Sygn. akt KIO 3926/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2024r. przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOW MOSTOWYCH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kole w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmir Sieradz

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. "ARES"

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOW MOSTOWYCH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kole i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO-MOSTOWYCH SPÓŁKA AKCYJI siedzibą w Kole na rzecz zamawiającego Gminy Sieradz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 3926/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Sieradz w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Remont drogi gminnej nr 114257E na odcinku Chałupki-Chojne", nr referencyjny: ZFZ.271.1.12.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych wdniu 10 września 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00491558.

W postępowaniu tym wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO-MOSTOWYCH SPÓ AKCYJNA z siedzibą w Kole (dalej;„Odwołujący") w dniu 23 października 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.W. „ARES"

2)zaniechaniu obligatoryjnego wezwania zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 PZP dot. oferty wykonawcy K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.W. „ARES"

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 224 ust. 1 PZP polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. „ARES" przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących obiektywnych wątpliwości w zakresie jednostkowej ceny robót ziemno – mechanicznych, rozebranie podbudowy z kruszywa/kamienia/ziemi o grubości 15 i 30 cm wraz z wywozem urobku na odl. 10 km wskazanych przez wykonawcę (punkt 2 d.1 kosztorysu ofertowego), która to cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia jak również budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i nie spełnia wymogów Zamawiającego wskazanych w pkt. 5.2 oraz 9.2 Załączniku nr 9 do SWZ, podczas gdy ten obowiązek wynikający z naruszonego przepisu był obligatoryjny w konsekwencji zaniżenia ceny jednostkowej przez wykonawcę;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. ,,ARES" przez Zamawiającego wobec stwierdzenia niezgodności oferty przedstawionej przez K.W. z

warunkami zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowalnych w części dotyczącej gospodarowania odpadami, albowiem cena jednostkowa dotycząca robót ziemno - mechanicznych, rozebranie podbudowy z kruszywa /kamienia/ziemi o grubości 15 i 30 cm wraz z wywozem urobku na odl. 10km wskazanych przez wykonawcę (punkt 2 d.1 kosztorysu ofertowego) wskazana przez wykonawcę K.W. nie pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. ,,ARES" przez Zamawiającego wobec wskazania przez ww. wykonawcę rażąco niskiej ceny - rażąco niskiego kosztu jednostkowego w zakresie robot ziemno - mechanicznych, rozebranie podbudowy z kruszywa /kamienia/ziemi o grubości 15 i 30 cm wraz z wywozem urobku na odl. 10km wskazanych przez wykonawcę (punkt 2 d.1 kosztorysu ofertowego) wobec wymogów Zamawiającego wskazanych w pkt. 5.2 oraz 9.2. Załączniku nr 9 do SWZ, których ww. wykonawca nie będzie mógł spełnić przy założeniu ceny jednostkowej wskazanej w punkcie 2 d.1 kosztorysu ofertowego;

4.art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. ,,ARES" przez Zamawiającego wobec dokonania przez ww. wykonawcę zaniżenia ceny jednostkowej w zakresie między innymi: mechanicznego rozebrania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (punkt. 3 d.1 kosztorysu ofertowego), rozebrania przepustów rurowych - rury betonowego o śr. 60 cm, wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki samochodem samowyładowczym na odległość 10 km czy robot ziemno - mechanicznych, rozebranie podbudowy z kruszywa/kamienia/ziemi o grubości 15 i 30 cm wraz z wywozem urobku na odl. 10km wskazanych przez wykonawcę (punkt 2 d.1 kosztorysu ofertowego) wobec wymogów Zamawiającego wskazanych w pkt.5.2 oraz 9.2. Załączniku nr 9 do SWZ, które miały na celu zaniżyć ogólny koszt oferty złożonej przez ww. wykonawcę i tym samym doprowadzić do wyboru jego oferty przez Zamawiającego a zatem oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

5.w konsekwencji art. 239 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.W. „ARES", którego oferta podlegała odrzuceniu wobec braku możliwości spełnienia wymogów stawianych przez Zamawiającego między innymi w pkt. 5.2 oraz 9.2 Załączniku nr 9 do SWZ;

6.w konsekwencji art. 16 oraz 17 PZP poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego w toku prowadzenia postępowania zachowania zasad prawidłowego przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również uczciwej konkurencji i równego traktowania jego uczestników, a także przede wszystkim w niezapewnieniu przejrzystości postępowania

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

b)nakazania odrzucenia oferty złożonej przez „ARES" K.W.,

c)nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zdaniem Odwołującego cena wskazana przez wykonawcę nie pozwoli na spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 9 do SWZ, a dokładnie wymagań wskazanych w pkt. 5.2 oraz 9.2. Z przywołanych zapisów wynika, iż cena jednostkowa dotycząca rozbiórki elementów dróg winna zawierać koszty załadunku oraz wywiezienia materiałów z rozbiórki w miejsce wskazane przez Zamawiającego albo poza teren budowy wraz z kosztami utylizacji przedmiotowych materiałów. Odwołujący zwrócił uwagę, że cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę wynosi zaledwie 8,16 m^3 materiałów co nie pozwala na wykonanie zadania i utylizację odpadu.

Zdaniem Odwołującego powyższa kwota w żadnym wypadku nie pozwoli na realizację wymogów wskazanych przez Zamawiającego, co potwierdzają następujące okoliczności:

I.siedziba wykonawcy znajduj się w odległości około 50 km od miejsca wykonywania prac, wobec powyższego, w przypadku założenia iż wykonawca będzie przewoził powstałe materiały na teren swojego przedsiębiorstwa, koszt paliwa oraz koszty utrzymania floty pojazdów służących do przewozu powstałych materiałów w sposób znaczący przewyższa cenę jednostkową wskazaną przez wykonawcę,

II.z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, *że* wykonawca nie dysponuje własnym sprzętem specjalistycznym, który mógłby zostać wykorzystany do załadunku i wywiezienia materiału z terenu budowy - średni koszt rynkowy wypożyczenia tego typu sprzętu specjalistycznego w sposób znaczny przekracza cenę jednostkową wskazaną przez wykonawcę (z zaznaczeniem, że cena jednostkowa nie dotyczy wyłącznie wywozu urobku, ale także zawiera koszty robot ziemno-mechanicznych i rozebrania podbudowy oraz utylizacji).

III.Wykonawca nie dysponuje możliwościami utylizacji powstałego materiału, a koszt rynkowy oferowany przez podmioty specjalistyczne zlecenia takowej utylizacji w sposób znaczący przewyższa cenę jednostkową wskazaną przez wykonawcę w przeliczeniu na m^3 powstałych materiałów (z zaznaczeniem, że cena jednostkowa nie dotyczy

wyłącznie utylizacji, ale także zawiera koszty robót ziemno- mechanicznych i rozebrania podbudowy oraz przewozu urobku).

Analiza okoliczności wyszczególnionych powyżej oraz cen jednostkowych wskazanych przez innych oferentów może doprowadzić do wniosku, iż wykonawca zamierza materiały rozbiórkowe powstałe w wyniku prac zutylizować w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa i wymogami stawianymi w celu ochrony środowiska.

Odwołujący zwrócił uwagę, że różnica pomiędzy ofertą wykonawcy dotycząca robót ziemnych, a kolejną najniższą ofertą wynosi aż 10,83 zł za m^3, tj. 43 % całości ceny. Oferta Odwołującego w tym zakresie wynosi 19,00 za m^3 i to przy założeniu wykorzystania własnych maszyn, uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz stałej współpracy z przedsiębiorstwem będącym zarejestrowanym w Bazie Danych Odpadowych (dalej jako: „BDO"), co pozwoliło na znaczne zmniejszenie końcowej ceny jednostkowej w tym zakresie. Z danych uzyskanych z rejestru BDO wynika, że K.W. "ARES" nie jest w niejzarejestrowany, wobec czego utylizacja powstałych materiałów w przypadku tego wykonawcy wiązałoby się z dodatkowymi kosztami, co winno mieć odzwierciedlenie w cenie jednostkowej. Natomiast różnica pomiędzy ceną wykonawcy a kalkulacją kosztów wykonania robót ziemnych wg. KNR jest jeszcze większa.

Dodatkowo, wykonawca w zakresie kosztów jednostkowych wywiezienia gruzu z terenu rozbiórki samochodem samowyładowczym na odległość 10 km (punkt 5 d.1. kosztorysu ofertowego) wskazał cenę jednostkową mniejszą o ponad połowę od ceny jednostkowej Odwołującej oraz znacznie mniejszą od pozostałych stawek wskazanych w innych ofertach złożonych w postępowaniu. Inne koszty jednostkowe, np. wskazane w punkcie 4 d.1. kosztorysu ofertowego (Rozebranie przepustów rurowych) również odbiegają w znacznym stopniu od stawek rynkowych za dane usługi (w przypadku kolejnej najniższej ceny jednostkowej spośród pozostałych ofert jest to różnica przekraczająca 20% ceny zaoferowanej przez wykonawcę).

Dodatkowo, przedmiotowy koszt jednostkowy powinien brać pod uwagę koszty pracy pracowników wykonawcy. Z dniem 01 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1265 ze zm.) zmieniła brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP w ten sposób, że wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może przyjąć, że wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny, byłaby niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W zaistniałych okolicznościach, wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień w tym zakresie, jednakże analiza ceny jednostkowej wskazanej przez wykonawcę oraz zestawienie jej z innymi kwotami wskazanymi przez pozostałych oferentów pozwala domniemywać, że wykonawca nie uwzględnił powyższych wymogów w swojej kalkulacji, co tylko potwierdza iż cena jednostkowa dotycząca prac ziemnych została przez wykonawcę sztucznie zaniżona celem zmniejszenia kosztów w złożonej Zamawiającemu ofercie.

W takich okolicznościach, zdaniem Odwołującego, w istocie cena jednostkowa wskazana w pozycji 2d.1. przez wykonawcę K.W. winna być co najmniej trzykrotnie większa, niż cena rzeczywiście przez ww. wykonawcę wskazana. Tym samym całościowa oferta wykonawcy z uwzględnieniem realnej ceny rynkowej i to tylko dla pozycji 2d.1. kosztorysu ofertowego wykonawcy byłaby o ponad 20 tys. zł. droższa od oferty Odwołującego.

Nawet gdyby wykonawca w uzasadnieniu wskazanej ceny jednostkowej powołał się chociażby na posiadane przez siebie pojazdy i maszyny budowlane, które miałyby być używane w całym okresie realizacji zamówienia, to przy ocenie wskazanej ceny jednostkowej należy uwzględnić koszty ich bieżących napraw i remontów, koszty paliwa i wymiany materiałów zużywalnych (płyny, oleje. filtry, przeglądy, OC, podatki - takie koszty uwzględniła Odwołująca wskazując cenę jednostkową na poziomie o 43% wyższą od ceny jednostkowej wskazanej przez wykonawcę (dot. robot ziemnych). Tym samym wobec braku przedstawienia jakiejkolwiek kalkulacji cenowej w tym zakresie (nie mówiąc już o dowodach), nie wiadomo czy koszty te zostały w ogóle ujęte w cenie ofertowej, a mając na względzie rażąco niską cenę jednostkową najprawdopodobniej nie zostały w ogóle ujęte w cenie ofertowej. Nie sposób bowiem racjonalnie zakładać, że w okresie realizacji zamówienia cały park maszynowy wykonawcy będzie „pracował za darmo".

Oferta wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP - Jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada zapewniająca zachowanie uczciwej konkurencji, dlatego zasadne jest odrzucenie oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową regułę.

Odwołujący przytoczył treść art. 3 ust. 2, art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez wykonawcę K.W. polegał na zaniżeniu ceny jednostkowej poniżej poziomu jej rzeczywistego kosztu w istocie złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem analiza oferty tego wykonawcy wykonana przez Odwołującego przedstawiona w odwołaniu wskazuje wprost, że wykonawca dokonał sprzedaży swoich usług poniżej kosztów ich świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Pismem z dnia 6 października 2024 r. (data wpływu), stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający zwrócił uwagę, że pismem z dnia 2024-10-07 znak sprawy: ZFZ.271.1.12.2024, działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał od K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.W. „ARES" z siedzibą w miejscowości Klonowa złożenia wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny w terminie do dnia 09.10.2024r. Wykonawca w terminie wskazanym powyżej wyjaśnienia złożył. Zamawiający ocenił je pozytywnie.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podniósł, że pozycja 2 kosztorysu inwestorskiego Roboty ziemne - mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa /kamienia/ziemi o grubości 15 i 30cm wywozem urobku na odległość 10km, stanowi 7,58% kosztów kosztorysu inwestorskiego przedmiotowej inwestycji i jest jednym z elementów robót przygotowawczych i rozbiórkowych, które stanowią 9,37% wartości kosztorysu.

Pozycja 2 kosztorysu ofertowego firmy K.W. „ARES" z siedzibą w miejscowości Klonowa stanowi 1,62% ceny całkowitej, dla porównania pozycja 2 kosztorysu ofertowego Odwołującej wynosi 3,69% ceny całkowitej. Jednocześnie udział robót przygotowawczych i rozbiórkowych, których pozycja 2 stanowi tylko część, w cenie całkowitej firmy K.W. „ARES" wynosi 6,31% - 169 145,46 zł netto, zaś Odwołującej 5,70%- 156 525,40zł, a zatem to cena Odwołującej jest niższa.

Zamawiający zwrócił uwagę, że największy procentowo udział kosztów inwestycji stanowią, zgodnie z kosztorysem inwestorskim pozycje dotyczące konstrukcji jezdni – łącznie 87,25%. Potwierdzają to również oferty Wykonawców, w tym Odwołującej – 91,41% oraz firmy K.W. „ARES" - 94,07%. Niewątpliwie ta część jest istotną częścią składową ceny, nie zaś roboty przygotowawcze i rozbiórkowe.

Argumentacja Odwołującego skupia się jedynie na cenie jednostkowej poz. 2 kosztorysu roboty ziemne - mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa /kamienia/ziemi o grubości 15 i 30cm wywozem urobku na odległość 10km, której udział w przedmiocie zamówienia jest znikomy, pomijając zupełnie pozycje zasadnicze dla osiągnięcia celu, dla którego zamówienie jest udzielone.

Wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.W. "ARES" (dalej: „ARES") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz przez Uczestnika postępowania na posiedzeniu. Izba uznała jednak, że nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominęła pismo Odwołującego z dnia 6 listopada 2024 r. opisanego jako „uzupełnienie odwołania". Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynności lub zaniechania zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Biorąc powyższe pod rozwagę, granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle determinowane przez zarzuty odwołania odnoszące się do konkretnych czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności faktyczne potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut w rozumieniu ustawy Pzp ujmuje się jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych, które muszą być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone w trakcie postępowania odwoławczego stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W rzeczonym piśmie Odwołujący wskazuje nowe pozycje kosztorysowe oraz nawiązuje do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Uczestnika postępowania. Nie mogły one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Izba pominęła pismo Odwołującego z dnia 8 listopada 2024 r. opisanego jako „załącznik do protokołu rozprawy". Po pierwsze, procedura postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą nie przewiduje możliwości wniesienia pisma po zamknięciu rozprawy. Po drugie, nawet uznając możliwość wniesienia pisma stanowiącego załącznik do protokołu to przypomnieć należy cel takowego załącznika. Otóż załącznik do protokołu ma na celu uzupełnienie treści protokołu przez bardziej precyzyjne sformułowanie wypowiedzi, jakie złożone zostały na rozprawie, umożliwia również utrwalenie wypowiedzi merytorycznej, która nie została zamieszczona w protokole. Mając powyższe na uwadze, jak również szanując czas poświęcony na wytworzenie „załącznika do protokołu" Izba postanowiła krótko odnieść się do jego treści.

Odwołujący twierdził, że *pominięcie przez Izbę pisma Odwołującego datowanego na dzień 6 listopada 2024 roku z powodu jakoby powołania się przez Odwołującego na dodatkowe pozycje cen jednostkowych było nieuzasadnione* (…) *w odniesieniu do zarzutu nr 4 wywiedzionego odwołania, Odwołujący wskazał jednoznacznie podstawę zarzutu* (…) *dokonanie przez Wykonawcę zaniżenia ceny jednostkowej w* ***zakresie między innymi*** (…) – twierdzenia Odwołującego, że wskazanie: „*w zakresie między innymi*" upoważniało go do wskazania przed rozprawą kolejnych zaniżonych, w ocenie Odwołującego, pozycji kosztorysowych nie zasługiwało na aprobatę. Jak już wyżej wskazano, Odwołujący w treści odwołania obowiązany jest podać zarówno podstawę prawną jak i faktyczną. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji Odwołującego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów, a tym bardziej doszukiwać się jeszcze innych pozycji kosztorysowych, które mogłyby nosić znamiona rażąco niskiej ceny.

W dalszej części „załącznika do protokołu" Odwołujący odnosi się do wezwania oraz do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zdaje się oczekiwał, że Izba niejako naprawi nienależytą staranność Odwołującego, który nie wniósł o udostępnienie dokumentacji postępowania i tym samym nie posiadał wiedzy odnośnie wezwania jak i złożonych wyjaśnień. Powyższe nie należy do kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez Odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez Odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest remont drogi gminnej nr 114257E na odcinku Chałupki-Chojne.

Zamawiający pismem z dnia 7 października 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od wykonawcy ARES złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny iistotnych części składowych. Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez ARES cena i ich istotne części składowe, wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do zażądania od ARES wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez ARES cena całkowita jest niższa o 31,57% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Na wezwanie Zamawiającego ARES, pismem z dnia 7 października 2024 r, złożyłwyjaśnienia wraz z dowodami. Izba za zbędne uznała przytoczenie treści wyjaśnień Uczestnika postępowania, bowiem zarzuty odwołania nie dotyczyły złożonych wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli:*

pkt 5 jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

pkt 7 została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

pkt 8 zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwołujący, formułując zarzuty, wadliwie ocenił stan faktyczny i tym samym pierwotnie przyjęta hipoteza o zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny doprowadziło do uznania zarzutów odwołania za oczywiście bezzasadne. Nie sposób bowiem oceniać jednej pozycji kosztorysowej, która chociażby ze względu na jej wartość nie mogła zostać uznana za istotną część składową

ceny, nie biorąc pod uwagę wyjaśnień Uczestnika złożonych na wezwanie Zamawiającego. Izba jednak nie mogła dokonać analizy wyjaśnień Uczestnika bowiem nie zostały one objęte odwołaniem.

Izby nie przychyliła się do wniosku Odwołującego, że zarzut nr 1 jest bezprzedmiotowy. Wezwanie do wyjaśnień Zamawiający wywiódł przed wniesieniem przez Odwołującego odwołania, a nie w toku postępowania odwoławczego. Co za tym idzie zarzut jest bezzasadny, a nie bezprzedmiotowy.

Całkowicie niezrozumiały był zarzut nr 2 - Odwołujący nie wykazał aby oferta Uczestnika była niezgodna z warunkami zamówienia. W odwołaniu brak jest uzasadnienia w tym zakresie. Z kolei na rozprawie, Odwołujący wywodził niezgodność oferty Uczestnika postępowania z warunkami zamówienia z uwagi na rażąco niską cenę jednej pozycji kosztorysowej. Abstrahując od bezzasadności argumentacji w tym zakresie, rażąco niska cena jakiejkolwiek pozycji kosztorysowej nie stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tylko (jak sama nazwa wskazuje) o rażąco niskiej cenie.

Reasumując, z uwagi na nieobjęcie odwołaniem złożonych przez Uczestnika wyjaśnień nie sposób było uznać zarzutów wskazanych w odwołaniu za zasadne.

Nie sposób zrozumieć z jakiego powodu Odwołujący nie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania, tylko niejako w ciemno próbował wykazać, że z uwagi na jedną pozycję kosztorysową (procentowo mało znaczącą) oferta Uczestnika postępowania zawiera rażąco niską cenę i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Pomijając najbardziej istotny dokument, czyli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Odwołujący ponosi negatywne konsekwencje niewykazania swoich twierdzeń.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……