

WYROK

Warszawa z dnia 25 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 20 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2024 r. przez **odwołującego**: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Gmina Gnojnik Gnojnik 23; 32-864 Gnojnik

z udziałem **przystępujących po stronie zamawiającego**:

- 1.B.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane „DRÓG-BUD” B.Włoniowo 277, 32-854 Porąbka Uszewska
- 2.J.N. i U.N. wspólnicy Spółki Cywilnej działającej pod firmą J.N. Road Systems s.c. 33-156 Skrzyszów 15

orzeka:

- 1.oddała odwołanie w zakresie zarzutów (2,3,4,5) dotyczących oferty przystępującego J.N. i U.N. wspólnicy Spółki Cywilnej działającej pod firmą J.N. Road Systems s.c. 33-156 Skrzyszów 15 wnoszących sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania
- 2.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu (1) dotyczącego oferty przystępującego B.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane „DRÓG-BUD” B.Włoniowo 277, 32-854 Porąbka Uszewska z powodu uwzględnienia odwołania i braku sprzeciwu przystępującego
- 3.kosztami postępowania obciąża **odwołującego**: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica i:
 - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego**: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica, tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2.zasądza **od odwołującego**: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz przystępującego** J.N. i U.N. wspólnicy Spółki Cywilnej działającej pod firmą J.N. Road Systems s.c. 33-156 Skrzyszów 15 stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika **przystępującego**

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.

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulowanego przez ustawę z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwaną dalej „Pzp”. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest: „Przebudowa dróg gminnych na terenie gminy Gnojnik: droga nr 250340K w miejscowości Gnojnik od km 0+000 do km 0+413, droga nr 250357K w miejscowości Biesiadki od km 0+000 do km 0+494,60” (nr postępowania: RliD.271.15.2024”) prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Gnojnik dalej zwaną „Zamawiającym”.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

- 1.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - B.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.W. Usługi Budowlane „DRÓG- BUD” („Dróg-Bud”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena Jego oferty nie jest rażąco niska;
- 2.zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Road System s.c. J.N. z siedzibą w Skrzyszowie („Road System”) z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę zamówienia niezgodnego z warunkami zamówienia, tj. zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu tzw. rur PP, podczas gdy Zamawiający oczekiwał wykonania zamówienia przy pomocy tzw. rur PVC; ewentualnie (względem naruszenia wskazanego w pkt. (2)

3.zaniechania wezwania wykonawcy Road System do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych rur niezbędnych do wykonania kanalizacji opadowej, a które ujęte zostało w kosztorysie ofertowym w pozycjach 4,5,6,93 i 94 i ustalenia czy wykonawca Road System uwzględnił przy realizacji tzw. rury PVC;

ewentualnie (na wypadek uznania, że odrzucenie oferty Road System jest przedwczesne lub nieuzasadnione)

4.zaniechania wezwania wykonawcy Road System do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty w zakresie uwzględnionych i wycenionych przez tego wykonawcę pozycji rur PVC dla branży „Kanalizacja Opadowa” (pozycje 4,5,6, 93 i 94 kosztorysu ofertowego), podczas gdy wycena tych pozycji pozostaje na nierynkowym poziomie i wskazuje na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za wykonanie tego zakresu zamówienia i równoczesnym zaoferowaniu rur niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego;

w każdym przypadku

5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Dróg-Bud.

II. Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów tj.:

1.art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Dróg-Bud B.W. z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że, wykonawca ten był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w Postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, w szczególności, nie przedstawił informacji, o które wnioskował Zamawiający, tj. szczegółowych i popartymi dowodami wyjaśnień (wyliczenia ceny), które wskazywałyby na rynkowość i realność zaoferowanej ceny;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Road System J.N., podczas gdy oferta tego wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym zaoferowanych przez tego wykonawcę rur, które użyte mają zostać przy realizacji zamówienia (tj. rur PVC), albowiem cena jaką zaoferował ten wykonawcę za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia (tj. pozycje „kanały z rur typu PVC łączone na wcisk Fi 200 mm lub 400 mm lub 500 mm SN8”), wskazuje, iż wykonawca Road System wycenił nie rury PVC, lecz rury PP, których Zamawiający nie dopuścił, co znalazło swoje odzwierciedlenie w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 19 września 2024 r. na pytanie nr 8 (Wyjaśnienie treści SWZ nr 4), a która to odpowiedź została pominięta przez Road System na etapie opracowywania oferty; ewentualnie (tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, że przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia)

3.art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Road System do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych przez tego wykonawcę rur, w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia; ewentualnie (na wypadek, gdyby Izba uznała, że niezasadne lub przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia)

4.art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Road System do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie pozycji 4,5,6,93 i 94 kosztorysu ofertowego tego wykonawcy, tj. pozycji „kanały z rur typu PVC łączone na wcisk Fi 200 mm lub 400 mm lub 500 mm SN8”, w sytuacji gdy wycenione przez tego wykonawcę wskazane pozycje odbiegają od rynkowych, a jednocześnie minimalnych wartości, co winno było wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia przez tego wykonawcę; a w konsekwencji powyższego

5.art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III.Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2)odrzucenie oferty wykonawcy Dróg-Bud B.W.;

(3)odrzucenie oferty wykonawcy Road System J.N.

(4)ewentualnie, wezwanie wykonawcy Road System J.N. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, tj. w zakresie tego, jaki rodzaj rur wykonawca Road System uwzględnił w wycenie przedmiotu zamówienia (czy rury PVC czy rury PP) - gdyby Izba uznała, że przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, oraz wezwanie Go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pozycji kosztorysu ofertowego nr 4, 5, 6, 93 i 94 - gdyby Izba uznała, że niezasadne lub przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia;

(5)dokonanie ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

IV.Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

V.Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił zaistniały w postępowaniu stan faktyczny, odrzuciłby ofertę wykonawców Dróg-Bud B.W. i Road System J.N. i wówczas to oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 nowego Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu została przekazana przez Zamawiającego w dniu 25 października 2024 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 30 października 2023 r., tym samym odwołanie zostało złożone w terminie (Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy właściwe dla zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00479503/01 .

1.Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest przebudowa dróg gminnych na terenie gminy Gnojnik: droga nr 250340K w miejscowości Gnojnik od km 0+000 do km 0+413, droga nr 250357K w miejscowości Biesiadki od km 0+000 do km 0+494,60.

2.W Postępowaniu wpłynęło pięć ofert.

3.Pismem z dnia 8 października 2024 r. Zamawiający zwrócił się, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, do Dróg-Bud B.W. o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jego oferty („Wezwanie”). W ramach Wezwania Zamawiający wskazał że zaoferowana przez Dróg-Bud cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W wyniku Wezwania, Zamawiający oczekiwał udzielenia przez Dróg-Bud B.W. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W treści Wezwania Zamawiający przytoczył również art. 224 ust. 3 Pzp, wskazując, że wyjaśnienia muszą obligatoryjnie przedstawiać przy tym informacje, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

4.Pismem z dnia 10 października 2023 r. Dróg - Bud B.W. udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („Wyjaśnienia”), które uzupełnione zostały samodzielnie przez tego wykonawcę pismem z dnia 11 października 2024 roku. W ramach tego uzupełnienia Dróg-Bud B.W. złożył oświadczenia podwykonawców/dostawców, w których oświadczyli oni, że oferowane Dróg-Bud ceny są rynkowe, a oni oferują temu wykonawcy atrakcyjne rabaty. Zamawiający ocenił Wyjaśnienia jako prawidłowe.

5.W toku postępowania, wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania odnośnie zakresu przedmiotowego zamówienia. W ramach jednego z pytań, wykonawcy dopytywali, czy zamiast rur PVC mogą zastosować tzw. rury PP. Zamawiający udzielił negatywnej w tym zakresie, co jednoznacznie wskazywało, iż wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w swojej wycenie wyłącznie rury PVC (odpowiedzi z dnia 19 września 2024 r., wyjaśnienia nr 4, pytanie nr 8):

Pytanie nr 8

Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie kanalizacji opadowej z rur PP, zamiast rur PVC?

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody.

6.Wykonawca Road System J.N. pozycje, które dotyczyły wskazanych rur PVC wycenił na następującym poziomie :

4 TKNRW 218/408/3	Kanały	z	rur	typu	PVC	łączone	na	wcisk	Fi200	mm
SN8	m	64,00	51.93	3 323	52					

5	KNRW 218/406/6	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 400 mm SN8	m	34.00	128
54	4 370 36				
6	KNRW 218/408/7	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk. Fi 500 mm SN8	m	306,65	175.59
				53 844,67	
93	KNRW 218/408/3	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk Fi 200 mm SN8	m	O 1	w 28
00	51 93 1 454 04				
94*	iKNRW 218/408/7	KNRW Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 500 mm SN8		i 375 70	175 59 65
					969,16]

7.25 października 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za

którą uznana została oferta złożona przez Dróg-Bud B.W., zaś ofertę Road System J.N. uplasował na drugim miejscu rankingu ofert.

8. Jak zostanie wykazane w niniejszym odwołaniu, akceptując Wyjaśnienia złożone przez Dróg-Bud B.W., Zamawiający naruszył przywołane w petitum odwołania przepisy Pzp. W Wyjaśnieniach Dróg-Bud B.W. ograniczył się do lakonicznego przedstawienia oświadczeń własnych oraz głoślowych zapewnień, nie wykazał w żaden sposób, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową, nie obalił zatem domniemania ceny rażąco niskiej i nie dowiódł, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Dróg-Bud nie wywiązał się z również z obowiązków, jakie nałożył na tego wykonawcę Zamawiający w treści Wezwania, tj. nie złożył szczegółowych wyjaśnień popartych dowodami w zakresie ceny oferty. Oprócz tego wykazane zostaną wadliwości i zaniechanie zamawiającego poczynione względem oferty Road System J.N..

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. OBOWIĄZKIEM WYKONAWCY WEZWANEGO DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO I CENY JEST WYKAZANIE JEJ RYNKOWEGO CHARAKTERU

9. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („Izba”) zagadnienie rażąco niskiej ceny jest jednym z częściej poruszanych (z racji mnogości zarzutów odwoławczych w tym zakresie), a przy tym wyjątkowo ustabilizowanym w warstwie merytorycznej.

10. Z orzecznictwa tego wynika szereg niekwestionowanych i niepodważalnych reguł, którymi cechować powinien się przebieg procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny.

11. Po pierwsze, na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, że już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony” o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści Pzp (art. 224 ust. 5). Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 marca 2018 r.1: „Izba podkreśla, że z tym wezwaniem (do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.” Podobne stanowisko prezentowane było również przez sądy powszechne, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku.2 Polski ustawodawca wyszedł z założenia, że próg 30% jest takim progiem, który czyni założenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny co najmniej prawdopodobnym (przy czym nawet bez spełnienia wymogu 30%, domniemanie w zakresie ceny rażąco niskiej istnieje w każdym przypadku, w którym zamawiający zdecyduje się skierować wezwanie do wyjaśnień, a wykonawca wezwania tego nie zakwestionuje).

12. Po drugie, wykonawca, który nie zgadza się z zasadnością skierowania do niego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny powinien zaskarżyć tę czynność poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Brak skorzystania z tego uprawnienia powoduje ten skutek, że treść wezwania nabywa wiążącego charakteru i wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę muszą zostać ocenione właśnie przez pryzmat zawartości wezwania.

13. Po trzecie, konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. W uzasadnieniu wyroku z dnia 23 marca 2017 r.3. (który potraktować należy jedynie jako przykład) Izba stwierdziła; „W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie”. W dalszej części Izba konstatuje: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. KIO 393/18 Sygn. VI Ca 464/09 Sygn. KIO 422/17

podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”.

14. Po czwarte wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń wiarygodnymi, potwierdzającymi twierdzenia ujęte w wyjaśnieniach, dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie gołosłowne, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania” minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Jak wskazuje Izba w wyroku z 30 kwietnia 2021 r.⁴: „Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty”. Tym samym, aby wyjaśnienia były konkretne i wiarygodne muszą być również poparte dowodami, na potwierdzenie istotnych okoliczności mających wymierny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

15. Podsumowując, obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie;
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);
- c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Powyższe obciąża każdego wykonawcę, względem którego skierowane zostało wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a który wezwania tego skutecznie nie zakwestionował.

Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Dróg-Bud B.W. nie sprostował żadnemu z wymienionych powyżej obowiązków, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Oferta Dróg-Bud B.W. powinna zostać odrzucona.

II.2. WYJAŚNIENIA ZŁOŻONE PRZEZ DRÓG-BUD NIE POZWALAJĄ NA OBALENIE DOMNIEMANIA F NISKIEJ CENY OFERTOWEJ

16. W kontekście oceny złożonych przez Dróg-Bud Wyjaśnień, w pierwszej kolejności odnieść należy się do treści wystosowanego przez Zamawiającego Wezwania.

17. Dokonując bowiem analizy Wezwania dojść należy do wniosku, iż Zamawiający jasno wskazał, iż oczekuje od wykonawcy (Dróg-Bud) wyjaśnienia ceny oferty i złożenia dowodów stanowiących za podstawę wyliczenia tejże ceny. Ponadto, Zamawiający, wskazał, że wyjaśnienia uwzględniać muszą także informacje nakreślone art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

18. Zamawiający upatrywał więc możliwości obalenia powstałego domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie oferty Dróg Bud w przedstawieniu przez tego wykonawcę dokładnych informacji pozwalających ocenić, w jaki sposób Dróg-Bud dokonał kalkulacji swojej ceny. Odczytując treść Wezwania da się jednoznacznie wywieść, iż Dróg-Bud winien był precyzyjnie wyjaśnić kalkulację swojej ceny, ale przede wszystkim - ją udowodnić i przedstawić dowody potwierdzające wartości przyjęte w złożonym kosztorysie. Szczegółowe wyjaśnienia winne były dodatkowo być potwierdzone dowodami popierającymi rynkowość każdej z pozycji zaoferowanej przez Dróg-Bud.

19. Treść Wyjaśnień Dróg-Bud tymczasem znacząco odbiega od zakresu, jakiego wymagał Zamawiający.

20. Obowiązkiem wykonawcy, do którego skierowane jest wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jest precyzyjne odniesienie się do oczekiwań zamawiającego. Jeżeli zdaniem wykonawcy, wezwania to zawiera żądania nadmierne czy nieuzasadnione, powinien on zaprotestować wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przeciwnym razie (tj. przy braku takiego odwołania) treść wezwania uznać należy za wiążącą a udzielone wyjaśnienia muszą być oceniane właśnie przez pryzmat takiego wezwania.

21. Podkreśla to w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza: „Złożone wyjaśnienia powinny stanowić adekwatną odpowiedź na skierowane do wykonawcy wezwania”⁵. W innym orzeczeniu Izba stwierdza: „Przepis art. 224 ust. 6 p.z.p., będący odpowiednikiem art. 90 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., stanowi odrębną od art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. i samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nie tylko bezpośrednie stwierdzenie, że taka cena rzeczywiście wystąpiła, lecz także brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc bardziej kategoriyczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny”⁶.

22. Tymczasem Wyjaśnienia wykonawcy Dróg-Bud przedstawione zostały na zaledwie 1,5 strony, gdzie wykonawca ten nie przedstawił żadnych konkretnych informacji w zakresie wyliczenia swojej ceny. Jako dowody do Wyjaśnień (złożone odrębnie, następnego dnia), Dróg-Bud przedłożył wyłącznie oświadczenia współpracujących z nim dostawców i podwykonawców, którzy poza oznajmieniem o współpracy z Dróg- Bud i oferowaniu mu korzystnych rabatów, nie wskazali, jakich faktycznie rabatów udzielili temu wykonawcy i czy pozostają one spójne z tym, co zostało faktycznie zaoferowane przez Dróg-Bud w Postępowaniu. Niebagatelne znaczenie ma także fakt, iż w przedłożonych oświadczeniach brak jest wzmianki, aby oświadczenia te złożone były związku z prowadzonym Postępowaniem, i aby ceny (których nigdzie nie precyzują Ci dostawcy) były związane z realizacją tego zamówienia. Innymi słowy, przedłożone dowody nie wskazują na realność zaoferowanej ceny, lecz stanowią wyłącznie jednostronne oświadczenie dostawców, iż - mówiąc najprościej Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. KIO 557/22 Wyrok z dnia 23 lutego 2022 r., sygn. KIO 290/22 - są zadowoleni ze współpracy z Dróg-Bud. Takie oświadczenia nie mogą jednak zastępować dowodów zmierzających do wykazania realności zaoferowanej ceny.

23. Zasadnicza część Wyjaśnień zawarta została w istocie w piśmie z dnia 10 października 2024 r., które trudno jednak odczytywać jako faktycznie wyjaśnienie ceny oferty. Wyjaśnienia te opierają się bowiem wyłącznie na ogólnikowych zapewnieniach, które dalekie są od udowodnienia rynkowego charakteru oferty. Dróg-Bud w Wyjaśnieniach rzekomo prawidłowość kalkulacji swojej ceny opiera na kilku lakonicznych argumentach mających przekonać Zamawiającego, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, a mianowicie:

a) zatrudnieniu pracowników w oparciu o umowę o pracę oraz ustaleniu minimalnej stawki roboczogodziny na poziomie nie niższym niż stawka ustalona przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Koszty pracy mają być też rzekomo obniżone z uwagi na duży udział pracy wykonywanej osobiście przez właściciela firmy - na tę okoliczność Dróg-Bud nie przedstawił żadnych dowodów, w postaci chociażby wyliczeń przedstawiających ilu pracowników zamierza zatrudnić w oparciu o umowę o pracę, i jaką część ceny oferty stanowią koszty tego wynagrodzenia; jaką przyjęto liczbę roboczogodzin i jaką wartość, w przemnożeniu ze stawką roboczogodziny, stanowi to część ceny oferty lub jakie oszczędności rodzi bezpośrednio uczestnictwo właściciela firmy w realizacji zadania.

b) wykorzystaniu własnego sprzętu przez wykonawcę. W tym zakresie Dróg-Bud lakonicznie wskazał, że do kosztów pracy sprzętu przyjęto stawki minimalne, które uwzględniają koszt paliwa, obsługi bieżącej i amortyzacji. Stawek tych jednak nie przedstawiono w Wyjaśnieniach. Dróg-Bud przedstawił wykaz środków trwałych, jednak w żaden sposób nie wynika z tego dokumentu (ani Wyjaśnień), jak wskazana okoliczność wpływa na cenę oferty Dróg-Bud, tj. wykonawca ten nie wykazuje dokładnie kosztów pracy tego sprzętu i jego udziału w ostatecznej cenie oferty. Przedłożony zaś dokument w postaci wykazu środków trwałych nie wskazuje zaś jakie przyjęto koszty paliwa, koszty obsługi bieżącej i amortyzacji, i jak wpływa to na cenę Dróg-Bud.

c) posiadaniu rabatu od sprzedawcy paliw - Dróg-Bud nie wskazał jednak, jakiej wartości to rabat i jak wpływa on na cenę Jego oferty;

d) współpracy ze stałymi dostawcami materiałów (kruszywa, wyroby brukarskie, elementy kanalizacji, masa bitumiczna), co przełożyć miało się na niższe ceny. Okolicznością sprzyjającą miał być także fakt wykorzystaniu posiadanych zapasów materiałów. W tym zakresie Dróg-Bud B.W., ponownie oparł się wyłącznie na zapewnieniach, które nie znalazły potwierdzenia ani w samych Wyjaśnieniach, ani w dostarczonych dowodach. Wykonawca nie przedstawił bowiem ofert dostawców na wskazane materiały, które potwierdzałyby rynkowość poszczególnych cen. W treści Wyjaśnień i dowodów nie pojawia się żadna wartość (a tym bardziej kalkulacja), która pozwoliłaby uznać, że ceny faktycznie są rynkowe. W tym zakresie Wyjaśnienia pozostają więc lakoniczne i gołosłowne.

e) lokalizacji siedziby firmy, co miałoby wpływać na obniżenie kosztów transportu, dojazdu sprzętu i pracowników - brak udowodnienia. Wykonawca nie przedstawił, jak realnie wskazana przez niego okoliczność wpływa na cenę oferty, tj. np. ile paliwa dzięki temu zaoszczędzi lub jak wpłynie to na wynagrodzenia pracowników. Trudno jednak uznać, by ta okoliczność miałaby mieć wpływ na koszt pracy pracowników, skoro pracownicy - np. Ci pracujący w oparciu o umowę o pracę mogą pracować ściśle określoną liczbę godzin. Wynagrodzenie w tym zakresie pozostawać powinno niezmiennie dla tych osób, niezależnie od lokalizacji siedziby firmy i lokalizacji terenu budowy.

f) Prowadzenia działalności - Dróg Bud B.W. upatruje okoliczności umożliwiających obniżenie ceny oferty w fakcie wpisania przedsiębiorstwa do ewidencji działalności gospodarczej oraz realizowaniu prac przez członków bliskiej rodziny. Pomijając fakt lakoniczności i gołosłowności takich twierdzeń, postawić należy retoryczne pytanie, jak okoliczność realizowania prac przez członków rodziny miałaby różnić się o realizacji prac przez tzw. osobę obcą? Dróg - Bud B.W. z jednej strony deklaruje, że zapewnia wynagrodzenie na poziomie zgodnym z obowiązującymi przepisami, z drugiej zaś upatruje oszczędności w fakcie prowadzenia biznesu przez rodzinę. Nie wyjaśnia jednak, jak ta okoliczność miałyby decydować o obniżeniu ceny Jego oferty, pozostawiając tę sferę Wyjaśnień nie wyjaśnioną i nieudowodnioną. Niemniej jednak, tego typu oświadczenia (jak forma prowadzonej działalności czy fakt zatrudnienia

najbliższej rodziny) nie ma znaczenia z punktu widzenia wykazania rażąco niskiej ceny (chyba, że Dróg-Bud wykazałby - w formie czytelnej kalkulacji - jak, i o ile, okoliczności te obniżyły cenę Jego oferty. Takich wyjaśnień jednak nie przedstawiono).

24. Nie sposób zgodzić się, aby tego typu ogólne, wspólne dla wielu wykonawców (każdy z wykonawców mógłby się w równym stopniu podierać takimi argumentami) oraz nieoddziałujące na cenę ofertową (wpływu na cenę Dróg-Bud nie wykazał) argumenty mogły przemawiać za uznaniem Wyjaśnień za prawidłowe.

25. Ten fragment Wyjaśnień warto podsumować orzeczeniem Izby z dnia 26 marca 2015 r.⁷, które pozostaje wyjątkowo trafne w zaistniałej sytuacji: „Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności”.

26. Warto też zwrócić uwagę, iż choć Dróg-BUD B.W. w swoich Wyjaśnieniach wskazuje na rzekome rabaty od swoich kontrahentów, to nie przedstawia na tę okoliczność żadnej oferty. Zamawiającemu przedłożone zostały wyłącznie ogólne oświadczenia dostawców, gdzie (bez wskazania zaoferowanej Dróg-Bud ceny) jednostronnie potwierdzają fakt współpracowania z Dróg-Bud. Pomijając całkowicie niewystarczający charakter takich dokumentów (wydaje się, że Dróg-Bud uznał, że takie oświadczenia zwalniają Go z dalszych wyjaśnień), wskazać należy, że nawet w przypadku składania ofert podwykonawców czy dostawców, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż Zamawiający nie jest zwolniony z weryfikacji rynkowości tych cen. W orzecznictwie KIO szeroko podnosi się, że praktyka „chowania się za plecami podwykonawców”, tj. przedłożenie tylko i wyłącznie oferty podwykonawczej celem wykazania rynkowości ceny, bez jakichkolwiek wyjaśnień, jak udało się temu podwykonawcy te ceny uzyskać, nie czyni zadość wymaganiom dot. obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

27. Podnosi się przy tym w orzecznictwie KIO, że wycena zakresu, który wykonawca ewentualnie zamierza zlecić podwykonawcom, również podlega weryfikacji pod kątem rażąco niskiej ceny. Z podobną sytuacją mamy do czynienia na kanwie wyroku Izby z dnia 23 stycznia 2014 r.⁸: „Nie zasługuje na aprobatę pogląd, że ujęcie w cenie oferty oczekiwań finansowych podwykonawcy, zwalnia wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia z troski o rzetelność wyceny części zamówienia, którą dany podwykonawca wykona. Zgodnie z przepisami ustawy za prawidłowe obliczenie ceny oferty odpowiada wyłącznie wykonawca, zatem niedoszacowanie wartości prac przez podwykonawcę jest traktowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak wadliwe i niestaranne działanie samego wykonawcy. Wszak podwykonawca nie składa oferty zamawiającemu, ani nie jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem badania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia oraz umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na zdrowych zasadach, w warunkach uczciwej konkurencji. Stąd art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stosuje się również w sytuacji, gdy niedoszacowanie kosztów przez ewentualnego podwykonawcę prowadzi do rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawcy”.

28. Tym samym wykonawca powinien wykazać również rynkowość cen oferowanych przez swoich dostawców. Tymczasem Dróg-Bud ani nie przedstawił takich ofert, ani nie podjął próby wyjaśnienia wpływu rzekomych korzystnych biznesowych kontaktów na swoją wycenę.

29. Wykonawca Dróg-Bud nie wypełnił swojego obowiązku udzielenia szczegółowych wyjaśnień i choć wskazuje na czynniki cenotwórcze, takie jak rzekomo wypracowane rabaty, własną bazę sprzętową, udział w realizacji zamówienia samego właściciela firmy, to jednakże nie wykazuje w jaki sposób czynniki te wpływać miałyby na niską wartość zaoferowanej przez niego ceny i zarazem potwierdzać miałyby, że są indywidualne i charakterystyczne tylko dla niego.

30. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych merytorycznych informacji oraz jak zostało powyżej wskazane, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego - również dowodów a przeciż dla wyjaśnienia i udowodnienia, że cena ofertowa nie jest rażąco niska koniecznym jest to, aby zaprezentować konkretne źródła pochodzenia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia.

31. Podsumowując, nie sposób zatem uznać, aby Dróg-Bud złożył pełne Wyjaśnienia w stosunku do treści

Wezwania. Daleko idąca ogólnikowość Wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty Dróg-Bud dowodzi całkowitemu braku rzetelności i staranności, która jest wymagana od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Nie da się nie dostrzec, że Dróg - Bud przedstawił Wyjaśnienia, które nie obaliły rażąco niskiej ceny oferty. Wręcz przeciwnie – złożone Wyjaśnienia wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena nie została skalkulowana w sposób rzetelny, rynkowy, uwzględniający wszystkie konieczne do poniesienia przez wykonawcę koszty prawidłowej realizacji zamówienia. W treści Wyjaśnień nie pojawiły się zaś żadne wartości ani dowody, które podpirałyby zasadność utrzymania oferty Dróg-Bud jako oferty nie zawierającej rażąco niskiej ceny.

32. Zasadniczym błędem w ocenie przeprowadzonej przez Zamawiającego jest zaakceptowanie Wyjaśnień, które nie potwierdzają, aby wykonawca ten skalkulował swoją ofertę ze starannością i na rynkowym poziomie. Tego typu uchybienia powinny skutkować automatycznym odrzuceniem oferty.

33. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę złożone Wyjaśnienia oraz załączone do nich dowody, Zamawiający powinien zatem uznać, że Dróg-Bud nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp, doszło do ziszczenia się sytuacji opisanej art. 224 ust. 6 Pzp, a zatem oferta Dróg-Bud B.W. powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

II.3. ZAKAZ POWTÓRNEGO WEZWANIA DO WYJAŚNIENIA RAŻĄCO NISKIEJ CENY

34. Na marginesie podnieść należy (kierując się daleko posuniętą ostrożnością), że w niniejszej sprawie nie zmaterializowały się jakiegokolwiek podstawy do wezwania Dróg-Bud do uszczegółowienia złożonych Wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce zwłaszcza w przypadku, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej, co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu.

35. W wyroku z dnia 26 marca 2019 r.⁹ potwierdzono powyższe, stwierdzając, że: „Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć”. Podobnie trafnie odniesiono się do tego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r.¹⁰: „Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne”.

36. Zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień można wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie sposób bowiem przyjąć, że działaniem poprawnym Zamawiającego byłyby dowolne i nieograniczone wzywania wykonawców do składania wyjaśnień. Zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione, gdyż niesie ze sobą ryzyko do szerokich nadużyć, w tym do potencjalnej faworyzacji określonego grona wykonawców oraz nieuzasadnionego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

37. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że Dróg-Bud nie przedstawił żadnych rzetelnych wyjaśnień czy dowodów na obalenie domniemania ceny rażąco niskiej, należy kategorycznie stwierdzić, że oferta wykonawcy Dróg-Bud B.W. podlega odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

II.4. OFERTA ROAD SYSTEM J.N. POZOSTAJE NIEZGODNA Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

38. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał także czynności sprowadzającej się do odrzucenia oferty wykonawcy Road System J.N. z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

39. W treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dla branży „Kanalizacja opadowa i sanitarna” - D.03.02.01, Zamawiający wskazał, że wśród materiałów, których użyć ma wykonawca (i które ma wycenić) są tzw. rury PVC:

2. MATERIAŁY

2.1. Ogólne wymagania dotyczące materiałów

Ogólne wymagania dotyczące materiałów, ich pozyskiwania i składowania podano w SST D-M-00.00.00 „Wymagania ogólne” pkt 2.

Stosować należy wyroby budowlane wprowadzone do obrotu zgodnie z ustawą o wyrobach budowlanych [26], Na

całość systemu kanalizacyjnego wód opadowych należy zastosować rury PP strukturalne dwuścienne sztywności obwodowej min. SN8, średnicy zgodnej z dokumentacją, dla systemu kanalizacji sanitarnej rury PVC-U typ ciężki SN8 SDR34 lite.

Wymóg ten pozostał kompatybilny z przedmiarami robót, gdzie wprost wskazano pozycje uwzględniające rury PVC (pozycje 4,5,6,93,94 kosztorysu Road System, poniżej wskazano pozycje z przedmiaru udostępnionego przez Zamawiającego):

Pytanie nr 8

Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie kanalizacji opadowej z rur PP. zamiast rur PVC?

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody.

42.Pytanie wykonawcy skorelowane było z pewnością z kosztem samych rur. Rury PVC są bowiem znacząco droższe od rur PP.

43.W ocenie Odwołującego - a na co zwrócić winien był Zamawiający - wykonawca Road System w swojej wycenie nie uwzględnił rur PVC, lecz rury PP. Wartość cen jednostkowych, które przyjął bowiem ten wykonawca do wyceny odpowiadają bowiem cenom rur PP. Ceny rur PVC oscylują bowiem w granicach nawet do 50% wyższych niż ceny rur PP. Wartości cen jednostkowych przyjętych przez Road System winny były zwrócić uwagę Zamawiającego, który następnie winien był odrzucić ofertę tego wykonawcy z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Wykonawca Road System nie dokonał bowiem właściwego rozpoznania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia i dokonał wyceny nieprawidłowych elementów (rur).

44.Wartości przyjęte przez Road System oscylują bowiem na następującym poziomie:

(1)Kanały z rur typu PVC SN8 łączone na wcisk, Fi-200-mm - 51,93 zł

(2)Kanały z rur typu PVC SN8 łączone na wcisk, Fi-400-mm - 128,54 zł

(3)Kanały z rur typu PVC SN8 łączone na wcisk, Fi-500 mm - 175,59 zł

4KNRW	218/408/3	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 200 mm
SN8	m 64,00	51,93 3 323 52

5KNRW	218/408/6	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 400 mm
SN8	m 34,00	128 54 4 370 36

6KNRW	218/408/7	Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 500 mm SN8 m 306 65
		175.59 53 844,67

45.Tymczasem - dla porównania - Odwołujący przedstawia ofertę jednego z głównych dostawców takich rur - ofertę firmy Ferrbud Sp. z o.o, gdzie wyszczególniono odpowiednie ceny jednostkowe poszczególnych rur PVC. Wartości te zdecydowanie przewyższają kwoty wskazane przez Road System, co tym dalej utwierdza w przekonaniu, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej wycenie odpowiedniego rodzaju rur.

Dowód:Oferta Ferrbud

46.Zamawiający, mając mieć na względzie konieczność prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, winien był odrzucić ofertę wykonawcy, który prawidłowości tej nie gwarantował.

II.5. ZANIECHANIE WEZWANIA ROAD SYSTEM DO WYJAŚNIEŃ TREŚCI OFERTY

47.Odwołujący, w formie zarzutu ewentualnego, zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp, sprowadzającego się do zaniechania wezwania Road System do wyjaśnień treści oferty w zakresie dotyczącym dokonanej przez tego wykonawcę wyceny pozycji 4,5,6,93 i 94 jego kosztorysu ofertowego. W ocenie Odwołującego, wartość poszczególnych cen jednostkowych winna była wzbudzić wątpliwości

Zamawiającego, w szczególności w zakresie tego, czy wykonawca ten faktycznie uwzględnił w swojej wycenie rury PVC, a nie rury PP.

48.Brak wyjaśnienia przez Zamawiającego wątpliwości, która powinna była powstać po stronie Zamawiającego (zaoferowanie niskiej ceny, która nie odpowiada rynkowym cenom materiału w postaci rur PVC) czyni czynność Zamawiającego (zaniechanie) naruszeniem art. 223 ust. 1 Pzp.

II.6. ZAMAWIAJĄCY ZANIECHAŁ ZBADANIA OFERTY ROAD SYSTEM POD KĄTEM RAŻĄCO NISKIEJ CENY W ZAKRESIE POZYCJI DOT. RUR

49.Z uwagi na znaczące zaniżenie wartości w pozycjach kosztorysowych nr 4,5,6, 93 i 94 w ofercie Road System, Zamawiający winien był powziąć wątpliwości nie tylko w zakresie prawidłowości przedmiotowego ujęcia oferty, ale także w zakresie rynkowości wskazanych wartości (jeśli Road System oferuje materiał po takiej cenie, winien to wykazać, albowiem wartości te nie pozostają na rynkowym poziomie). Odwołujący zwraca więc uwagę, iż Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 Pzp nie dokonując wezwania Road System do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny elementów składających się na ofertę tego wykonawcy. Całkiem pobieżna analiza cen jednostkowych zaoferowanych

przez Road System daje jednoznaczne konkluzje, iż wykonawca ten nie wycenił wskazanych pozycji na rynkowym poziomie.

50. Uprowadzając jednocześnie ewentualne argumenty w kontekście istotności przywołanych jednostek pod kątem rażąco niskiej ceny i brzmienia art. 224 ust. 1 Pzp, który mówi o rażąco niskiej cenie lub istotnych części składowych, Odwołujący zwraca uwagę, iż Zamawiający w tym Postępowaniu ustalił, iż wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter wynagrodzenia kosztorysowego (pkt 20.2 SWZ). W tym miejscu warto podkreślić, iż wszystkie ceny jednostkowe w tym postępowaniu mają charakter istotny. Wynika to w znacznej mierze z przyjętego w Postępowaniu wynagrodzenia, które ma charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy. Tym samym każda z oferowanych przez wykonawców cen za poszczególne pozycje powinna mieć charakter realny i zawierać wszystkie koszty jej wykonania. Wykonawca nie wie bowiem, co ostatecznie zostanie mu zlecone przez Zamawiającego.

51. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Izby z dnia 21 marca 2023 r.¹¹ : „Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. W związku z tym, uwzględniając okoliczności niniejszego stanu faktycznego, zdaniem Izby, nie można wykluczyć, że poszczególne ceny jednostkowe za realizację wymienionych w TER pozycji, mogą nosić znamiona istotnych części składowych oferty, a co za tym idzie, mogą podlegać badaniu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny”.

52. Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 października 2023 r., gdzie sąd uznał, że: „skoro należało podać ceny jednostkowe, na podstawie których wyliczone będzie wynagrodzenie za wykonanie określonych prac, to ich wycena ma charakter istotny z perspektywy prawidłowego zrealizowania zamówienia, bowiem zamawiający nadał tym poszczególnym cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie cen jednostkowych”¹².

53. Przenosząc powyższe na grunt tego Postępowania, nie ulega wątpliwości, iż poszczególne ceny jednostkowe oferty Road System pozostają na poziomie drastycznie zaniżonym, co rodzi wyraźne wątpliwości co do tego, czy Road System uwzględnił wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia w zakresie kanalizacji opadowej w pozycjach 4,5,6,93 i 94 swojego kosztorysu.

54. W związku z powyższym, Zamawiający winien był zweryfikować powyżej wskazaną materię, czemu jednak uchybił.

Z wyżej opisanych względów odwołujący uważa, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na złożone odwołanie, wezwany do odpowiedzi na odwołanie, zamawiający uwzględnił odwołanie w całości (pismo zamawiającego z dnia 14 listopada 2024r. w aktach sprawy). Wezwani przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego do sprzeciwu zajęli następujące stanowiska. Wykonawca wybrany DRÓG BUD B.W. nie wniósł sprzeciwu co do stanowiska zamawiającego. W związku z tym Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników (B.W. nie stawił się, prawidłowo zawiadomiony o terminie) umorzyła postępowanie co do zarzutu zawartego w pkt 1 odwołania, z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego i nie wniesienia sprzeciwu przez B.W. (zarzut - zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - B.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.W. Usługi Budowlane „DRÓG- BUD” („Dróg-Bud”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena Jego oferty nie jest rażąco niska; art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Dróg-Bud B.W. z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że, wykonawca ten był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, w szczególności, nie przedstawił informacji, o które wnioskował Zamawiający, tj. szczegółowych i popartymi dowodami wyjaśnień (wyliczenia ceny), które wskazywałyby na rynkowość i realność zaoferowanej ceny). Tak więc Izba merytorycznie nie rozpoznawała zarzutu odwołania odnoszącego się do oferty B.W., który wezwany do sprzeciwu nie skorzystał z przysługującego jemu ustawowego prawa sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu (1) dotyczącego oferty przystępującego B.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane „DRÓG-BUD” B.W.Łoniuwo 277, 32-854 Porąbka Uszewska z powodu uwzględnienia odwołania i braku sprzeciwu przystępującego). W związku z powyższym oferta B.W. nie jest już najkorzystniejszą, ponieważ zamawiający uwzględnił zarzut co do odrzucenia oferty B.W. z powodu rażąco niskiej ceny.

Izba merytorycznie rozpoznawała zarzuty odnoszące się do oferty spółki cywilnej J.N. oddalając je w całości. Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie ustalono następujące okoliczności faktyczne. Zgodnie ze złożoną ofertą s.c. J.N. zaoferowano odpowiedniego rodzaju rury do wód opadowych – kosztorys ofertowy – rury PCV, a nie jak podnosi odwołujący rury PP. Na powyższą okoliczność zwrócił uwagę przystępujący J.N. w piśmie z dnia

14.11.2024r. (pismo w aktach sprawy). Odwołujący nie udowodnił, że według jego twierdzeń w kosztorysie ofertowym wyceniono rury PP, ponieważ powoływał się tylko na ceny ofertowe z rynku wskazujące na fakt, że za cenę oferty J.N. nie można zakupić rur PCV. Tak więc zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 nie został udowodniony przez odwołującego (zarzut nr 2 - art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy s.c. Road System J.N., podczas gdy oferta tego wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym zaoferowanych przez tego wykonawcę rur, które użyte mają zostać przy realizacji zamówienia (tj. rur PVC), albowiem ceną jaką zaoferował ten wykonawcę za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia (tj. pozycje „kanały z rur typu PVC łączone na wcisk Fi 200 mm lub 400 mm lub 500 mm SN8”), wskazuje, iż wykonawca Road System wycenił nie rury PVC, lecz rury PP, których Zamawiający nie dopuścił, co znalazło swoje odzwierciedlenie w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 19 września 2024 r. na pytanie nr 8 (Wyjaśnienie treści SWZ nr 4), a która to odpowiedź została pominięta przez Road System na etapie opracowywania oferty; ewentualnie (tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, że przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia). Alternatywny zarzut do żądania odrzucenia oferty s.c. J.N. dotyczył wezwania do wyjaśnień w trybie art.223 ust.1 Pzp. Przy czym w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego kolejny zarzut nie wezwania do wyjaśnień oferty w zakresie zaoferowanych rur nie potwierdził się (zarzut nr 3 - art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Road System do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych przez tego wykonawcę rur, w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia) i ewentualnie (na wypadek, gdyby Izba uznała, że niezasadne lub przedwczesne jest odrzucenie oferty Road System z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia)). Zarówno oferta s.c. J.N., jak i jego korespondencja w toku postępowania odwoławczego (pisma: z dnia 04.01.24r. przystąpienie, z dnia 14.11.24r. stanowisko w sprawie na wezwanie Izby oraz z dnia 18.11.24r. sprzeciw - pisma w aktach sprawy), a także złożone na posiedzeniu i rozprawie oświadczenia J.N. nie potwierdzają, a wręcz zaprzeczają twierdzeniom odwołującego, że s.c. J.N. złożyła ofertę sprzeczną z warunkami zamówienia to jest zaoferowała w złożonej ofercie rury PP, zamiast rur PCV. Tym samym kolejny zarzut nr 3 nie potwierdził się, ponieważ w myśl zasady wynikającej z treści art. 534 ust.1 Pzp, odwołujący nie udowodnił twierdzenia co do rodzaju zaoferowanych rur do wód opadowych przez s.c. J.N.. Podobnie jak powyższe zarzuty rozpoznawane merytorycznie, odwołujący również nie udowodnił zarzutu nr 4 (zaniechania wezwania wykonawcy Road System do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty w zakresie uwzględnionych i wycenionych przez tego wykonawcę pozycji rur PVC dla branży „Kanalizacja Opadowa” (pozycje 4,5,6, 93 i 94 kosztorysu ofertowego), podczas gdy wycena tych pozycji pozostaje na nierynkowym poziomie i wskazuje na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za wykonanie tego zakresu zamówienia i równoczesnym zaoferowaniu rur niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego). Przystępujący J.N. udowodnił, załączając do pisma z dnia 14.11.2024r. oferty sprzedaży rur PCV Grupy Dawbud sp. z o.o. oraz Anko Usługi Budowlano Transportowe „ANKO” Stanisław Onak sp. j (oferty w aktach sprawy). Podobnie przystępujący J.N. przedstawił dowód Faktura Pro Forma nr FPF /126/11/2024/VAT na posiedzeniu/rozprawie dotycząca rur PVC o wymaganych wszystkich FI, oświadczając, że gwarantowane ilości rur są wystarczające do realizacji zamówienia jak i, że oferta cenowa jest korzystniejsza niż założona do wyceny kosztorysu ofertowego (faktura złożona na posiedzeniu Izby nosi datę 18.11.24r.). Znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie ma także okoliczność, że nie ma zastosowania, przy ewentualnym wezwaniu do wyjaśnienia ceny, art.224 ust.2Pzp, a jedynie potencjalnie art.224 ust.1 Pzp, ponieważ rozbieżności między wartością zamówienia brutto a ofertą przystępującego s.c. J.N. jest na poziomie 20,5% (oświadczenie do protokołu przystępującego). Również średnia arytmetyczna złożonych ofert nie wskazuje na obowiązek zastosowania przez zamawiającego art.224 ust.2 Pzp. Izba nie podziela poglądu odwołującego, że w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, wartość materiału na poziomie 4% wartości ogółem wyceny zamówienia, z uwagi na wynagrodzenie kosztorysowe, automatycznie przesądza o istotnej części kosztu lub ceny spornych rur do wód opadowych. Tym samym Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia żądania, nakazania zamawiającemu wezwania do składania wyjaśnień w trybie art.224 ust.1 Pzp. Konsekwencją powyższych rozstrzygnięć Izby co do oddalenia zarzutów jest również nie uwzględnienie zarzutu art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut odwołania - nr 5). Naruszenie powyższych zasad miało by miejsce gdyby przystępujący s.c. J.N. zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia (zarzut naruszenia art.226 ust.1 pkt 5 Pzp) oraz oferta przystępującego zawierała rażąco niską cenę lub koszt (art.226 ust.1 pkt 8 Pzp). Odwołujący takich okoliczności nie wykazał w złożonej ofercie s.c. J.N..

Reasumując Izba nie stwierdzając naruszenia wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów Pzp, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania oddaliła odwołanie na mocy art. 553 w zw. z art.554 ust.1 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 2)

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) zwanego dalej „rozporządzeniem”, zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych i zasądzając na rzecz przystępującego, zgłaszającego sprzeciw, od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00zł. stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego.

Przewodniczący:.....