Sygn. akt KIO 3005/21

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2021r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez Odwołującego: wykonawcę INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący : .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie, prowadzi na podstawie

przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Renowacja zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej łuków mostu im. Jana Pawła II w Puławach".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 września 2021 r. r. pod numerem 2021/BZP 00168425/01.

W dniu 11 października 2021r. - wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „EURO-DARMAL" sp. z o.o. (dalej: „EURO-DARMAL"), do której to czynności Zamawiający jest obowiązany, z racji na rażąco niską cenę oferty w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, bowiem EURO-DARMAL wycenił odmienny od wymaganego w dokumentacji przetargowej przedmiot świadczenia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy winna ona być odrzucona,

2. art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EURODARMAL z racji na rażąco niską cenę (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie EURO-DARMAL w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia;

- zaniechanie odrzucenia oferty, w której EURO-DARMAL wycenił odmienny od wymaganego w dokumentacji przetargowej przedmiot świadczenia, i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy winna ona być odrzucona, co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez EURO-DARMAL, powodującą wystąpienie rozbieżności między ceną ofertową (kosztem) EURO-DARMAL przedstawionym w ofercie, a wyceną przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego, co również potwierdzają oferty pozostałych Oferentów;

3. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania EURODARMAL do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamych pozycji, tj. istotnych części składowych, co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

4. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezgodne z przepisami Pzp nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu polegające na zaakceptowaniu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w której wycena dotyczy innego zakresu świadczenia, niż wymagany w SWZ, co stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych,

5. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i pkt 5 Pzp i pkt 7 oraz pkt 8 poprzez:

- prowadzenie postępowania niezapewniającego zachowania zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EURO-DARMAL z racji na rażąco niską cenę oferty w stosunku do istotnych części składowych podanych w ofercie EURO-DARMAL w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia;

- zaniechanie wezwania EURO-DARMAL do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty EURO-DARMAL, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- wyboru oferty wykonawcy EURO-DARMAL niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i którego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

6. art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty, którą Zamawiający powinien odrzucić z uwagi na zapis 10.7 SWZ i brak w ofercie EURO-DARMAL odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego sporządzonego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty EURO-DARMAL jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. odrzucenia oferty EURO-DARMAL z postępowania; w konsekwencji:

3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający prowadzi postępowanie, na sfinansowanie którego zamierzał przeznaczyć kwotę w wysokości 2 700 000 zł brutto. EURO-DARMAL zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 2 151 237,56 zł brutto. Zgodnie z pkt 16.5 SWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty Formularz „Oferta", Kosztorys ofertowy. Ponadto wskazał, że w punkcie 17.1 SWZ Zamawiający zastrzegł informację o konieczności wliczenia w ceny jednostkowe innych czynności towarzyszących wykonaniu przedmiotu zamówienia, co dodatkowo wykracza poza opisany zakres pozycji. EURO-DARMAL w pozycji 1 kosztorysu ofertowego podał cenę 30.000 zł, która według Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Podkreślił, że żaden z wykonawców nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a co więcej znacząco zaniżona cena zaoferowana przez EURO-DARMAL nie wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości, pomimo ok 10-krotnego zaniżenia wartości pozycji w porównaniu do kolejnej zaoferowanej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w specyfikacji D-M.00.00.00 dokładnie opisane zostały co najmniej jakie elementy powinny być ujęte w niniejszej cenie. Część dotycząca kosztów opracowania projektu tymczasowej organizacji ruchu, koszty wprowadzenia, utrzymania i demontażu oznakowania tymczasowej organizacji ruchu zostały wprost przypisane do kolejnych pozycji kosztorysowych. Stąd pozostałe koszty opisane w specyfikacji D-M.00.00.00 Wymagania ogólne powinny zostać ujęte w pozycji: 1.1.1. Koszt dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacji D-M.00.00.00. Odwołujący podkreślił, że powyższe stanowiło minimum jakie każdy wykonawca powinien ująć w zakresie robót i czynności. Odwołujący wskazał, że pominął fakt, że we wszystkich pozycjach wykonawcy powinni ująć inne, nie wskazane wprost czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, co dodatkowo obciąża każdą lub dowolnie wybrane przez Wykonawcę pozycje kosztorysu ofertowego. Niemniej jednak bezpośrednio w poz. 1 powinny się znaleźć elementy, których EURO-DARMAL w ocenie Odwołującego nie uwzględnił w złożonej przez siebie ofercie, pomimo istniejącego obowiązku, tj. m.in.:

1. Dokumentacji do opracowania przez wykonawcę (pkt 1.5.2.1. D-M.00.00.00) zgodnie z podziałem wg pkt 1.5.2.na dokumentację Zamawiającego, ale również niezbędną do opracowania przez Wykonawcę, znacząco o większym zakresie niż ta, która została ujęta przez EURO-DARMAL w poz. 1.1.2 kosztorysu ofertowego,

2. Kosztów wynikających z wymogu zapisu końcowego w pkt 1.5.2.1. D-M.00.00.00:

Wszelkie koszty związane z przygotowaniem, zaopiniowaniem i uzgodnieniem w/w dokumentacji są zawarte w cenie Kontraktowej i nie będą podlegały dodatkowej zapłacie; tj.:

- dokumentacja w postaci rysunków Wykonawcy powykonawcze (pkt 1.5.2.1.)

- i rysunki powykonawcze (pkt 1.5.2.2. D-M.00.00.00)

- zabezpieczenie terenu budowy (pkt 1.5.4. D-M.00.00.00)

- ochrona środowiska w czasie wykonywania robót (pkt 1.5.5. D-M.00.00.00)

3. Kosztów wynikających z postanowień z pkt. 9.2 STWIORB

Odwołujący wskazał, że zakładając ponadto, że na wykonanie przedmiotu

zamówienia jest określone do 14 miesięcy, a okres zimowy rozpoczyna się od 15 grudnia i trwa do 15 marca, zatem realizacja zadania będzie zawierać przy najmniej jeden okres zimowy. Tym samym, zakładając podpisanie umowy pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym około listopada 2021 r. konieczne było uwzględnienie utrzymania terenu budowy także przez taki okres i uwzględnienie tego w cenie oferty, co w zdaniem Odwołującego nie zostało objęte ofertą EURO-DARMAL. W postanowieniach umowy określony został wprost obowiązek ciążący na Wykonawcy skutkujący koniecznością rozpoczęcia realizacji i przejęcia terenu budowy w tym pasa drogowego w konkretnie określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym oferta EURO-DARMAL została złożona na podstawie wyceny odmiennego i niekompletnego zakresu robót w kontekście wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący podkreślił, że wskazana powyżej pozycja nr 1 w sposób znaczny odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów jak również od cen wskazanej przez samego Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Tym samym przyjąć należy, iż

wskazany koszt/cena realizacji danej pozycji, a przedstawionych w ofercie EURO-DARMAL,

powoduje realny brak możliwości zrealizowania robót określonych w tej pozycji, co również wpływa w sposób istotny na wartość globalną ceny ofertowej, która to cena jest rażąco niska. Stanowi to bezpośrednie wskazanie do odrzucenia oferty EURO-DARMAL.

Z powołanego powyżej uzasadnienia zaniechanie wyjaśnienia ceny oferty, co najmniej w kontekście wskazywanej ceny jednostkowej bądź istotnych części składowych, ale również w kontekście całej treści oferty - stanowi w niniejszym przypadku rażące naruszenie przepisów Pzp, wskazanych szczegółowo w pierwszej części niniejszego odwołania.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę poziom cen złożony przez EURO-DARMAL nie jest możliwym wyjaśnienie tak niskiego składnika ceny globalnej, stąd wniosek, że Zamawiający musiał bezkrytycznie przyjąć ofertę obarczoną błędami, które wprost wykazały zaniżone elementy wyceny odbiegające nie tylko od cen rynkowych, ale znacząco odbiegające od wymagań Zamawiającego i podlegające rażąco niskiej cenie. Wyjaśnił, że jako doświadczony wykonawca powziął istotne wątpliwości, czy zaoferowane przez EURO-DARMAL ceny obejmują kompletny zakres prac koniecznych do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego zaoferowane przez EURO-DARMAL ceny jednostkowe wskazane w ofercie nie są cenami rynkowymi, ale może być również tak, że zakres prac jaki został przyjęty przez EURO-DARMAL do wykonania nie odpowiada zakresowi prac koniecznych do wykonania, a wynikających z dokumentacji przetargowej i wymagań postawionych przez Zamawiającego. Stanowi to kolejną przesłankę do odrzucenia oferty EURO-DARMAL z racji na rażąco niską cenę.

Ponadto Odwołujący podkreśla, że oferta EURO-DARMAL Sp. z o.o. nie spełnia wymogu braku podstaw wykluczenia, objętego pkt 10.7 SWZ ze względu na brak załączenia do oferty odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego sporządzonego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, lub wskazania odpowiedniego rejestru z którego można te informacje uzyskać.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie żądania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wyjaśnił, że w § 12 ust. 1 pkt o) TOM II Projektowanych Postanowień Umowy, Zamawiający zobowiązał wykonawców do „prawidłowego utrzymania przekazanego terenu budowy poprzez wykonywanie robót i usług w zakresie bieżącego utrzymania drogi (BUD) i zimowego utrzymania drogi (ZUD) zgodnie z postanowieniami punktu 9 OPZ". Dodatkowo pkt 9 OPZ potwierdza, że „Do obowiązków Wykonawcy w ramach realizacji Umowy należy utrzymanie przekazanego terenu budowy poprzez wykonywanie robót i usług w zakresie: bieżącego utrzymania drogi (BUD) i zimowego utrzymania drogi (ZUD). Za teren budowy należy rozumieć przęsło nurtowe mostu im. Jana Pawła II (w tym jezdnia, chodniki, wyposażenie BRD, oświetlenie, konstrukcje stalowe łuków, pomostu, systemu podwieszenia, widoczne elementy systemu monitoringu konstrukcyjnego mostu).". Ponadto w pkt 9.2. doprecyzowano jak należy rozumieć Zimowe Utrzymanie Dróg tj. „odśnieżanie i zwalczanie śliskości oraz innych niekorzystnych zjawisk atmosferycznych związanych z sezonem zimowym występujących na jezdni, poboczach wraz z koordynacją tych działań oraz zapewnienie niezbędnych środków, sprzętu, materiałów oraz potencjału kadrowego do realizacji ww. celów. W ramach zimowego utrzymania drogi Wykonawca będzie utrzymywał wszystkie nawierzchnie wymienione powyżej, zlokalizowane w granicach terenu budowy i zrealizuje m. in. następujące czynności: a) odśnieżanie; b) posypywanie i polewanie substancjami przeciwdziałającymi śliskości." Natomiast w pkt 1.5.4. STWiORB wskazuje, że „Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania istniejących obiektów (jezdnie, obiekty

mostowe, ścieżki rowerowe, ciągi piesze, znaki drogowe, bariery ochronne, urządzenia odwodnienia, zieleń, pozostałe elementy wyposażenia drogi itp.) na terenie budowy, w okresie dnia przejęcia terenu budowy do dnia przekazania odcinka drogi w utrzymanie odpowiedniemu organowi administracji drogowej, po uprzednim uzyskaniu od Inżyniera Świadectwa Przejęcia Robót (lub odpowiednio: części robót albo odcinka). Powyższe zobowiązanie Wykonawcy do utrzymania nie obejmuje utrzymania tzw. „zimowego utrzymania", polegającego na zwalczaniu śliskości zimowej i odśnieżania odcinków dróg publicznych dopuszczonych do ruchu, za które odpowiedzialny jest odpowiedni organ administracji drogowej.". W opinii Zamawiającego powyższe rozbieżności w dokumentach postępowania, doprowadziły do sytuacji w której, Zamawiający kalkulując wartość szacunkową zamówienia uwzględnił tylko zapisy pkt 1.5.4. STWiORB, przez co nie uwzględnił w żadnej z pozycji kosztorysu inwestorskiego (a w konsekwencji również kosztorysu ofertowego) kosztów zimowego utrzymania dróg. Ta niespójność powyżej opisanych zapisów, doprowadziła do nieprawidłowej kalkulacji zamówienia (Zamawiający nie ujął w niej kosztu zimowego utrzymania dróg), co z kolei mogło spowodować, że część ofert uwzględniało koszty zimowego utrzymania dróg, a część ofert ich nie uwzględniało. Ta sytuacja powoduje, że Zamawiający nie ma pewności, czy złożone oferty są ze sobą porównywalne i obejmują ten sam zakres zamówienia, co w odwołaniu potwierdza Odwołujący, który twierdzi, że uwzględnił koszty zimowego utrzymania dróg w swojej kalkulacji, a poddaje w wątpliwość, czy oferta EURO-DARMAL, która została wybrana jako najkorzystniejsza uwzględnia koszty zimowego utrzymania dróg. Unieważnienie tylko czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie badania i oceny ofert, niestety nie wyeliminuje rozbieżności zapisów dotyczących zimowego utrzymania zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia, STWiORB i postanowieniach umowy, prowadzących do rozbieżnego podejścia Wykonawców w kwestii uwzględnienia bądź nie w cenie oferty kosztów zimowego utrzymania. Zamawiający wyjaśnił, że na etapie postępowania nikt z wykonawców nie wnosił zastrzeżeń do rozbieżności tych zapisów tym samym doszło do składania ofert w oparciu niejednoznaczne zapisy dokumentacji przetargowej Zamawiającego. Tym samym zauważenie tych rozbieżności na tym etapie postępowania nie jest możliwe do naprawienia i musi prowadzić do unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezłożenia przez EURO-DARMAL odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego sporządzonego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, Zamawiający poinformował, że wezwał ww. wykonawcę do złożenia aktualnej informacji wraz z wezwaniem do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 28.09.2021 r. Wykonawca przekazał Zamawiającemu ww. odpis z KRS. Zamawiający nadmienił, że EURO-DARMAL złożył wraz ofertą informację z Krajowego Rejestru Sądowego, jednak wygenerowaną w dniu 29 kwietnia 2021 r., więc wcześniej niż na 3 miesiące przed jej złożeniem, aczkolwiek numer KRS wskazany w powyższym dokumencie pozwolił Zamawiającemu zweryfikować Wykonawcę w bezpłatnej bazie danych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, odpowiedzi na odwołanie. Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w złożonej przez siebie odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że „uwzględnia odwołanie w zakresie żądania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej". Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 522 ust. 1 Pzp Izba

może umorzyć postępowanie odwoławcze tylko w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nie zaś żądań, co w niniejszym postępowaniu uczynił Zamawiający. Podkreślić należy, że na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający w sposób wyraźny oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów wniesionego odwołania, a jedynie żądanie co do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji takiego stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że brak jest przesłanek umożliwiających jej umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, co skutkowało koniecznością merytorycznego rozpoznania odwołania na rozprawie.

Izba zważyła:

Po pierwsze, nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty EURO-DARMAL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z powyższego przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak natomiast przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp skutkuje brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Jak natomiast ustaliła Izba, w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców, w tym wykonawca EURO-DARMAL nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej przez niego ceny oferty z uwagi na brak wystąpienia ustawowych przesłanek warunkujących jej przeprowadzenia. Powyższe skutkuje natomiast stwierdzeniem, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia ww. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp należało uznać za przedwczesne, a w konsekwencji podlegające oddalaniu.

Kolejno rozstrzygnięcia Izby wymagała okoliczność, czy w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do realności cen wskazanych przez EURO-DARMAL w poz. 1 Formularza ofertowego.

Uwzględniając zaprezentowane przez strony postępowania odwoławczego wyjaśnienia i dowody Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że po stronie Zamawiającego takie wątpliwości winny powstać co wiązałoby się z koniecznością wezwania EURO-DARMAL do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem 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.

Z kolei stosownie do art. 224 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty 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.Nie było sporne między stronami, że w rozpoznawanej sprawie cena całkowita oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma

obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich 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. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakikolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał - na zasadach ogólnych - Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub jej elementy składowe, w tym przede wszystkim wycena pozycji numer 1, której wysokość została przez Odwołującego uznana za rażąco niską ma charakter istotny i jest tak niska, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

Izba stwierdziła natomiast, że Odwołujący - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania EURO-DARMAL do wyjaśnień. Odwołujący w uzasadnieniu całkowicie pominął ustawową przesłankę istotności kwestionowanej pozycji składającej się na ogólną cenę oferty. Stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu oraz na rozprawie zmierzało do wykazania, że wycena ww. pozycji jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił w tym zakresie tylko porównanie do cen złożonych przez pozostałych wykonawców oraz wskazał, że wycena tej pozycji odbiega także od wyceny Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Ponadto Odwołujący wskazywał, że taka wycena ww. pozycji pomija wycenę wszystkich czynników kosztotwórczych które zostały przez Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania. Odwołujący jednak całkowicie pominął najważniejszy aspekt, od którego ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. aspekt istotności kwestionowanych pozycji cenowych. Odwołujący ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy nie podjął nawet próby wykazania, że objęta zarzutami pozycja formularza oferty ma w jakimkolwiek znaczeniu charakter istotny.

Wskazać natomiast należy, że jak wyjaśniał Zamawiający, wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie, pozycja zakwestionowana przez Odwołującego została przez niego wyceniona w kosztorysie inwestorskim na kwotę 25 000 zł, a więc na kwotę niższą niż ta zaoferowana przez EURO-DARMAL. Ponadto Zamawiający wskazywał, że nie jest i nie było jego oczekiwaniem aby wykonawca wyceniał usługę zimowego utrzymania dróg, w sytuacji, gdy albo w okresie zimowym prace nie będą realizowane, albo i tak odcinek drogi będzie wyłączony z ruchu co jednoznacznie potwierdza, że nie zaistnieje konieczność świadczenia usługi utrzymania dróg.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu mogącego uprawdopodobnić stawianą przez siebie tezę co do rażącego zaniżenia ww. pozycji przez EURO-DARMAL. Fakt bowiem, że inni wykonawcy wycenili powyższą pozycję w dużo wyższej cenie nie może jednoznacznie potwierdzać, że cena EURO-DARMAL jest rażąco niska. Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego nie wynika, że zakwestionowana pozycja może wpłynąć na to, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest zagrożona i może skutkować dla wykonawcy stratą. Wobec braku wykazania przez Odwołującego ich istotnego znaczenia wynikającego z innych niż wartość okoliczności, należy uznać, że zarzuty odwołania nie mogły być uznane za zasadne. Wobec niewykazania przez Odwołującego okoliczności, od których zależy powstanie obowiązku wezwania do wyjaśnień dotyczących elementów składowych ceny, zarzuty w tym zakresie należy uznać za niezasadne. Skoro Odwołujący nie wykazał, aby przepis art. 224 ust. 1 Pzp znajdował w rozpoznawanej sprawie zastosowanie, odwołanie jest niezasadne.

Na marginesie odnosząc się do wskazywanej przez Zamawiającego rozbieżności w dokumentach postępowania, co w jego opinii mogło spowodować, że część ofert uwzględniało koszty zimowego utrzymania dróg, a część ofert ich nie uwzględniało to podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, wszelkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Nie mniej jednak jak już wyżej wskazano, Odwołujący nie zdołał wykazać ani istotności zakwestionowanej pozycji przy kalkulacji ceny, a tym bardziej nie zdołał wykazać jakimikolwiek dowodami, że za wskazaną przez EURO-DARMAL kwotę realizacja zadania nie jest możliwa.

Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp. Izba ustaliła, że jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający w

dniu 23 września 2021r. wezwał EURO-DARMAL do złożenia w trybie art. 274 st. 1 Pzp do złożenia tej informacji, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Wykonawca odpowiadając na powyższe wezwanie pismem z dnia 28 września 2021r. przedłożył powyższy dokument (str. 27-34 ww. pisma). Powyższe powoduje, że również ten zarzut odwołania jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....