

Sygn. akt: KIO 1311/20

WYROK
z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Tucholi**,

przy udziale wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1311/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu** na rzecz Zamawiającego – **Zarządu Dróg Powiatowych w Tucholi** kwotę 4 268 zł 22 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Tucholi [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *remont drogi powiatowej nr 1031C Cekcyn - Błędzim od km 4+125 do km 8+580* (znak postępowania: ZDP 272-ZPU-1-2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2020 r. pod numerem 537084-N-2020.

W dniu 15 czerwca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Colas Polska Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Colas Polska sp. z o.o., mimo że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty wyniosła 2 006 354,43 zł. Do wykonania zamówienia na roboty budowlane wymagane są co do zasad 3 elementy: materiały, ich transport na miejsce wykonania zamówienia oraz samo wykonanie robót.

Na podstawie przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji technicznej, SIWZ oraz warunków postępowania w ocenie Odwołującego materiały niezbędne do realizacji zamówienia licząc według cen rynkowych loco wytwórnie/ producent przedstawiają się jak w załączonym do odwołania zestawieniu.

Z przedmiotowego zestawienia wynika, że wartość szacunkowa materiałów wynosi 1 412 256,79 zł netto* 1,23 = 1 737 075,85 zł wartość materiałów brutto.

Wykonawca Colas Polska Sp. z o.o. posiada wytwórnię mieszanki mineralno-asfaltowej w miejscowości Ostaszewo, oddalonej od miejsca wykonania zamówienia o 69 km. Średni rynkowy koszt transportu wynosi 0,30 zł/t/km.

Wobec powyższych założeń transport najważniejszych materiałów na plac budowy będzie generował następujące koszty po stronie Wykonawcy:

- mieszanka mineralno-asfaltowa (od wytwórni Wykonawcy w miejscowości Ostaszewo) 69 km mnożąc przez średni rynkowy koszt transportu 0,30 zł/t/km daje następujące wyliczenie: $5\,898,16 \text{ mg masy mineralno – asfaltowej} * 0,3 \text{ zł/t/km} * 69 \text{ km} = 122\,091,91 \text{ zł netto} * 1,23 = 150\,173,05 \text{ zł}$ wartość transportu masy brutto;

- beton, stabilizacja cementowo-piaskowa, podsypka cementowo-piaskowa (przy założeniu najbliższego węzła betoniarskiego w odległości 20 km od placu budowy) mnożąc przez średni rynkowy koszt transportu 0,30 zł/t/km, tj.

$519,04 \text{ m}^3 \text{ mieszanek betonowych} * 2,1 \text{ mg/m}^3 * 0,3 \text{ zł/t/km} * 20 \text{ km} = 6\,539,90 \text{ zł netto} * 1,23 = 8\,044,08 \text{ zł}$ wartość transportu mieszanek betonowych brutto;

- kruszywo (założenie czołowego producenta kruszyw LAFARGE POLSKA Zakład w miejscowości Wapienno w odległości 96 km od placu budowy) mnożąc przez średni rynkowy koszt transportu 0,30 zł/t/km, tj.

$2\,491,88 \text{ mg kruszywa} * 0,3 \text{ zł/t/km} * 96 \text{ km} = 71\,766,14 \text{ zł netto} * 1,23 = 88\,272,36 \text{ zł}$ wartość transportu kamienia brutto.

Sumaryczny koszt transportu materiałów na plac budowy wyniesie: $150.173,05 + 8.044,08 + 88.272,36 = 246.489,49 \text{ zł}$.

W konsekwencji suma materiałów oraz ich transportu do miejsca wykonania zamówienia wynosi 1 983 565,34 zł, tj. materiał : 1 737 075,85 zł oraz transport materiałów: 246 489,49 zł.

Do wykonania robót budowlanych niezbędnych jest wiele dodatkowych elementów, które powodują powstanie kosztów po stronie wykonawcy, wśród których wymienić można dowóz maszyn, dowóz pracowników, praca maszyn i pracowników, obsługa geodezyjna, przygotowanie dokumentacji powykonawczej, itp.

Biorąc pod uwagę fakt, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza miała wartość 2.006.354,43 zł, wartość przypadająca na samo wykonanie robót wynosi 2.006.454,43 - 1.983.565,34 = 22.889,09 zł. Wartość ta stanowi zaledwie 1,14% wartości całej oferty wybranego wykonawcy, co w ocenie Odwołującego jest wartością nierealną do osiągnięcia, a przez to cena oferty wybranego wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

Do ustalenia, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską wystarczające jest, że jeden z elementów kształtujących cenę ma charakter rażąco niskiej wyceny. W związku z faktem, że Odwołujący nie miał możliwości zaznajomienia się z wyjaśnieniami Colas Polska Sp. z o.o. co do rażąco niskiej ceny, wobec zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy

przedsiębiorstwa. Obrona praw Odwołującego oraz możliwości argumentacyjne co do tego, który z elementów ceny wybranego wykonawcy powoduje, że cena jest rażąco niska, są znacząco ograniczone. Dlatego Odwołujący przedstawił elementy, które wpływają na wartość oferty, w postaci szacowanych kosztów.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO podnosi się, że nie w każdym przypadku zastrzeżenie m.in. cen jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne. Dla przykładu podał wyrok z 12 kwietnia 2019 r., KIO 532/19, w którym Izba uznała zastrzeżenie tajemnicy za niezasadne. Odwołujący wskazał, że Zamawiający całą treść wyjaśnień wykonawcy uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił szeroką argumentację prawną dotyczącą problematyki rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że niniejsza sprawa jest specyficzna. Na skutek szacowania oferty Zamawiający ustalił, że zamówienie powinno zostać zrealizowane za kwotę 3.979.613,17 zł. Środki te zostały przez Zamawiającego zabezpieczone w budżecie oraz przygotował on postępowanie przetargowe. W ramach postępowania zgłoszonych zostało 6 ofert, przy czym najniższa zakładała wykonanie zadania za kwotę 2.006.354,43 zł, zaś najdroższa za kwotę 2.619.641,48 zł. Wskazane ceny są cenami brutto i zgodnie z przepisami ustawy Pzp były one niższe niż 30% szacowanej wartości zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o złożenie wyjaśnień odnośnie zaproponowanej ceny. Wyjaśnienia złożyli m.in. Odwołujący się oraz Colas Polska Sp. z o.o. Wyjaśnienia obydwu wykonawców były podobne i opierały się o możliwości osobiste wykonawców wskazujące na możliwość pozyskania niezbędnych do wykonania umowy materiałów po cenach przygotowanych specjalnie dla nich, doświadczeniu obydwu firm przy realizacji tego typu zamówień, jak realizowane przez zamawiającego oraz na ceny współpracujących stale z wykonawcami podwykonawców. Oprócz wyjaśnień firma Colas Polska Sp. z o.o. przedstawiła kosztorys ofertowy, w którym wskazywała na poszczególne pozycje.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał wyjaśnienia zarówno Odwołującego się jak i firmy Colas Polska Sp. z o.o. za realistyczne, wiarygodne w porównaniu z cenami rynkowymi innych zgłoszonych ofert. Wskazał, że oferta Odwołującego się jest tylko o 11,3% wyższa niż firmy Colas Polska Sp. z o.o. zaś obliczając obydwie oferty co do różnicy w ich cenie brutto, to różnica ta wynosi 13%. Istotny w sprawie jest fakt, że cena oferty firmy Colas

Polska Sp. z o.o. znacząco nie różni się od innych cen występujących w postępowaniu i w stosunku do oferty najdroższej różnica ta wynosi 30%.

Zamawiający wskazał, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty firmy Colas Polska Sp. z o.o. a tym samym nie można uznać, żeby oferta ta zawierała rażąco niską cenę. Podkreślał, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca może wskazać na optymalizację kosztów czy wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. W szczególności wykonawca może wykazać, że poprzez organizację pracy, planowanie prowadzonych zadań inwestycyjnych czy wykorzystanie posiadanego sprzętu lub zasobów ludzkich jest w stanie w jednym czasie realizować kilka zamówień, redukując jednocześnie dodatkowe koszty związane m.in. z dojazdami. Co jednak ważne, przerzucanie finansowania zamówienia z jednego zadania na drugie należy uznać za niedopuszczalne, zatem koszt realizacji danego zamówienia musi dać się pokryć z oferowanej ceny, a nie z zysku z innych kontraktów. Zamawiający na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z 21.10.2016 r., KIO 1833/16; KIO 1839/16. Oczywiście wykonawca, powołując się na tego typu okoliczności, zobligowany jest je udowodnić. W tym celu powinien pokazać, jakie jednocześnie zadania wykonuje, jak planuje ich wykonanie i w jaki sposób wpływać to będzie na oszczędność kosztów. W niniejszej sprawie firma Colas Polska Sp. z o.o. powołała się na fakt posiadania Wytwórni mieszanki mineralno — asfaltowej, co zdecydowanie obniża koszty oraz stałej współpracy z podwykonawcami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 19 czerwca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami

oraz wyjaśnieniami, ofertę Przystępującego, pisma wzywające Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 22 maja i 2 czerwca 2020 r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 27 maja 2020 r. oraz z dnia 8 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 lipca 2020 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na okoliczność, iż dotyczyły one kalkulacji ceny oferty wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieujawnionej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia powiększona o VAT stanowiła kwotę 3 979 613,17 zł.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło sześciu wykonawców. Ofertę z najniższą cenę złożył Przystępujący, które zaferował 2 006 354,43 zł. Z kolei ofertę z najwyższą cenę złożyła firma MARBRUK Sp. z o.o. Sp. k., która zaferowała kwotę 2 619 641,48 zł.

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert stanowiła kwotę 2 367 791,84 zł. Zatem oferta Przystępującego stanowiła ok. 50 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 85 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Pismem z dnia 22 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił się w szczególności o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wskazywać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny.

Przystępujący pismem z dnia 27 maja 2020 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, które objął w całości tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 2 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazał, iż wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. podając stawkę robocizny kalkulacyjnej powołał się na załączony kosztorys, który nie został załączony.

Pismem z dnia 8 czerwca 2020 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu kosztorys ofertowy oraz ofertę firmy podwykonawczej w celu doprecyzowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 9 czerwca 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę nie zasługiwał na uwzględnienie.

Powyższy zarzut Odwołujący oparł na kalkulacji własnej dotyczącej kosztów materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz kosztów transportu materiałów na miejsce wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego koszt materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia stanowił kwotę 1 737 075,85 zł, a koszt transportu materiałów na plac budowy kwotę 246 489,49 zł, stanowiąc łącznie 1 983 565,34 zł. Odwołujący stał na stanowisku, że skoro oferta wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. zawierała cenę 2 006 354,43 zł, to po odjęciu ww. kosztów materiału oraz ich transportu na teren budowy, wartość przypadająca na wykonanie robót budowlanych stanowiła kwotę 22 889,09 zł odpowiadającą 1,14% wartości oferty Przystępującego, co było zdaniem Odwołującego wartością nierealną do osiągnięcia, a przez to oferta wybranego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Podkreślić jednak należy, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą ww. zarzutu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania odwoławczego ciężar dowodowy (tak KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2540/17).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt rozpoznawanej przez Izbę sprawy wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał twierdzeń stanowiących podstawę zarzutu

dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską. W szczególności wskazać należy, iż Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp względem oferty Przystępującego w oparciu o własną kalkulację dotyczącą kosztów materiałów oraz kosztów transportu materiałów do miejsca realizacji robót budowlanych, nieprzystającą do kalkulacji cenowej sporządzonej przez Przystępującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających sposób kalkulacji i wysokość poszczególnych składników cenowych przyjętych w kalkulacji własnej. Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą nie przedstawił żadnego wyводу merytorycznego referującego do postawionego zarzutu, poprzestając w istocie na podtrzymaniu stanowiska zawartego w odwołaniu. Co istotne, Odwołujący w toku rozprawy, nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępującego COLAS Polska Sp. z o.o. W szczególności podkreślić należy, iż Odwołujący nie podważał realności twierdzeń Przystępującego, który wskazywał, że wartość materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia przyjęta przez COLAS Polska Sp. z o.o. jest o ponad 230 000 zł netto niższa niż obliczona przez Odwołującego, co potwierdza przedłożone przez Przystępującego zestawienie kosztów materiałów. Wskazać przy tym należy, iż zestawienie kosztów materiałów sporządzone przez Odwołującego oraz Przystępującego było tożsame co do poszczególnych pozycji, jednostek obmiarowych oraz ilości, z zastrzeżeniem ilości odnoszącej się do mieszanek mineralno – bitumicznych. W tym miejscu zauważyć również należy, iż Odwołujący nie kwestionował tego, że różnice w przyjętych przez obu wykonawców ilościach mieszanek mineralno – bitumicznych mogły wynikać z różnej gęstości tych mieszanek.

Odwołujący nie podważał również twierdzeń Przystępującego co do realności przyjęcia niższej aniżeli wskazywana przez Odwołującego (0,30 zł t/km) stawki transportowej poszczególnych materiałów (masa mineralno – asfaltowa, beton, stabilizacja cementowo – piaskowa, podsypka cementowo – piaskowa, kruszywo) za tonę/kilometr, co też przekładało się na niższe koszty transportu materiałów na teren budowy o około 50 tysięcy złotych brutto względem obliczeń prezentowanych przez odwołującego się Wykonawcę. Przyjętą przez Przystępującego wysokość stawki transportowej potwierdzała oferta podwykonawcy.

Izba stwierdza, że Przystępujący, odpierając twierdzenia Odwołującego w zakresie wysokości kosztów materiałów oraz kosztów transportu materiałów na teren wykonania zamówienia, przedstawił kontrdowody i wykazał, że po odjęciu od ceny ofertowej ww. kosztów, kwota pozostawiona na wykonanie robót budowlanych będzie stanowiła ok. 18% ceny oferty. Odwołujący nie twierdził przy tym, że wartość ta nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów związanych z wykonaniem robót budowlanych.

Izba wskazuje, iż z uwagi na skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, brak jest możliwości szczegółowego odniesienia się do poszczególnych aspektów tych wyjaśnień.

Niemniej jednak, mając na uwadze treść zarzutów odwołania wyznaczających granice rozstrzygnięcia, Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty złożonych przez wykonawcę COLAS Polska Sp. z o.o. Wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiadające wezwaniom Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r. oraz 2 czerwca 2020 r., które poparte zostały kosztorysem ofertowym oraz ofertą podwykonawcy. Wykonawca COLAS Polska Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach wskazał na obiektywne czynniki umożliwiające wykonawcy obniżenie ceny ofertowej.

Dostrzec również należy, iż w wystosowanych do Przystępującego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Zamawiający nie wskazał, które elementy kosztotwórcze budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie ich rzetelnej wyceny. Jednocześnie jak wyjaśniał Zamawiający w toku rozprawy okoliczność, iż Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty wynikała z błędnego oszacowania wartości zamówienia na kwotę 3 979 613,17 zł brutto. Zamawiający zwracał przy tym uwagę, iż ceny zaoferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu nie charakteryzowały się znaczącą rozpiętością, bowiem różnica między ceną oferty zaoferowaną przez Przystępującego a ofertą z najwyższą ceną wynosiła około 30%. Ponadto zarówno Przystępujący jak i Zamawiający podnosili, że wyjaśnienia ceny oferty złożone przez obu wykonawców były na zbliżonym poziomie (przy czym wyjaśnienia wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. zostały dodatkowo poparte kosztorysem ofertowym i ofertą podwykonawcy).

Reasumując powyższe w ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Przystępujący składając wyjaśnienia poparte kosztorysem ofertowym oraz ofertą podwykonawcy udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż wybór oferty Przystępującego dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła

w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 4 428 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia oraz kosztów dojazdu w kwocie 668,22 zł na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: