Sygn. akt: KIO 2960/24

WYROK

z dnia 10 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę A. K., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Powiat Tarnowski w Tarnowie – Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca D. Ł.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. Ł., mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca D. Ł. podał w ofercie ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości za 1 km drogi przekraczające wartości wskazane przez zamawiającego w pkt. 17 ppkt. 9 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) jako maksymalne i nakazuje zamawiającemu – Powiatowi Tarnowskiemu w Tarnowie – Powiatowemu Zarządowi Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3 Rejon VII Ciężkowice-Gromnik, odrzucenie oferty wykonawcy D. Ł. i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców A. K. (w 2/3 kosztów postępowania odwoławczego) i D. Ł. (w 1/3 kosztów postępowania odwoławczego) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę A. K. tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez wykonawcę D. Ł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy D. Ł. na rzecz wykonawcy A. K. kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy uiszczoną a zasądzoną wysokością kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2960/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Tarnowski w Tarnowie – Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych Powiatu Tarnowskiego w sezonach zimowych: 2024/2025 i 2025/2026 z podziałem na 3 części.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawa P.z.p.

W dniu 16 sierpnia 2024 roku wykonawca A. K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań

zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł. (dalej także: przystępujący) i dokonania jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia, mimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- ewentualnie, zaniechaniu wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł., mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wskazany wykonawca nie podał w ofercie w sposób jednoznaczny miejsca składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej, mimo istniejącego w tym zakresie obowiązku, w konsekwencji czego działanie zamawiającego w postaci wezwania wykonawcy do wskazania tego miejsca w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowiło niedozwolone prawem negocjacje, a obowiązkiem zamawiającego pozostawało odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a ponadto takie działanie doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad ustawy P.z.p., tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł., mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wskazany wykonawca podał w ofercie ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości za

1 km drogi przekraczające wartości wskazane przez zamawiającego w pkt. 17 ppkt 9 OPZ jako maksymalne;

3. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwanie wykonawcy – Firma Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł. – do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, mimo że istotne części składowe, a w ślad za tym i cena, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wobec naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a w ramach tego badania odrzucenie oferty Firmy Usługowo-Handlowej PUG-TRANS D. Ł., względnie wezwanie wskazanego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na jego korzyść. Oferta odwołującego jest sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej dot. części 3 zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych Powiatu Tarnowskiego w sezonach zimowych: 2024/2025 i 2025/2026 z podziałem na 3 części”, za ofertą Firmy Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł. . W

przypadku, gdyby zamawiający odrzucił ofertę wskazanego wykonawcy (ze względu na to, że nie spełnia ona wymogów zamawiającego), niniejsze zamówienie mógłby uzyskać odwołujący. Nie można również wykluczyć, że na skutek wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego również domaga się odwołujący w postępowaniu, oferta Firmy Usługowo-Handlowej PUG-TRANS D. Ł. zostanie odrzucona. Powyższe otwiera zatem drogę odwołującemu do tego, by to jego oferta została – jako oferta zgodna z warunkami zamówienia – wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych powyżej może więc skutkować utratą zamówienia przez odwołującego (w tym utratą zysków, jakie odwołujący zamierzał uzyskać, realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy P.z.p. jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem może skutkować utratą zamówienia przez odwołującego (w tym utratą

zysków, jakie odwołujący zamierzał uzyskać realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego odwołujący wskazał, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego, ponieważ oferta ta została przygotowana w sposób niezgodny z warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ.

Odwołujący wskazał na pkt 2 ppkt 5 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ), zgodnie z którym wykonawcy są zobowiązani do dysponowania bazą lub bazami materiałowo-sprzętowymi usytuowanymi w odległości nie większej niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie który Wykonawca zamierza utrzymywać. Miejsce składowania materiału musi być

odpowiednio zabezpieczone. Miejsce to należy określić w formularzu oferty. Podanie miejsc składowania materiałów do zwalczania śliskości w odległości większej jak podana powyżej spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ. Wykonawca musi mieć do dyspozycji plac przygotowany do składowania materiału stosowanego do zwalczania śliskości zimowej zgodnie z wymogami ochrony środowiska. Plac składowy powinien być zlokalizowany w miejscu umożliwiającym dojazd sprzętu do zimowego utrzymania dróg w każdych warunkach atmosferycznych w odległości umożliwiającej rozpoczęcie prac w ramach ZUD w czasie zadeklarowanym przez Wykonawcę w ofercie. Składowane materiały powinny być zabezpieczone przed negatywnym wpływem czynników atmosferycznych oraz przed negatywnym wpływem na środowisko naturalne. Zamawiający ma prawo żądać sprawdzenia jakości materiałów używanych do wykonania usług, jak również sposobu ich magazynowania. Za jakość materiałów stosowanych do zwalczania śliskości zimowej całkowitą odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Odwołujący podniósł, że w ślad za tym w pkt 2.3 ppkt 5 oferty należało złożyć oświadczenie: Miejscem składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej będzie: …. i wskazać konkretną lokalizację bazy w taki sposób, żeby umożliwić weryfikację tego, czy wskazana baza odpowiada wymogom wynikającym z SWZ.

Przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w swojej ofercie złożył oświadczenie o następującej treści:

Miejscem składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej będzie: m. Gromnik plac składowy.

W ocenie odwołującego z treści oświadczenia przystępującego nie wynika, gdzie dokładnie będzie znajdował się plac do składowania materiałów do zwalczania śliskości.

Odwołujący stwierdził, że wskazanie miejsca składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej jest istotną treścią oferty. Z jednej strony zamawiający w oparciu o tą informację chciał ocenić, czy spełniony jest wymóg zlokalizowania bazy w odpowiedniej odległości względem obsługiwanych dróg. Z drugiej informacja ta, co jednoznacznie wynika z OPZ, miała posłużyć do oceny, czy miejsce wykorzystywane do realizacji zamówienia spełnia wymagania ochrony środowiska oraz gwarantuje dojazd sprzętu do zimowego utrzymania dróg w każdych warunkach atmosferycznych w odległości umożliwiającej rozpoczęcie prac w ramach ZUD w czasie zadeklarowanym przez wykonawcę w ofercie. Oświadczenie to miało więc znaczenie dla oceny oferty pod kątem ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, tj. miało posłużyć ocenie czy deklaracja wykonawcy z oferty jest realna, możliwa do spełnienia ze względu na miejsce lokalizacji bazy i sposób dojazdu z niej do utrzymywanych dróg. Wykonawcy mieli zadeklarować w ofercie czas przystąpienia do akcji zimowego utrzymania. Czas ten nie powinien być krótszy niż 30 min. Przystępujący zaoferował czas 25 min, a więc nawet krótszy niż minimalny. Tym bardziej więc konieczne jest zweryfikowanie, czy lokalizacja bazy pozwala na dochowanie tego czasu, co wobec braku wskazania miejsca lokalizacji bazy jest obiektywnie niemożliwe.

Oświadczenie to dodatkowo było konieczne, by zweryfikować, czy baza spełnia wymóg odpowiedniej lokalizacji oraz czy spełnia wymogi ochrony środowiska, związane z odpowiednim przechowywaniem soli drogowej na bazie, które to okolicznością są równie istotne, co spełnienie wymogów kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że jest to informacja, której zamawiający nie może samodzielnie uzupełnić. Z treści oferty przystępującego nie wynika, gdzie dokładnie baza może się znajdować, a co za tym idzie ustalenie tej informacji wymagałoby wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień – uzupełnienia oferty, stanowiącego niedozwolone w świetle art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. negocjacje z wykonawcą. W świetle obowiązujących przepisów, uzupełnienie oferty w taki sposób, żeby wykonawca wskazał lokalizację bazy już po złożeniu oferty, jest więc niemożliwe.

Zamawiający w niniejszej sprawie, mimo wynikającego z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. zakazu prowadzenia z wykonawcą negocjacji, wezwał przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. do sprecyzowania lokalizacji bazy. Przystępujący, odpowiadając na to wezwanie, wskazał, że plac składowy znajduje się przy ul. Tarnowskiej dz. nr 177/11, 218/5 m. Gromnik gm. Gromnik. Przystępujący doprecyzował lokalizację placu zarówno poprzez wskazanie numerów działek, jak i doprecyzowanie, że chodzi o miejscowość Gromnik w gminie Gromnik.

Odwołujący podniósł, że w świetle art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. należałoby przyjąć, że jakiekolwiek zmiany w treści oferty (poza tymi, wymienionymi w ust. 2) są niedopuszczalne i

stanowią niedozwolone negocjacje. Uzupełnianie treści oferty w ten sposób, że wykonawca wskaże lokalizację bazy, nie może zostać uznane za dopuszczalną poprawkę w ofercie. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 12.1.2022 r., sygn. akt KIO 3725/21.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego odwołujący wskazał, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymogami zamówienia nie tylko w zakresie, w jakim ww. wykonawca nie wskazał lokalizacji bazy, ale także w zakresie, w jakim wskazany wykonawca podał w ofercie ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości 1 km drogi przekraczające wartości wskazane przez zamawiającego w pkt. 17 ppkt. 9 OPZ.

W pkt. 17 ppkt. 9 OPZ zamawiający wskazał maksymalne ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości: odśnieżanie – 35 zł brutto, usuwanie śliskości – 140 zł brutto. W formularzu oferty w pkt. 2.3. ppkt. 3 lit. d i e przystępujący wskazał:

„d) cena jednostkowa odśnieżania 1 km drogi wynosi brutto: 35,95 zł/km;

e) cena jednostkowa likwidacji śliskości zimowej 1 km drogi wynosi brutto: 142,95 zł/km".

Odwołujący stwierdził, że stawki wskazane przez przystępującego są w obu przypadkach wyższe niż stawki maksymalne przewidziane przez zamawiającego w OPZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9 OPZ, w razie konieczności zlecenia wykonawcy utrzymania zimowego tylko odcinka drogi rozliczenie nastąpi na postawie podanych w ofercie cen jednostkowych: odśnieżania 1 km. drogi oraz likwidacji śliskości zimowej 1 km drogi. Podawane przez wykonawców w ich ofertach stawki będą więc podstawą do dokonywania wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami umowy, co powoduje, że są one istotnym elementem oferty (jej treścią), mimo iż nie służą porównaniu ofert.

W ocenie odwołującego różnice między ceną wskazaną przez przystępującego a ceną maksymalną, wymaganą przez zamawiającego, mogą wydawać się nieduże, jednak te różnice należy przełożyć na rozliczenia, jakie mogą być realnie prowadzone przez strony umowy (ilość takich zleceń x stawka x kilometraż). Zamawiający pozostawił sobie całkowitą swobodę w zlecaniu prac tylko na poszczególnych odcinkach drogi, co powoduje, że w okresie realizacji zamówienia wskazane tu stawki mogą de facto stać się nawet podstawowym elementem rozliczeń pomiędzy stronami, zastępując rozliczenia za gotowość czy akcje czynne na całym odcinku.

Odwołujący wskazał, że w tym przypadku można oczywiście rozważać zastosowanie art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., jednak dopuszczalność poprawienia stawek

jednostkowych wykonawcy w tym trybie jest wątpliwa, z uwagi na fakt, że zamawiający: (1) nie może mieć pewności, że w niniejszej sprawie w ogóle doszło do omyłki wykonawcy, czy raczej celowo i w pełni świadomie wykonawca podał w ofercie wskazane powyżej stawki oraz (2) nie ma wiedzy co do tego, jaka powinna być wysokość stawki, gdyby stawka podana w ofercie miała być uznana za omyłkę (w niniejszym postępowaniu zamawiający w SWZ podał kilka różnych wartości granicznych, a wykonawca różnie do nich podchodził w ofercie. Również zmiana oferty w wyniku poprawienia tej oferty wydaje się być, w świetle poważnego (pkt 6 powyżej), istotna. Mówimy tu bowiem o zmianie wysokości jednego z elementów rozliczeniowych, który to element – w świetle zapisów SWZ – może być podstawowym elementem rozliczeniowym. Co jednak najistotniejsze, art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. można i należy zastosować w toku badania i oceny ofert, nie zaś po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Obecnie nie ma więc już możliwości wprowadzenia zmian do oferty wykonawcy, bez uprzedniego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny odwołujący podniósł, że oferta przystępującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o 660 207,90 zł, co przy wartości zamówienia jest bardzo dużą różnicą. Również różnica względem ceny drugiej oferty, wynosząca prawie 400 tys. zł, jest znaczną wartością.

Odwołujący wskazał, że różnica do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT nie wynosi wprawdzie 30%, jednak sięga 25%, co powinno – w okolicznościach niniejszej sprawy - zrodzić po stronie zamawiającego wątpliwości co do poprawności jej wyliczenia. Wątpliwości te powinny wynikać przede wszystkim z:

- dużych różnic w ujęciu kwotowym pomiędzy analizowaną ceną a wartością ustaloną przez zamawiającego i ceną drugiego wykonawcy,

- faktu, iż w pozostałych dwóch częściach nie występowały tak duże rozbieżności, a wręcz przeciwnie – w części drugiej wartość złożonej oferty przekracza wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego. Wartość szacunkowa wszystkich części była ustalana podobnie, nic więc nie wskazuje, by w części 3 wystąpiła jakaś pomyłka,

- ze sposobu ukształtowania przez ww. wykonawcę ceny jednostkowej za akcję czynną – dwa lub więcej wyjazdów – która to wartość służyła do ustalenia innych cen jednostkowych i jako jedyna nie była w ujęciu procentowym lub kwotowym narzucona zapisami SWZ. Wartość ta wynosi w ofercie przystępującego 17 464,35 zł brutto, z kolei w ofercie drugiego wykonawcy jest to 21 004,00 zł brutto. Różnica sięga 3,5 tys. złotych za akcję, co jest bardzo dużą różnicą.

W kontekście ceny za akcję czynną (dwa lub więcej wyjazdów) zaznaczyć należy, że zgodnie z SWZ na jeden wyjazd należy założyć zużycie 10,5 tony soli drogowej oraz 19,5 tony piasku/kruszywa. Sól drogowa z dostawą do miejscowości Gromnik obecnie, a więc przed pełnią sezonu zimowego kosztuje: 550 zł - 615 zł brutto za 1 tonę. Zakup materiału typu piasek/kruszywo to koszt: 60 zł brutto 1 tona. Cena za jeden wyjazd może zostać obliczona w następujący sposób: 550 zł x 10,5 +60 zł x 19,5 = 6 945 zł. Przy dwóch wyjazdach jest to już koszt rzędu 13 890 zł brutto, tymczasem zgodnie z SWZ wyjazdów może być więcej, co należało uwzględnić w wycenie. Do tego należy doliczyć koszty zapewnienia sprzętów (co najmniej 4 pługopiaskarki plus ładowarka do załadunku soli), których koszt zakupu sięga kilkuset tysięcy złotych za sztukę wraz z operatorami i paliwem (którego koszt zakupu sięgnie w tym przypadku tysięcy złotych). W tej cenie należało również ująć koszty innych czynności i wymogów wynikających z OPZ, w tym patroli, zapewnienia bazy itd.

W ocenie odwołującego zamawiający jako podmiot wyspecjalizowany w utrzymaniu dróg z pewnością zdaje sobie sprawę z tego, jak kształtuje się koszt zakupu samych materiałów do wykonania zamówienia, a co za tym idzie po jego stronie powinny powstać wątpliwości, czy za różnicę w koszcie zakupu materiałów i zaoferowanej ceny jednostkowej możliwe jest poniesienie wszystkich innych, koniecznych w świetle zapisów OPZ, kosztów wykonania zamówienia. Mówimy tu przy tym o cenie jednostkowej, która stanowi o prawie połowie wartości zamówienia i ma bezpośredni wpływ

na drugą składową ceny – akcje jednokrotną, która może być tylko z góry określonym procentem wartości dla akcji wielokrotnej.

Odwołujący zaznaczył, że po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie tylko w sytuacji, do której nawiązuje art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p., tj. w razie wystąpienia określonej różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT czy średnią ceną złożonych ofert, a w każdej sytuacji, gdy cena oferty lub odpowiednio istotne jej składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 sierpnia 2024 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2024 roku przystąpił wykonawca D. Ł. . W piśmie procesowym z dnia 2 września 2024 roku, wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W piśmie procesowym z dnia 2 września 2024 roku, wniesionym do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej w dniu 5 września 2024 roku przystępujący wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości;

2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. przystępujący wskazał, że oferta złożona przez przystępującego obejmuje cały przedmiot zamówienia, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w zgodzie z warunkami zamówienia. Przystępujący złożył oświadczenie woli i wiedzy w zakresie oferowanego miejsca składowania materiałów – wskazując, iż oferowane rozwiązanie jest zgodne z wymogami zamawiającego – potwierdzając określone wymagania w złożonym formularzu oferty z wyspecyfikowanymi elementami dotyczącego wskazywanego miejsca składowania materiałów. Odwołujący zdaje się zapominać, że ofertę należy weryfikować przez pryzmat warunków zamówienia, jakie określił zamawiający. Odwołanie dotyczy części 3 zamówienia, tj. realizacji usługi w „Rejonie VII Ciężkowice-Gromnik".

Przystępujący stwierdził, że posiada stałe miejsce prowadzenia działalności w miejscowości Gromnik i składając ofertę w postępowaniu w części obejmującej realizację prac w miejscowości Gromnik, wpisując w formularzu oferty „m. Gromnik" prawidłowo określił i skonkretyzował treść oferty w tym zakresie. Dla każdego profesjonalnego uczestnika tego postępowania o udzielenie zamówienia powinno być oczywistym i niewymagającym żadnego dodatkowego wyjaśnienia, że chodzi o miejscowość Gromnik położoną w powiecie tarnowskim (czyli tam, gdzie stałe miejsce prowadzenia działalności przez przystępującego oraz tam, gdzie ma być wykonywany ten konkretny przedmiot zamówienia). Istotna jest przy tym treść wymogu, jaki ma dotyczyć bazy materiałowo-sprzętowej, którą w tym zakresie miał weryfikować zamawiający – kluczowa jest odległość dla zamawiającego – „usytuowanymi w odległości nie większej niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie, który Wykonawca zamierza utrzymywać".

Przystępujący podniósł, że w tym zakresie odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że miejscowość Gromnik (a właściwie – jakikolwiek z punktów w tej miejscowości) leży dalej

niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie, który wykonawca zamierza utrzymywać (rejon Ciężkowice-Gromnik). Nie jest to nic dziwnego, gdyż jakikolwiek z punktów miejscowości Gromnik leży w odległości nie większej niż 1,2 km od drogi powiatowej. Dodatkowo, sam odwołujący wskazuje, że wskazanie miejsca dotyczyło pozacenowego kryterium oceny ofert – w zakresie rozpoczęcia akcji. Również i w tym zakresie odwołujący nie udowodnił, że nie jest możliwe rozpoczęcie akcji z miejsca składowania materiałów do zwalczania śliskości w miejscowości Gromnik, dla prac wykonywanych w rejonie Ciężkowice-Gromnik, gdzie odległość od najdalszego miejsca w miejscowości Gromnik do drogi powiatowej wynosi nie więcej niż 1,2 km.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. przystępujący wskazał, że zamawiający, w związku z dostrzeżeniem omyłki w dwóch pozycji formularza cenowego przystępującego, zdecydował się dokonać poprawienia tejże omyłki. Przystępujący zwrócił uwagę, że zamawiający miał wszelkie dane ku temu, ażeby dokonać poprawienia takiej omyłki (znał chociażby maksymalną cenę jednostkową). Oznacza to, że mógł dokonać poprawienia tychże omyłek. Przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt KIO 543/22.

Przystępujący podkreślił, że warunkiem możliwości poprawienia tej omyłki jest niezgodność z warunkami zamówienia, połączona z możliwością ustalenia prawidłowych danych albo bezpośrednio z SWZ albo w pozostałej części oferty.

W ocenie przystępującego zakres oferowanego świadczenia jest jasny. I nawet w przypadku pierwotnego wskazania w formularzu cenowym zbyt wysokiej ceny jednostkowej (w zakresie groszy, nawet nie pełnego złotego), istniała możliwość dokonania stosownej poprawy. Nie byłaby więc to jakakolwiek istotna zmiana oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż przedmiot świadczenia (określony zakres) nie uległby w żaden sposób istotnej zmianie. A właśnie dla takich sytuacji przewidziano art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., aby bezzasadnie nie odrzucać ofert dobrych, lecz z drobnymi niedoskonałościami.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. przystępujący stwierdził, że odwołujący próbuje nałożyć na zamawiającego nieistniejący obowiązek. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. to do decyzji zamawiającego (i jego oceny sytuacji) należy wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3380/22. W ocenie przystępującego odwołujący

powołuje się na jakieś stawki i swoje projekcje dotyczące

realizacji przedmiotu zamówienia, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń oraz nie przedstawia okoliczności i dowodów na potwierdzenie tego, że cena zaoferowana przez przystępującego może być rażąco niska (poza wskazaniem, że jest niższa od ceny odwołującego).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 1 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ) przedmiotem zamówienia jest: Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych Powiatu Tarnowskiego w sezonach zimowych: 2024/2025 i 2025/2026 z podziałem na 3 części:

a) Część 1 - Rejon II - Żabno

b) Część 2 – Rejon V Szerzyny

c) Część 3 - Rejon VII – Ciężkowice-Gromnik

W pkt 2 ppkt 5 OPZ zamawiający wskazał, że wykonawcy są zobowiązani do dysponowania bazą lub bazami materiałowo-sprzętowymi usytuowanymi w odległości nie większej niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie, który Wykonawca zamierza utrzymywać. Miejsce składowania materiału musi być odpowiednio zabezpieczone. Miejsce to należy określić w formularzu oferty. Podanie miejsc składowania materiałów do zwalczania śliskości w odległości większej jak podana powyżej spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SWZ. Wykonawca musi mieć do dyspozycji plac przygotowany do składowania materiału stosowanego do zwalczania śliskości zimowej zgodnie z wymogami ochrony środowiska. Plac składowy powinien być zlokalizowany w miejscu umożliwiającym dojazd sprzętu do zimowego utrzymania dróg w każdych warunkach atmosferycznych w odległości umożliwiającej rozpoczęcie prac w ramach ZUD w czasie zadeklarowanym przez Wykonawcę w ofercie. Składowane materiały powinny być zabezpieczone przed negatywnym wpływem czynników atmosferycznych oraz przed negatywnym wpływem na środowisko naturalne. Zamawiający ma prawo żądać sprawdzenia jakości materiałów używanych do wykonania usług, jak również sposobu ich magazynowania. Za jakość materiałów stosowanych do zwalczania śliskości zimowej całkowitą odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Zgodnie z pkt 2.3 ppkt 5 formularza oferty (załącznik nr 2 do SWZ) należało złożyć oświadczenie: Miejscem składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej będzie: ….

Zgodnie z pkt 2.3 ppkt 3 formularza ofertowego:

Wynagrodzenie określone przez Wykonawcę będzie rozliczane na podstawie następujących stawek:

a) stawka dobowa ryczałtowa za akcję czynną (100%) /za dwa wyjazdy i więcej/ brutto:

.....zł

b) stawka dobowa ryczałtowa za akcję czynną /za jeden wyjazd/ brutto: ..... zł

c) stawka dobowa ryczałtowa za akcję bierną „gotowość” brutto:..... zł

d) cena jednostkowa odśnieżania 1 km drogi wynosi brutto: ….. zł/km

e) cena jednostkowa likwidacji śliskości zimowej 1 km drogi wynosi brutto: ..... zł/km

W pkt. 17 ppkt 9 OPZ zamawiający wskazał:

Ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości 1 km drogi, które należy wpisać do formularza oferty nie mogą przekroczyć:

Rejon Odśnieżanie

Usuwanie śliskości zł/ brutto

140

140

140

zł/ brutto

Ciężkowice-Gromnik

Zgodnie z rozdz. XX ust. 1 SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie kierował się następującymi

kryteriami:

- CENA - 60 % = 60 pkt

- CZAS ROZPOCZĘCIA AKCJI - 40 % = 40 pkt

W piśmie z dnia 12 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o ofertach, które wpłynęły w ramach części 3 zamówienia:

Numer oferty	Nazwy albo imiona i	CENA
	nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsce zamieszkania Wykonawców	brutto
1	Firma Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł. 33-180 Gromnik ul. Tarnowska 26 NIP 8733253824	1 032 742,25 zł/ 2 065 484,50 zł
2	F.H.U. TARRA-TRANS A. K. 33-180 Gromnik ul. Krynicka 47	1 228 180,00 zł/ 2 456 360,00 zł

NIP 873 121 94 96

Pismem z dnia 12 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia:

Zamawiający: Powiat Tarnowski - Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, informuje, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie wyżej wymienionego zamówienia kwotę: 4 835 380,64 zł brutto w tym:

sfinansowanie wyżej wymienionego zamówienia kwotę: 74 835 380,64 zł brutto

za 2 sezony

w tym: Część/Rejon

Rejon II Żabno

Rejon V Szerzyny

804 100,00 zł

1 305 588,24 zł

Rejon VII Ciężkowice-Gromnik 2 725 692,40 zł

Przystępujący w swojej ofercie złożył oświadczenie o następującej treści:

Miejscem składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej będzie: m. Gromnik plac składowy.

Pismem z dnia 26 lipca 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując:

W formularzu ofertowym pkt.2.3 W zakresie Części 3/Rejonu VII: Ciężkowice-Gromnik ppkt.5) Wykonawca podał: „Miejscem składowania materiałów do zwalczania zimowej będzie m. Gromnik plac składowy”

Prosimy o sprecyzowanie dokładnej lokalizacji w/w bazy (adres). W OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ w pkt.2 ppkt.5) Zamawiający podał warunek: baza lub bazy materiałowo-sprzętowe muszą być usytuowane w odległości nie większej niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie który Wykonawca zamierza utrzymywać.

Powyższe wyjaśnienie pozwoli Zamawiającemu zająć stanowisko w sprawie i udzielić odpowiedzi Wykonawcy: F.H.U. TARRA-TRANS A. K. .

W odpowiedzi w piśmie z dnia 29 lipca 2024 roku przystępujący wskazał, że plac składowy znajduje się przy ul. Tarnowskiej dz. nr 177/11, 218/5 m. Gromnik gm. Gromnik.

W formularzu oferty w pkt. 2.3. ppkt. 3 lit. d, e przystępujący wskazał: „d) cena jednostkowa odśnieżania 1 km drogi wynosi brutto: 35,95 zł/km; e) cena jednostkowa likwidacji śliskości zimowej 1 km drogi wynosi brutto: 142,95 zł/km”.

W formularzu oferty pkt 2.3 ppkt 3 lit. a przystępujący wskazał:

stawka dobowa ryczałtowa za akcję czynną (100%) /za dwa wyjazdy i więcej/ brutto: 17 464,35 zł

Odwołujący tę samą pozycją wycenił na 21 004,00 zł brutto.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w zakresie części 3, oferty złożonej przez przystępującego, który zaoferował:

cena brutto: 1 032 742,25 zł za sezon/2 065 484,50 zł za 2 sezony

Czas rozpoczęcia akcji : 30 minut

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przystępujący podał w ofercie ceny jednostkowe odśnieżania i usuwania śliskości za 1 km drogi przekraczające wartości wskazane przez zamawiającego w pkt. 17 ppkt 9 OPZ jako maksymalne.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutu, który został przez Izbę uwzględniony, Izba wskazuje, co następuje:

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż treść oferty przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność polega na tym, że w formularzu oferty w pkt. 2.3. ppkt. 3 lit. d, e przystępujący wskazał cenę jednostkową brutto odśnieżania 1 km drogi - 35,95 zł/km oraz cenę jednostkową brutto likwidacji śliskości zimowej 1 km drogi brutto - 142,95 zł/km w sytuacji, w której zamawiający w pkt. 17 ppkt 9 OPZ wymagał, by ceny te nie przekraczały – odpowiednio – 35 zł brutto i 140 zł brutto.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p., która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazany wyżej wymóg odnoszący się do maksymalnych cen odśnieżania i likwidacji śliskości zimowej zawarty był opisie przedmiotu zamówienia, który – zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy P.z.p. – jest jednym z dokumentów zamówienia. Jego treść była jasna i zrozumiała, a przynajmniej wykonawcy nie zgłaszali pytań co do jego treści ani też nie wnioskowali o jego zmianę. Ponadto podkreślić należy, że w sytuacji, w której przystępujący bądź inny wykonawca kwestionowałby tak sformułowany wymóg, winien był w tym zakresie wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Z ustaleń faktycznych dokonanych przez Izbę wynika, że odwołanie takie nie było wniesione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., wskazany jako podstawa prawna zarzutu zawartego w pkt. 2 odwołania. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie dokonał poprawienia oferty przystępującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Ponadto, w ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku brak jest możliwości dokonania poprawienia oferty przystępującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Ewentualne poprawienie oferty nie mogłoby polegać

bowiem na wpisaniu do formularza ofertowego przystępującego maksymalnych stawek wskazanych przez zamawiającego w pkt 17 ppkt 9 OPZ. Podkreślić należy, że zgodnie ze wskazanym punktem OPZ, stawki za odśnieżanie i likwidację śliskości 1 km nie były wartościami sztywnymi, ale maksymalnymi. Oznacza to, że wykonawcy mogli wpisać kwoty wynoszące – odpowiednio -≤ 35 zł brutto i ≤ 140 zł brutto, a zatem zamawiający – aby przeprowadzić taką operację, musiałby uzyskać informacje od przystępującego co do konkretnych wartości mieszczących

się we wskazanych przedziałach, na podstawie których miałby dokonać takiej zmiany. Tego rodzaju operacja byłaby niemożliwa do przeprowadzenia przez zamawiającego bez uzyskania wyjaśnień od przystępującego co do szczegółów jej dokonania. Uzyskanie zaś tego rodzaju wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W tym miejscu wskazać należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2019 roku, sygn. akt: KIO 1964/19, w którym wskazano: Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. – przyp. wł.), Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza tu musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wskazany wykonawca nie podał w ofercie w sposób jednoznaczny miejsca składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej, mimo istniejącego w tym zakresie obowiązku, w konsekwencji czego działanie zamawiającego w postaci wezwania wykonawcy do wskazania tego miejsca w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowiło niedozwolone prawem negocjacje, a obowiązkiem zamawiającego pozostawało odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a ponadto takie działanie doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad ustawy P.z.p., tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Izba wskazuje, że warunkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie warunków zamówienia przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasad wyrażonych w art. 16 ustawy P.z.p., w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga, że specyfikacja warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70^1 § 4 Kodeksu cywilnego jest to

zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SWZ.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, by jego oferta zawierała treści, które nie były wskazane w SWZ bądź też były wskazane w sposób nieprecyzyjny, umożliwiający dokonywanie odmiennych interpretacji.

Określając wymóg dotyczący miejsca składowania materiałów zamawiający w pkt. 2 ppkt 5 OPZ wskazał, że wykonawcy są zobowiązani do dysponowania bazą lub bazami materiałowo-sprzętowymi usytuowanymi w odległości nie większej niż 15 km do najbliższej drogi powiatowej na rejonie, który wykonawca zamierza utrzymywać. Miejsce to należy określić w formularzu oferty. Zgodnie zaś z pkt 2.3 ppkt 5 formularza oferty wykonawca miał złożyć oświadczenie: Miejscem składowania materiałów do zwalczania śliskości zimowej będzie …".

Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował, jak należy rozumieć słowo „miejsce". W szczególności zamawiający nie wymagał, by miejsce składowania odpadów było określone poprzez wskazanie adresu. Podkreślenia wymaga, że miejsce rozumiane jako określony punkt / obszar w terenie może być określane na rozmaite sposoby, np. poprzez wskazanie adresu, współrzędnych geograficznych, numerów ewidencyjnych działek, miejscowości, w którym dany punkt (obszar) się znajduje itp. Zamawiający nie wskazał żadnego z tych sposobów jako wymaganego w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący jako miejsce składowania materiałów wskazał miejscowość Gromnik. W ocenie Izby tak określone miejsce czyni zadość wymogom wskazanym w pkt. 2 ppkt 5 OPZ oraz pkt. 2.3 ppkt 5 formularza ofertowego.

Jednocześnie Izba nie dostrzegła w wezwaniu przystępującego do wskazania dokładnej lokalizacji naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust.1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może żądać od wykonawców między innymi złożenia wyjaśnień, których celem jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.

W rozpoznawanym przypadku celem składanych wyjaśnień było ustalenie, czy przystępujący spełnia wskazany w pkt. 2 ppkt 5 OPZ wymóg posiadania bazy w odległości nie większej niż 15 km od najbliższej drogi powiatowej na rejonie, który wykonawca ma zamiar obsługiwać. Jednocześnie podkreślić należy, że niesprecyzowanie tych informacji w ofercie przystępującego, z uwagi na brak odpowiednich zapisów w dokumentach postępowania, nie było okolicznością obciążającą przystępującego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, mimo że istotne części składowe, a w ślad za tym i cena, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że cena oferty przystępującego różniła się in minus o około 25% szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT i o około 9% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym brak było podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Tym samym zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny należy rozpoznawać poprzez pryzmat ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się" czy „budzi

wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wykazał, by cena zaoferowana przez przystępującego bądź też jej istotna część składowa powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego obligujące go do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że wątpliwości zamawiającego winny wzbudzić następujące okoliczności:

- duże różnice w ujęciu kwotowym pomiędzy analizowaną ceną a wartością ustaloną przez zamawiającego i ceną drugiego wykonawcy,

- fakt, iż w pozostałych dwóch częściach nie występowały tak duże rozbieżności, a wręcz przeciwnie – w części drugiej wartość złożonej oferty przekracza wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego. Wartość szacunkowa wszystkich części była ustalana podobnie, nic więc nie wskazuje, by w części 3 wystąpiła jakaś pomyłka,

- sposób ukształtowania przez przystępującego ceny jednostkowej za akcję czynną – dwa lub więcej wyjazdów – która to wartość służyła do ustalenia innych cen jednostkowych i jako jedyna nie była w ujęciu procentowym lub kwotowym narzucona zapisami SWZ. Wartość ta wynosi w ofercie Firmy Usługowo-Handlowa PUG-TRANS D. Ł. 17 464,35 zł brutto, z kolei w ofercie drugiego wykonawcy jest to 21 004,00 zł brutto. Różnica sięga 3,5 tys. złotych za akcję, co jest bardzo dużą różnicą.

Odnosząc się do okoliczności wskazanych w tiret pierwsze i drugie Izba wskazuje, że ocena, czy różnice pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia i ceną drugiego wykonawcy uzasadniają konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy do zamawiającego. Jak to już wyżej wskazano, w przypadku opisanym w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiającemu przysługuje uprawnienie do dokonania samodzielnej oceny w zakresie istnienia bądź nieistnienia wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny. W sytuacji, w której nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. i brak jest innych podstaw do zakwestionowania ceny, to do zamawiającego należy decyzja w zakresie tego, czy sama różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a innymi cenami zaoferowanymi w postępowaniu oraz wartością zamówienia, uzasadnia wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tej sprawie. Okoliczność, iż zamawiający jest uprawniony do dokonania subiektywnej oceny w tym zakresie, musi być również wzięta pod uwagę przez

Krajową Izbę Odwoławczą przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Wydaje się, iż jedynie w sytuacji, w której z okoliczności sprawy wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż zaoferowana cena nosi znamiona niskiej, zaniechania zamawiającego będą mogły być skutecznie kwestionowane. W ocenie Izby z taka sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Jeśli chodzi o okoliczność wskazaną w tiret trzecie odwołujący sam w treści odwołania wykazuje, że cena dwóch wyjazdów to 13 890 zł brutto. Przystępujący zaoferował cenę 17 464,35 zł, zatem pomiędzy zaoferowaną ceną a wyceną dokonaną przez odwołującego pozostaje jeszcze różnica w wysokości 3 574,35 zł, stanowiąca około 20% zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, że do kosztu soli drogowej i piasku / kruszywa należy doliczyć koszty zakupu sprzętu wraz z operatorami i paliwem oraz inne koszty wskazane w OPZ. Odwołujący nie wyjaśnia natomiast, na jakiej podstawie przyjął, że przystępujący będzie musiał dopiero zakupić wymagany sprzęt. Okoliczność ta nie wynika z treści odwołania. Odwołujący nie wskazał również na żaden dowód, z którego wywnioskował konieczność zakupu sprzętu. Odwołujący nie wskazuje również żadnego poziomu kosztów, z których wynikałoby, że kwota 3 574, 35 zł, która pozostaje po odjęciu od zaoferowanej przez przystępującego kosztu soli i piasku jest niewystarczająca dla pokrycia innych kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia. W ocenie Izby znajdujące się w odwołaniu sformułowania „kilkaset tysięcy złotych" czy „tysiące złotych" nie są miarodajne dla ustalenia, że cena przystępującego jest rażąco zaniżona.

W tym miejscu Izba wskazuje na argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3225/22, którą w pełni podziela i z której wynika, iż: „(…) zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też, że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład

orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r., KIO 2617/18)."

Jedyny dowód, jaki złożył odwołujący, to oferta Star Sol Sp. z o.o. w Pcimiu z dnia 23 lipca 2024 roku, na okoliczność wykazania ceny sprzedaży soli drogowej (500 zł / netto / tona). Izba przeprowadziła dowód ze złożonego dokumentu, uznając, że potwierdza on wysokość ceny 1 tony soli. Niemniej jednak koszt ten nie jest jedynym kosztem, jaki winni byli uwzględnić wykonawcy dokonując wyceny, na co zwrócił uwagę sam odwołujący w treści odwołania. Odwołujący nie wykazał wysokości innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Wskazując na powyższą argumentację Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż w rozpoznawanym przypadku

zaszły przesłanki uzasadniające wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, stosownie go art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 2 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: ……