

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę **ROTOMAT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **TIOMAN Group Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ostaszewo, Ostaszewo 57e, 87-148 Łysomice**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ROTOMAT Sp. z o.o.**

z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ROTOMAT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 134,**

54-062 Wrocław tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach,**

ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy **ROTOMAT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 726/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Poprawę brd na przejściach dla pieszych na DK 94 w m. Oława”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 grudnia 2023 r. pod nr 2023/BZP 00555582.

W dniu 4 marca 2024 r. (pismem z dnia 3 marca 2024 r.) wykonawca **ROTOMAT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego obejmujących:

1. dokonanie wyboru oferty wykonawcy **TIOMAN GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ostaszewo**, zwanego dalej „wykonawcą **TIOMAN**”. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **TIOMAN** mimo, iż wykonawca ten wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożył wyjaśnienia, które były lakoniczne, niespójne oraz nie przedstawiały żadnych dowodów na potwierdzenie możliwości zrealizowania zadania za zaoferowaną cenę, a przede wszystkim z uwagi na brak przedstawienia wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dokumentów oraz oświadczeń co winno skutkować uznaniem, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

3.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN mimo, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TIOMAN pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez wykonawcę TIOMAN na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały żadnych dowodów oraz przedstawione zestawienie cen stanowi jedynie wyliczenie matematyczne dostosowane do wartości określonej w ofercie bez wykazania co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości oraz ilości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację całego zamówienia w rażąco niskiej cenie co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez wykonawcę TIOMAN wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ogóle, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy TIOMAN jako zawierającej rażąco niską cenę;

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TIOMAN pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oferty co powoduje brak możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;

3.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą ZNK”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na znacznym zaniżeniu ceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i ewentualnie przedłożone na rozprawie;
- 3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 26 lutego 2024 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TIOMAN i odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, która to oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych oraz zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert wezwał wykonawcę TIOMAN pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp czy cena oferty lub jej istotnych części nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w treści wezwania w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił jakich informacji oczekuje uzyskać od wykonawcy w odpowiedzi na skierowane wezwanie. Zamawiający oczekiwał między innymi przedłożenia przez wykonawcę TIOMAN szczegółowej kalkulacji ceny, która będzie uwzględniać wskazane w wezwaniu elementy.

Wykonawca TIOMAN nie uczynił w tym zakresie zadość wezwaniu Zamawiającego.

W treści złożonych wyjaśnień za pismem z dnia 24 stycznia 2024 r. nie sposób doszukać się szczegółowej kalkulacji ceny oferty, której oczekiwał Zamawiający. Wykonawca TIOMAN przedstawił jedynie tabelę zawierającą 21 zagregowanych pozycji bez jakiegokolwiek przypisania ich do poszczególnych lokalizacji, w których mają być realizowane roboty. Z treści przedłożonych przez wykonawcę TIOMAN wyjaśnień brak jest informacji o zaangażowaniu osobowym, rzeczowym sprzętowym, użytych materiałach oraz kosztach pośrednich. Zamawiający wyraźnie oczekiwał, aby na podstawie złożonych wyjaśnień można było stwierdzić jakie wykonawca TIOMAN przyjął założenia kosztowe dla realizacji poszczególnych robót. Wykonawca TIOMAN nie podał żadnych założeń ilościowych dla wykonania poszczególnych elementów robót w tym w szczególności w odniesieniu do poszczególnych lokalizacji. Powyższe jest o tyle istotne, iż niezależnie od zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach danej lokalizacji wykonawca TIOMAN przyjął jednakową wartość ceny za wykonanie robót w ramach każdej pozycji z rozbicia ceny. Tym samym nie można mówić o tym, że wykonawca ten uczynił zadość treści wezwania w zakresie przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej czego wyraźnie oczekiwał Zamawiający. Nie wystarczającym jest podanie zagregowanych pozycji robót bez podania ilości poszczególnych prac nie wspominając już o braku podania konkretnych założeń co do ilości pracowników zaangażowanych do wykonania zamówienia w danym okresie w tym przypadku w czasie niezbędnym na realizację zadania. Przedstawione w treści wyjaśnień przez wykonawcę TIOMAN zestawienie zawiera jedynie matematyczne dopasowanie wartości poszczególnych pozycji do ceny oferty bez jakiegokolwiek wyjaśnienia na podstawie jakich okoliczności wykonawca ten przyjął taką a nie inną wartość dla poszczególnych prac.

Wykonawca TIOMAN nie uczynił zadość obowiązкови rzetelnego i konkretnego złożenia wyjaśnień w przedmiocie

rażąco niskiej. Wyjaśnienia zawarte w treści pisma z dnia 24 lutego 2024 r. są ogólnikowe i nie sposób z nich nawet wyinterpretować jakie obiektywne czynniki miały wpływ na zaproponowanie ceny na tak rażąco niskim poziomie. Przedłożone przez wykonawcę TIOMAN wyjaśnienia sprowadzają się *de facto* do zapewnienia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska lub do zaprzeczenia, że cena ta jest rażąco niska, a czynnikami mającymi wpływ na jej wysokość jest posiadane przez tego wykonawcę doświadczenie.

Odwolujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 20 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2788/20, wyrok z dnia 26 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2193/20, wyrok z dnia 2 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2177/20, wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3448/20 i wyrok z dnia 27 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2501/20.

Odwolujący podniósł, że składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jedynie poprzez przedstawienie zestawień cen bez podania jaki zakres robót oraz jakie konkretnie czynności wchodzi w zakres danej pozycji należy uznać za brak złożenia wyjaśnień w ogóle. Nawet dokonanie rozbicia danej pozycji kosztorysowej na czynniki cenotwórcze bez szczegółowego wykazania, jakie oraz ile materiałów zostało przyjętych przez wykonawcę do realizacji danej pozycji jest całkowicie bezwartościowym złożeniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny i z całą pewnością nie może zostać uznane jako złożenie szczegółowego kosztorysu o który wnioskował w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający. To samo tyczy się dla przykładu przedłożenie ofert podwykonawców li tylko na potwierdzenie, że dana pozycja pokrywa się z wartością oferty podwykonawczej bez szczegółowego wykazania konkretnych składników takiej oferty oraz cen dla poszczególnych asortymentów robót co również nie może zostać uznane za sprostanie wymogowi wykazania, iż złożona oferta lub jej istotne części nie zawierają ceny rażąco niskiej.

W związku z faktem, iż wykonawca TIOMAN nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, a to poprzez brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a w szczególności poprzez brak przedstawienia kosztorysu szczegółowego z rozbiciem na robocizną materiał, sprzęt, koszty bezpośrednie czego wyraźnie oczekiwał Zamawiający uznać należy, iż wykonawca TIOMAN nie złożył w ogóle wyjaśnień rażąco niskiej ceny co winno skutkować odrzuceniem jego oferty. Uznanie złożonych przez wykonawcę TIOMAN wyjaśnień za rzetelne i kompletne, a w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający pomijając wymagania ustawy Pzp doprowadził do wyboru oferty co prawda pod względem ceny najkorzystniejszej, ale oferty, której składający ją wykonawca nie zdołał obronić od zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający kopię odwołania w dniu 5 marca 2024 r. przekazał wykonawcom za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl/>.

W dniu 7 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ostaszewo, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 19 marca 2024 r. (pismem z dnia 18 marca 2024 r.) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego,
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania – w granicach kosztów przepisanych, po przedłużeniu rachunków przez pełnomocników Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Ostaszewo, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Analiza zestawienia asortymentów prac i wielkość ich udziałów z tabelarycznej kalkulacji ceny ofertowej, zawartej w wyjaśnieniach Przystępującego w piśmie z dn. 24.01.2024 r. (dowód nr 5).
2. Załącznik nr 1 do PFU - Zestawienie zadań – przejść dla pieszych (dowód nr 6).
3. Analiza cenowa złożonych ofert (dowód nr 7).
4. Analiza ofert do badania rażąco niskiej ceny (dowód nr 8).
5. Wezwanie do wyjaśnienia RNC skierowane do Odwołującego – pismo nr O.Ki.D-3.2421.38.2023.az z dn. 22.01.2024 r. (dowód nr 9).
6. Wyjaśnienia Odwołującego – pismo nr DWD-25.01/24/WMAIL z dnia 29.01.2024 r. wraz z załącznikami (dowód nr 10).
7. Pismo Zamawiającego z dnia 07.02.2024 r., znak: O.Ki.D-3.2421.38.2023.az - odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (dowód nr 11).

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Załącznik do protokołu rozprawy.
2. Zadania rejonu Oleśnica 2022 – 2024.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj. zestawienia porównawcze cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez wszystkich wykonawców.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

1.art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TIOMAN pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez wykonawcę TIOMAN na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały żadnych dowodów oraz przedstawione zestawienie cen stanowi jedynie wyliczenie matematyczne dostosowane do wartości określonej w ofercie bez wykazania co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości oraz ilości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację całego zamówienia w rażąco niskiej cenie co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez wykonawcę TIOMAN wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ogóle, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy TIOMAN jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut 1 odwołania),

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TIOMAN pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oferty co powoduje brak możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (zarzut 2 odwołania),

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 3 061 120,72 zł, co stanowi równowartość 687 336,25 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 3 765 178,49 zł.

W postępowaniu złożono 7 ofert, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożonej przez wykonawcę ELEKTROTIM S.A. - 3 222 600,00 zł brutto (oferta nr 1); cena oferty złożonej przez wykonawcę TIOMAN GROUP Sp. o.o. - 2 130 360,00 zł brutto (oferta nr 2); cena oferty złożonej przez wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. 2 965 069,98 zł brutto (oferta nr 3); cena oferty złożonej przez ROTOMAT Sp. z o.o. (Odwołującego) -3 184 839,00 zł brutto (oferta nr 4); cena oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne Euroasfalt Sp. z o.o. – 4 236 429,96 zł brutto (oferta nr 5); cena oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Sp. z o.o. - 2 694 930,00 zł brutto (oferta nr 6) i cena oferty złożonej przez wykonawcę MIWRO Sp. z o.o. sp. k. -2 410 431,00 zł brutto (oferta nr 7).

Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę TIOMAN GROUP Sp. z o.o. (Przystępującego) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując że cena jego oferty wynosi 2 130 360,00 zł, co w

porównaniu z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należyty podatek od towarów i usług wynoszącą 3 765 178,49zł wskazuje, że jest ona niższa od niej o 43,42 %, a w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynoszącą: 2 977 808,56 zł brutto wskazuje, że jest ona niższa o 28,46 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Nadto podał, że wszystkie ceny jednostkowe, wskazane w ofercie, są niższe o ponad 30% od cen jednostkowych w kosztorysie inwestorskim, a dodatkowo są one znacząco niższe od średnich cen jednostkowych ze złożonych ofert, dając podstawę do uznania, że oferta mogła zostać przez wykonawcę nienależycie skalkulowana lub zaniżona, poniżej kosztów wytworzenia zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący, pismem z dnia 24 stycznia 2024 r., złożył – jak wskazał – wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość ceny oferty, celem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisu art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Składane są celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zadał wykonawcy 17 pytań (pytania dotyczyły uwzględnienia kosztów głównych składników cenotwórczych), w odniesieniu do których oczekiwał jedynie, co zresztą podkreślał na rozprawie, udzielenia odpowiedzi adekwatnych do zadanych pytań a więc potwierdzenia uwzględnienia wskazanych kosztów w cenie oferty bądź też zaprzeczenia. Takich też odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania wykonawca udzielił. Odpowiedzi adekwatnych do zadanych w wezwaniu pytań. Tak bowiem były skonstruowane wszystkie pytania, np. „czy Wykonawca uwzględnił koszt opracowania dokumentacji (...)”? Czy Wykonawca uwzględnił koszt wizji lokalnych dla wszystkich zadań/przejeżdż dla pieszych, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia?” Nie wynikał więc z nich obowiązek podania jakichkolwiek dodatkowych informacji a jedynie udzielenia odpowiedzi na konkretnie zadane pytanie. Zapytanie determinowało więc udzieloną odpowiedź. W kontekście powyższego już prosta odpowiedź twierdząca wyczerpywała treść zadanego pytania. Poziom szczegółowości udzielonej odpowiedzi jest więc adekwatny do metodyki wyceny i sporządzenia oferty. Takie rozumienie zadanych pytań przyznał także Zamawiający, podkreślając że chodziło tylko o potwierdzenie uwzględnienia w kalkulacji określonych kosztów. Wykonawca przedstawił więc wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu Zamawiającego.

Kolejna kwestia dotyczy szczegółowej kalkulacji, której żądał Zamawiający w odniesieniu do kosztów związanych z kosztami wymienionymi „między innymi” w treści wezwania (str. 3 wezwania) jako tych, które wskazał przykładowo, a do których winny odnosić się wyjaśnienia. Zamawiający nie wskazał przy tym jak szczegółowej kalkulacji oczekuje w tym zakresie, jak również nigdzie nie podał – wbrew twierdzeniom Odwołującego – że przedstawiona kalkulacja powinna być sporządzona w odniesieniu do poszczególnych lokalizacji. 38 z 40 lokalizacji – jak podkreślał Zamawiający na rozprawie – obejmuje ten sam zakres, a jedynie dwie z nich, tj. 39 i 40 nieco różnią się od pozostałych lokalizacji. Wobec tego brak było podstaw do odrębnej wyceny poszczególnych lokalizacji.

Wykonawca TIOMAN przedstawił wycenę poszczególnych elementów składających się na cenę oferty, uwzględniając koszt tych elementów dla wszystkich lokalizacji i pokazując zysk jaki osiągnie przy realizacji tego zamówienia.

Zauważyć przy tym należy, na co wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, że w tego typu zamówieniach wykonawcy nie składają wraz z ofertą kosztorysów szczegółowych a przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego posługują się metodą wskaźnikową. Kosztorys tak sporządzony to jest kosztorys wskaźnikowy, w którym określa się szacowaną wartość inwestycji z podziałem na ogólne typy prac do wykonania. To właśnie takiego kosztorysu oczekiwał Zamawiający i taki kosztorys od wykonawcy TIOMAN otrzymał. Rozporządzenie, na które powołuje się Odwołujący (Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. z 29 grudnia 2021 r., poz. 2459) faktycznie dotyczy także metody i podstaw obliczania planowanych kosztów robót budowlanych (metoda wskaźnikowa kosztów robót budowlanych.). Tym niemniej sam Zamawiający w treści wezwania mimo, że wzywał wykonawcę do złożenia szczegółowej kalkulacji to następnie dodał, że oczekuje kalkulacji „co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które uważacie Państwo za istotne”, pozostawiając wykonawcy pewną dozę dowolności co do sposobu przedstawienia kalkulacji cenowej. Kalkulacja została przez wykonawcę niewątpliwie

sporządzona. Brak było zarówno w treści SWZ, jak i w treści wezwania do złożenia wyjaśnień obowiązku odniesienia kalkulacji nie tylko do poszczególnych lokalizacji, ale sposobu dokonania kalkulacji szczegółowej. Tymczasem – na co wskazywała wielokrotnie Izba w swoim orzecznictwie - w sytuacji, gdy Zamawiający nie precyzuje wymaganego zakresu wyjaśnień, stopnia jego szczegółowości to do wykonawcy należy wybór, w jaki sposób te wyjaśnienia zostaną przedstawione. W takim przypadku to wykonawca może złożyć Zamawiającemu szczegółową kalkulację przygotowaną w sposób, który ten wykonawca uzna za właściwy. W taki też sposób ta kalkulacja została sporządzona. Nie można i nie zauważyć, że inwestycja realizowana jest w ramach postępowania prowadzonego w systemie zaprojektuj i wybuduj, jak również iż cena oferty jest ceną ryczałtową i okoliczności te niewątpliwie mają wpływ na sposób kalkulacji ceny.

Podkreślić także należy, że Odwołujący nie odniósł się do żadnej z pozycji podanej w złożonej kalkulacji szczegółowej, ograniczając się jedynie do kwestionowania jej prawidłowości i, nie podejmując niemal żadnej polemiki z elementami ujętymi w tej kalkulacji. Nie wykazał przy tym braku realności zarówno ceny ofertowej, jak i ceny poszczególnych jej pozycji. Odwołujący dopiero na rozprawie podjął próbę przedstawienia dowodów potwierdzających zasadność podniesionych zarzutów. Niemniej jednak złożył jedynie zestawienie cen pochodzących z ofert złożonych w tym postępowaniu, co miało wskazywać na nierealność ceny zaoferowanej przez wykonawcę TIOMAN w żaden sposób nie odnosząc się do zawartych tam informacji. Tak więc Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Nie wykazał nawet jaki próg cenowy oferowanych robót mógłby być przyjęty za minimalny, a który – w jego ocenie - pozwoliłby na realizację tego zamówienia i następnie takich danych nie odniósł do ceny oferty wykonawcy TIOMAN. W treści odwołania poza ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi treści złożonych wyjaśnień przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast nie zawarł w nim jakichkolwiek konkretnych. W żaden sposób nie wykazał więc, że cena oferty wykonawcy TIOMAN jest ceną rażąco niską, ograniczając się jedynie do kwestionowania złożonych wyjaśnień. To Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, składając tabele zawierające ceny oferowane za realizację tego rodzaju zamówień przez tego Zamawiającego oraz przez Oddział Zamawiającego we Wrocławiu, że cena oferty wykonawcy TIOMAN nie odbiega znacząco od realizowanych obecnie cen kontraktowych. A tym samym, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają twierdzenia, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska ani też, że cena oferty jest rażąco niska. Dlatego też stwierdzić należy, że zarzut 1 i 2 odwołania nie potwierdził się.

Odwołujący nie wykazał również, stawiając **zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na znacznym zaniżeniu ceny (zarzut 3 odwołania)**, że oferta wykonawcy TIOMAN została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem samo powołanie przepisu ustawy Pzp, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. A tego brak jest w treści odwołania. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: