

Sygn. akt: KIO 776/22

**WYROK**

z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Białej Podlaskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Biała Podlaska**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Białej Podlaskiej** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Biała Podlaska [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na *budowę ścieżki pieszko-rowerowej w Białej Podlaskiej od ul. Jana Pawła II na wschód wraz z robotami towarzyszącymi* (znak postępowania: ZP.271.1.7.2022.MCH2).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00046475/01.

W dniu 21 marca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Białej Podlaskiej [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez Oferenta dokumentów w zakresie jego zdolności technicznych lub zawodowych wskazanych w SWZ Rozdz. VII ust. 2 pkt 4) w zakresie części 1, a w szczególności „Poświadczenia należytego wykonania prac” z dnia 06.12.2021 r. gdyż z informacji jakie posiada Odwołujący (co sygnalizował Zamawiającemu w piśmie z dnia 16.03.2022 r.) wynika, iż prace jakie wykonał Oferent jak nazwano to w w/w dokumencie „budowa drogi na fermie drobiu w Korczówce” nie były jedynymi pracami jakie Oferent wykonywał na rzecz M. W., a kwota 2.214.000,00 zł obejmuje wartość również innych prac jakie Oferent wykonał w procesie budowy samej fermy drobiu i w znacznej części polegających na dostawie betonu do wykonania budynku samej fermy drobiu, a z samej treści w/w pisma nie wynika jednoznacznie, iż wartość 2.214.000,00 zł to wartość jedynie robót budowlanych polegających na budowie drogi, czy też stanowi wartość ogółu prac jakie Oferent wykonywał w trakcie procesu budowlanego budowy fermy drobiu w Korczówce. Należy również zauważyć, iż w dokumencie tym się stwierdza, iż w/w kwota to „wartość robót wykonywanych” przez Oferenta, a nie konkretnie robót budowlanych polegających na budowie drogi. W związku z tym takie działanie Oferenta winno powodować wykluczenie Oferenta na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez Oferenta dokumentów w zakresie jego zdolności technicznych lub zawodowych wskazanych w SWZ VII ust. 2 pkt 4) w zakresie części 1, a w szczególności „Poświadczenia należytego wykonania prac” z dnia 16.11.2020 r. gdyż z informacji jakie

posiada Odwołujący (co sygnalizował Zamawiającemu w piśmie z dnia 16.03.2022 r.) wynika, iż prace jakie wykonał Oferent jak nazwano to w w/w dokumencie „*drogi i place manewrowe*” nie były jedynymi pracami jakie Oferent wykonywał na rzecz J. W., a kwota 2.068.000,00 netto zł obejmuje wartość również innych prac jakie Oferent wykonał na rzecz J. W.. W związku z tym takie działanie Oferenta winno powodować wykluczenie Oferenta na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Oferenta, pomimo że Oferent nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4. art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Oferenta wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta Oferenta zawiera cenę rażąco niską;

5. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Oferenta, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Oferenta jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Oferenta jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
3. odrzucenia oferty Oferenta z przyczyn wskazanych w odwołaniu bądź nawet wykluczenia Oferenta z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu;
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W zakresie zarzutów, o których mowa w punktach 1. – 2. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez Oferenta dokumentów w zakresie jego zdolności technicznych lub zawodowych wskazanych w SWZ VII ust. 2 pkt 4) w zakresie części 1, a w szczególności „Poświadczenia należytego wykonania prac” z dnia 06.12.2021 r. gdyż z informacji jakie posiada Odwołujący (co sygnalizował Zamawiającemu w piśmie z dnia 16.03.2022 r.) wynika, iż prace jakie wykonał Oferent jak nazwano to w w/w dokumencie „*budowa drogi na fermie drobiu w Korczówce*” nie były

jedynymi pracami jakie Oferent wykonywał na rzecz M. W., a kwota 2.214.000,00 zł obejmuje wartość również innych prac jakie Oferent wykonał w procesie budowy samej fermy drobiu i w znacznej części polegających na dostawie betonu do wykonania budynku samej fermy drobiu, a z samej treści w/w pisma nie wynika jednoznacznie, iż wartość 2.214.000,00 zł to wartość jedynie robót budowlanych polegających na budowie drogi, czy też stanowi wartość ogółu prac jakie Oferent wykonywał w trakcie procesu budowlanego budowy fermy drobiu w Korczówce. Należy również zauważyć, iż w dokumencie tym się stwierdza, iż w/w kwota to „wartość robót wykonywanych” przez Oferenta, a nie konkretnie robót budowlanych polegających na budowie drogi. Zgodnie zaś z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.” i takich czynności wbrew w/w wątpliwościom Zamawiający nie dokonał. Stąd też niezbędne zdaniem Odwołującego się jest przesłuchanie M. W. wystawcę dokumentu „Poświadczenia należytego wykonania prac” z dnia 06.12.2021 r. o co Odwołujący wnosił już wcześniej w niniejszym odwołaniu. Posługiwanie się takim w/w dokumentem przy posiadaniu wiedzy, że nie odpowiada on rzeczywistości lub wprowadza w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu winno być również przesłanką do wykluczenia Oferenta na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy również zaniechania wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez Oferenta dokumentów w zakresie jego zdolności technicznych lub zawodowych wskazanych w VII ust. 1 pkt 4) w zakresie części 1, w zakresie „Poświadczenia należytego wykonania prac” z dnia 16.11.2020 r. gdyż z informacji jakie posiada Odwołujący (co sygnalizował Zamawiającemu w piśmie z dnia 16.03.2022 r.) wynika, iż prace jakie wykonał Oferent jak nazwano to w w/w dokumencie „drogi i place manewrowe” nie były jedynymi pracami jakie Oferent wykonywał na rzecz J. W., a kwota 2.068.000,00 netto zł obejmuje wartość również innych prac jakie Oferent wykonał na rzecz J. W.. W związku z tym takie działanie Oferenta winno powodować wykluczenie Oferenta na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutów zawartych w punktach 3. – 5. *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający pismem wezwał Oferenta do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny brutto. Podkreślał, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwanie do wyjaśnień ceny było w pełni uzasadnione, w szczególności ze względu na to, że zaproponowana przez Oferenta cena za wykonanie zamówienia odbiega o 42,82% od kwoty

przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i w znacznej wartości od wartości innych ofert. Wezwanie Oferenta do wyjaśnień ceny ustanawia domniemanie, iż cena oferty Oferenta jest rażąco niska, co potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych. Oferent, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest ww. domniemanie obalić poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. To wyjaśnienia Oferenta mają doprowadzić do obalenia ww. domniemania. Odwołujący podniósł, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją opisaną w powołanym przepisie art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. W świetle treści ww. przepisów nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień ceny.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach ceny z 04.03.2022 r. złożonych przez Oferenta próżno szukać jakichkolwiek informacji, które wyjaśniałyby wysokość zaoferowanej ceny w sposób przekonujący, a co więcej są to wyjaśnienia niepełne i niezgodne z dokumentacją stanowiącą część niniejszego postępowania. Otóż zgodnie z dokumentacją przetargową należało wycenić Część 1 -Zadanie nr 1 składające się z etapu 2a oraz etapu 3. Zamawiający na stronie platformy zakupowej zamieścił dokumentację przetargową, w skład której dla części 1 – zadanie nr 1 wchodziła dokumentacja projektowa wraz z przedmiarami robót. Dla etapu 2a zamieszczono trzy przedmiary: roboty drogowe, roboty budowlane, roboty elektryczne. Dla etapu 3 zamieszczono trzy przedmiary: roboty budowlane (roboty w zakresie kształtowania terenów zielonych), roboty elektryczne oraz roboty drogowe.

W wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Oferent przedstawił swoją kalkulację ceny zmieniając zapisy przedmiaru robót branży drogowej dla etapu 2a, tłumaczył się iż jego „wycena została przeprowadzona na podstawie dokładnej analizy i kalkulacji projektów wykonawczych oraz załączników w postaci rysunków i map (przedstawiające przekroje, warstwy konstrukcyjne, plany sytuacyjno – wysokościowe)”. Jednakże analizując dokumentację projektową Zamawiający, dysponując znakomitą kadrą techniczną m.in. drogową, na pewno zauważył iż w przedstawionym wyjaśnieniu i wycenie są rażące pominięcia.

Zgodnie z dokumentacją projektową Etapu 2a branży drogowej należy wybudować ścieżkę pieszo-rowerową na podbudowie składającej się z dwóch warstw kruszywa łamanego o grubości 15 cm każda. Przedstawione przez Oferenta wyliczenie kosztów robót branży drogowej pomija koszt jednej warstwy podbudowy z kruszywa łamanego, na następujących odcinkach:

-548 m- pomiędzy mostem w ciągu al. Jana Pawła II a ul. Kąpielową przy wschodnim krańcu ciepłociągu;

- 295 m - jaz na Krznie przy ujściu Klukówki – ul. ks. Brzóska.

Zgodnie z dokumentacją projektową branży drogowej rysunki przedstawiające profil podłużny na przedmiotowym odcinku ścieżki, należy wykonać m.in. roboty ziemne w postaci wykonania nasypów budowlanych. W przedstawionych przez Oferenta wyliczeniach brakuje wyceny wymaganych dokumentacją nasypów. Udostępnione przez Zamawiającego przedmiary robót zawierały pozycję: „Formowanie i zagęszczanie nasypów o wys. do 3.0 m spycharkami w gruncie kat. III-IV”, którą Oferent usunął, przez co znacząco zaniżył wartość swojej oferty.

W przedstawionym przez oferenta kosztorysie robót drogowych brakuje również wyceny odwodnienia w postaci przepustów przewidzianych w dokumentacji projektowej dla zadania nr 1.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Oferent Zamawiającemu tłumaczył iż kalkulację sporządził po „dokładnej analizie” projektów. Dodatkowo w złożonej przez Oferenta odpowiedzi na wezwanie rażąco niskiej ceny całkowicie brakuje wyceny etapu 3 obejmującego, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia:

*„W zakres zadania nr 1 wchodzi również etap 3 ścieżki, a mianowicie: a) budowa drogi pieszo-rowerowej ~63 m o nawierzchni bitumicznej; b) budowa sieci, i instalacji zewnętrznych elektroenergetycznych wraz z montażem oświetlenia zewnętrznego. Zaprojektowano latarnie parkowe o wysokości 4 m, wandaloodporne, słup o przekroju okrągłym, wykonany z aluminium, źródło światła LED, oświetlenie inteligentne.”*

Ponadto to w skład etapu 3 wchodzi wycinki i nasadzenia, których również Oferent nie skosztorysował. Czy to na pominiętych w wycenie robotach Oferent zamierza poczynić oszczędności poprzez niewykonanie części zadania nr 1?

Zamawiający analizując wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jaką przedstawił Oferent – Zakład Produkcyjno-Usługowy T. S., zaniechał czynności odrzucenia oferty złożonej przez Oferenta pomimo wykazanych wyżej braków.

Odwołujący podkreślał, że w orzecznictwie Izby już dawno przesądzono, iż wyjaśnienia ceny nie mogą polegać na zdawkowym wskazaniu okoliczności (czynników), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę, tak jak to uczynił Oferent w swoich wyjaśnieniach. Wykonawca musi wskazać jakie konkretnie oszczędności może poczynić (na jakich kosztach zaoszczędzić i w jakiej konkretnie wysokości) i jakie są czynniki cenotwórcze. Stanowisko Izby w tym zakresie jest jednolite i ugruntowane.

Odwołujący wskazał, że Oferent w wyjaśnieniach ceny nawet nie usiłował wykazać okoliczności wpływających na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, w szczególności nie wskazał na żadne oszczędności, które może dzięki nim poczynić, nie mówiąc już o wskazaniu i udowodnieniu konkretnej wysokości tych oszczędności. Także ta okoliczność całkowicie dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia. Analiza kalkulacji ceny złożonej przez Oferenta nie pozostawia żadnych wątpliwości, że nie uwzględnił on w cenie oferty również

wielu innych kosztów, jakie będzie musiał ponieść w celu zgodnej z SWZ realizacji zamówienia. Przykładowo należy wskazać:

- „ponoszenie kosztów zużytej wody i energii elektrycznej w czasie trwania robót, które własnym staraniem zapewni sobie wykonawca” zgodnie z § 4 ust. 3 pkt. 2 wzoru umowy stanowiącego część dokumentacji niniejszego postępowania;
- koszty złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z § 8 wzoru umowy stanowiącego część dokumentacji niniejszego postępowania;
- koszty ubezpieczenia zgodnie z § 12 wzoru umowy stanowiącego część dokumentacji niniejszego postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślał, że nie będzie żadnym argumentem w sprawie to, iż zgodnie z punktem SWZ XIV 1) cena oferty brutto stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia. Jak się bowiem podnosi w orzecznictwie KIO: charakter wynagrodzenia pozostaje bez wpływu na sposób kalkulacji ceny – zarówno przy wynagrodzeniu ryczałtowym, jak i kosztorysowym każdy z elementów składających się na cenę całkowitą musi zostać rzetelnie skalkulowany. Zatem ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy przedmiotowego zamówienia nie powoduje, że Oferent mógł złożyć wyjaśnienia ceny w sposób lakoniczny, niewiarygodny i obarczony licznymi wadami. W szczególności ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie pozwala na zaoferowanie ceny poniżej kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że z przepisów ustawy Pzp oraz utrwalonego orzecznictwa KIO i Sądów Okręgowych wynika, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez Zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień i poparcie ich dowodami. Powyższe stanowisko również zostało potwierdzone w szeregu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych. Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy oraz do wyjaśnień ceny złożonych przez Oferenta ponownie wskazać należy, że w złożonych wyjaśnieniach nie obalił on domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Należy podkreślić, że wszelkie informacje i dowody powinny stanowić element wyjaśnień ceny złożonych Zamawiającemu w toku badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 6. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez Oferenta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego (lub Oferent powinien zostać nawet wykluczony z niniejszego postępowania), a Zamawiający, po jej odrzuceniu, jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 marca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutów zawartych w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania Zamawiający podał, że po weryfikacji podmiotowych środków dowodowych złożonych przez ZPU T. S., stwierdził, że wykonawca udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw wykluczenia z postępowania. W dniu 15.03.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie miał wątpliwości co do prawdziwości informacji zawartych w złożonym przez Wykonawcę ZPU T. S. wykazie robót budowlanych wraz z referencjami. Nie miał żadnych podstaw aby tak sądzić. W dniu 16.03.2022 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych złożył w kancelarii ogólnej Urzędu Miasta Biała Podlaska pismo datowane na dzień 15.03.2022 r. w którym m.in. informuje Zamawiającego, że Jego zdaniem z załączonych referencji wystawionych przez Zakład Usług Remontowo Budowlanych J. W. nie wynika jednoznacznie, że roboty wykonane zostały w ramach jednej umowy (1 roboty budowlanej), co stanowi warunek udziału w postępowaniu wymieniony w SWZ Rozdział VII pkt 2. ppkt 4), oraz, że załączone referencje wystawione przez firmę Ferma Drobiu M. W. budzą wątpliwości co do realizacji drogi w jednym czasie w ramach jednego zadania o zadeklarowanej powierzchni (porównanie ze zdjęciami satelitarnymi z portalu geoportal.gov.pl). Zamawiający podkreślał, że nigdzie w dokumentach zamówienia nie stawiał warunku aby roboty miały być wykonane w ramach jednej umowy. Zamawiający nie wie skąd taki wniosek wyciągnął Odwołujący. Odnośnie wątpliwości Odwołującego co do realizacji robót budowlanych wykazanych w wykazie robót złożonych przez ZPU T. S., Zamawiający wskazał, że są to jedynie domniemania Odwołującego nieoparte jakimikolwiek dowodami. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie miał wątpliwości co do prawdziwości treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, więc nie było potrzeby wzywania Wykonawcy ZPU T. S. do wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca ZPU T. S. w przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokumentach, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Odnośnie zarzutów zawartych w punkcie 3. - 6. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że w części 1 zamówienia wezwał Wykonawcę ZPU T. S. do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył Zamawiającemu wyjaśnienia ceny. Po weryfikacji wyjaśnień Zamawiający uznał że wyjaśnienia są wystarczające aby uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Co do zarzutów Odwołującego dotyczących braku wyceny niektórych elementów w złożonych wyjaśnieniach, Zamawiający ustosunkowuje się do zarzutów w sposób następujący:

Zadanie nr 1 składa się z następujących ciągów:



- pomiędzy mostem w ciągu al. Jana Pawła II a ul. Kąpielową przy wschodnim krańcu ciepłociągu ~548 m
  - wschodni kraniec ciepłociągu – ul. Brzegowa ~250,5 m
  - jaz na Krznie przy ujściu Klukówki – ul. ks. Brzóska ~295 m
  - przebudowa i rozbudowa drogi dojazdowej (technicznej) wzdłuż istniejącego ciepłociągu naziemnego na drogę pieszo-rowerową z dopuszczeniem ruchu samochodów uprawnionych ~965 m;
- łącznie  $548+250,5+295+965 = 2058,5\text{m}$ , co potwierdza poz. nr 1 kosztorysu Wykonawcy załączonego do wyjaśnień w branży drogowej (2,059km).

Analizując kosztorys Wykonawcy załączony do wyjaśnień ceny Zamawiający stwierdził że ZPU T. S. wyceniając roboty budowlane ujął w wycenie zadania nr 1 wszystkie składowe dokumentacji projektowej, w tym etap III, co potwierdzają wartości poszczególnych pozycji przedmiarowych: etap III mieści się bowiem w odcinku 548 m. Zastosowane przez Wykonawcę narzuty (koszty pośrednie, zysk) oraz stawki cen robocizny, materiałów i sprzętu są realne i nie budzą wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca nie pominął kosztu wykonania jednej warstwy podbudowy, którą ujął w poz. 9 kosztorysu branży drogowej: Cytat z dokumentów przetargowych: „zamawiający dopuszcza zastosowanie betonu C8/10 w geosiatce trójosiowej na dolną warstwę przekroju poprzecznego budowanych ścieżek zamiennie za kruszywo łamane stabilizowane mechanicznie o tej samej grubości, tj. 15 cm po zagęszczeniu”. Przedmiary załączone do przetargu były ryczałtowe i zawierały 1 pozycję – komplet. Cytat z dokumentów przetargowych: „przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy, należy go wycenić na podstawie załączonego projektu budowlanego oraz wykonawczego; przedmiary mają charakter pomocniczy, nie są podstawą wyceny oferty”.

Wykonawca wycenił wszystkie roboty ziemne zadania nr 1 w pozycjach nr 2, 3, 4 oraz 5 kosztorysu branży drogowej, co zdaniem Zamawiającego jest prawidłowe, zaś przedstawiony zakres rzeczowy w pełni realny i odzwierciedlający całość robót ziemnych związanych z zadaniem nr 1 (w tym etap III i Przepust).

Zdaniem Zamawiającego cena oferty wykonawcy ZPU T. S. nie jest ceną rażąco niską, zastosowane przez Wykonawcę narzuty (koszty pośrednie, zysk) oraz stawki cen robocizny, materiałów i sprzętu są realne. W ofercie zostały wycenione wszystkie elementy zakresu zamówienia. W związku z tym nie ma podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy ZPU T. S. z powodu rażąco niskiej ceny.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

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. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 marca 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, dokumentację projektową oraz zawiadomienie o wyborze oferty dotyczące części 1. zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 kwietnia 2022 r.

Izba działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka p. M. W. oraz p. J. W. na okoliczność daty, okoliczności, przyczyn i zdarzeń towarzyszących powstaniu poświadczenia należytego wykonania umowy odpowiednio z dnia 6 grudnia 2021 r. oraz z dnia 16 listopada 2020 r. oraz zakresu rzeczowego prac jakie na rzecz ww. podmiotów wykonywał T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Usługowy T. S. w trakcie całego procesu budowlanego i wartości wykonanych robót budowlanych uznając, że zostały powołane jedynie dla zwłoki. Zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach zarzutów odwołania. W przedmiotowej sprawie, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż dopuszczenie dowodu wnioskowanego przez Odwołującego było zbędne dla rozpoznania istoty niniejszej sprawy, co w konsekwencji prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 4 SWZ, wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie drogi albo chodnika albo ścieżki rowerowej lub pieszko rowerowej albo innych obiektów o charakterystyce drogowej (np. place, parkingi) o wartości co najmniej - Część 1 - 2.000.000,00 zł brutto.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 SWZ, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 ustawy Pzp. Analogiczne fakultatywne podstawy wykluczenia zostały określone w sekcji 5.2.) ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 8 ppkt 1 SWZ, Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Do wykorzystania wzór wykazu robót budowlanych (druk), stanowiący Załącznik nr 10 do SWZ.

W części 1 postępowania o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 6 438 108,35 zł, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego „TreDROM” sp. z o.o. z ceną 7 040 202,91 zł oraz T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Usługowy T. S. [dalej „T. S.”] z ceną 3 632 436,00 zł.

Wartość szacunkowa części 1 zamówienia powiększona o VAT stanowiła 6 352 158,68 zł. Z kolei średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w części 1 zamówienia stanowiła 5 703 582,42 zł.

Z powyższego wynika, iż cena oferty wykonawcy T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Usługowy T. S. stanowiła 63,69% średniej cen złożonych oferty oraz 57,18% wartości części 1 zamówienia powiększonej o VAT.

Pismem z dnia 1 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę T. S. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Wątpliwości Zamawiającego budziły przede wszystkim koszty pracy uwzględnione w cenie oferty wykonawcy T. S..

Pismem z dnia 4 marca 2022 r. wykonawca T. S. przedstawił wyjaśnienia ceny oferty oraz załączył trzy kosztorysy ofertowe.

Pismem z dnia 7 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę T. S. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca T. S. przedstawił wykaz robót budowlanych (załącznik nr 10 do SWZ) zawierający dwie pozycje:

1. „Wykonanie dróg i placów manewrowych” na kwotę 2 543 640 zł na rzecz Zakładu Usług Remontowo Budowlanych J. W.;
2. „Budowa drogi na fermie Drobiu w Korczówce” na kwotę 2 214 000 zł na rzecz Fermi Drobiu M. W..

Ponadto wykonawca przedstawił poświadczenia należytego wykonania prac dotyczące ww. zadań inwestycyjnych odpowiednio z dnia 16 listopada 2020 r. oraz 6 grudnia 2021 r.

W dniu 15 marca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą w części 1. zamówienia uznał ofertę wykonawcy T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Usługowy T. S.. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy T. S. do wyjaśnienia dokumentów dotyczących jego zdolności technicznych lub zawodowych wskazanych w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) SWZ w zakresie części 1., tj. poświadczenia należytego wykonania prac z dnia 6 grudnia 2021 r. i 16 listopada 2020 r.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż do postępowań o udzielenie zamówień publicznych o wartości mniejszej niż progi unijnej znajduje zastosowanie art. 128 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zarzucany przez Odwołującego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy z kolei

badania i oceny ofert poprzez żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie precyzyjnych informacji dotyczących treści oferty, nie zaś dokumentów podmiotowych składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od błędnie wskazanej przez Odwołującego podstawy prawnej zarzutu - w ocenie Izby - w okolicznościach przedmiotowej sprawy wykonawca T. S. na podstawie złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia środków dowodowych wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 SWZ.

Odnosząc się zarzutów dotyczących zadania inwestycyjnego wskazanego w pozycji 2. Wykazu robót budowlanych pn. „Budowa drogi na fermie Drobiu w Korczówce” Izba stwierdza, że nie można zgodzić się z Odwołującym, iż z treści poświadczenia należytego wykonania prac z dnia 6 grudnia 2021 r. nie wynika jednoznacznie, że wartość 2 214 000 zł dotyczyła wyłącznie robót polegających na budowie drogi. Z ww. pisma oraz wykazu robót budowlanych wprost wynika, że przedmiotem inwestycji była budowa drogi na fermie drobiu w Korczówce, nie zaś budowa drogi wraz z budynkiem fermy drobiu. Tym samym z treści ww. dokumentów w żadnej mierze nie można wywnioskować, że kwota 2 214 000 zł dotyczyła innych prac niż polegających na budowie drogi na fermie drobiu. Odwołujący wbrew regule określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie dowiódł, że wykonawca T. S. wykonywał również inne prace w ramach ww. zadania, w tym polegające na dostawie betonu do wykonania budynku fermy drobiu, które zawierały się – zdaniem Wykonawcy - w kwocie 2 214 000 zł.

Przechodząc do zarzutów dotyczących inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych pn. „Wykonanie dróg i placów manewrowych” Odwołujący podniósł w odwołaniu, że *»„drogi i place manewrowe” nie były jedynymi pracami jakie Oferent wykonywał na rzecz J. W., a kwota 2.068.000,00 netto zł obejmuje wartość również innych prac jakie Oferent wykonał na rzecz J. W.»* Odwołujący nie wskazał przy tym jakie inne prace w ramach ww. zadania inwestycyjnego wchodziły w zakres przedmiotowej inwestycji. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił na poparcie prezentowanego stanowiska żadnych dowodów, poprzestając na własnych przypuszczeniach. Z kolei argumentacja Odwołującego, iż wartość zadania - 2.068.000,00 netto zł dotyczyła łącznie wykonania dróg i placów manewrowych, jak również że w referencji nie podano miejsca wykonania robót, powierzchni drogi i placów manewrowych podniesiona została dopiero na rozprawie, przez co nie stanowiła przedmiotu oceny Izby zważywszy na treść art. 555 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdza, że okoliczności faktyczne podniesione przez Odwołującego nie mogły stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy T. S. uregulowanej

w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp z uwagi na brak przewidzenia ww. podstawy wykluczenia w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. Stosownie bowiem do treści art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i SWZ wskazał, że wykluczeniu podlegał będzie wykonawca, w stosunku do którego zajdzie okoliczność z art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego zarzut zaniechania wezwania wykonawcy T. S. do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych dotyczących poświadczeń należytego wykonania umowy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczące nieprawidłowej oceny wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez wykonawcę T. S. w części 1. zamówienia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym - pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w orzecznictwie Izby poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, 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 specyfikacji 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. Jednocześnie 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).

Izba wskazuje, iż bezspornie w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaistniała przesłanka obligująca Zamawiającego do wezwania wykonawcy T. S. w części 1. zamówienia do przedstawienia wyjaśnień ceny oferty wraz z dowodami, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca T. S. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia cenowe poparte trzema kosztorysami ofertowymi. Odwołujący w zakresie ww. zarzutów podniósł, że wykonawca T. S. nie obalił domniemania ceny rażąco niskiej, ponieważ nie uwzględnił w kalkulacji cenowej dotyczącej części 1. kosztów wykonania jednej warstwy podbudowy z kruszywa łamanego, na następujących odcinkach 548 m - pomiędzy mostem w ciągu al. Jana Pawła II a ul. Kąpielową przy wschodnim krańcu ciepłociągu oraz 295 m - jaz na Krznie przy ujściu Klukówki – ul. ks. Brzóska, kosztów wykonania nasypów budowlanych, odwodnienia w postaci przepustów, wykonania etapu 3, w skład którego wchodzi m.in. wycinki i nasadzenia zgodnie z dokumentacją projektową. Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca T. S. nie uwzględnił w ofercie ponoszenia kosztów zużytej wody i energii elektrycznej w czasie trwania robót, kosztów złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz kosztów ubezpieczenia zgodnie z § 12 wzoru umowy. Odwołujący stał na stanowisku, iż pominięcie przez wykonawcę T. S. ww. elementów kosztotwórczych winno skutkować odrzuceniem jego oferty jako rażąco zaniżonej.

Zestawiając twierdzenia Odwołującego z argumentacją Zamawiającego należało dojść do przekonania, że Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego, który wskazał, że wykonawca T. S. nie pominął kosztu wykonania jednej warstwy podbudowy, którą ujął w poz. 9 kosztorysu branży drogowej. Jednocześnie Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego, że wykonawca T. S. wycenił wszystkie roboty ziemne zadania nr 1 w pozycjach nr 2, 3, 4 oraz 5 kosztorysu branży drogowej, w tym przepust oraz etap III, który mieści się w odcinku 548 m. W szczególności Odwołujący nie twierdził, że wskazane w odwołaniu czynniki cenotwórcze nie zostały ujęte w pozycjach podanych przez Zamawiającego.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy Pzp). Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.



Uwzględniając powyższe rozważania Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów podważających sposób kalkulacji ceny oferty wykonawcy T. S.. W szczególności stanowisko Odwołującego nie zostało poparte żadnymi wyliczeniami, czy kalkulacjami pozwalającymi stwierdzić, że zaofferowana przez wykonawcę T. S. cena jest ceną oderwaną od realiów rynkowych oraz uniemożliwiającą należyte wykonanie przedmiotowego zadania publicznego. Innymi słowy Odwołujący nie wykazał jaki jest rynkowy koszt elementów, których brak uwzględnienia w cenie oferty wykonawcy T. S. zarzucał w odwołaniu oraz w jaki sposób wpływa on na cenę oferty konkurenta. W tym miejscu Izba wskazuje, że stanowiska Odwołującego nie potwierdza dokumentacja projektowa niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, do której odwoływał się w toku rozprawy Wykonawca. Przedmiotem sporu nie było bowiem to, czy zarzucane w odwołaniu elementy kosztotwórcze należało uwzględnić w cenie oferty, czy też nie, lecz to jaki jest ich rynkowy poziom, czy i w jaki sposób przekłada się on na cenę oferty wykonawcy T. S. oraz to, czy za oferowaną przez Wykonawcę cenę możliwa jest rzetelna realizacja zadania publicznego. Odwołujący nie sprostał obowiązkowi dowodowemu w powyższym zakresie.

Ponadto zauważyć należy, iż Odwołujący, który posiadał złożone przez wykonawcę T. S. kosztorysy ofertowe (wobec uznania przez Zamawiającego, że kosztorysy ofertowe zostały nieskutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) nie zakwestionował w odwołaniu żadnych założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty zawartych w poszczególnych pozycjach kosztorysów. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący odniósł się do pozycji 12 i 13 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej zarzucając wykonawcy T. S. przyjęcie do wyceny zaniżonej liczby słupów oświetlonych i opraw, jak również do poz. 56 – 78 kosztorysu ofertowego branży budowlanej dotyczących zieleni i nasadzeń zarzucając nieuwzględnienie niezbędnych ilości dla wykonania etapu III. Rację miał Zamawiający, iż w odwołaniu nie została również podniesiona kwestia wykonania korytowania i związanego z tym zniżenia kosztów usunięcia namułu gliniastego, torfu oraz piasku drobnego próchnicznego, mocno akcentowana przez Odwołującego podczas rozprawy w kontekście założeń wykonawcy T. S. przyjętych w pozycji 3. i 7. kosztorysu branży drogowej. Odwołujący wykroczył również poza zarzuty odwołania podnosząc, że wykonawca T. S. nie uwzględnił w cenie oferty inwentaryzacji geodezyjnej wszystkich branż stosownie do brzmienia § 4 ust. 3 pkt 13 projektu umowy.

W tym miejscu przypomnieć należy, iż to na wykonawcy będącym profesjonalistą spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 555 ustawy Pzp). Tym samym Odwołujący winien zaprezentować nie

tylko podstawę prawną zastrzeżeń, ale przede wszystkim odnieść się do konkretnych elementów stanu faktycznego.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba uznała za niewykazane.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy T. S. w części 1. zamówienia jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....