Sygn. akt: KIO 4665/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 09 grudnia 2024 r. przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu przy ul. Klonowej 11 (42-700 Lubliniec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu ul. Oleska 127 (45-231 Opole)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców M.K. M.W. oraz W.W. wspólników spółki cywilnej, prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M.K. M.W. W.W. z siedzibą w Opolu przy ul. Leśnej Paproci 8 (45-920 Opole)

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu i:

2.1zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 683 zł 10 gr (słownie: sześćset osiemdziesiąt trzy złote dziesięć groszy) poniesioną przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolutytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2zasądza od wykonawcy „Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Larix" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu, na rzecz zamawiającego Województwa Opolskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolutytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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 4665/24

U z a s a d n i e n i e

Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu (zwany dalej: „Zamawiającym")prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 454 na odcinku Pokój-Zieleniec*". Numer referencyjny - WP.3211.89.2024. (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 października 2024, pod nr 2024/BZP 00557611.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej

zwanej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”).

W dniu 09 grudnia 2024 r. wykonawca „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lublińcu (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie, od niezgodnych od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze w dniu 4 grudnia 2024 r., jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M.K., M.W W.W. (dalej zwanego: „Wykonawcą”).

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 224 ust. 1 Pzp art. 224 ust. 3 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp wskakując, iż przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien uprzednio zwrócić się do Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp o przedstawienie wyjaśnień w przedmiocie treści oferty zawierającej cenę oraz poszczególne koszty składowe ceny, które obiektywnie mogą budzić wątpliwości odnośnie do ich rażąco niskiego charakteru w stosunku do przedmiotu zamówienia względnie mogą budzić obiektywne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp w zw. z art. 97 Pzp, wskazując iż Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie pkt. 16.10. SWZ, jako oferty nie spełniającej przewidywanego w pkt. 16.1. SWZ oraz 16.9. SWZ w zw. z art. 97 Pzp obowiązku wniesienia wadium odpowiadającego warunkom przewidzianym w pkt. 16.9. SWZ, które to dołączona do oferty Wykonawcy Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa Nr 913600090948 w pkt. 5 stanowi, że „*Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji*”;
3. art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp wskazując, iż Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy, jako oferty nie spełniającej przewidywanego w pkt. 4.4 ppkt. 4.4.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu przez Wykonawcę *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (…) minimum jedno zadanie w zakresie robót drogowych* o wartości co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto,* podczas gdy podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby - BUD-BAU OPOLE Sp z o.o. jest firmą typowo wykonującą roboty mostowe, nie ma natomiast wiedzy technicznej ani zaplecza sprzętowego do wykonywania robót drogowych a w szczególności do choćby frezowania czy układania nawierzchni asfaltowej, zatem podmiot udostępniający nie dysponował realnymi kompetencjami w zakresie opisanym w pkt. 4.4.1. ppkt. SWZ warunku udziału w postępowaniu.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru ofert w postępowaniu oraz zwrócenie się przez Zamawiającego z wezwaniem w przedmiocie złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, w przedmiocie treści oferty zawierającej cenę oraz poszczególne koszty składowe ceny, które obiektywnie mogą budzić wątpliwości odnośnie do ich rażąco niskiego charakteru w stosunku do przedmiotu zamówienia względnie mogą budzić obiektywne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia
2. powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu i odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną.

ewentualnie:

1. powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu i odrzucenia oferty Wykonawcy jako niespełniającej przewidywanego w: pkt. 16.1. SWZ oraz 16.9. SWZ w zw. z art. 97 Pzp obowiązku wniesienia wadium odpowiadającego warunkom przewidzianym w pkt. 16.9. SWZ; pkt. 4.4 ppkt. 4.4.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu *polegającego na wykazaniu przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (…) minimum jedno zadanie w zakresie robót drogowych* o wartości co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto.*

Odwołujący dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz 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.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która nie podlegała odrzuceniu oraz, w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy, podlegałaby wyborowi przez Zamawiającego, jako oferta najkorzystniejsza. Zatem zaniechanie Zamawiającego w zakresie prawidłowego (zgodnego z przepisami prawa oraz wiążącej Zamawiającego dokumentacji przetargowej) przeprowadzenia analizy złożonych w

postępowaniu ofert, a co zatem idzie – zaniechanie ustalenia, że oferta Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, może skutkować poniesieniem przez Odwołującego szkody w następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący legitymuje się tym samym interesem w złożeniu niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Dla uzasadnieniu zarzutu 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu, pomimo tego, że w ramach kosztorysu dołączonego do oferty Wykonawca zawarł szereg kluczowych pozycji (istotnych dla kalkulacji ceny oferty), których wartości w sposób znaczący odbiegają od wartości rynkowych. W następnej kolejności Odwołujący przywołał te pozycje w kosztorysach, na które wskazywał powyżej, jako znacząco odbiegające od wartości rynkowych.

Jak wskazał Odwołujący, w ramach opracowanych kosztorysów Wykonawca, w sposób drastycznie niższy w stosunku do obowiązujących warunków rynkowych, wskazał ceny jednostkowe. Odwołujący podkreślił, że wskazane rażące zaniżenie wartości przez Wykonawcę mogło być przedmiotem identyfikacji przez Zamawiającego, bowiem ceny jednostkowe Wykonawcy odbiegały również znacząco od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach Postępowania. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawiał zestawienie przyjętych cen jednostkowych w ramach poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący następnie wskazał, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. W następnej kolejności Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej zwanej: „KIO") w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jak podkreślił Odwołujący art. 224 Pzp w ust. 2 przedstawia próg 30 % rozbieżności pomiędzy np. ceną oferty wykonawcy a wartością zamówienia, jako podstawy aktywizacji obowiązku Zamawiającego dla zwrócenia się do Wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień w przedmiocie treści oferty zawierającej cenę oraz poszczególne koszty składowe ceny, które obiektywnie mogą budzić wątpliwości odnośnie do ich rażąco niskiego charakteru w stosunku do przedmiotu zamówienia względnie mogą budzić obiektywne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Niemniej jednak wspomniany art. 224 Pzp w ust. 1 wymaga od Zamawiającego pogłębionej analizy, czy nie występują inne wątpliwości co do ceny oferty danego wykonawcy. Nadto zaakcentowania wymaga, że wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę

Odwołujący mając na uwadze przywołane orzeczenia KIO dotyczące problematyki rażąco niskiej ceny ofert w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp zauważył, że oferta Wykonawcy, całkowicie abstrahuje od znacząco odbiegających od warunków rynkowych cen jednostkowych wskazanych w zestawieniach powyżej. A właśnie to ta okoliczność wpłynęła na radykalne obniżenie ceny oferty, co skutkowałoby całkowitym pozbawieniem Wykonawcy zysku z realizacji umowy zawartej w następstwie postępowania, czy wręcz jego stratą. Co więcej, zdaniem Odwołującego mająca miejsce na rynku sytuacja niedoboru sprzętu specjalistycznego na potrzeby realizacji robót, w zestawieniu z tak znacząco niższymi stawkami jednostkowymi prac na rzecz Wykonawcy, aniżeli możliwe do zaoferowania przez konkurencję, musi skutkować powstaniem istotnego ryzyka niemożności pozyskania przez Wykonawcę tychże usług, a w konsekwencji – niemożnością realizacji umowy zawartej w następstwie przeprowadzenia Postępowania. Następnie Odwołujący ponownie wskazał na orzecznictwo, zgodnie z którym rażąco niska cena zawarta w ofercie może być świadomym działaniem wykonawcy bądź też stanowi przykład jego nierzetelności przy kalkulacji kosztów, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości oraz że obowiązkiem wykonawcy jest jak najpełniejsze wyjaśnienie zaoferowanej ceny, a zwłaszcza szczegółowego sposobu jej ustalenia. Oferta konkurencyjna, zawierająca najniższą cenę, nie może oznaczać wyboru oferty nierealnej, czyli odbiegającej od rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia publicznego

Jako, że Zamawiający w żaden sposób nie podjął działań zmierzających do ustalenia czy oferta Wykonawcy jest ofertą z rażąco niską ceną, pomimo możliwej do identyfikacji ze strony Zamawiającego wspomnianej wyżej rozbieżności pomiędzy kosztorysami ofertowymi oferentów w Postępowaniu a kosztorysem Wykonawcy, a okoliczności te obiektywnie mogą budzić wątpliwości odnośnie do ich rażąco niskiego charakteru w stosunku do przedmiotu zamówienia względnie mogą budzić obiektywne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, to zaniechanie Zamawiającego w tym przedmiocie zdaniem Odwołującego jest naruszeniem art. 224 ust. 1 Pzp, art. 224 ust. 3 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp.

W uzasadnieniu dla zarzutu 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający, dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo tego, że Wykonawca nie wniósł wadium odpowiadającego warunkom przewidzianym w pkt. 16.9. SWZ. Ponownie Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał orzeczenia KIO. Następnie wskazał, że w ramach pkt. 16.9. SWZ Zamawiający nie wprowadził terminu wypłaty

gwarancji w zakresie wadium. Zdaniem Odwołującego oznacza to przy odpowiednim stosowaniu regulacji norm prawa cywilnego, iż zapłata z tytułu gwarancji winna być dokonana bezzwłocznie przez gwaranta. W tym kontekście wprowadzenie do dokumentu Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 913600090948, dołączonej przez Wykonawcę do jego oferty, sformułowania o płatności wadium (pkt. 5 gwarancji), zgodnie z którym „*Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji*", stanowi o samodzielnej modyfikacji przez Wykonawcę zasad uzyskania pokrycia wadium w Postępowaniu przez Zamawiającego. Zatem według Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy, a jego zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp w zw. z art. 97 Pzp.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutu 3 Odwołujący zauważył, że Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo tego, że oferta Wykonawca nie spełniała przewidywanego w ppkt. 4.4.1. lit a) SWZ warunku udziału w postępowaniu polegającego na *wykazaniu przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (…) minimum jedno zadanie w zakresie robót drogowych* o wartości co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto.* Odwołujący wskazał, że Wykonawca, celem wykazania spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu dołączył do ofert oświadczenie z dnia 11 listopada 2024 r. BUD-BAU OPOLE Sp z o.o., w ramach którego podmiot ten nie wykonywał faktycznie prac o charakterystyce wskazanej w pkt. 4.4.1. ppkt. a) SIWZ.

Jak argumentował Odwołujący, jego zdaniem analiza funkcjonującej strony internetowej BUD-BAU OPOLE Sp z o.o. (http://www.budbau-opole.pl) wskazuje na to, że podmiot ten jest firmą typowo wykonującą roboty mostowe, nie ma natomiast wiedzy technicznej ani zaplecza sprzętowego do wykonywania robót drogowych a w szczególności do choćby frezowania czy układania nawierzchni asfaltowej. Zatem podmiot udostępniający nie dysponował realnymi kompetencjami w zakresie opisanym w pkt. 4.4 ppkt. 4.4.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

W dniu 12 grudnia 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy M.K. M.W. oraz W.W. wspólnicy spółki cywilnej, prowadząc wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M.K. M.W. W.W. z siedzibą w Opolu (zwani dalej: „Przystępującym").

W dniu 07 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przedstawił argumentację na poparcie swojego stanowiska.

W tym samym dniu tj. 07 stycznia 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie swojego wniosku.

W dniu 10 stycznia 2025 r. Odwołujący złożył pismo procesowe wskazując, iż jest to uzupełnienie odwołania z dnia 09 grudnia 2024 r. Odwołujący na wstępie przedstawił rozważania dotyczące rażąco niskiej ceny w oparciu m.in. o orzecznictwo KIO. Następnie zauważył, że zamieszczony przez Przystępującego, w ramach jego oferty kosztorys, a w szczególności wskazane pozycje kosztorysowe, powinny wzbudzić u Zamawiającego, będącego podmiotem profesjonalnym, który wręcz specjalizuje się w prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych w obszarze szeroko pojętych robót drogowych, uzasadnione wątpliwości odnośnie do możliwości wykonania prac przez Przystępującego. Przyjęte przez Przystępującego ceny jednostkowe w ramach kosztorysu tak dalece odbiegają od obowiązujących na rynku, że posiadający w tej dziedzinie doświadczenie (wynikające chociażby z innych prowadzonych przez niego postępowań) Zamawiający nie miałby jakichkolwiek trudności w ich identyfikacji na etapie oceny ofert w ramach Postępowania.

Celem wykazania powyższego Odwołujący podkreślił, że pozyskał szereg ofert od podmiotów działających na rynku, na którym również działa Przystępujący. Zatem według Odwołującego nie ma podstaw dla niemożliwości ich odniesienia do warunków współpracy, które byłyby (względnie są) zaoferowane Przystępującemu. Na potrzeby dalszych rozważań Odwołujący przedstawił dokument - Zestawienie kosztorysów Przystępującego, Odwołującego oraz pozostałych oferentów w Postępowaniu, który obejmuje również wyciąg z kosztorysów innych oferentów w postępowaniu. Umożliwia on porównanie cen przyjętych przez poszczególne podmioty składające oferty w postępowaniu z obowiązującymi na rynku cenami zakupu materiałów.

W zakresie zarzutu 2 i 3 Odwołujący przedstawił argumentację wskazując, iż jest ona w uzupełnieniu stanowiska ujętego w odwołaniu z dnia 9 grudnia 2024 r., odnosząc się jednocześnie do twierdzeń Zamawiającego zwartych w odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska Przystępującego, ujętego w piśmie procesowym.

W dniu 13 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe ze stanowiskiem odnoszącym się do twierdzeń Odwołującego, zawartych w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2025 r. Jak podkreślił Zamawiający jego zdaniem część wskazanych tam dowodów i argumentów należy uznać za spóźnioną

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania

odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz 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 i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawców M.K. M.W. oraz W.W. wspólników spółki cywilnej, prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M.K. M.W. W.Wz siedzibą w Opolu, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców M.K. M.W. oraz W.W. wspólników spółki cywilnej, prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M.K. M.W. W.Wz siedzibą w Opolu. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami, pism procesowych złożonych przez Odwołującego wraz z załącznikami i Zamawiającego. Izba ponadto postanowiła dopuścić dowód nr 1 złożony na posiedzeniu przez Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest r*ozbudowa drogi wojewódzkiej nr 454 na odcinku Pokój-Zieleniec*.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 13 listopada 2024 r. w postępowaniu złożono osiem ofert, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący. Oferta Przystępującego została złożona na kwotę 21 796 337 95 zł brutto, zaś oferta Odwołującego na kwotę 22 934 647, 55 zł brutto.

Zważywszy, że cena oferty Przystępującego nie budziła wątpliwości Zamawiającego, ani też nie różniła się w stosunku do pozostałych ofert w sposób uzasadniający zastosowanie przez Zamawiającego konstrukcji z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie wyzwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Pismem z dnia 04 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania wskazując, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przystępującego.

W Rozdziale 4 SWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„4.4 Zdolność techniczna lub zawodowa

„4.4.1. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) minimum jedno zadanie w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto,*

b) nawierzchnię z SMA (warstwa ścieralna) w ilości co najmniej 10 000 m^2 na jednym zadaniu.

** – zamawiający poprzez roboty drogowe będzie rozumiał budowę, przebudowę, rozbudowę, modernizację lub odnowę dróg o parametrach co najmniej klasy G**. Zamawiający z pojęcia roboty drogowe wyłącza remonty dróg i zadania, w których robotami podstawowymi była budowa kanalizacji sanitarnej.*

*** – w przypadku zadań zrealizowanych poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej na drogach o równoważnych parametrach.*

Roboty określone w podpunkcie b) mogą być wykonane w ramach zadania określonego w podpunkcie a).

Za drogę zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 320 – tekst jednolity).”

W Rozdziale 16 SWZ Zamawiający określił warunki jakich wymagał od wykonawców w kwestii wadium.

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.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu 1 określonego w *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, na wstępie należy wskazać za Zamawiającym, że oferta Przystępującego jest tańsza od oferty

Odwołującego o niecałe 5%. Cena oferty Przystępującego jest tańsza o 13,58% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu (25 222 569,67 zł brutto). Dlatego też uwzględniając powyższe, nie zachodziły przesłanki wyjaśnienia treści oferty Przystępującego, o którym mowa w art. 224 ust. 2 Pzp.

Zgodnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. W zakresie analizy i interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2019 r.,sygn. akt KIO 2678/18, w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i obszernego przytoczenia tej tematyki w pismach Stron.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie wezwał Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomimo tego, że w ramach złożonego przez niego kosztorysu jest szereg kluczowych pozycji, istotnych dla kalkulacji ceny oferty, które jego zdaniem w sposób znaczący odbiegają od wartości rynkowych, a następnie pozycje te Odwołujący przywołał. W następnej kolejności Odwołujący dokonał porównania kwestionowanych cen jednostkowych w ramach poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący formułując ten zarzut wskazał, że Zamawiający zaniechał zwrócenia się do Przystępującego o przedstawienie wyjaśnień w przedmiocie treści oferty zawierającej cenę oraz poszczególne koszty składowe ceny, które obiektywnie mogą budzić wątpliwości odnośnie do ich rażąco niskiego charakteru, to argumentacja Odwołującego nie wskazuje na to, iż kwestionuje on cenę oferty Przystępującego. Koncentruje się ona na poparciu twierdzeń dotyczących tego zarzutu w obrębie wybranych przez Odwołującego kilkunastu pozycji z kosztorysu ofertowego Przystępującego, które jak zaznaczył Odwołujący w znaczący sposób odbiegają od wartości rynkowych.

Uwzględniając zatem treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy ocenić, czy zakwestionowane przez Odwołującego ceny za wykonanie poszczególnych pozycji z kosztorysu ofertowego stanowią istotne części składowe ceny oferty Przystępującego, a jeśli tak to czy Zamawiający powinien był w stosunku do nich nabrać wątpliwości, które uzasadniałyby skierowanie wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze możliwość badania w ramach wyjaśnień ceny również poszczególnych cen jednostkowych stanowiących podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy wskazać należy, że w rozstrzyganej sprawie, Odwołujący w odwołaniu w zasadzie w ogóle nie odnosi się do zagadnienia istotności kwestionowanych przez niego pozycji. Odwołujący istotność negowanych przez niego pozycji wywodzi tak naprawdę z faktu, że przy porównaniu tych akurat konkretnych pozycji z kosztorysu ofertowego Przystępującego (gdzie pozycji w kosztorysie było wskazanych ponad czterysta) z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, ceny Przystępującego w tych pozycjach są najniższe. Izba dostrzegła, że tymczasem w odwołaniu Odwołujący nie odnosi się w ogóle do poszczególnych cen jednostkowych indywidualnie, a tego typu argumentacja także powinna znaleźć się w treści odwołania, ponieważ argumenty odwołania powinna odnosić się do wszystkich przesłanek wymienionych w treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący dopiero w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2025 r wskazał, że pozyskał on szereg ofert od podmiotów działających na rynku, na którym jak podkreśl Odwołujący również działa Przystępujący. Zdaniem Odwołującego zatem nie ma podstaw dla niemożliwości ich odniesienia do warunków współpracy, które byłyby albo są zaoferowane Przystępującemu. Odwołujący dalej argumentował w oparciu o ww. oferty podmiotów, iż jego zdaniem przyjęte przez Przystępującego ceny jednostkowe (które muszą obejmować również koszt wykonania, czy koszty transporty tych materiałów) są niższe niż koszt zakupu materiału. Izba nie podzieliła tej argumentacji. Dostrzec należy iż sama dysproporcja pomiędzy poszczególnymi cenami wykonawców nie może z góry powodować, iż cena jednego z nich zostanie automatycznie uznana za rażąco niską. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnych dla każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z tych wykonawców oraz o cenie rynkowej drugiego z nich (tak m. in: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 823/22).Następnie wskazać należy, że tego typu dowody, nie mogą automatycznie przesądzać o jedynej tylko możliwej do uzyskania wysokości stawek w nich

wskazanych. Zdaniem Izby świadczą one tylko o tym, że Odwołujący jest w stanie uzyskać ceny takie, jakie wskazane są w poszczególnych ofertach czy fakturach. Powyższe nie przesądza jednak o tym, że nie można uzyskać cen niższych, a w szczególności nie wykazuje, że Przystępujący nie mógł właśnie takich korzystniejszych cen uzyskać. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia, niejednokrotnie odmienne od konkurentów, które mogą się różnić w zależności od okoliczności.

Dalej podkreślić należy, że aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty konieczne jest powzięcie przez Zamawiającego podejrzeń, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (tak też wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 433/20). Z kolei na etapie postępowania odwoławczego, dla uwzględnienia odwołania złożonego wobec zaniechania skierowania stosownego wezwania, koniecznym jest przez Odwołującego udowodnienie, że takie wątpliwości Zamawiający powinien był powziąć. Odwołujący powinien więc w ramach przedstawianej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że w okolicznościach danego stanu faktycznego w odniesieniu do kwestionowanych przez niego części składowych ceny, Zamawiający miał podstawy by sądzić, że są one rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał temu obowiązkowi.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiającyw formie tabeli, dokonał odniesienia wartości sumarycznej pozycji kosztorysu ofertowego Przystępującego, zakwestionowanych w Odwołaniu, do całości wynagrodzenia ofertowego. Jak podkreśli Zamawiający w celu ustalenia czy w ramach tych pozycji można podnosić, iż są to istotne ceny składowe. Analiza tego zestawienia wskazuje, iż procent wartości ceny oferty dla znacznej większości pozycji kwestionowanych przez Odwołującego kształtuje się na poziomie znacznie poniżej 1 %. Tylko dwie pozycje z kilkunastu, na tle ponad czterystu pozycji w kosztorysie, wskazują na nieznacznie większy udział procentowy tj. pozycja 75 około 5% i pozycja 78 minimalnie poniżej 7%. Jednakże i w ramach tych pozycji Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogły pozwolić na uznanie ich za istotne części składowe, jak również że posiadają znamiona rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, zdaniem Izby, zarzut odwołania został skonstruowany w sposób ogólnikowy, a podjęta próba szerszej argumentacji na jego poracie zawarta w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2025 r. nie mogą ostatecznie przesądzać o zasadności postawionego zarzutu. Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie był w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie czy za wskazane w kosztorysie ofertowym pozycje. Dlatego też wobec braku argumentów przemawiających za uwzględnieniem postawionego zarzutu, należało go oddalić.

Odnosząc się do zarzutu 2 wskazanego w *petitum* odwołania, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo tego, że Wykonawca nie wniósł wadium odpowiadającego warunkom przewidzianym w pkt. 16.9. SWZ. Odwołujący podniósł iż w ramach pkt. 16.9. SWZ Zamawiający nie wprowadził terminu wypłaty gwarancji w zakresie wadium, adołączona do oferty Wykonawcy Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa Nr 913600090948 w pkt. 5 stanowi, że „*Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności Gwarancji*", czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp w zw. z art. 97 Pzp. Oznacza to zdaniem Odwołującego, iż przy odpowiednim stosowaniu regulacji norm prawa cywilnego, zapłata z tytułu gwarancji winna być dokonana bezzwłocznie przez gwaranta.

Izba nie podzieliła tej argumentacji i uznała ją za gołosłowną i nieuzasadnioną. Skład orzekający w dużej mierze przychylił się od stanowiska przestawionego przez Zamawiającego i Przystępującego. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w dokumentacji postępowania nie wprowadził żadnych wymogów odnośnie terminu, w którym gwarant zobowiązany był do wypłaty z tytułu udzielonej gwarancji. W związku z tym, za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, na obecnym etapie, iż skoro Zamawiający nie wprowadził terminu wypłaty gwarancji w zakresie wadium, to tym samym przy odpowiednim stosowaniu regulacji norm prawa cywilnego powinna być ona wykonana bezzwłocznie przez gwaranta. Odwołujący nie przedstawiał żadnej argumentacji na podstawie, której Izba mogłaby uznać inaczej.

Stanowisko Odwołującego oparte na orzecznictwie KIO, iż celem wadium jest zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w związku z niesolidnym postępowaniem wykonawcy i zapewnienie mu możliwości zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia w tym przypadku z gwarancji wadialnej, a także że wadium wniesione w formie gwarancji i poręczenia, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w tych formach nie może być utrudnione, jest właściwe.

Jednakże w rozstrzyganej spawie, kluczowym jest stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2020 r, sygn. akt KIO 652/20, które skład orzekający podziela wskazujące na to, iż nie można uznać, aby o prawidłowości wniesienia wadium decydował moment zaspokojenia Zamawiającego z zabezpieczenia, ale w ocenie Izby istotą wadium jest pewność tego zaspokojenia. Złożona przez Przystępującego gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i na

pierwsze żądanie, a więc Zamawiający ma pewność zaspokojenia się gwarancji wadialnej przedstawionej przez Przystępującego.

Dlatego też mając na uwadze powyższe nie ma żadnych podstaw, które mogły świadczyć o tym, iż jest tak jak twierdzi Odwołujący, że wyplata z tytułu gwarancji powinna być wykonana bezzwłocznie przez gwaranta. Izba tym samym nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiające wskazanych przepisów ustawy Pzp, w związku z tym należało i ten zarzut oddalić.

Jeśli zaś chodzi o zarzut 3 wskazany *petitum* odwołania, Izba uznała go za zarzut nieudowodniony, niepoparty żadnymi dowodami. Odwołujący nie wskazał na czym konkretnie polega naruszenie Zamawiającego. Nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby prowadzić do uznania, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby i sądów okręgowych zarzut odwołania to zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się Zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony.

Jeśli zaś chodzi o argumentację przedstawioną przez Odwołującego w piśmie z dnia 10 stycznia 2025 r. Izba przychyliła się do stanowisko reprezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego, iż stanowi ona rozszerzenie zarzutu 3 wskazanego w odwołaniu, a zatem tą argumentacją należało uznać za spóźnioną. Dlatego też, zarzut ten podlegał oddaleniu.

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

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 pkt 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.

Przewodnicząca: ……..