulacji szczegółowej; załączona tabela zawiera jedynie zagregowane wartości dla poszczególnych działów; nie wskazano ilości, jednostek, cen jednostkowych, ilości roboczogodzin, stawki roboczogodziny itp.;
- 4) Wykonawca nie załączył, pomimo wezwania Zamawiającego, kosztorysu szczegółowego i szczegółowych wyjaśnień dotyczących zakresów wskazanych przez Zamawiającego;

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, nie może się zatem ograniczyć do złożenia pisma składającego się z kilku oświadczeń wskazujących lakonicznie, że cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Powinny udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Takie stanowisko

wyraził m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku, z dnia 05.01.2007 r. (V Ca 2214/06): *„nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Sądu „intencją” ustawodawcy było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”.*

W świetle powyższego Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z dnia 24 stycznia 2017 r. wezwał Wykonawcę do uszczegółowienia przedstawionych wcześniej informacji dotyczących treści oferty w zakresie następujących elementów wymaganych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia, tj. Wykonawca został wezwany do przedstawienia:

- a) kalkulacji szczegółowej, wskazującej przyjęty do wyceny procentowy poziom narzutów (w tym koszty pośrednie, zysk i koszty zakupu),
- b) cen jednostkowych i wysokości nakładów robocizny (R), materiałów (M) oraz pracy sprzętu (S) przyjętych do wyceny robót zawartych w kosztorysach ofertowych załączonych do Państwa oferty wraz z zestawieniami robocizny (R), materiałów (M) oraz sprzętu (S) zawierającymi ilości i ceny jednostkowe, dla działów robót wskazanych w poprzednim wezwaniu Zamawiającego z dnia 10.01.2017 r.

Zgodnie z obowiązującym aktualnie orzecznictwem, Zamawiający może wielokrotnie wzywać Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, jeżeli na podstawie udzielonych wcześniej wyjaśnień powstały kolejne wątpliwości, które Zamawiający powinien wyjaśnić przed rozstrzygnięciem podejrzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, który zaoferował taką cenę. W ocenie Zamawiającego cena oferty zaoferowana przez Konsorcjum w/w firm nie pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z przepisów i norm budowlanych. W art. 69 dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został precyzyjnie określony mechanizm weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny lub kosztu, który ma na celu ochronę Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem, bądź niewykonaniem zamówienia, a także ochronę rzetelnych Wykonawców przed nieuczciwymi praktykami innych Wykonawców. Wezwany na podstawie tego przepisu Wykonawca ma obowiązek złożenia wyczerpujących i pełnych wyjaśnień, które pozwolą Zamawiającemu ocenić rzetelność wskazanej w ofercie kalkulacji.

Nie wystarczającym będą ogólne zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, przekonujące, a co najważniejsze spójne z oświadczeniami zawartymi w złożonej ofercie lub z wcześniejszymi

wyjaśnieniami Wykonawcy, a także powinny zawierać omówienie wszystkich aspektów mających wpływ na cenę lub koszt, tak aby nie pozostawiać wątpliwości, co do prawidłowości ich obliczenia.

W dniu 27 stycznia 2017 r. Wykonawca złożył Zamawiającemu ponowne wyjaśnienia uszczegółowiające przedstawione wcześniej informacje dotyczące treści oferty, jednakże z treści złożonych wyjaśnień jasno wynika, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca przestał wyjaśnienia nie wskazujące konkretnych pozycji kosztorysu szczegółowego, ale zawierające jedynie tabelaryczne zestawienie materiałów dla danego działu wycenianego przedmiaru oraz użyte wskaźniki narzutów. Tym samym nie przedstawiono wprost jakie nakłady mają poszczególne pozycje kosztorysu oraz nie udowodniono, że każda wyceniona pozycja przedmiaru jest wykonalna, niezależnie od innych w zaproponowanych przez Wykonawcę cenach jednostkowych. Wykonawca przedłożył uszczegółowione dane w postaci tabelarycznego zestawienia RMS dla całego działu, które Zamawiający poddał dalszej analizie. W odniesieniu do zestawienia RMS dla Działu nr 11 *pn. Roboty drogowe (budowa)* Wykonawca podał procentowy poziom narzutów: koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu materiałów oraz cenę jednostkową robocizny. Wykonawca ujął m.in. materiał niezbędny do wbudowania w tym dziale w pozycjach 9.8 (9.8.1, 9.8.2) kosztorysu ofertowego w następujący sposób:

9.8.		Podbudowa z betonu asfaltowego wg WT-1 i WT-2 z 2010 r.				
9.8.1	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 7 cm	m ²	454,00	32,08 zł	14 564,32 zł
9.8.2	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm	m ²	3 547,00	4,58 zł	16 245,26 zł

Powyższe wartości wzbudziły poważne wątpliwości Zamawiającego, gdyż rozpatrując już tylko materiał na podbudowę zasadniczą z betonu asfaltowego można wyliczyć: $454 \times 0,07 + 3547 \times 0,10 = 31,78 + 354,70 = 386,48 \text{ m}^3$, co przeliczając już tylko po 2,5 t/m³ daje szacunkowo 966,20 ton, a w wyjaśnieniach Wykonawcy ujęto, że całość materiału wyniesie 168,03478 ton:

Mieszanka MMA AC na T podbudowie	168,03478	160,00 zł	26 885,57 zł
----------------------------------	-----------	-----------	--------------

Jak widać do wykonania tej podbudowy brakuje ponad 798 ton mieszanki, czyli przewidziana ilość materiału jest mniejsza bez mała pięciokrotnie, niż wymagana w pozycjach kosztorysu. W tym samym dziale podobnie jest z podsypką cementowo-piaskową

pod przewidywane nawierzchnie z płyt kamiennych, kostki brukowej betonowej i kostki kamiennej:

10.1		Nawierzchnia z kostki kamiennej	Jednostka obmiarowa	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
10.1.1	D-05.03.01	Warstwa ścieralna – kostka kamienna nieregularna 15x17 gr. 16 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	36	122,00 zł	4.392,00 zł
10.1.2	D-05.03.01	Nawierzchnia z kostki granitowej łamanej 8x10 na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	539	90,00 zł	48.510,00 zł
10.6		Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej				
10.6.1	D-05.03.23	Warstwa ścieralna – kostka betonowa gr. 8 cm szara na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm	m ²	128	46,00 zł	5.888,00 zł
10.6.2	D.05.03.23	Warstwa ścieralna – betonowa kostka brukowa 15x25 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1941	44,00 zł	85.404,00 zł
11.3		Chodnik z płyt kamiennych				
11.3.1	D-08.02.03	Warstwa ścieralna – płyta chodnikowa granitowa 40x40 gr. 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm	m ²	1526	153,00 zł	233.478,00 zł

Łączna powierzchnia to 4 170 m², co przy grubości warstwy 3 cm daje 125,1 m³, a w samych wyjaśnieniach wskazano raptem 6,4 m³. Jak widać do wykonania tej warstwy brakuje prawie 120 m³ podsypki, czyli przewidziana ilość materiału jest mniejsza bez mała dwudziestokrotnie, niż wymagana w pozycjach kosztorysu. Zważyć należy, że z uwagi na przedmiot zamówienia, dział drogowy jest najistotniejszy dla całości zadania inwestycyjnego. Dokonana powyższej analiza wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę oraz jego oferty wskazują na zaniżanie ilości materiału użytego w poszczególnych pozycjach wyceny, przez co zachodzi w tym zakresie niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie w/w pozycji przedmiarowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy z

zakresem robót zawartym w przedmiarze robót do wyceny stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z zastrzeżeniem, iż niezgodności tej nie można poprawić w trybie wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 w/w ustawy, 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. Ponadto w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „*przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. nie określa, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia kwestii związanych z kalkulacją ceny oferty. Należy przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający powinien w toku postępowania przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy wykonawca zachowuje się biernie w tym zakresie, udzielając informacji jedynie ogólnych lub np. nieodpowiadających na konkretne pytania zamawiającego. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu musi być bezstronne, nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannym stosunku wykonawcy, należy uznać za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Brak rzetelności i staranności wykonawcy w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych przez zamawiającego.*” (por. KIO 1887/16 wyrok z dnia 24 października 2016).

Dalej, jak wskazała Izba, w wyroku z dnia 12 sierpnia 2016 roku sygn. KIO 1408/16: „*1. Dodatkowe wyjaśnienia nie mogą służyć korygowaniu pierwotnych wyjaśnień w odniesieniu do kwestii mających istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. 2. Powtórne wyjaśnienia, o ile takowych żąda zamawiający, mogą prowadzić do rozwiania pewnych wątpliwości zamawiającego, służyć sprostowaniu nieścisłości czy wskazywać na dodatkowe okoliczności, mające wpływ na ocenę realności zaoferowanej ceny, nie mogą jednak służyć zmianie samych wyjaśnień, które zostały złożone w związku z pierwszym wezwaniem zamawiającego. Takie procedowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 p.z.p.*”

Dalej, „Zamawiający, co do zasady, nie ma obowiązku wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., w szczególności wówczas, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia są niepełne i ogólnikowe. Ponowne wezwanie stanowiłoby w tym przypadku naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwanie jest możliwe, jeśli dotyczy okoliczności, które zostały podane w wyjaśnieniach już złożonych, oraz które wymagają dalszego uszczegółowienia bądź wyjaśnienia. Takie wezwanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie stanowi niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.” (por. KIO 1153/16 wyrok z dnia 13 lipca 2016 roku).

Zamawiający stwierdził, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca nie zawarł (jak wskazano wcześniej) wyjaśnień w zakresie wymaganych przez Zamawiającego elementów. Kolejne wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - w szczególności w zakresie ponownie wskazanych części przedmiotu zamówienia, stanowiło zatem ponowną prośbę o podanie danych, które powinny zostać ujawnione przy pierwszych wyjaśnieniach. Co więcej, wezwany Wykonawca podał te dane, a dopiero drugie wyjaśnienia Wykonawcy umożliwiły Zamawiającego poddanie ich dalszej analizie.

Reasumując, niezależnie od innych okoliczności wskazanych dalej, Zamawiający doszedł do wniosku, że dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający sankcjonowałby poprzez wybór Wykonawcy konieczność jego wielokrotnego wzywania o podanie tych samych danych, a jedynie ich doprecyzowanie, naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, analizując szczegółowo drugie wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, w szczególności w zakresie użytych materiałów, Zamawiający doszedł do wniosku, że Wykonawca kalkulując cenę nie ujął wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Mimo zadeklarowania kompletności oferty w tym zakresie w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, jak wynika z wyliczeń Zamawiającego, ilości betonu asfaltowego są pięciokrotnie zaniżone, a ilości podsypki cementowo-piaskowej, zaniżone dwudziestokrotnie. Wątpliwości Zamawiającego co do konkretnych zakresów zamówienia, wyartykułowane w dwóch wezwaniach, okazały się zatem uzasadnione.

Zgodnie z zapisami Rozdziału XIII Opis sposobu obliczenia ceny oferty Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ust. 1, Zamawiający ustalił, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe zdefiniowane w art. 629, 630 i 631 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie za podstawę przygotowania oferty cenowej wskazał dokumentację projektową, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz przedmiary robót do wyceny. W ust. 2 tego samego rozdziału

Zamawiający określił, że cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji uproszczonej według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót do wyceny, przy zachowaniu m.in. założenia, że poszczególne pozycje przedmiarów muszą zawierać koszty wszelkich uzgodnień, zgłoszeń i innych formalności koniecznych do realizacji robót (wykonywanych ręcznie oraz mechanicznie), sprzętu i materiałów niezbędnych do ich wykonania zgodnie z umową, dokumentacją projektową i przetargową oraz sztuką budowlaną, m.in. takie jak:

- a) projekt organizacji placu budowy wraz z jego późniejszą likwidacją,
- b) wykonanie projektu i realizacja tablic informacyjnych i pamiątkowych zgodnie z wytycznymi w Programie Operacyjnym Polska Wschodnia 2014-2020,
- c) wykonanie, utrzymanie i likwidacja zaplecza budowy,
- d) projekty, wykonanie, utrzymanie i likwidacja tymczasowych organizacji ruchu w tym objazdów i przejazdów,
- e) pełnej obsługi geodezyjnej i geologicznej,
- f) nadzoru archeologicznego,
- g) związane z próbami i odbiorami wykonanych robót oraz opracowaniem pełnej dokumentacji powykonawczej,
- h) inne koszty wynikające z umowy,
- i) wykopy, odwodnienie wykopów,
- j) roboty betonowe i zbrojarskie, szalunki, zabezpieczenie antykorozyjne,
- k) wywiezienie i utylizacja gruzu i odpadów,
- l) zakup i dowóz ziemi,
- m) zabezpieczenie istniejących sieci,
- n) badania, pomiary, próby szczelności, kamerowanie, płukanie instalacji, badania laboratoryjne wody, próby rozruchowe poszczególnych sieci i instalacji,
- o) regulację wysokości włączów studzienek nowych, jak i istniejących w nawierzchniach itp. o ile są wymagane do prawidłowej realizacji i nie zostały wskazane wprost w pozycjach przedmiaru,
- p) zapewnienie nadzoru herpetologicznego w rejonie zbiorników wodnych,
- q) płatny nadzór i płatne odbiory gestorów sieci.

Natomiast zapisy Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-04.07.01a Podbudowa z betonu asfaltowego wg WT-1 i WT-2 z 2010 r. określają, że dla pozycji 9.8.2. Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm (Budowa) cena jednostki obmiarowej, tj. wykonania 1 m² warstwy podbudowy z betonu asfaltowego (AC P) obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- oczyszczenie i skropienie podłoża,

- dostarczenie materiałów i sprzętu,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wykonanie próby technologicznej i odcinka próbnego,
- wyprodukowanie mieszanki betonu asfaltowego i jej transport na miejsce wbudowania,
- posmarowanie lepiszczem lub pokrycie taśmą asfaltową krawędzi urządzeń obcych i krawężników,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki betonu asfaltowego,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie lepiszczem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej,
- odwiezienie sprzętu.

Dodatkowo pod każdym z kosztorysów Zamawiający zawarł oświadczenie dla Wykonawcy stwierdzające, że ceny jednostkowe robót uwzględniają wszelkie roboty towarzyszące i materiały potrzebne do wykonania robót, wynikające z dokumentacji projektowej, SST, obowiązujących przepisów, norm oraz zasad wiedzy technicznej.

Mając na względzie, że Wykonawca nie ujął wszystkich niezbędnych materiałów do wykonania przedmiotu zamówienia, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym niezgodności tych nie można poprawić w trybie wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt ustawy Pzp. Wskazane wyżej okoliczności mogą być również kwalifikowane jako zawierające rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych i w efekcie całego przedmiotu zamówienia. Stwierdzić bowiem należy, że w zakresie wyżej analizowanych pozycji wykonania podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, oferta Wykonawcy kształtuje się następująco:

Lp.	Nr spec. techn.	Nazwa pozycji	Jedn. obm.	Ilość	Cena jedn. [PLN]	Wartość [PLN]
1	2	3	4	5	6	7
Modernizacja		Układ drogowy				
3.8.1	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm	m ²	1 495,00	48,18 zł	72 029,10 zł
Budowa		Układ drogowy				
9.8.1	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 7	m ²	454,00	32,08 zł	14 564,32 zł

		cm				
9.8.2	D-04.07.01a	Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC gr. 10 cm	m ²	3 547,00	4,58 zł	16 245,26 zł

W przeliczeniu na tonę wbudowanej masy ceny poszczególnych pozycji wynoszą:

- 1) Poz. 3.8.1. - 192,72 zł/tona wbudowanej masy,
- 2) Poz. 9.8.1. - 183,31 zł/tona wbudowanej masy,
- 3) Poz. 9.8.2. - 18,32 zł/tona wbudowanej masy.

Dla porównania cena podbudowy zasadniczej z AC WMS 22 P PMB10/40-65 zaoferowana przez w/w Wykonawcę w podobnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na budowę drogi wojewódzkiej nr AAA w Olsztynie na odcinku od ul. Pstrowskiego do węzła drogowego Pieczewo (S51) wynosiła 215,25 zł/tona wybudowanej masy. Na podstawie powyższego można stwierdzić, że koszt wbudowania 1 tony podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego to co najmniej ok. 180 zł bez względu na okres ofertowania. Oczywistym jest zatem, że cena istotnej pozycji przedmiarowej 9.8.2, mającej istotny wpływ na cenę zamówienia, została wielokrotnie zaniżona. Nawet przyjmując, że Wykonawca dokonał swoistej „inżynierii cenowej” i ukrył resztę ceny z tej pozycji w innych pozycjach, to działanie takie byłoby oczywiście niezgodne z treścią wcześniej zacytowanych zapisów SIWZ (por. KIO 867/13, KIO 830/16), prowadząc również do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z aktualnie obowiązującym w powyższym zakresie orzecznictwem należy przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które przez złożenie swojej oferty chce zaciągnąć Wykonawca z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie lub potwierdzenia zakresu zobowiązania ofertowego (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego). Przyjęte w doktrynie orzeczniczej interpretacje normy wynikającej z w/w przepisu potwierdzają, iż niezgodność treści oferty złożonej przez Konsorcjum w/w firm z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a także dotyczy sfery niezgodności zobowiązania Wykonawcy zawartego w ofercie z treścią SIWZ lub też polega na sporządzeniu lub przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Niezależnie od niezgodności treści oferty z SIWZ, przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami stanowi - w świetle zapisów SIWZ - również czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazała to Izba w wyroku z dnia 23 maja 2016 roku sygn. KIO 547/16, KIO 550/16 i KIO

552/16: „Działanie wykonawcy polegające na "przerzucaniu" kosztów między odrębnie rozliczanyymi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego." Podobnie KIO 2046/11, KIO 1934/12, KIO/KD 17/2015, KIO 791/13). Powyższe uzasadnia odrzucenie oferty Wykonawcy również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP."

Analizy przedłożone w toku rozprawy przez Przystępującego Izba potraktowała jako stanowisko strony w postępowaniu.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego zrzutów ze stron internetowych, zawierających informacje na temat cen ropy i prognoz w tym zakresie uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że brak definicji legalnej ceny rażąco niskiej, stąd też w tym zakresie należy odwołać się do orzecznictwa, które pojęcie „rażąco niskiej ceny” definiuje jako cenę oferty odbiegającą swoją wartością *in minus* od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Co do zasady przytoczone definicja ceny rażąco niskiej zachowuje aktualność, z tym zastrzeżeniem jednakowoż, że w obecnym stanie prawnym pojęcie to zostało rozszerzone, bowiem na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa nie tylko o rażąco niskiej cenie, ale również o rażąco niskim koszcie. Oznacza to, iż aktualnie obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy i jej badania może wiązać się nie tylko z kategorią jaką jest cena, ale także z kosztem, stanowiącym element danej ceny.

Wydaje się, że wprowadzone rozwiązanie jest wynikiem dostrzeżonej w orzecznictwie niedoskonałej regulacji w tym przedmiocie, która pojęcie rażąco niskiej ceny ograniczała do ceny właśnie, podczas gdy, jak wskazywała praktyka, poszczególne elementy kosztotwórcze, mogą już stanowić o cenie rażąco niskiej, zwłaszcza, gdy stanowią samodzielny element zamówienia. Dostrzeżenie powyższego nie tyle wskazywało na rozbieżność w orzecznictwie, ale na dużą roztropność i staranność w ocenie dokonywanej przez KIO w tym przedmiocie. Analiza podejmowanych rozstrzygnięć pozwala na stwierdzenie, że orzecznictwo z tą niedoskonałą regulacją jednak sobie poradziło i dostrzegło zjawisko, które dopiero w obecnym stanie prawnym doczekało się unormowania.

Reasumując, podkreślenia wymaga, że aktualnie przedmiotem oceny pod kątem niskiej ceny nie jest już jedynie cena, rozumiana jako suma elementów kosztowych, składających się na realizację danego zamówienia, ale również sam koszt. Stwierdzenie zaś nierynkowości kosztu czy też ceny, a więc stwierdzenie braku odzwierciedlenia tej ceny czy kosztu w realiach rynkowych, mając oczywiście w pamięci zakres przedmiotowy zamówienia i warunki indywidualizujące przedsiębiorcę, mające wpływ na koszt czy cenę, prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Nie można jednocześnie tracić z pola widzenia, że ocena kosztu czy też ceny w aspekcie „rażąco niskiej” musi być poprzedzona badaniem, ale nie oferty, a wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na okoliczność, że koszt lub cena mają charakter realny (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Co prawda, zauważyć również należy, że cena czy też koszt wskazany w ofercie jest również wstępnie weryfikowany, bowiem zamawiający musi odpowiedzieć sobie na pytanie, czy te elementy wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości, czy też są postrzegane jako prawidłowe, bez zastrzeżeń. Pojawienie się bowiem u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, obliguje go do wystąpienia do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Przy czym wyraźnie należy podkreślić, że w momencie, w którym zamawiający występuje do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień powstaje, a pogląd ugruntowany jest w orzecznictwie, domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu, które może obalić jedynie wykonawca, składając stosowne wyjaśnienia i dowody (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zatem, waga podjęcia przez zamawiającego określonych czynności jest ogromna. W istocie dochodzi bowiem do zakwestionowania ceny czy też kosztu, zamawiający ma wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Ta wątpliwość, jak wskazał ustawodawca, może powstać na tle nie tylko ceny, ale nawet kosztu. Wezwanie więc kierowane przez zamawiającego do wykonawcy w zakresie jedynie kosztu każe przyjąć, na tle powołanej regulacji, że koszt ten ma dla zamawiającego istotne znaczenie, bowiem wzbudził zastrzeżenia i wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że czynności podejmowane przez zamawiającego muszą być dokonywane z rozważą, bowiem niosą określone konsekwencje prawne. Analogiczne twierdzenie należy odnieść do zachowania wykonawcy. Zarówno bowiem zamawiający, jak i wykonawca działają w tym zakresie w określonym reżimie prawnym, którego nie można pominąć, zwłaszcza, jeśli chodzi o określenie skutków prawnych.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że nie ma racji Odwołujący, iż wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2017 r. miały charakter wyczerpujący i potwierdzały poprawność kalkulacji ceny oferty. Okoliczność, że Odwołujący podał dla zagregowanych pozycji robót budowlanych zagregowane wartości robocizny, materiału, sprzętu, zysku, kosztów pośrednich i kosztów zakupów materiałów, w ocenie Izby, nie świadczy jeszcze o wykazaniu, że zaproponowana cena ma charakter realny.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że składając wyjaśnienia Wykonawca ma obowiązek przedstawienia ich w taki sposób, aby Zamawiający mógł prześledzić sposób i metodykę kalkulacji ceny oferty po to, żeby mieć pewność, iż cena ma charakter rynkowy. Wyjaśnienia winny być zatem skonstruowane w taki sposób, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji przedłożonej przez Odwołującego kalkulacji.

Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy tego elementu zabrakło. Jakkolwiek Odwołujący podał czynniki kosztotwórcze dla głównych elementów robót, to jednakowoż uczynił to w sposób, który uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie realnej weryfikacji kalkulacji ceny zaproponowanej przez Odwołującego, a tym samym oceny w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Odwołujący całkowicie pominął, że Zamawiający oczekiwał kalkulacji szczegółowej ceny, z uwzględnieniem wskazanych przez Zamawiającego elementów kosztotwórczych w ramach poszczególnych robót. Zagregowanie tych wartości nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego i sprawia, że wyjaśnienie ceny rażąco niskiej ma charakter pozorny, bowiem wymyka się kontroli Zamawiającego.

Z całą mocą należy podkreślić, że wyjaśnienia składane w przedmiocie rażąco niskiej ceny mają istotne (rozstrzygające) znaczenie dla stwierdzenia, czy cena ma charakter rażąco niski czy też rynkowy, stąd też za niewłaściwe należy uznać takie praktyki wykonawców, którzy w sposób formalny odpowiadają na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca, na którym spoczywa ciężar udowodnienia (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), że cena ma charakter realny winien przedstawić wyjaśnienia, które nie budzą wątpliwości, a w sposób kompleksowy pokazują metodykę budowania ceny oferty i uwzględniania kosztów na określonym poziomie. Oczywistym jest dla Izby, że podanie kosztów dla pewnego zbioru (pewnej grupy robót budowlanych) nie daje Zamawiającemu żadnych możliwości weryfikacji kalkulacji ceny oferty, stąd też twierdzenia Odwołującego, że wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2017 r. były wystarczające dla oceny, że zaproponowana przez niego cena nie miała charakteru rażąco niskiej są nieuzasadnione.

Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący nie tylko, że w sposób nieprawidłowy odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2017 r. (w zakresie kalkulacji szczegółowej), to jeszcze w części tego wezwania nie wykonał, dotyczy to w szczególności kosztów pracy i poziomu narzutów, a zatem domaganie się przez Odwołującego uznania na

podstawie rzeczonych wyjaśnień, że zaproponowana przez niego cena ma charakter realny jest absolutnie nie do przyjęcia.

Zaoferowane przez Odwołującego wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami dowody w postaci ofert cenowych podwykonawców i kosztorysów pozostają bez wpływu na dokonaną ocenę. Analiza ich treści prowadzi do wniosku, że zostały przygotowane na potrzeby tego postępowania i dostosowane do wyjaśnień Odwołującego po to, aby stworzyć wrażenie pewnej spójności pomiędzy wyjaśnieniami Odwołującego a rzeczonymi dokumentami. Nadto, rzeczone dowody, podobnie jak wyjaśnienia Odwołującego, nie poddają się jakiegokolwiek kontroli, gdyż są w istocie odbiciem materiałów przygotowanych przez Odwołującego (zagregowane koszty, struktura dokumentów).

Jeśli idzie o wyjaśnienia z dnia 27 stycznia 2017 r., to Izba również nie podziela twierdzeń Odwołującego, że potwierdzają one, iż cena Odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej. Tutaj znowu Odwołujący stara się pozornie wypełnić zobowiązanie Zamawiającego wskazując na wysokość narzutów i ujmując zestawienie robocizny, sprzętu i materiałów dla danego działu wycenianego przedmiaru, jednakowoż Odwołujący znowu unika przedstawienia wprost, jakie nakłady są ponoszone w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych, a tylko takie przedstawienie kalkulacji ceny oferty stanowi zadośćuczynienie wymaganiom Zamawiającego, wyartykułowanym w treści wezwania i daje podstawy do rzetelnej weryfikacji, a w konsekwencji oceny ceny Odwołującego.

Co ważne również i czego nie można tracić z pola widzenia to fakt, że treść wyjaśnień w pewnym zakresie rozmija się z treścią oferty Odwołującego, dotyczy to podbudowy z betonu asfaltowego (poz. 9.8.1 i 9.8.2 kosztorysu Odwołującego) i podsypki cementowo-piaskowej (poz. 10.1.1, 10.1.2, 10.6.1, 10.6.2, 11.3.1). Na podstawie kosztorysu można ustalić, że do wykonania podbudowy z betonu asfaltowego potrzeba mieszanki MMA AC w ilości ponad 966 ton, zaś z wyjaśnień wynika, że ujęto nieco ponad 168 ton tego materiału, a zatem brakuje ponad 798 ton przedmiotowej mieszanki. Podobnie przedstawia się sytuacja z podsypką cementowo-piaskową pod nawierzchnie z płyt kamiennych, kostki brukowej betonowej i kostki kamiennej. Dla wykonania nawierzchni o powierzchni 4 170 m² potrzeba ponad 125 m³ podsypki, zaś z wyjaśnień wynika, że Odwołujący przewidział jej zaledwie w ilości 6,4 m³, a zatem brakuje prawie 120 m³ tej podsypki.

Powyższe pokazuje, że wyjaśnienia pozostają niespójne względem treści oferty, Odwołujący stara się bowiem wykazać realność ceny zaniżając ilość materiałów niezbędnych do wykonania rzeczonych podbudowy czy też nawierzchni, a skoro tak, to nie można twierdzić, że Odwołujący wykazał, że cena ma charakter rynkowy. Niespójność tych wyjaśnień z treścią oferty zdaje się dowodzić, że Odwołujący musiał w określony sposób dopasować ilość materiału, aby uwiarygodnić cenę, pomijając nawet pewne wielkości wymagane przez Zamawiającego i zaoferowane w kosztorysie.

Zwraca uwagę fakt, że Odwołujący w wyjaśnieniach w taki sposób przedstawił zestawienie materiałów, aby wywołać u Zamawiającego wrażenie, że wszystko polega na prawdzie i odpowiada treści oferty, stosując dla przykładu inne jednostki miary, podając zagregowane ilości materiału dla grupy pozycji, a nie dla pozycji jednostkowej. Rzeczony zabieg, w ocenie Izby, miał na celu przekonanie Zamawiającego o rynkowym charakterze ceny Odwołującego, jednakże wspomniane działania jedynie utwierdzają Izbę w przekonaniu, że miały na celu osiągnięcie zamierzonego przez Odwołującego rezultatu, a nie podanie realnych kwot i konkretnych wyjaśnień.

Odwołujący więc nie wyjaśnił, a przynajmniej w podanym wyżej aspekcie, kalkulacji swojej ceny. Nie uczynił tego na etapie wyjaśnień i nie stara się nawet (choć byłoby to bezskuteczne) na dalszym etapie. Na próżno poszukiwać stanowiska Odwołującego, który starałby się wytłumaczyć niespójność wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z treścią oferty. Co więcej, Odwołujący nawet nie kwestionuje, że podane ilości materiałów przewidziane dla kalkulacji ceny oferty na potrzeby wyjaśnień zostały wielokrotnie zaniżone, a to zdaniem Izby, czyni tę kalkulację niewiarygodną. Jeśli kalkulowana jest cena w ofercie dla innej ilości materiałów i innej w wyjaśnieniach, to nie można przyjąć, że wyjaśnienia stanowią wykazanie poprawności kalkulacji ceny oferty.

W wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2017 r. Odwołujący podał zagregowaną cenę dla mieszanki MMA AC na podbudowie 160 zł/t, podczas gdy z poz. 9.8.2 kosztorysu Odwołującego wynika, że cena ta kształtuje się na poziomie 18,32 zł/t (choć już w innych pozycjach – 3.8.1 i 9.8.1 jest ona znacznie wyższa). Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił realnego charakteru ceny z pozycji 9.8.2 kosztorysu, a wręcz przeciwnie, wyjaśnienia pokazują wadliwość tej wyceny.

W tym miejscu należy również podkreślić, że Zamawiający oczekiwał szczegółowego określenia kosztów robocizny, sprzętu, materiałów i narzutów dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, co oznacza konieczność sporządzenia na potrzeby wyjaśnień kosztorysu szczegółowego w odniesieniu do grupy robót wskazanych przez Zamawiającego. Odwołujący udzielając wyjaśnień unikał powyższego, co tylko potwierdza, że nie miał woli rzetelnego wyjaśnienia ceny oferty i w konsekwencji tego nie uczynił.

Bezprzedmiotowe jest na obecnym etapie postępowania kwestionowanie uprawienia Zamawiającego do żądania spornego kosztorysu, skoro Odwołujący akceptował wezwania Zamawiającego, nie korzystając ze środków ochrony prawnej. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że Zamawiający dla oceny ceny oferty może korzystać ze wszystkich dostępnych środków służących sprawdzeniu ceny. Nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, w której zamawiający pozbawiony jest narzędzi do weryfikacji ceny, a tym samym zgoda na pozostawienie wątpliwości, czy wykonawca zrealizuje zamówienia za zaoferowaną cenę.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego tego rodzaju uprawnienie, które daje mu wszechstronną możliwość wyjaśnień.

Dalej wskazać należy, że doświadczenie Wykonawcy może mieć wpływ na umiejętność kalkulacji ceny, ale nie jest to okoliczność, która jako samodzielna przesądza o rynkowym charakterze zaoferowanej ceny. Co więcej, jest to cecha, którą posiada większość profesjonalnych wykonawców, a więc w żaden sposób nie odróżnia wykonawcy, a już z pewnością nie tłumaczy ceny oferty.

Argument Odwołującego, że różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należy podatek od towarów i usług czy też cenami innych ofert nie stanowi o cenie rażąco niskiej jest co do zasady trafny, ale w okolicznościach niniejszej sprawy nieuzasadniony, bowiem Zamawiający z tego faktu nie wywiódł niekorzystnych dla Odwołującego skutków. Wskazane okoliczności nie stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazywana przez Odwołującego niewielka różnica pomiędzy ceną jego oferty a ceną oferty uplasowanej na drugim miejscu w rankingu ofert nie świadczy o rynkowym charakterze ceny oferty Odwołującego. Odwołujący zdaje się zapominać, że podstawą oceny są wyjaśnienia złożone w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a nie wskazywane przez Odwołującego dysproporcje.

W dalszej kolejności Odwołujący zdaje się zarzucać Zamawiającemu, że nie umotywował i nie uzasadnił należyście swojego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie stwierdziła powyższego, a Odwołujący nawet nie wskazał, z czego twierdzenie to wywodzi.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodowy, polegający na wykazaniu z jakich względów uznaje, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przywołane przez Odwołującego orzecznictwo w tym przedmiocie jest nieadekwatne do aktualnego stanu prawnego. Obecnie to na wykonawcy udzielającym wyjaśnień spoczywa ciężar dowodu w przedmiocie ceny rażąco niskiej, a Zamawiający dokonuje jedynie oceny tych wyjaśnień (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, art. 190 ust. 1a ustawy Pzp).

Przedmiotowej oceny nie zmienia również i ta okoliczność, że różnica pomiędzy kwestionowanymi pozycjami z kosztorysu Odwołującego i pozostałych wykonawców wynosi ok. 200.000,00 zł przy wartości zamówienia na poziomie kilkunastu milionów złotych. Po pierwsze bowiem Odwołujący pomija, że nie wskazywana różnica jest przedmiotem oceny. Po drugie, Odwołujący zapomina, że rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie miała treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, które Zamawiający uznał za niewystarczające dla stwierdzenia, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej i z tych powodów odrzucił ofertę Odwołującego.

Zauważyć również należy, czego Odwołujący nie dostrzega, że Zamawiający zwrócił uwagę odrzucając ofertę Odwołującego, że ponowne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie mogą służyć złożeniu właściwych wyjaśnień, które wykonawca jest zobowiązany złożyć na pierwsze wezwanie zamawiającego w tym przedmiocie. Natomiast kolejne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny mogą jedynie służyć wyjaśnieniu okoliczności, które wzbudziły wątpliwości na kanwie uprzednio złożonych wyjaśnień, w przeciwnym bowiem razie dojdzie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, z czym należy się zgodzić.

Reasumując stwierdzić należy, że wyjaśnienia Odwołującego nie spełniają oczekiwań Zamawiającego, nie zostały bowiem złożone w takim stopniu szczegółowości, jakiego wymagał Zamawiający, a te przedłożone nie dają podstaw do ustalenia, że cena zaproponowana przez Odwołującego charakteru rażąco niskiej nie ma. Zagregowane koszty dla zagregowanych pozycji kosztorysu nie dają możliwości weryfikacji ceny oferty, zaś rozdzwięk pomiędzy wyjaśnieniami a treścią oferty w odniesieniu chociażby do wskazanych materiałów wskazuje, że cena ta, a przynajmniej cena poszczególnych kosztów nie została wyjaśniona.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia przepisów art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp okazały się niesłuszne. Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie podlegał rozpatrzeniu jako niezawarty w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że w niniejszej sprawie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający stracił bowiem z pola widzenia okoliczność, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie stanowią treści oferty. Rzeczonymi wyjaśnieniami Odwołujący nie zmienił ani nie odwołał określonych postanowień (warunków) oferty, a zatem nie można przyjąć, że dla oceny oferty Odwołującego w zakresie zgodności jej treści z treścią SIWZ pierwszoplanowe znaczenie ma treść przedmiotowych wyjaśnień. Uczynienie powyższego byłoby możliwe, gdyby Zamawiający ustalił, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, że Odwołujący oferuje jednak inną ilość materiałów niż to wynika z kosztorysu ofertowego. Natomiast stwierdzenie, że w wyjaśnieniach podano inną (mniejszą) ilość materiałów niż w kosztorysie winno prowadzić do konstatacji, że wyjaśnienia nie mają wiarygodnego charakteru, a zatem, nie mogą być uznane za świadczące o rynkowym charakterze ceny zaoferowanej przez Odwołującego, o czym była mowa wyżej.

W ocenie Izby znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, z mocy wskazanego

przepisu, jeżeli stwierdzi, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie wskazał, z jakim czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia, co więcej, Zamawiający formułuje jedynie przypuszczenie w tym względzie, co tylko potwierdza trafność zarzutu Odwołującego. Zamawiający odrzucając ofertę z powodu czynu nieuczciwej konkurencji musi mieć pewność, z jakim czynem stypizowanym w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia i na czym on w okolicznościach konkretnej sprawy polega. Zamawiający tym wyzwaniom nie sprostał. Nie wskazał, znamiona jakiego czynu wyczerpuje zachowanie Odwołującego oraz, że praktyka przeliczania kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysowymi ma miejsce. Okoliczność, że w danej pozycji czegoś brakuje nie oznacza automatycznie, że znajduje się to w innej pozycji, równie dobrze możemy mieć do czynienia z niedoszacowaniem.

Stwierdzenie naruszenia ww. przepisów nie może jednak prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż powyższe pozostaje bez wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny jest prawidłowa, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego jest uzasadnione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: