

WYROK

z dnia 9 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2022 r. przez wykonawcę WMMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Parszycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę WMMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Parszycach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WMMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Parszycach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy WMMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Parszycach na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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:

Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. Odbudowa umocnienia brzegu w miejscowości Kuźnica km 11,800—12,290. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00338389/01.

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca WMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Parszycach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Strabag”, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztów w sytuacji, gdy zaoferowane ceny jednostkowe istotnych części składowych inwestycji dla pozycji kosztorysu ofertowego 3 d.2 Wykop tymczasowy oraz 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego, jak również dla pozycji 9 d. 3 Wykop, budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag w sytuacji gdy podana przez niego cena jest rażąco niska na skutek błędnego przyjęcia dla pozycji kosztorysu ofertowego 3 d.2 Wykop tymczasowy oraz 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego cen jednostkowych niepozwalających na realizację zadania;
3. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag w sytuacji gdy zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na błędnym przyjęciu, że dla pozycji kosztorysu ofertowego 3 d.2 Wykop tymczasowy oraz 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego ceny jednostkowe nie pozwalają na realizację zadania;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag w sytuacji gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. przez manipulację cenami jednostkowymi oraz sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w odniesieniu do cen jednostkowych wskazanych w dla pozycji kosztorysu ofertowego 3 d.2 Wykop tymczasowy oraz 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego;
5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy nie została właściwie zbadana pod kątem spełniania warunków i braku podstaw do wykluczenia oraz rażąco niskiej ceny i która powinna zostać w efekcie odrzucona;
6. art. 252 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek braku wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty Strabag, tym samym błędnym przyznaniem punktacji Odwołującemu w kryterium oceny oferty „Cena” na poziomie 59,01 pkt, zamiast 60,00 pkt.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Strabag,
- 2) względem zarzutu nr 4 powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: odrzucenia oferty Strabag; przyznania Odwołującemu w kryterium oceny ofert „Cena” maksymalnej punktacji; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) ewentualnie o, względem zarzutu nr 1, 2 i 3, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych; odrzucenia oferty Strabag; przyznania Odwołującemu w kryterium oceny ofert „Cena” maksymalnej punktacji; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w dniu 17 marca 2022 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 3 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 marca 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem jest odbudowa umocnienia brzegu w miejscowości Kuźnica kmH 11,800 - 12,290. Zamówienie obejmuje ponadto opracowanie dokumentacji projektowej opracowanej przez wykonawcę, która określi przewidywane projektowe rozwiązanie przedmiotowego obiektu. Zamawiający podejmuje decyzję dotyczącą zakresu i sposobu realizacji pracy na podstawie przedstawionego projektu. Ta decyzja będzie podstawą do realizacji robót. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, „Program funkcjonalno-użytkowy” oraz w Załącznikach nr 2.1, 2.2, 2.3. i 2.4 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 16 SWZ pn. Sposób obliczenia ceny:

1. Wykonawca określi cenę realizacji zamówienia poprzez dokonanie wyceny najistotniejszych elementów cenowych w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik 1.1 do niniejszej SWZ). Następnie, Wykonawca zadeklaruje w Formularzu Ofertowym łączną, ostateczną cenę ofertową brutto (wzór formularza stanowi Załącznik 1 do SWZ) obejmującą cały zakres przedmiotu zamówienia, w tym koszt - wykonania filmu promocyjnego, jeśli wykonawca zadeklaruje w ofercie przetargowej jego wykonanie.

2. Zamawiający, szacując wartość zamówienia, przyjął następujące stawki podatku: 1) wykonanie pomiarów i opracowanie dokumentacji projektowej: podatek VAT w stawce 23% 2) wykonanie robót budowlanych: podatek VAT w stawce 0%

3. Cena ofertowa winna obejmować wszystkie elementy kosztowe, składniki cenotwórcze niezbędne do wykonania robót w formule „zaprojektuj i wybuduj”, wymaganej jakości w zakresie określonym w SWZ, PFU i wzorze umowy w wymaganym terminie, włączając w to m. in.: koszty bezpośrednie, koszty ogólne, opłaty i zobowiązania wynikające z charakteru i przepisów dotyczących przedmiotu niniejszego zamówienia, kalkulowany przez Wykonawcę zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty i należności związane z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia.

4. W wyniku nieuwzględnienia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia Wykonawca ponosić będzie skutki błędów w ofercie. Od Wykonawcy wymagane jest szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, a także sprawdzenie warunków wykonania zamówienia i skalkulowania ceny oferty z należytą starannością. (...).

Zgodnie z Kosztorysem ofertowym należało wycenić:

- usługi projektowe,
- opaskę, w ramach której należało wycenić pozycję 3 d.2 Wykop tymczasowy, pozycję 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego (Zamawiający żądał w ramach każdej z ww. pozycji podania m.in. cen jednostkowych, gdzie przewidział 36504 m³)
- zejścia, gdzie należało wycenić pozycję 9 d.3 Wykop (Zamawiający żądał podania

m.in. cen jednostkowych, gdzie przewidział 559 m³).

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 5 909 855,00 zł. Kosztorys inwestorski przewidywał m.in. następujące kwoty: usługi projektowe - 43 050,00 zł; pozycja 3 d.2 Wykop tymczasowy - 12 zł za cenę jednostkową; pozycja 8 d.2 Odtworzenie wału wydrmowego - 12 zł za cenę jednostkową; pozycja 9 d.3 Wykop - 24 zł za cenę jednostkową.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

- Odwołującego z ceną całkowitą brutto 5 754 218, 00 zł, w tym za usługi projektowe - 79 950,00 zł, za pozycję 3 d.2 Wykop tymczasowy - 15 zł za cenę jednostkową, za pozycję 8 d. 2 Odtworzenie wału wydrmowego - 10 zł za cenę jednostkową oraz za pozycję 9 d.3 Wykop - 15 zł za cenę jednostkową;
- Przystępującego z ceną całkowitą brutto 5 659 859,38 zł, w tym za usługi projektowe - 172 200,00 zł, za pozycję 3 d.2 Wykop tymczasowy - 3,85 zł za cenę jednostkową, za pozycję 8 d. 2 Odtworzenie wału wydrmowego - 1,69 zł za cenę jednostkową oraz za pozycję 9 d.3 Wykop - 3,85 zł za cenę jednostkową;
- PROS POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie z ceną całkowitą brutto 10 500 000,00 zł, w tym za usługi projektowe - 94 045,00 zł, za pozycję 3 d.2 Wykop tymczasowy - 17 zł za cenę jednostkową, za pozycję 8 d. 2 Odtworzenie wału wydrmowego - 33 zł za cenę jednostkową oraz za pozycję 9 d.3 Wykop - 17 zł za cenę jednostkową;

Zamawiający wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 8 000 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 10 lutego 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwołujący podnosił, że ceny jednostkowe w ofercie Przystępującego w odniesieniu do pozycji 3 d.2 Wykop tymczasowy, pozycji 8 d. 2 Odtworzenie wału wydrmowego oraz

pozycji 9 d.3 Wykop nie są rynkowe i nie umożliwiają wykonania określonych usług. Dlatego też Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Bezsporną okolicznością jest to, iż nie zaszyły podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem cena Przystępującego nie jest niższa ani o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, ani od średniej arytmetycznej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Izba ustaliła, że cena oferty Strabag była niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o kwotę podatku VAT o 22,14% oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert wynoszącej o 22,52%, a różnica w cenach ofert Strabag i Odwołującego wynosi jedynie 1,64%.

Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Zatem, warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

W okolicznościach sprawy to nie Zamawiający ma wątpliwości co do stawek zaoferowanych przez Przystępującego, a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie do celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego, nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, iż przedmiotem wyjaśnień winny być stawki zaoferowane przez Przystępującego i winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do realności jakiegokolwiek elementu ceny oferty Przystępującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

Odwołujący zaś całkowicie pominał okoliczność, że zamówienie jest realizowane w formule zaprojektuj wybuduj, a więc przed wykonaniem konkretnych robót, to wykonawca ma zaproponować sposób ich wykonania i technologię, co winno znaleźć się w rezultatach prac projektowych. Etap projektowy jest jednym z najbardziej decydujących etapów inwestycji, obarczony jest dużym ryzykiem prawidłowości przyjętych rozwiązań. Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, różnice w wycenie poszczególnych pozycji świadczą jedynie o

indywidualnym sposobie wyceny każdej z ofert, co uczynił zarówno Przystępujący jak i Odwołujący. Indywidualna wycena ma związek z opisem przedmiotu zamówienia który daje założenia, a nie wskazuje na konkretne sposoby czy technologie wykonania. Gros odmienności wyceny poszczególnych pozycji leży w założeniach i planowanej technologii wykonania zamówienia przez każdego z wykonawców.

Przystępujący przedstawił też przyjęty przez siebie skrócony opis technologii, szczegółowe wyliczenia oraz oferty kilku podmiotów, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa, które pokazują realność wskazanych cen. Natomiast dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci ofert podwykonawców w zakresie wykopów odbiegają od cen jakie Przystępujący ma oferowane przez swoich stałych kontrahentów i niewątpliwie wynikają też z przedstawienia odmiennej technologii wykonania prac. Zestawienie cen kwestionowanych pozycji pokazuje jedynie, że różnice występujące pomiędzy cenami jednostkowymi w poszczególnych pozycjach nie świadczą, że dana pozycja została wyceniona poniżej cen rynkowych. Różnice są efektem odmiennego podejścia do sposobu wyceny danej pozycji przez poszczególnych wykonawców.

Równocześnie odnoszenie się przez Odwołującego do cen z innych postępowań, w których Przystępujący brał udział nie ma przełożenia na realia i teren budowy obecnej inwestycji, tym bardziej że zakładana wydajność pracy sprzętu może się różnić, tak jak warunki fizyczne podłoża, co wpływa na ceny.

Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane pozycje są rażąco niskie, tak niskie, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług. Z samego faktu, że Przystępujący w odmienny sposób skalkulował cenę niż uczynił to Odwołujący, nie sposób postawić zarzutu, tym bardziej że w zakresie formuły zaprojektuj i wybuduj brak jednej obligatoryjnie obowiązującej metody wyceny. Dlatego więc, każda metoda, czy to szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego czy kalkulowania ceny oferty przez wykonawców, prowadząca do rzetelnej wyceny zamówienia, jest dopuszczalna.

Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Uwzględniając więc powyższe stanowisko Izba stwierdziła, że kwestionowane pozycje nie mogą wpłynąć na to, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest zagrożona i może skutkować dla wykonawcy stratą. 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.

Izba uznała również za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji odrzucenia oferty 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. Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Niemniej w ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym nie było do tego podstaw, o czym powyżej.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący twierdził, że Przystępujący dopuścił się

manipulacji cenowej w zakresie 3 pozycji kosztorysu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Odwołujący nie opisał na czym konkretnie miała manipulacja cenowa polegać, jakie bezprawne przysporzenie dała Przystępującemu lub jaki uszczerbek wywołała po stronie Zamawiającego lub innych oferentów. Odwołujący nie podołał wykazaniu zasadności swoich twierdzeń, zwłaszcza w zakresie optymalizacji, która miała dać Przystępującemu niezgodne z prawem większe wynagrodzenia na wcześniejszym etapie, utrudnienia dostępu innym oferentom, przyjmując nierealne ceny czy ostatecznie twierdzenia o braku narzutów czy kosztów pośrednich w kwestionowanych pozycjach kosztorysu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz, że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczność, że Przystępujący kalkulując ceny oferty wyżej wycenił usługi projektowe, a niżej wycenił kwestionowane pozycje wynika z przyjętej przez Przystępującego taktyki. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania Przystępującego są sprzeczne. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba uznała również za niezasadny kolejny z postawionych zarzutów, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia kwestionowanej przez

Odwołującego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący na powyższe nie przedstawił żadnych dowodów, a jedynie wywodził omawiane naruszenie ustawy z zarzutu pierwszego, który Izba uznała za niepotwierdzony.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba również uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: