

Sygn. akt: KIO 2632/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2022 r. przez wykonawcę: A. M. prowadzący w Boronowie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A. M. w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Zawierciański Starostwo Powiatowe w Zawierciu

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A. M., i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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:

Sygn. akt: KIO 2632/22

Uzasadnienie

Powiat Zawierciański Starostwo Powiatowe w Zawierciu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa dróg powiatowych nr 1767 S i 1776 S w miejscowościach Wólka Ołudзка, Jeziorowice, Otoła, Wola Libertowska i Żarnowiec”, numer referencyjny: SRZP261-0035/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25 sierpnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia BZP: 2022/BZP 00319539/01.

30 września 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę HUCZ sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w

Boronowie. Wykonawca A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "DOMAX" (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy HUCZ sp. z o.o. sp. k. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny lub kosztów lub ich istotnych części składowych, pomimo, że istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego,

2) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy TRANZIT sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny lub kosztów, lub ich istotnych części składowych, pomimo, że istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego

a w konsekwencji

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo że oferty wykonawcy HUCZ sp. z o.o. sp. k. i TRANZIT sp. z o.o., te powinny podlegać dalszemu badaniu, a finalnie odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i z art. 17 ust. 2 Pzp e poprzez uznanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę HUCZ sp. z o.o. sp. k., w

sytuacji, kiedy oferta ta powinna zostać poddana dalszemu badaniu - jw. a finalnie odrzucona.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) wykonania czynności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach

wezwania wykonawcy HUCZ sp. z o.o. sp. k. i TRANZIT sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący na wstępie podał, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, iż w zamówieniu złożone zostały trzy oferty, a po dokonaniu oceny ofert za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy HUCZ sp. z o.o. sp. k. (dalej „HUCZ”), na drugim miejscu sklasyfikował ofertę wykonawcy TRANZIT sp. z o.o. (dalej: „TRANZIT”), a na trzecim ofertę Odwołującego (dalej również: „DOMAX”). W postępowaniu nie odrzucono żadnej oferty. Odwołujący podniósł, iż dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy HUCZ oraz sklasyfikowanie na drugim miejscu oferty wykonawcy TRANZIT nastąpiło z naruszeniem art. 224 ust. 1 Pzp, co implikowało kolejne naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 239 ust. 1 Pzp. Powyższe uchybienia spowodowały natomiast, iż Zamawiający w toku postępowania nie stosował tożsamyh kryteriów względem wszystkich wykonawców, czym naruszył przepis art. 16 Pzp. Zdaniem Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku prawidłowego, zgodnego z ww. regulacjami działania Zamawiającego, nie doszłoby do wyboru oferty HUCZ sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: 9 września br. Zamawiający dokonał czynności udzielenia informacji z otwarcia ofert, dokumentującej wpłynięcie ofert trzech wykonawców: HUCZ sp. z o.o. sp. k. z ceną ofertową brutto 17 658 741,00 zł, DOMAX z ceną ofertową brutto 28 843 500,00 zł, TRANZIT z ceną ofertową brutto: 24 600 000,00 zł. Zgodnie ze złożonymi formularzami ofertowymi, na

ww. ceny ofertowe brutto składały się elementy rozliczeniowe:

- 1) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo kosztorysowej wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji,
- 2) wykonanie wszystkich robót budowlanych objętych dokumentacją projektową i wynikających z treści przyszłej umowy,
- 3) pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Na przykładzie jego oferty proporcje ww. elementów kształtowały się następująco: 350 000 PLN / 23 000 000 PLN / 100 000 PLN. Powyższe wskazuje, że najistotniejszym elementem cenotwórczym było wykonawstwo. Oferta wykonawcy HUCZ różniła się od pozostałych ofert o 11 184 759 zł brutto (względem oferty wykonawcy DOMAX) i 6 941 259 zł brutto (względem oferty wykonawcy TRANZIT). Różnice te stanowiły odpowiednio ponad 63 % i 39 % wartości ogólnej zaofferowanej ceny przez wykonawcę HUCZ. Oferta wykonawcy TRANZIT była o 4 243 500 zł brutto zł tańsza od oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że nawet przy założeniu prawidłowego zakresu prac (tak o charakterze ilościowym, jak i jakościowym) cena ta nie odpowiada aktualnym cenom rynkowym. Cena ta powinna zatem budzić wątpliwości Zamawiającego również co do wszystkich innych czynników cenotwórczych, w tym dotyczących prawidłowego skosztorysowania oferty. W związku z tymi różnicami pismem z 23 września 2022 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że jego zdaniem wykonanie całości zadania za cenę wskazaną w ofercie wykonawcy HUCZ realnie nie może zostać zrealizowane. Stwierdzenia tego należy dopatrywać się w wieloletnim doświadczeniu zawodowym Odwołującego i znajomości aktualnych realnych kosztów wykonywania robót budowlanych. Dokonano jednocześnie wyliczenia różnicy pomiędzy ogólnymi wartościami wynagrodzeń brutto poszczególnych Wykonawców. Już samo powyższe, również w kontekście zestawionych różnic, w ocenie Odwołującego powinno wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia za cenę oferty wykonawcy HUCZ oraz zaofferowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny. Pismem z 27 września 2022 r. Zamawiający poinformował o odmowie badania tej oferty argumentując to brakiem wystąpienia ku temu przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 2 Pzp. Wobec tego Odwołujący zaniechał na tamtym etapie informowania o rażąco niskiej cenie wykonawcy TRANZIT. Tym samym wykonanie zadania za ceny ww. ofert jest niemożliwe. Zdaniem Odwołującego dokonane przez niego zgłoszenie, zaktualizowało obowiązek Zamawiającego badania oferty wykonawcy HUCZ w trybie art. 224 ust. 1, a w następstwie także oferty TRANZIT, powinno to wyprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu prawnym Odwołujący powołując się na przytoczone orzecznictwo wskazał m.in., że wbrew zapatrywaniom Zamawiającego obowiązek badania ceny oferty nie ogranicza się do wystąpienia przesłanek z art. 224 ust. 2 Pzp. Wezwanie do wyjaśnień przekształca się bowiem w obowiązek zamawiającego już w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaofferowanej cenie, więc wynikać może również z art. 224 ust. 1 Pzp. Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, itp. Zamawiający jest wówczas zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim jednak wypadku wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego. Ma on obowiązek wszcząć je w wypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 224 ust. 1. Na obligatoryjność wszczęcia postępowania wyjaśniającego wskazuje brzmienie przepisu, w którym ustawodawca posłużył się zwrotem „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień”, a nie „zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień”.

Następnie Odwołujący zauważył, że ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie wypracowano jednak taką definicję, która zachowuje aktualność w odniesieniu do obecnie obowiązującego Pzp. Przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Innymi słowy, jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia strat lub otrzymania dodatkowego finansowania. Rażąco niska cena to także taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości

zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione. Truizmem jest twierdzenie, że aktualna sytuacja rynkowa w

branży drogownictwa jest trudna. Wykonawcy ustawicznie borykają się z problemami powstałymi zwłaszcza wskutek nadzwyczajnej zmiany cen materiałów spowodowanej m.in.

konfliktem na Ukrainie. Oznacza to, że prognozowane przez Odwołującego w przypadku dwóch pozostałych wykonawców są rażąco wysokie dla każdego z wykonawców i sprowadzają się w takich okolicznościach do niemożliwości zrealizowania zadania. Badana może być zaś nie tylko cena całkowita oferty, lecz również istotne części składowe ceny lub kosztu. W związku z tym zamawiający może zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień również wtedy, gdy cena lub koszt istotnych składników finalnej ceny lub kosztu sprawiają wrażenie rażąco niskich. Wobec braku definicji legalnej, uznaje się za nią te części, od których, ze względu na ich znaczący udział w całości ceny, zależy ostatecznie powstały koszt lub zaofferowana cena.

Antycypując ewentualne stanowisko Zamawiającego, że w ramach prowadzonego postępowania miał do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym i wykonawcy nie składali na etapie oceny ofert kosztorysu ofertowego, a zatem nie znał wartości poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący podniósł, że w takim przypadku Zamawiający mógł zobowiązać wykonawcę do przedstawienia kalkulacji ze szczególnym wyodrębnieniem kluczowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, z czym wiąże się posiadanie przez Zamawiającego tzw. „kosztorysu inwestorskiego”, który pokazuje poziom i strukturę kosztów. Tym samym, Zamawiający był w stanie wyodrębnić najbardziej znaczące pod względem ceny grupy kosztów i w przypadku, gdyby był zainteresowany ich poziomem w ofercie mógł to wyraźnie wskazać w treści wezwania. Zamawiający zaniechał wykonania tej czynności.

Uzasadniając drugi z zarzutów, Odwołujący wskazał, że jest on konsekwencją zaniechania czynności wezwania pozostałych wykonawców do złożenia wyjaśnień cen. Odwołujący zaznaczył, że zdaje sobie sprawę, że przedwczesnym byłoby automatyczne odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zaofferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień, jednak nie sposób zakładać, aby podmiot ten zdołał udowodnić, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zadania.

Do odwołania zostały załączone: informacja od Zamawiającego 30 września 2022 roku, otrzymana w formie elektronicznej 30 września 2022 roku, informacja z otwarcia ofert z 9 września 2022 r., otrzymana w formie elektronicznej w tym dniu, formularz oferty Odwołującego z 9 września 2022 r., pismo wykonawcy DOMAX z 23 września 2022 r., odpowiedź Zamawiającego z 27 września 2022 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający jednocześnie podniósł, że w jego ocenie odwołanie zostało złożone po terminie oraz że Odwołujący nie ma interesu w jego złożeniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, w formule „zaprojektuj i wybuduj” z wynagrodzeniem ryczałtowym, dokonując analizy cen złożonych ofert nie powziął żadnych wątpliwości dotyczących ceny zaofferowanej przez wykonawcę HUCZ, a tym bardziej co do ceny oferty złożonej przez wykonawcę TRANZIT. Zamawiający nie miał wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaferowane ceny, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca HUCZ złożył ofertę zawierającą cenę, która jest wyższa o 2 134 000,00 PLN to jest o ok. 14% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, natomiast wykonawca TRANZIT złożył ofertę z ceną, która jest wyższa o 9 075 259,00 PLN, to jest o ok. 58% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. W zamówieniach publicznych na roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” ustalenia wartości zamówienia dokonuje się zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 29 grudnia 2021 r. wydanym na podstawie art. 34 ust. 2 ustawy, w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie

funkcjonalno-użytkowym. Zamawiający ustalił wartość zamówienia metodą wskaźnikową, a wskaźnik cenowy danego składnika kosztów został określony na podstawie średnich cen rynkowych oraz średnich cen pochodzących z powszechnie stosowanych katalogów i informatorów cenowych, takich jak SEKOCENBUD. Zaoferowana przez wykonawcę HUCZ cena przewyższyła ustaloną wartość zamówienia brutto, zatem Zamawiający nie miał podstaw do poddania pod wątpliwość możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, skoro sam taką wartość zamówienia przyjął. Tym bardziej w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez wykonawcę TRANZIT. Oznacza to, że Zamawiający nie zaniechał żadnych czynności wynikających z art. 224 ust. 1 ustawy, bowiem o zaniechaniu można mówić wyłącznie w sytuacji, w której Zamawiający miał ustawowy obowiązek do podjęcia czynności, ale tego nie uczynił. Wobec braku wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę ofert wykonawców HUCZ, TRANZIT, jak również w sytuacji, kiedy zaoferowana cena nie wydaje się być rażąco niska nie wystąpiły przesłanki określone w art. 224 ust. 1 Pzp i Zamawiający nie miał obowiązku podejmowania czynności wynikających z przytoczonego powyżej przepisu.

Zamawiający w Rozdziale XV SWZ wskazał szczegółowo sposób obliczenia ceny ofertowej, zatem każdy potencjalny wykonawca powinien zastosować się do zaleceń Zamawiającego i zachować należytą staranność przy ustalaniu tej ceny. Z założenia każdy wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego złożył Zamawiającemu oświadczenie woli zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez siebie cenę. Każdy wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu zabezpieczył ją poprzez wniesienie wadium w wysokości 189 000,00 PLN na okres obejmujący termin związania ofertą, który upłynął dnia 8 października 2022 r.

Zamawiający podał, że Odwołujący wyraził swoje wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę HUCZ w piśmie z dnia 23 września 2022 r., to jest po wezwaniu przez Zamawiającego wykonawcy HUCZ w dniu 14 września 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz po wezwaniu w dniu 21 września 2022 r. do uzupełnienia tychże. Zamawiający udzielił Odwołującemu odpowiedzi 27 września br. Odpowiedź ta została odczytana w tym samym dniu o godz. 10:36.

Następnie Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie poparł swoich zarzutów żadnym merytorycznym argumentem. Stwierdził jedynie, że wiedza o rażąco niskiej cenie oferty złożonej przez wykonawcę HUCZ czy TRANZIT wynika z faktu, że Odwołujący jest doświadczonym wykonawcą. Zdaniem Zamawiającego zarówno wykonawca HUCZ jak i wykonawca TRANZIT są wykonawcami z równie dużym doświadczeniem co Odwołujący.

Zamawiający podał również, że 26 września 2022 r, czyli po wezwaniu wykonawcy HUCZ jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz po wezwaniu do ich uzupełnienia, do Zamawiającego wpłynęło pismo od wykonawcy HUCZ. Z treści złożonego pisma wynika, że w/w Wykonawca przestał być zainteresowany zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego i wyjaśnia, że zaoferowana cena nie obejmuje wszystkich kosztów, w wyniku błędu popełnionego przez kosztorysanta oraz przyznaje, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, przez co niemożliwym staje się wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz zgodnie ze sztuką budowlaną. Jak pisze dalej - „wykonanie inwestycji według złożonej oferty, groziłoby poniesieniem rażąco wysokiej straty przez Wykonawcę”. Pismo to nie zawiera żadnych konkretnych wyliczeń ani nawet nie przedstawia metody, jaką posłużył się kosztorysant ustalając cenę ofertową. Pismo zawiera jedynie ogólne stwierdzenia i nie wyjaśnia, dlaczego wykonawca uznał, że realizując zamówienie za zaoferowaną cenę może ponieść rażąco stratę. Zamawiający pozostawił w/w pismo bez odpowiedzi. Pzp nie daje żadnemu wykonawcy legitymacji do dokonania samooceny własnej oferty i wskazywania, że oferta ta podlega odrzuceniu, Zamawiający nie ma więc prawa w oparciu o taką samoocenę wykonawcy dokonywać czynności prowadzących do odrzucenia oferty. Przesłanki do odrzucenia oferty muszą być bezsporne i wynikać z przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji ofert. W świetle obowiązujących przepisów Pzp jedynie Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonania weryfikacji i oceny złożonych ofert w sposób obiektywny z zachowaniem równego traktowania wykonawców i na podstawie przyjętych i wskazanych w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert. W pierwszej kolejności Zamawiający sprawdza, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia z uwagi na uchybienia formalne lub błędy merytoryczne, a także weryfikuje ceny złożonych ofert.

Zdaniem Zamawiającego prezentowane przez wykonawcę HUCZ oświadczenia woli oraz działania są ze sobą sprzeczne. Z jednej strony Wykonawca, wskazuje w piśmie, iż zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego jest dla Niego bardzo

niekorzystne, a z drugiej strony na wezwanie Zamawiającego do złożenia oraz do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wszystkie dokumenty składa i uzupełnia w wyznaczonym terminie, co prowadzi do dokonania przez Zamawiającego wyboru Jego oferty jako najkorzystniejszej. Na tym etapie postępowania wykonawca HUCZ mógłby nie złożyć podmiotowych środków dowodowych, doprowadzając do odrzucenia złożonej przez siebie oferty, jednak takie działanie umożliwiłoby Zamawiającemu zatrzymanie wadium, wniesionego przez wykonawcę HUCZ. Wykonawca HUCZ wskazał w skierowanym do Zamawiającego piśmie z 26 września 2022 r. potencjalną podstawę do odrzucenia jego oferty, nieprowadzącą do utraty przez Niego wadium. Można zatem domniemywać, że wykonawca HUCZ, którego oferta została wybrana, chciałby uniknąć zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, lecz nie jest skłonny do poniesienia konsekwencji swojego działania w postaci utraty wadium. Składając 5 października 2022 r. odwołanie Pan A. M. skutecznie uniemożliwił zawarcie przez Zamawiającego umowy, jak również uniemożliwił zatrzymanie wadium wniesionego przez wykonawcę HUCZ, gdyby uchylił się od zawarcia umowy w wyznaczonym na dzień 7 października br. terminie. Wykonawca DOMAX składając odwołanie z 3 pozycji w rankingu złożonych ofert, w sytuacji, gdy środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia zostały podwyższone do ceny oferty najkorzystniejszej oraz biorąc pod uwagę fakt, iż w momencie rozpatrywania przez KIO odwołania termin związania ofertą już upłyne, realnie powinien ocenić swoje możliwości uzyskania zamówienia. W zaistniałej sytuacji, bez względu na wynik postępowania odwoławczego przed KIO należałoby zastanowić się jaki interes ma Odwołujący. Szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego bez względu na wydane orzeczenie w postępowaniu odwoławczym realnie nie istnieją. Postępowanie jest postępowaniem powtórzonym. W pierwszym postępowaniu, jedyną ofertę na kwotę 29 800 000,00 PLN złożył A. M., który jest Odwołującym w postępowaniu powtórzonym. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione z uwagi na fakt, iż cena złożonej oferty przekroczyła kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zauważył, że podstawowym zarzutem jest zaniechanie czynności wynikających z art. 224 ust. 1 Pzp. W obowiązującym stanie prawnym Odwołujący miał prawo wnieść odwołanie w terminie wynikającym z treści art. 515 Pzp, to jest w terminie „5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”. Odwołujący nie zwrócił się przed wniesieniem odwołania w dniu 5 października 2022 r. do Zamawiającego o udostępnienie treści Protokołu wraz z załącznikami, w tym treści złożonych ofert oraz prowadzonej korespondencji z wykonawcami. Wniosek o udostępnienie Odwołującemu Protokołu wraz z załącznikami wpłynął do Zamawiającego w dniu 13 października 2022 r., a zatem po terminie złożenia odwołania. Wykonawca DOMAX już 23 września 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego z pismem wskazującym na rażąco niską cenę oferty złożonej przez wykonawcę HUCZ, natomiast Zamawiający pismem z 27 września 2022 r. poinformował i uzasadnił, że nie istnieją podstawy do wzywania wykonawcy HUCZ do składania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli w dacie otrzymania w/w pisma od Zamawiającego Odwołujący nie powziął takiej informacji, to musiałby ją uzyskać nie wcześniej niż 30 września 2022 r., to jest w dacie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej ofert. Taka wiedza nie wynikała na pewno z treści samej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na podstawie treści samego odwołania nie sposób ustalić czy zachowany został termin określony w art. 515 Pzp. Zamawiający przyjmuje zatem, iż Odwołujący miał możliwość powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, z odpowiedzi, jakiej Zamawiający udzielił Odwołującemu w dniu 27 września 2022r, a która to odpowiedź została odczytana w tym samym dniu. Zamawiający przyznał jednocześnie, że Odwołujący składając 5 października 2022 r. odwołanie, słusznie założył, nawet bez konieczności weryfikowania tego faktu, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy TRANZIT do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Cena zaoferowana przez drugiego w rankingu wykonawców przekraczała wartość zamówienia brutto aż o 58 % tj. o 9 075 259,00 PLN. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie miał podstaw do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust 1 Pzp. Zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy TRANZIT do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, został podniesiony jedynie w celu uwiarygodnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. W literaturze oraz orzecznictwie ukształtował się pogląd, zgodnie z którym interes w uzyskaniu zamówienia to po prostu możliwość jego uzyskania. Zatem interes będzie posiadał taki wykonawca, który wskutek decyzji podjętej przez Zamawiającego traci możliwość jego uzyskania. W przedmiotowej sprawie taka przesłanka nie została spełniona.

W ocenie Zamawiającego odwołanie wniesione przez A. M. ma charakter pozorny. Jego oferta jest trzecią pod względem wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający postanowił podnieść kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej. Na sfinansowanie zamówienia, w hipotetycznym przypadku zawarcia umowy z Odwołującym, Zamawiający musiałby zwiększyć tę kwotę o ponad 10 milionów złotych. Zamawiający kwotą taką na dziś nie dysponuje. Interes we wniesieniu odwołania przez wykonawcę DOMAX posiada jedynie wykonawca HUCZ, ponieważ w

konsekwencji wniesionego odwołania nie jest zobligowany do zawarcia umowy i nie traci wadium. Potwierdza to fakt nieprzystąpienia przez wykonawcę HUCZ do odwołania po stronie Zamawiającego. Opisana sytuacja pokazuje, że w efekcie złożonego odwołania Zamawiający stracił możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji może stracić dofinansowanie na realizację inwestycji, która jest przedmiotem omawianego zamówienia. Termin związania ofertą upłynął w dniu 8 października 2022 r., a Zamawiający działając zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy, zwrócił wadium wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. W tym stanie rzeczy Odwołujący nie spełnia przesłanek określonych w art. 505 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ działa w interesie innego wykonawcy, a sam nie ma własnego interesu we wniesieniu odwołania.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie i zawarte w nim zarzuty w stosunku do Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia. Zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ustawy Pzp ani poprzez swoje działanie ani poprzez zaniechanie, dlatego wnosi o oddalenie odwołania w całości. Odwołujący nie wykazał, że zarzuty stawiane Zamawiającemu mają uzasadnienie, ani nie wykazał, że posiada realny interes w złożeniu odwołania. Ponadto w ocenie Zamawiającego, odwołanie zostało złożone po terminie, bowiem już 27 października 2022r Odwołujący miał możliwość pozyskania informacji w sprawie głównego zarzutu wobec Zamawiającego, to jest zaniechania czynności wynikających z art. 224 ust. 1 ustawy, natomiast w dacie złożenia odwołania mógł jedynie zakładać, że Zamawiający nie wezwał Spółki TRANZIT do wyjaśnień, a zatem udokumentowanej wiadomości tej kwestii nie posiadał.

Do pisma został załączony raport korespondencji Zamawiającego z Odwołującym.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych przez strony pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, z którego wynika, że pięciodniowy termin na wniesienie odwołania winien być liczony od daty otrzymania przez Odwołującego odpowiedzi Zamawiającego na jego wystąpienie z 23 września 2022 r. wskazujące na występowanie w ofercie wykonawcy HUCZ rażąco niskiej ceny, tj. od 27 września 2022 r.

W ocenie Izby, zważywszy na to, iż zarzuty odwołania dotyczą nie tylko rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy HUCZ, ale też w ofercie wykonawcy TRANZIT, jak też wyboru

najkorzystniejszej oferty, o czym - co nie jest sporne - Odwołujący powziął informację 30 września 2022 r., odwołanie wniesione 5 października 2022 r. należy uznać za wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego dotyczącego braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. Wbrew ocenie Zamawiającego okoliczność, iż oferta Odwołującego znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert, w sytuacji, gdy Odwołujący stawia zarzuty dotyczące dwóch wyżej ocenionych ofert, nie stanowi o braku interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Także okoliczność, iż Zamawiający musiał zwiększyć budżet przewidziany na realizację zamówienia do ceny oferty wykonawcy HUCZ i - jak twierdzi - na dziś, nie dysponuje większymi środkami, nie może być uznana za podstawę do odmowy Odwołującemu uprawnienia do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Za niepotwierdzony Izba uznała argument Zamawiającego, z którego wynika, że interes we wniesieniu odwołania posiada jedynie wykonawca HUCZ, ponieważ w konsekwencji wniesionego odwołania nie jest zobligowany do zawarcia umowy i nie traci wadium, co, zdaniem Zamawiającego, potwierdza brak przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Brak przystąpienia wykonawcy HUCZ do postępowania odwoławczego, jak też przedstawione przez Zamawiającego pismo tego wykonawcy z informacją o wystąpieniu w jego ofercie rażąco niskiej ceny, nie są bowiem wystarczające do stwierdzenia, że Odwołujący wnosząc odwołanie nie działał w celu pozyskania zamówienia, lecz jedynie w celu umożliwienia wykonawcy HUCZ uniknięcia utraty kwoty wadium.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że w wyniku wskazanych przez niego czynności i zaniechań Zamawiającego odebrano mu możliwość uzyskania zamówienia, czego skutkiem jest narażenie go na poniesienie szkody w postaci utraty spodziewanego dochodu. Odwołujący wskazał również, iż zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp posiada status wykonawcy w postępowaniu, wobec którego nie zaistniały przesłanki wykluczenia, i który złożył w ofertę niepodlegającą odrzuceniu, co zostało potwierdzone informacją uzyskaną od Zamawiającego. Uwzględniając brak odrzucenia oferty Odwołującego, w przypadku zgodnego z przepisami Pzp działania Zamawiającego, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających. Okoliczność, iż cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający podał jako przeznaczoną na realizację zamówienia, sama w sobie nie oznacza pozbawienia tego wykonawcy prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym bardziej, że również cena oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, jest wyższa od kwoty.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV. SWZ zawierającym Opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i realizacja (wykonanie) robót budowlanych związanych z przebudową i rozbudową dróg powiatowych nr 1767 S i 1776 S, w ramach zadania pod nazwą: „Przebudowa dróg powiatowych nr 1767 S i 1776 S w miejscowościach Wólka Ołudzka, Jeziorowice, Otoła, Wola Libertowska i Żarnowiec” - w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących zadań:

1/ Wykonanie dokumentacji projektowej, w stadium projektu budowlano - wykonawczego wraz z dokumentacją geodezyjno - prawną, decyzjami oraz wszystkimi uzgodnieniami i opiniami, warunkami, umożliwiającymi uzyskanie stosownej decyzji administracyjnej na prowadzenie robót budowlanych. Dokumentację projektową należy opracować w szczególności zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie.

2/ Wykonanie robót budowlanych, w oparciu o dokumentację projektową, STWiORB (opracowaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez Zamawiającego) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 9 września 2022 r. w postępowaniu wpłynęły trzy oferty złożone przez wykonawców:

- 1) Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 17 658 741,00 zł
- 2) P.U.H. „DOMAX” A. M. z ceną 28 843 500,00 zł
- 3) TRANZIT Sp. z o.o. z ceną 24 600 000,00 zł.

Podana przez Zamawiającego kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi: 15 524 175,00 PLN.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z 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.

W myśl art. 16 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 stanowi: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W sprawie nie jest sporne, że nie wystąpiła podstawa do wystąpienia o wyjaśnienia do wykonawcy HUCZ, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wynosi 15 24 174,40 zł. Ceny oferty wykonawcy HUCZ oraz oferty złożonej przez wykonawcę TRANZIT są wyższe od tej kwoty. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 23 700 747,00 zł. Cena oferty wykonawcy HUCZ nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, zaś cena oferty wykonawcy TRANZIT jest wyższa od tej kwoty.

Spór dotyczy tego, czy Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów za cenę oferty wykonawcy HUCZ, a w konsekwencji czy był zobowiązany do wystąpienia do tego wykonawcy, jak też do wykonawcy TRANZIT o wyjaśnienia cen złożonych nich ofert.

Według twierdzeń Odwołującego, wobec treści jego pisma z 23 września 2022 r. oraz pisma wykonawcy HUCZ z 26 września 2022 r., Zamawiający winien nie tylko powziąć wątpliwości, ale wręcz miał wiedzę, że oferta wykonawcy HUCZ jest w istotnym stopniu niedoszacowana, a także powinien mieć wątpliwości w zakresie ceny oferty wykonawcy TRANZIT, zatem powinien wystąpić o wyjaśnienia ceny tych ofert.

Zdaniem Zamawiającego nie miał natomiast podstaw do powzięcia wątpliwości co do realistycznego charakteru cen ofert wykonawców HUCZ i TRANZIT i w związku z tym nie był obowiązany wystąpić o wyjaśnienia cen ofert złożonych przez tych wykonawców. Jak stwierdził na rozprawie, badał ceny ofert pod kątem aktualnej inflacji i stwierdził, że nawet po uwzględnieniu wzrostu inflacji, cena oferty wykonawcy HUCZ jest wyższa niż kwota przeznaczona na realizację zamówienia.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że rozpatrując odwołanie Izba bierze pod uwagę zarzuty w nim postawione, tj. przedstawione okoliczności faktyczne i prawne składające się na każdy z zarzutów, stanowiska stron oraz złożone przez strony do zamknięcia rozprawy dowody na poparcie prezentowanych stanowisk. Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku kwestia ta badana jest indywidualnie z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego postępowania, w szczególności przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, sytuacji rynkowej i indywidualnych uwarunkowań, w jakich działają wykonawcy. W związku z tym ocena, czy w okolicznościach analizowanego postępowania, Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające ceny oferty wykonawcy HUCZ, o którym mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, jest dokonywana z uwzględnieniem ww. okoliczności dotyczących tego zamówienia.

Wobec postawienia zarzutu zaniechania wystąpienia do konkurencyjnych wykonawców o wyjaśnienia cen ich ofert, ciężar dowodu na ogólnych zasadach obciążał Odwołującego, bowiem to on wywodził skutki prawne z braku takiego wezwania, co wynika m.in. z przepisu art. 534 ust. 1 Pzp. Nie doszło bowiem do powstania domniemania istnienia w tych ofertach rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nie doszło do powstania po ich stronie obowiązku obalenia takiego domniemania. Jak sam Odwołujący zauważył w odwołaniu, warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, itp. Zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz

budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby cena zaoferowana przez wykonawcę HUCZ musiała wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w konsekwencji, aby powstał obowiązek wystąpienia do tego wykonawcy o wyjaśnienia ceny jego oferty.

Odwołujący nie wykazał w odwołaniu oraz na rozprawie, jakie konkretnie wątpliwości powinny się pojawić po stronie Zamawiającego i z czego one miałyby wynikać.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że takie wątpliwości po stronie Zamawiającego winny automatycznie powstać po otrzymaniu jego pisma z 23 września 2022 r., tj., że dokonane przez niego zgłoszenie, zaktualizowało obowiązek Zamawiającego badania oferty wykonawcy HUCZ w trybie art. 224 ust. 1, a w następstwie także oferty TRANZIT, co powinno poprzedzać wybór najkorzystniejszej oferty.

Jak wynika bowiem z analizy tego pisma Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego na istnienie przesłanek do wystąpienia na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do wykonawcy HUCZ o wyjaśnienia ceny jego oferty, jednak nie wykazał w nim wystąpienia takich przesłanek. W piśmie tym znalazło się jedynie stwierdzenie, że za cenę oferty wykonawcy HUCZ zadanie nie może być realnie wykonane, za czym, jak należy sadzić, miałyby przemawiać przedstawione przez Odwołującego kwoty, stanowiące różnicę pomiędzy tą ceną a cenami pozostałych ofert.

Wbrew stanowisku Odwołującego pismo to nie oznaczało powstania po stronie Zamawiającego obowiązku wystąpienia do wykonawcy HUCZ o wyjaśnienia ceny jego oferty. Tym bardziej, że nie zawierało ono okoliczności, na poparcie oceny Odwołującego o braku możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę HUCZ za zaoferowaną cenę. Nie można bowiem przyjąć, iż głoślowne twierdzenia jednego z wykonawców konkurujących ze sobą w postępowaniu, stanowią samodzielnie uzasadnioną podstawę do podejmowania przez Zamawiającego określonych czynności, zwłaszcza, gdy pozostają one w sprzeczności z poczynionymi przez Zamawiającego ustaleniami. Jak słusznie zauważył Zamawiający, dla zachowania równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, nie miał on obowiązku bezrefleksyjnego zastosowania się do oczekiwań wykonawcy DOMAX i występowania o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy HUCZ, mimo przekonania, że jest to cena realistyczna. W myśl przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, dla zaktualizowania się obowiązku wystąpienia o wyjaśnienia ceny, to Zamawiający, a nie konkurencyjny wykonawca, musi mieć wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty.

Takiego obowiązku nie można także wywodzić z pisma wykonawcy HUCZ z 26 września 2022 r. Pismo to podlegało ocenie Zamawiającego z uwzględnieniem wszystkich działań tego wykonawcy podejmowanych w postępowaniu. A te, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, budziły jego wątpliwości nie tyle co do ceny oferty tego wykonawcy, lecz co do woli realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego oświadczenie wykonawcy HUCZ zawarte w ww. piśmie, zważywszy na całokształt okoliczności, nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem zostało złożone dla pozorów, prawdopodobnie wykonawca ten chciał się wycofać z postępowania, bez utraty wadium. Jak Zamawiający stwierdził na rozprawie, 20 września 2022 r. wykonawca HUCZ na wezwanie z 14 września 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, złożył te środki, z tym, że złożył wadliwy wykaz robót. W związku z tym 21 września 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust 1 Pzp wystosował wezwanie do uzupełnienia tego wykazu. 27 września 2022 r., a więc po złożeniu pisma z 26 września 2022. Informującego o błędach w kalkulacji oferty, wykonawca HUCZ uzupełnił brakujący dokument. Powyższe zdaniem Zamawiającego wskazuje, że uzupełniając błędny dokument podmiotowy, wykonawca uznawał, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Z analizy ww. pisma wynika, że wykonawca HUCZ sam wskazuje na błędy popełnione przez jego kosztorysanta, dotyczące m.in. poszczególnych warstw konstrukcyjnych, ze wskazaniem, że nie otrzymał potwierdzenia odnośnie do wymaganego zakresu zastosowania podbudowy zasadniczej AC22P, warstwy wiążącej i dlatego jego oferta w tym zakresie jest w dużym stopniu niedoszacowana, a w konsekwencji cena ta jest rażąco niska.

W ocenie Izby okoliczności przedstawione w ww. piśmie, jak też podane przez Odwołującego w piśmie złożonym na posiedzenia, które nie były zawarte w odwołaniu, a

dotyczące wyliczenia przez niego kwot, które jego zdaniem powinny zostać uwzględnione przez wykonawcę HUCZ w kalkulacji ceny oferty, a nie zostały w niej ujęte, tj. dotyczące wykonania na całym odcinku warstw konstrukcyjnych w postaci warstwy podbudowy AC 22P o grubości 7 cm, warstwy wiążącej AC 16W grubości 5 cm oraz wykonanie nowego ciągu pieszego w miejscu istniejącego chodnika w miejscowości Otoła, nawet gdy je uznać za dopuszczalne rozszerzenie argumentacji odwołania, a nie zarzutu odwołania, nie stanowią potwierdzenia zarzutów odwołania.

Po pierwsze, jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, to w gestii wykonawcy leżała ocena na jakim odcinku należy zastosować wszystkie trzy warstwy, tj. warstwę podbudowy AC22P oraz warstwę wiążącą (wyrównawczą) AC16W oraz warstwę ścierną AC11S. Wykonawca winien uwzględnić w tym zakresie istniejący stan nawierzchni oraz na podstawie wyników badań gruntowo-wodnych, załączonych do PFU, przyjęć założenia co do ilości poszczególnych warstw, tj. czy mają być trzy, dwie, czy jedna. Po podpisaniu umowy projektant oceniając stan nawierzchni i posiadane badania gruntowo-wodne sporządzi projekt, który będzie podlegał ocenie Zamawiającego, a następnie nastąpi wykonawstwo zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową. Z załączonych do PFU założeń badań gruntowo-wodnych wynika, że niekoniernie cały odcinek będzie wymagał wszystkich trzech warstw. Ocena, ile to ma być warstw i na jakich odcinkach, pozostaje w gestii wykonawcy. Wynagrodzenie jest ryczałtowe, ryzyko w tym zakresie obciąża wykonawcę.

Zatem to, że jak wynika, że stanowiska Odwołującego, uwzględnił on wszystkie trzy warstwy na całym odcinku, nie oznacza, że jego założenie jest jedynym słusznym. Odwołujący nie wykazał, że z PFU wynikał wymóg uwzględnienia wszystkich trzech warstw na całym odcinku, jak też, że taki wymóg wynikał z innych okoliczności. Na rozprawie natomiast przyznał, że jest możliwe wykonanie jezdni bez warstw podbudowy i wiążącej, jeśli wykorzysta się i istniejące warstwy.

Skoro zatem wykonawcy mogli przyjąć według własnego uznania ilość poszczególnych warstw do wykonania na poszczególnych odcinkach, to wyliczenia zawarte w złożonym na posiedzeniu piśmie Odwołującego, odnoszące się do własnego założenia, nie są przydatne dla oceny zasadności postawionych przez niego zarzutów.

Ubocznie, zważywszy na tę część argumentacji Zamawiającego, która sugeruje, iż oświadczenie wykonawcy HUCZ z 26 września 2022 r. było złożone tylko po to, aby wycofać się z postępowania bez ryzyka zatrzymania wadium, oraz wskazania na występującą między Odwołującym i wykonawcą HUCZ współpracę, zauważenia wymaga, że co do zasady wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działają w celu pozyskania zamówienia. Wiąże się to zatem z tym, że w swoim dobrze pojętym interesie winni podejmować działania wskazujące na to, że spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym, że rzetelnie skalkulowali swoją ofertę. Z tych względów działanie obliczone na zdyskredytowanie własnej oferty musi zaskanawiać co do rzeczywistych intencji wykonawcy. Nie zmienia oceny w tym zakresie to, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie z 6 września 2022 r., na co powołuje się wykonawca HUCZ w swoim piśmie z 26 września 2022 r. Skoro, jak wyżej zostało wskazane, kwestia ilości warstw podłoża była pozostawiona w gestii wykonawców, to okoliczność, iż wykonawca HUCZ poczynił inne założenia w tym zakresie, niż Odwołujący, bez wykazania, że zważywszy m.in. na stan jezdni i załączone do PFU badania, na całym jej odcinku konieczne jest wykonanie wszystkich 3 warstw, nie oznacza, że oferta jest rażąco niedoszacowana.

W odwołaniu, na poparcie istnienia po stronie Zamawiającego obowiązku wystąpienia do wykonawcy HUCZ o wyjaśnienia ceny jego oferty, Odwołujący podniósł, że na ceny ofertowe składały się trzy elementy rozliczeniowe, tj.: wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo kosztorysowej wraz z pozyskaniem niezbędnych decyzji, wykonanie wszystkich robót budowlanych objętych dokumentacją projektową i wynikających z treści przyszłej umowy, pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, a z przyjętych w jego ofercie odpowiednio proporcji, tj.: 350 000 PLN / 23 000 000 PLN / 100 000 PLN, wynika, że najistotniejszym elementem cenotwórczym było wykonawstwo.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący swoje stanowisko co do istnienia w ofercie wykonawcy HUCZ rażąco niskiej ceny upatruje w dużej różnicy cen ofert oraz cen w pozycji wykonawstwa robót pomiędzy ofertą tego wykonawcy, a ceną oferty Odwołującego. Odwołanie nie zawiera jednak argumentów i wykazania, że występujące różnice cen wskazują na brak możliwości należytego wykonania przez wykonawcę HUCZ przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Odwołujący podał w tym zakresie wyliczenia, tj., że oferta wykonawcy HUCZ różniła się od pozostałych ofert o 11 184 759 zł brutto (względem oferty

wykonawcy DOMAX) i 6 941 259 zł brutto (względem oferty wykonawcy TRANZIT). Różnice te stanowiły odpowiednio ponad 63 % i 39 % wartości ogólnej zaoferowanej ceny przez wykonawcę HUCZ. Oferta wykonawcy TRANZIT była o 4 243 500 zł brutto złańsza od oferty Odwołującego. Następnie ogólnikowo stwierdził, że nawet przy założeniu prawidłowego zakresu prac, tak o charakterze ilościowym, jak i jakościowym, cena ta nie odpowiada aktualnym cenom rynkowym i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, również co do wszystkich innych czynników cenotwórczych, w tym dotyczących prawidłowego skosztorysowania oferty.

W ocenie Izby nie jest to argumentacja potwierdzająca samodzielnie zasadność postawionych w odwołaniu zarzutów. Za taki nie można także uznać argumentu Odwołującego dotyczącego jego doświadczenia jako wykonawcy, i wynikającej z tego jego wiedzy o rażąco niskiej cenie ofert złożonych przez wykonawców HUCZ i TRANZIT. Jak bowiem zauważył Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, zarówno wykonawca HUCZ jak i wykonawca TRANZIT, są wykonawcami posiadającymi równie duże doświadczenie jak Odwołujący.

Jak wyżej wskazano nie wystąpiła przesłanka do wystąpienia o wyjaśnienia cen ofert wykonawców według 30% kryterium, określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, że każda z ofert złożonych w postępowaniu zawiera cenę przewyższającą kwotę odpowiadającą wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania. Zawarte w odwołaniu wyliczenie procentowe poszczególnych różnic, nie pozostaje zatem w związku z ww. przepisem, jak też nie stanowi okoliczności, która sama w sobie przesądzałaby o podstawie do wystąpienia o wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Przedstawiona w piśmie Odwołującego złożonym na posiedzeniu, tabela zawierająca zestawienie cen poszczególnych ofert, w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia, wskazuje, że występują zasadnicze różnice w kalkulacji ofert poszczególnych wykonawców. Każdy z wykonawców skalkulował indywidualnie cenę swojej oferty, różnie rozkładając wielkości na poszczególne elementy wyceny. Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że nie upatrywał w tym podstaw do powzięcia wątpliwości co do cen otrzymanych ofert. Postępowanie jest bowiem prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj” i brak jest na ten moment dokumentacji projektowej i przedmiaru robót. To projektant wybranego wykonawcy oceni wartość poszczególnych prac.

Powyższe wskazuje, że bez właściwego wykazania przez Odwołującego, że nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie wykonawcy HUCZ, samo porównanie cen zawartych w ofertach, złożonych w postępowaniu, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że cena tej oferty jest rażąco zaniżona.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdziły się zarzuty postawione w odwołaniu dotyczące zaniechania wystąpienia o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy HUCZ.

Nie potwierdziły się również zarzuty postawione w odwołaniu w odniesieniu do zaniechania wystąpienia o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy TRANZIT. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest szczątkowa. Sprowadza się ona do wskazania na kwotę różnicy ceny oferty tego wykonawcy i ceny oferty Odwołującego, tj. kwotę 4 243 500 zł. Nie stanowi to wystarczającej podstawy do uznania, iż Zamawiający był zobowiązany do wystąpienia o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy TRANZIT.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił przekonującą argumentację wskazującą, że nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do cen ofert wykonawcy HUCZ, a tym bardziej co do oferty wykonawcy TRANZIT.

Z tych względów za niepotwierdzone należy uznać pozostałe zarzuty odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 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: