Sygn. akt: KIO 250/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Budowa Dróg i Mostów Gospodarstwo Agroturystyczne „Swoboda" sp. z o.o. z siedzibą w Pruchniku (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pruchnik z siedzibą w Pruchniku (dalej: „Zamawiający")

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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:……

KIO 250/24

Uzasadnienie

Gmina Pruchnik z siedzibą w Pruchniku (dalej: „Zamawiający" lub „Gmina") prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn. „Przebudowa drogi gminnej nr 111659R w miejscowości Hawłowice" (Nr referencyjny: IZ 271/33/2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 grudnia 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00526167/01.

22 stycznia 2024 r. wykonawca Budowa Dróg i Mostów Gospodarstwo Agroturystyczne „Swoboda" sp. z o.o. z siedzibą w Pruchniku (dalej: „Odwołujący" lub „Swoboda") wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w Postępowaniu, polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" sp. z o.o. z siedzibą w Pruchniku (dalej: „M-BUD").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M-BUD, w sytuacji gdy treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie tonażu kruszyw oraz cementu;
2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M-BUD, w sytuacji gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie udowodnił i nie wykazał, aby zaoferowana cena i koszty (w tym ich części składowe) nie były rażąco niskie;
3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp w zw. z art 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad nieuczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, uznając ofertę M-BUD za niebudzącą wątpliwości w zakresie ceny co doprowadziło do zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za zawierającą rażącą niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia wyżej wymienionej oferty;
4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez M-BUD jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez tego wykonawcę jako zawierająca cenę rażąco niską powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M-BUD;

2)odrzuceniu oferty wykonawcy M-BUD;

3)dokonanie ponownej oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia Odwołujący wskazał, co następuje:

„Zgodnie z dokumentacją przetargową w tym z projektem budowlanym stanowiącym integralną część dokumentacji przetargowej na przedmiotowym zadaniu wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego frakcji 0-31,50 mm warstwa dolna grubość warstwy po zagęszczeniu 35 cm zgodnie z katalogiem nakładów rzeczowych KNNR 6 Nawierzchnie na drogach i ulicach grubość kamienia musi być na poziomie 35 cm. Przeliczając niniejszą robotę budowalną zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami przetargowymi do zrealizowania przedmiotowego przedsięwzięcia potrzebujemy 1110,63 ton kruszywa. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością w kalkulacji szczegółowej z dnia 8 stycznia 2024 roku wskazuje na wartość 864 ton kruszywa co bezsprzecznie wskazuje na błędne obliczenia potrzebnego kruszywa względem faktycznych potrzeb i ponadto mniejsza ilość kamienia jest niezgodna z katalogiem nakładów rzeczowych KNNR 6 Nawierzchnie na drogach i ulicach.

Dowód 1: kalkulacja szczegółowa poz. 3.2. Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością z dnia 8 stycznia 2024 roku

Zgodnie z dokumentacją przetargową w tym z projektem budowlanym stanowiącym integralną część dokumentacji przetargowej na przedmiotowym zadaniu wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego frakcji 0-31,50 mm warstwa górna grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm zgodnie z katalogiem nakładów rzeczowych KNNR 6 Nawierzchnie na drogach i ulicach grubość warstwy musi być na poziomie 10 cm. Przeliczając niniejszą robotę budowalną zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami przetargowymi do zrealizowania przedmiotowego przedsięwzięcia potrzebujemy 1016,75 ton kruszywa. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością w kalkulacji szczegółowej z dnia 8 stycznia 2024 roku wskazuje na wartość 896,5 ton kruszywa co bezsprzecznie wskazuje na błędne obliczenia potrzebnego kruszywa względem faktycznych potrzeb i ponadto mniejsza ilość kamienia jest niezgodna z katalogiem nakładów rzeczowych KNNR 6 Nawierzchnie na drogach i ulicach.

Dowód 2: kalkulacja szczegółowa poz. 3.5. Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością z dnia 8 stycznia 2024 roku

Zgodnie z dokumentacją przetargową w tym z projektem budowlanym stanowiącym integralną część dokumentacji przetargowej na przedmiotowym zadaniu wykonanie stabilizacji cementem istniejącej podbudowy z kruszywa łamanego lub gruntu oraz poszerzenia podbudowy z kruszywa łamanego na całej szerokości jezdni, grubość warstwy po zagęszczeniu 35 cm, Rm=2,5 MPa. Zgodnie z projektem na w/w zadaniu przyjęto Wykonanie stabilizacji o gr. 35 cm i wytrzymałości 2,5 MPa co daje zgodnie z katalogiem nakładów rzeczowych KNR 2-31 Nawierzchnie na drogach i ulicach. Przeliczając niniejszą robotę budowalną zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami przetargowymi do zrealizowania przedmiotowego przedsięwzięcia potrzebujemy około 232 tony cementu. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością w kalkulacji szczegółowej z dnia 8 stycznia 2024 roku wskazuje na wartość 119,9 ton cementu co bezsprzecznie wskazuje na błędne obliczenia a przede wszystkim jest niezgodne z katalogiem nakładów rzeczowych KNNR 2-31 Nawierzchnie na drogach i ulicach. Przyjęta przez wykonawcę ilość cementu nie zapewni wymaganej wytrzymałości.

Dowód 3: kalkulacja szczegółowa poz. 3.4. Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" spółka z ograniczona odpowiedzialnością z dnia 8 stycznia 2024 roku".

W uzasadnieniu zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, Swoboda podniósł, że wykonawca M-BUD w ramach powyżej wskazanych kalkulacji szczegółowych (dowód nr 1 oraz dowód nr 2) w zakresie kruszywa łamanego frakcji 0-31,5 mm wykazuje koszt w wysokości 37,00 złotych jednak – w ocenie Odwołującego – przyjęcie takiej kwoty do kalkulacji szczegółowej nie jest dopuszczalne, gdyż jest to koszt zakupu kruszywa w miejscowości Lipowica znacznie oddalonej od miejsca przetargu około 96 kilometrów, stąd do niniejszej kwoty winien być doliczony transport. Swoboda podkreślił, że taka sama uwaga dotyczy zaniżonego kosztu zakupu cementu portlandzkiego. Natomiast w kalkulacji szczegółowej (dowód nr 3) wykonawca M-BUD wskazuje na koszt 430,00 złotych za tonę. Odwołujący zaznaczył, że dostawcą cementu portlandzkiego dla wykonawcy Swoboda oraz wykonawcy M-BUD jest ten sam podmiot, który w ramach wyjaśnień złożonych dla Odwołującego wskazał, iż pierwotnie mylnie podał taką kwotę wykonawcy M-BUD. Tym samym – zdaniem Odwołującego – powoływanie się na niniejszą kwotę przez wybranego wykonawcę jest niedopuszczalne. Swoboda podkreślił, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej a za taką należy uznać cenę kruszywa jak i cementu podaną przez wykonawcę M-

BUD.

Nadto Odwołujący podniósł, że w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy na fakt posługiwania się kalkulacjami zawierającymi błędne dane a to w zakresie ceny cementu lub kalkulacje cenowe zakupu kruszyw bez wskazania kwot transportu. Taka sama sytuacja ma miejsce w zakresie wskazywania mniejszych ilości kruszyw oraz cementu w ramach kalkulacji kosztorysowcach. W ocenie Swoboda wszystkie czynności, o których mowa w niniejszym punkcie wynikają z dokumentów przywołanych powyżej jako środki dowodowe oraz świadczą o celowym czynie nieuczciwej konkurencji.

W złożonej pismem z dnia 9 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi gminnej nr 111659R w miejscowości Hawłowice.

W myśl postanowienia rozdziału III ust. 2 SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres robót został określony w załączniku nr 8 do SWZ tj. dokumentacja techniczna oraz w przedmiarze robót/kosztorys ofertowy w Excelu do WYCENY stanowiący załącznik nr 7 do SWZ, który Wykonawca winien wycenić i dołączyć do oferty".

Stosownie do brzmienia rozdziału VI ust. 2 SWZ Zamawiający rekomenduje przeprowadzenie wizji lokalnej terenu, celem oszacowania na własną odpowiedzialność ryzyka wykonania zamówienia.

W dokumencie pn. „Materiały do zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę" stanowiącym część dokumentacji technicznej, wskazano, co następuje:

- „Planowana inwestycja ma na celu poprawę parametrów technicznych i użytkowych drogi. Dzięki temu zwiększy się komfort i bezpieczeństwo ruchu samochodowego i ruchu pieszych.
  Zakres planowanej inwestycji:
  - przebudowie konstrukcji nawierzchni jezdni
  - poszerzeniu jezdni do 3,5 m
  - umocnienie pobocza
  - budowie mijanki
  - odmulenie przydrożnych rowów otwartych, trawiastych
  - budowie oraz przebudowie zjazdów (…)" (pkt 2.1 „Zakres zamierzenia budowlanego", str. 5);
- „Przedmiotowa droga gminna posiada istniejącą nawierzchnię bitumiczną od km 0+000 do km 0+807, o zmiennej szerokości około 2,7-3,2 m, oraz nawierzchnię z tłucznia kamiennego od km 0+807 do km 1+188,45, o zmiennej szerokości około 2,9-3,5 m (…)" (pkt 3 „Istniejący stan zagospodarowania", str. 5);
- „Zgodnie z opracowaną opinią geotechniczną, kartą otworów badawczych, zalecaniami inwestora oraz mając na uwadze Katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych przyjęto następujące konstrukcje nawierzchni:
  Nawierzchnia jezdni od km 0+000 do km 0+807
  ▪nawierzchnia w miejscu istniejącej jezdni
  - w-wa ścieralna AC11S 4 cm
  - w-wa wiążąca AC16W 5 cm
  - podbudowa z kruszywa łamanego stab. mechanicznie 0/31,5 10 cm
  - podbudowa z kruszywa/gruntu stabilizowanego cementem doziarniona destruktem frezowania istniejących warstw bitumicznych o wytrzymałości Rm=2,5 MPa

(stabilizacja istniejącej podbudowy) 35 cm
RAZEM: 54 cm
▪nawierzchnia w miejscu poszerzenia jezdni
- w-wa ścieralna AC11S 4 cm
- w-wa wiążąca AC16W 5 cm
- podbudowa z kruszywa łamanego stab. mechanicznie 0/31,5 10 cm
- podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego cementem o wytrzymałości Rm=2,5 MPa
(poszerzenie istniejącej podbudowy) 35 cm
RAZEM: 54 cm

(pkt 4.5 „Konstrukcja i technologia nawierzchni", str. 6-7).

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1 640 825,57 zł.

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 858 000,00 zł brutto.

Wykonawca M-BUD złożył ofertę w Postępowaniu, w której zaoferował zrealizowanie zamówienia za łączną cenę 1 027 969,65 zł brutto.

Pismem z dnia 27 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawcy M-BUD wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o następującej treści:

„Na podstawie art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; zwana dalej: PZP), Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztu/istotnych części składowych oferty. W związku z tym, że cena CAŁKOWITA OFERTY oraz istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Gmina Pruchnik zwraca się do Państwa z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny CAŁKOWITEJ OFERTY oraz istotnych części składowych ceny w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 ustawy PZP, w punktach które dotyczą i/lub miały wpływ na zaoferowaną cenę.

Cena oferty powiększonej o należny podatek od towarów i usług jest niższa o ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych w przedmiotowym postępowaniu:

- Cena oferty nr 4: 1 027 969,64 zł a po poprawie oczywistej omyłki rachunkowej wynosi 1 027 969,65 zł brutto.
- Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu: 1 484 547,54 zł brutto a po poprawie oczywistych omyłek rachunkowych wynosi 1 484 549,16 zł brutto.
- Cena oferty nr 4 jest niższa o 30,7554%[1] od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- ponadto Zamawiający po weryfikacji kosztorysu ofertowego, w szczególności dla elementu 3. Podbudowy w kosztorysie ofertowym dla poz. 2,4,5 ustalił, że Państwa oferta w tych pozycjach jest niższa o (przedział od 43,61% do 47,45%) od średniej cen wszystkich złożonych ofert (dla w/w pozycji elementu z KO). SZCZEGÓŁOWE PORÓWNANIE WYLICZENIA w zakresie w/w elementu z kosztorysu ofertowego STANOWIĄ ZAŁĄCZNIK DO WEZWANIA „wyliczenia dla elementu 3 z KO".

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca, między innymi, powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny CAŁKOWITEJ OFERTY, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik lub czynniki wpłynęły na jej obniżenie. Do przedkładanych wyjaśnień należy przedłożyć stosowne dowody (…)".

W wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2024 r. M-BUD wskazał m.in., że wszystkie części składowe składające się na cenę zaoferowaną przez wyżej wymienionego wykonawcę są cenami rzetelnie skalkulowanymi i zawierają wszystkie składniki oraz koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w SWZ. M-BUD dołączył do rzeczonego pisma szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych określonych w pozycjach nr 3.2, 3.4 i 3.5 kosztorysu ofertowego, z których wynika, że wykonawca przyjął w swoich obliczeniach cenę 37 zł za tonę kruszywa oraz cenę 430 zł za tonę cementu. Ponadto M-BUD przedłożył uzyskane oferty handlowe na kruszywo i cement.

Pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD" sp. z o.o. z siedzibą w Pruchniku.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

(…)”.

Art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…); 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (..)”.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania określonych przepisami ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp „Odwołanie zawiera: (…); 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; (...)”.

Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem

konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Izba jest bowiem związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Ponadto zaznaczenia wymaga, że zasada wynikająca z art. 555 ustawy Pzp nie doznaje wyjątku i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i art. 535 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisu tego wywieść należy zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, który z okoliczności sprecyzowanych w odwołaniu chce wywieść określone skutki prawne. Z kolei art. 535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia z urzędu przez Izbę na mocy art. 555 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3600/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 113/20 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2227/22).

Z uwagi na powyższe Izba odniosła się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca im argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. W niniejszej sprawie nie mogły być wzięte pod uwagę ani nowe okoliczności faktyczne, jako de facto precyzowanie zarzutów odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie, ani zgłoszone na rozprawie dla wykazania tych faktów dowody.

W ocenie składu orzekającego argumentacja wyrażona przez Odwołującego podczas rozprawy pod adresem złożonej oferty odnośnie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawcy M-BUD z warunkami zamówienia w zakresie tonażu kruszyw oraz cementu, jak też przedłożone dowody w postaci deklaracji właściwości użytkowych, z których – jak zaznaczył Swoboda – wynika ziarnistość i zagęszczenie materiału oraz recept na warstwę ulepszonego podłoża, które wskazują jaka ilość cementu powinna być użyta, aby uzyskać stabilizację na poziomie 2,5 MPa, wykraczają poza twierdzenia sformułowane w treści złożonego odwołania, a tym samym w świetle przywołanych przepisów ustawy Pzp należało je uznać za niedopuszczalne. Wymaga bowiem podkreślenia, że Swoboda w treści odwołania ograniczył się jedynie do ogólnikowego stwierdzenia, że po przeliczeniu robót budowlanych, o których mowa w poz. 3.2, 3.4, 3.5 kosztorysu ofertowego, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami przetargowymi wykonawca potrzebuje większej ilości ton kruszywa oraz cementu, niż wartości podane w kalkulacjach szczegółowych załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. Odwołujący nie wskazał jednak w treści odwołania żadnych wyliczeń, które uzasadniałyby uznanie podanych przez niego wartości za adekwatne. Odwołujący nie wytłumaczył również z jakich powodów przyjął obliczenia przedstawione przez M-BUD w kalkulacjach szczegółowych za błędne. Tym samym wyliczenia przedstawione przez Swoboda podczas rozprawy, które – co istotne – przedstawiały inne wartości końcowe niż te enigmatycznie podane w uzasadnieniu odwołania oraz dowody

przedłożone na okoliczność wykazania ilości potrzebnego kruszywa w zakresie budowy warstwy 35 cm oraz na okoliczność wykazania ilości potrzebnego cementu celem uzyskania stabilności na poziomie 2,5 MPa, nie zostały wzięte przed skład orzekający pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutu, o którym mowa w pkt 1 petitum odwołania.

Ponadto odnosząc się dalej do przywołanego powyżej zarzutu należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego". Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wymagany w świetle dokumentów zamówienia. W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP") do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia (…)" (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w wyżej wymienionym przepisie, niezbędne jest zatem stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)". Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest podkreślenie, że skoro Swoboda zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M-BUD winien był wskazać konkretne postanowienia dokumentów zamówienia, z którymi – w jego ocenie – treść oferty M-BUD jest niezgodna. Tymczasem Odwołujący nie przywołał w odwołaniu żadnych podstaw sugerowanych niezgodności treści oferty M-BUD z warunkami zamówienia w zakresie kwestionowanego tonażu kruszywa oraz cementu i jednocześnie podniósł podczas rozprawy, że ilość kruszywa, która powinna być użyta do wykonania robót, tak naprawdę może zostać sprecyzowana dopiero na podstawie przedłożonego certyfikatu dotyczącego kamienia, a Gmina nie posiadała wcześniej takiej wiedzy. W kontekście rozpoznawanego zarzutu Izba zwróciła również uwagę na argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w trakcie rozprawy w zakresie precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, którym jest przebudowa istniejącej drogi gminnej, w tym przede wszystkim odnośnie wykorzystania określonej ilości kruszywa znajdującego się w podbudowie oraz destruktu frezowania istniejących warstw bitumicznych i uzupełnienia do żądanej wysokości podbudowy (vide: pkt 2.1, 3 i 4.5 dokumentu pn. „Materiały do zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę"). Ponadto Gmina wyjaśniła, że faktyczna ilość materiału będzie możliwa do określenia dopiero na podstawie badań laboratoryjnych, które przeprowadzane będą po przystąpieniu do realizacji robót. Izba uznała wskazane stanowisko Zamawiającego za przekonujące w przedmiotowej sprawie. Przywołane powyżej okoliczności potwierdzają, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp okazał się chybiony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M-BUD z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, również nie zasługiwał on na uwzględnienie. Należy zauważyć, że jeśli Odwołujący był zdania, że przedstawione w kalkulacjach szczegółowych dla poz. 3.2,3.4,3.5 ceny kruszywa i cementu miały nierealny charakter, to był obowiązany udowodnić swoje twierdzenia. Tymczasem Swoboda poprzestał na gołosłownych twierdzeniach, iż koszty zakupu kruszywa i cementu są zaniżone, nie wskazując przy tym jakie ceny jego zdaniem są realne, a ponadto nie określił żadnych kwot w zakresie transportu, które w jego ocenie zostały pominięte w kalkulacji ceny z poz. 3.2 i 3.5 kosztorysu ofertowego. Zaznaczenia wymaga, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby Odwołujący przedstawił wyliczenia, które doprowadziły go do postawienia omawianego zarzutu. Mając na uwadze powyższe koniecznym jest

uznanie, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, które wskazywałyby, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest rażąco niska. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławcze stanowisko, zgodnie z którym „(…) ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 PrZamPubl, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 PrZamPubl nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (…)" (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18). Zdaniem Izby w tej sprawie Odwołujący nie wykazał, że stawki zaoferowane przez wykonawcę M-BUD za tonę kruszywa i cementu, które zostały poparte dowodami w postaci ofert handlowych załączonych do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r. są rażąco niskie, a tym samym zarzut w tym zakresie należało oddalić.

Ponadto Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym przedłożone przez wybranego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami są wiarygodne i korespondowały z zakresem wezwania do wyjaśnień ceny oferty. W ocenie składu orzekającego wykonawca M-BUD w co najmniej należyty sposób odpowiedział na skierowane do niego wezwanie, powołując się przy tym na obiektywne czynniki wpływające na możliwość obniżenia ceny.

Odnosząc się z kolei do dowodu załączonego do odwołania w postaci wydruku wiadomości mailowej od dostawcy cementu portlandzkiego Izba podziela argumentację przedstawioną przez Gminę, iż Swoboda nie udostępnił pełnych wyjaśnień, o których mowa w odwołaniu. W złożonej korespondencji mailowej przede wszystkim brak jest treści zapytania oraz daty wysłania wiadomości, co budzi wątpliwości w zakresie wiarygodności tego dowodu, a ponadto uniemożliwia odniesienie się do niego w kontekście tezy, na którą został powołany.

Dodatkowo zasadnym jest podkreślenie, że każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia, które mogą się różnić w zależności od okoliczności. Na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 823/22).

W konsekwencji powyższych rozważań Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M-BUD z uwagi na to, że – w ocenie Swoboda – jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 w zw. z § 5 pkt 1 i § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....