

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 5 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PBW INŻYNIERIA J. G. oraz DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiatowy Zarząd Dróg w Słupcy z siedzibą w Słomczycach, przy udziale wykonawcy B4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego Konsorcjum: PBW INŻYNIERIA J. G. oraz DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego Powiatowego Zarządu Dróg w Słupcy z siedzibą w Słomczycach kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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

postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji w oparciu o art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na przebudowę mostu w ciągu drogi powiatowej nr 3090P w miejscowości Łąd.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r. pod numerem 00067345/01.

W dniu 5 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PBW INŻYNIERIA J. G. oraz DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera we Wrocławiu, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty złożonej przez B4 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnej części składowej podanej w ofercie B4 w stosunku do tej istotnej części składowej wskazanej w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie tożsamego zakresu, tj. istotnej części składowej, a mającej wpływ na cenę całej oferty B4 co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez B4;

2) art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania B4

do złożenia wyjaśnień w zakresie zaofiarowania ceny dotyczącej istotnej części składowej oferty, pomimo jej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamego zakresu tj. istotnej części składowej oferty co spowodowało brak odrzućenia oferty B4 jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty B4 w Postępowaniu, odrzućenia oferty złożonej przez B4 jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zamawiający na sfinansowanie całego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 14 600 000,00 PLN brutto. Zamawiający zgodnie z treścią formularza ofert oczekiwał złożenia oferty cenowej w podziale na dwie istotne części składowe obejmujące: przebudowę mostu na podstawie dokumentacji projektowej (ryczałtowe wynagrodzenie) oraz wykonania oświetlenia mostu w formule „zaprojektuj i wybuduj” (ryczałtowe wynagrodzenie).

Wykonawca B4 globalnie (tj. za dwie części składowe zamówienia) zaofiarował w ramach przedmiotowego zamówienia najniższą cenę, która jednak w sposób znaczący odbiega od wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu jak również jest znacznie niższa od kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia. Zaofiarowana przez B4 globalna kwota za realizację dwóch istotnych części przedmiotowego zamówienia oscyluje na granicy 70% kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Biorąc jednak pod uwagę zaofiarowaną przez B4 kwotę za realizację oświetlenia mostu w formule „zaprojektuj i wybuduj” w wysokości 263 337,85 PLN netto, stwierdzić należy, iż kwota ta za realizację istotnej części zamówienia jest kwotą rażąco niską. W odniesieniu do kwoty jaką zaproponował Odwołujący za realizację tej części zamówienia, wartość zaofiarowana przez B4 stanowi około 12% jej wartości. Nawet przyjmując, iż kwota Odwołującego jest wygórowana, to kwoty zaproponowane przez dwóch pozostałych oferentów które są na bardzo zbliżonym poziomie są od kwoty B4 wyższe o około 60%.

Już choćby w oparciu o powyższe, stwierdzić należy, iż zaofiarowana przez B4 kwota za realizację istotnej części zamówienia jest kwotą nierealną nie pozwalającą na osiągnięcie zysku za realizację tej części zamówienia. Kwota zaofiarowana przez B4 jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert za tę część zamówienia o około 70%, a tym samym zachodziły przesłanki co najmniej do wystąpienia przez Zamawiającego do B4 z wnioskiem o

złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wyodrębniona przez Zamawiającego część zamówienia w zakresie oświetlenia, stanowi z punktu widzenia merytorycznego istotną część zamówienia. O powyższym świadczy choćby fakt wyodrębnienia tej części w zakresie wymogu podania w ofercie wydzielonej wartości wynagrodzenia dla tych robót. Przejście przez Zamawiającego do porządku dziennego nad zaoferowaną przez B4 kwotą za realizację prac dotyczących oświetlenia obiektu pomimo zaoferowania za jej wykonanie ceny co najmniej uzasadniającej wystąpienie do tego wykonawcy od złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, którzy przedstawili rzetelne i odpowiedzialne na obecne czasy oferty.

Zamawiający już po wstępnej ocenie oferty złożonej przez B4 winien nie tylko zweryfikować realność tej ceny, ale przede wszystkim zbadać czy nie doszło również do nieuprawnionego przeniesienia kosztów wykonania robót pomiędzy istotnymi częściami zamówienia. W ocenie Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oferty konkurencyjne złożone w przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez B4 jest ceną całkowicie odbiegająca od realiów rynkowych. Odwołujący na etapie przygotowywania oferty zwrócił się również do podmiotów specjalizujących się tego typu robotami o wycenę prac dotyczących oświetlenia.

Odwołujący wskazuje również, iż w obecnej sytuacji rynkowej wywołanej na skutek działań wojennych na Ukrainie oraz konsekwencji dla gospodarek światowych w tym polskiej przekładających się na istotny wzrost cen materiałów budowlanych, istotnym jak nigdy dotąd jest uwzględnienie w złożonych kalkulacjach nie tylko aktualnych cen materiałów, ale uwzględnienie również ryzyka ich wzrostu na odpowiednim poziomie. Skoro 5 podmiotów (w tym dwóch oferentów Odwołującego) prezentuje ceny za wykonanie oświetlenia mostu na poziomie przewyższającym kilkakrotnie wartość oferty cenowej B4 to powyższe nie może być potraktowane obojętnie bez konsekwencji dla takiego wykonawcy a to poprzez unieważnienie wyboru oferty B4 i odrzucenia jej jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający mając porównanie cen rynkowych w postaci choćby pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedzę o aktualnej sytuacji w branży budowlanej spowodowanej drastycznymi wzrostami cen materiałów winien co najmniej dokonać wezwania B4 do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny w tym zwłaszcza w zakresie istotnej jej części, a dotyczącej oświetlenia mostu tzw. iluminacji. Rażąco niska cena B4 w tym zakresie wpływa w sposób zasadniczy na całą ofertę cenową tego wykonawcy czyniąc ją cenę nierealną za którą nie ma możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, mając powyższe na uwadze, odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazywał m. in., że zamówienie stanowi jedną całość, a wszystkie jego elementy są od siebie zależne. Podkreślił ryczałtowy charakter wynagrodzenia określony w SWZ. W świetle powyższego, wskazanie w formularzu ofertowym odrębnych pozycji do uzupełnienia przez Wykonawców (oprócz ceny ofertowej za realizację całego zadania) tj. odrębnej ceny za roboty budowlane i odrębnie za wykonanie oświetlenia, w żaden sposób nie może prowadzić do wniosku, by Zamawiający podzielił zamówienie na dwie odrębne i istotne części zamówienia, jak wskazuje Odwołujący.

Z tego też względu, cena jednego z elementów zadania inwestycyjnego, tj. cena wykonania oświetlenia mostu, stanowi wyłącznie jeden z elementów cenowych całego zadania inwestycyjnego jakim jest przebudowa mostu. Nie stanowiła ona natomiast ceny za realizację konkretnej części zadania inwestycyjnego, na którą Wykonawcy składali odrębne oferty cenowe z przyczyn wskazanych powyżej. Stąd też argumentacja Odwołującego wskazująca, że cena za ten element zamówienia jest ceną rażąco niską, obligującą Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy B4 sp. z o.o. jest nieuzasadniona i sprzeczna z dotychczasowym stanowiskiem wyrażanym w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych, w orzecznictwie KIO i sądów, a także w poglądach doktryny zgodnie z którymi, podstawą do badania rażąco niskiej ceny nie będzie cena jednostkowa, lecz wartość zamówienia w odniesieniu do całego zakresu, jakiego dotyczy konkretne postępowanie.

Dołączył Zamawiający, że jakiegokolwiek działania arytmetyczne Odwołującego, porównujące kwotę jednostkową dotyczącą wykonania oświetlenia mostu, wynikającą z oferty wykonawcy B4 sp. z o.o. z kwotami jednostkowymi na wykonanie tego oświetlenia, wskazanymi w ofertach pozostałych wykonawców, w żaden sposób nie stanowią podstawy do twierdzenia,

by wystąpiły przesłanki rażąco niskiej ceny, obligujące Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dot. zaofferowanej ceny. W sytuacji braku możliwości badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do jednego z elementów składowych ceny ryczałtowej brutto, Zamawiający nie ma podstaw do zastosowania dyspozycji, wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w postaci odrzucenia oferty z najniższą ceną.

Niezależnie od powyższego, nie można pomijać faktu, że ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy PZP nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji.

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowego postępowania, Zamawiający wskazuje, iż w okolicznościach prowadzonego postępowania na przebudowę obiektu mostowego nie miał podstaw, by w jakikolwiek sposób uznać cenę jednego z elementów zamówienia tj. cenę dot. wykonania oświetlenia za cenę rażąco niską, czy też budzącą wątpliwości. Zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonał szacowania wartości zamówienia zlecając opracowanie kosztorysu inwestorskiego dla całego zadania inwestycyjnego objętego przedmiotowym postępowaniem. Opracowany kosztorys dotyczący realizacji oświetlenia mostu był wyłącznie jednym z elementów kosztorysu inwestorskiego dla całego zadania. Wartość jednego z elementów cenowych oferty, w przypadku ceny ofertowej ryczałtowej za całość zadania inwestycyjnego w żaden sposób nie przesądzała o zmianie charakteru ceny ryczałtowej, bowiem Zamawiający stawiał Wykonawcom konkretne wymagania wyrażone odnośnie oferowanej ceny ofertowej brutto (par. 6 ust. 2 wzoru

umowy).

Zdaniem Zamawiającego badania wystąpienia rażąco niskiej ceny nie należy zatem odnosić do ceny dotyczącej jednego z elementów realizowanego zadania, tym bardziej, gdy cena ryczałtowa brutto, dotycząca realizacji całości inwestycji tj. przebudowy mostu wraz z wykonaniem oświetlenia nie budziła wątpliwości zamawiającego i nie stanowiła rażąco niskiej ceny. W świetle szacunkowej wartości wynagrodzenia na wykonanie oświetlenia oraz oferty Wykonawcy B4 sp. z o.o., to elementy składowe ofert pozostałych wykonawców należy uznać za rażąco wygórowane w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Zwłaszcza oferta Odwołującego jest ofertą wygórowaną, przekraczającą co najmniej trzykrotnie oferty pozostałych wykonawców, nie mówiąc już o ofercie najniższej, czy też o porównaniu do wartości szacunkowych podanych przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający wskazał, że nie sposób upatrywać wadliwej czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez B4 sp. z o.o. w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki warunkujące odrzucenie oferty na podstawie ww. przepisów.

Zamawiający podkreślił, że przedstawiony zarzut nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji postępowania przetargowego. Cena oferty najniższej przedstawionej przez wykonawcę B4 sp. z o.o. w zakresie [cyt. za Odwołującym] „istotnej części składowej” tj. wykonania oświetlenia mostu, nie stanowiła ceny rażąco niskiej, a co więcej nie budziła wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym, Zamawiający nie prowadził procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ramach procedury badania i oceny ofert, a wykonawca nie składał wyjaśnień w tym zakresie.

Z tego względu, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowy zarzut jest niezasadny.

Stanowisko pisemne zostało także przedłożone przez Przystępującego. Odnosząc się do zarzutów postawionych przez Odwołującego wniósł on o ich oddalenie w całości, przedstawiając stosowną argumentację.

Dodatkowe stanowisko pisemne zostało również przedłożone przez Odwołującego. W treści pisma podtrzymał on postawione zarzuty oraz odniósł się do twierdzeń przedstawianych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę B4 Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożone przez Odwołującego: oferty cenowe firmy Instal Sool Electric oraz B. M., K. Electric S. A., Sygnify Poland Sp. z o. o., a także przedłożone przez Zamawiającego: kosztorys inwestorski iluminacji świetlnej oraz przez Przystępującego: oferty firmy Eneton oraz Mosty Gdańskie Sp. z o. o. Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę mostu w ciągu drogi powiatowej nr 3090P w miejscowości Łąd.

Zgodnie z sekcją III pkt 1 SWZ: „Przedmiotem niniejszego zamówienia jest:-przebudowa mostu nad rzeką Wartą usytuowanego w ciągu drogi powiatowej nr 3090P w miejscowości Łąd na podstawie dokumentacji projektowej. Na dzień dzisiejszy Zamawiający nie dysponuje decyzją pozwolenia na budowę.

-oświetlenie mostu w formule „zaprojektuj i wybuduj” z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień

Zgodnie z sekcją XIV pkt 2 SWZ: „Zaoferowana cena jest ceną ryczałtową i musi zawierać wszelkie koszty wykonawcy związane z prawidłową i właściwą realizacją przedmiotu zamówienia, przy zastosowaniu obowiązujących norm, z uwzględnieniem ewentualnego ryzyka wynikającego z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty”.

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, wykonawca składający ofertę musiał wypełnić odrębnie pozycje z ceną za przebudowę mostu oraz odrębnie pozycję z ceną za wykonanie oświetlenia.

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty oscylujące odpowiednio na następujące kwoty netto:

- 8 865 718,56 zł netto (w tym 263 337,85 zł netto za wykonanie oświetlenia)
- 12 480 769,28 zł netto (w tym 1 976 158,52 zł netto za wykonanie oświetlenia)
- 12 595 500,00 zł netto (w tym 685 000,00 zł netto za wykonanie oświetlenia)
- 14 120 590,34 zł netto (w tym 695 000,00 zł netto za wykonanie oświetlenia).

Zamawiający na sfinansowanie całego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 14 600 000,00 PLN brutto.

Uzasadnienie prawne

Izba zważyła, co następuje:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, Izba pragnie zwrócić uwagę na brzmienie tych przepisów. Zgodnie z pierwszym z nich Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Drugi z ww. przepisów stanowi, że 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.

Wskazać przy tym należy, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że przed podjęciem czynności odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej kalkulacji i czynników mających na nią wpływ. Wobec tego, że w rozpatrywanej sprawie nie miało miejsce takie wezwanie, przedmiotowy zarzut jest przedwczesny i nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę (tak np.: wyrok z dnia 16 lipca 2021 r., KIO 1617/21, wyrok z dnia 12 września 2016 r., KIO 1577/16).

W związku z powyższym, merytorycznemu rozpoznaniu podlegał jedynie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy B4 do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty za wykonanie oświetlenia mostu.

Na wstępie należy podkreślić, że zarzuty odwołania ograniczały się do kwestionowania wyłącznie ceny za wykonanie oświetlenia mostu. Odwołujący nie kwestionował całkowitej ceny oferty wykonawcy B4. Z tego względu zdaniem Izby nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego, że samo porównanie cen złożonych ofert za wykonanie oświetlenia mostu i stwierdzenie znacznych różnic pomiędzy nimi, stanowi samodzielną przesłankę do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Należy bowiem pamiętać, że przepis art. 224 ust. 2 ustawy PZP, który określa przypadki wezwania do złożenia wyjaśnień ceny z uwagi na pewne różnice wynikające z porównania wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, dotyczy tylko i wyłącznie ceny całkowitej oferty. Porównanie cen ofert w zakresie ich części składowych i stwierdzenie znacznych różnic nie musi automatycznie przesądzać, że Zamawiający ma obowiązek powziąć wątpliwości w zakresie tejże ceny i skierować do wykonawcy wezwanie o jej wyjaśnienie.

Jak stanowi 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.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przy czym w kontekście powyższego, nie należy utożsamiać istotnej części składowej ceny z tym, że dane zamówienie jest podzielone na części. Fakt, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a samo zadanie inwestycyjne stanowi zbiór elementów od siebie zależnych i spójnych, nie przesądza o braku możliwości badania rażącego charakteru istotnej części składowej ceny oferty, jak próbował twierdzić Zamawiający.

Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że możliwość badania rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnych części składowych jest wykluczona w razie ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi podstawy do odstąpienia od badania realności ceny bądź jej składników.

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Pamiętać przy tym należy, że rażąco niski charakter może mieć całkowita cena oferty, jak też jej istotne części składowe.

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izbą w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi 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 (KIO 2678/18).

Zatem biorąc pod uwagę okoliczności rozpatrywanego stanu faktycznego, kluczowym dla rozstrzygnięcia zasadności przedmiotowego zarzutu jest ustalenie czy cena za wykonanie oświetlenia mostu stanowi istotną część składową ceny całej oferty, a w razie twierdzącej odpowiedzi czy zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do wysokości tej ceny i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie jej kalkulacji.

Odwołujący twierdzenie o istotności części składowej ceny oferty za wykonanie oświetlenia mostu opiera głównie na tym, że Zamawiający wyodrębnił w formularzu ofertowym dodatkową pozycję do uzupełnienia przez wykonawców, tj. oczekiwał wskazania odrębnie ceny za wykonanie przebudowy mostu oraz odrębnie ceny za wykonanie oświetlenia. Powyższe nie może jednak automatycznie przesądzać o istotności tego składnika cenowego. To samo dotyczy odrębnego opisanie tej części świadczenia w ramach OPZ. O istotności części składowych ceny lub kosztu świadczyć może ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia oraz wpływ na jego wykonanie. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie można mówić o tym, by część składowa ceny oferty, jaką jest cena za wykonanie oświetlenia mostu, stanowiła istotną jej część składową. Biorąc pod uwagę oferty złożone w postępowaniu, jedynie cena Odwołującego w zakresie tej części składowej znacznie odbiega od pozostałych ofert i oscyluje na poziomie ok. 15% całej oferty. W przypadku oferty Przystępującego jest to ok. 3%, a w przypadku pozostałych oferentów odpowiednio ok. 5,4% oraz 4,9% całkowitej ceny oferty. Kalkulacji dokonanej przez Odwołującego nie można utożsamiać z jedyłą prawidłową kalkulacją, która ma uniwersalny charakter, a tym samym nie można na jej podstawie odmówić prawidłowości kalkulacji pozostałych wykonawców. Również kosztorys inwestorski przedłożony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wskazuje na marginalny udział wartości wykonania oświetlenia w porównaniu do wartości całego zamówienia, tj. ok.

2,75% (wartość wykonania iluminacji wg. kosztorysu inwestorskiego na poziomie 300 100,00 zł netto, zaś wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z protokołem postępowania na poziomie 10 904 833,83 zł netto).

Dowodom przedstawionym przez Odwołującego nie można w pełni przypisać wiarygodności. Nie wynika z nich bowiem jednoznacznie na podstawie jakich założeń oferty zostały

sporządzone - można jedynie domyślać się, że są to pewne założenia Odwołującego, których jednak z uwagi na formułę tej części zamówienia, nie można uznać za jedyne obowiązujące. Nie można także za udowodnione uznać przedstawianych w trakcie rozprawy też o tym, że dokumentacja de facto narzucała rozwiązanie firmy Phillips, które jak wskazywał Odwołujący, są znacznie droższe. Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób swoich twierdzeń w tym zakresie, a dodatkowo nie przedstawiał ich w odwołaniu, a dopiero w piśmie przygotowawczym. Co więcej, Przystępujący przedstawił dowody kwestionujące przedstawione przez Odwołującego oferty i wskazywane w nich wartości wykonania oświetlenia mostu.

Mając na uwadze powyższe, tj. m. in. treść kosztorysu inwestorskiego oraz okoliczności stanu faktycznego opisane wyżej, Izba uznała za wiarygodne twierdzenia i dowody przedkładane przez Przystępującego i Zamawiającego, odmawiając wiarygodności twierdzeniom i dowodom przedstawianym przez Odwołującego.

Zdaniem Izby nie można również uznać, iż za istotnością części składowej ceny oferty jaką jest cena za wykonanie oświetlenia mostu, przemawia jej udział merytoryczny w wykonaniu zamówienia. Wykonanie oświetlenia jest tylko dodatkowym elementem realizowanego zamówienia, bez którego główny jego przedmiot, tj. przebudowa mostu - mógłby z powodzeniem funkcjonować. Odwołujący fakt istotności ww. części składowej wywodził głównie z uwagi na wydzielenie tej części w zakresie wymogu podania w formularzu ofertowym oddzielnie wynagrodzenia za tę część robót. W związku z powyższym aktualna pozostaje także argumentacja przywołana powyżej, która prowadzi do wniosku, iż ceny za

wykonanie oświetlenia nie można upatrywać w przedmiotowym stanie faktycznym jako istotnej części składowej ceny oferty. W związku z tym nie ma potrzeby rozważania czy Zamawiający powinien powziąć w stosunku do tejże ceny wątpliwości i na ich skutek sformułować odpowiednie wezwanie do wykonawcy, co prowadzi do wniosku, że zarzut zasługiwał na oddalenie. Odwołujący nie kwestionował bowiem ceny całkowitej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o §8 ust. 2 pkt 1 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: