Sygn. akt: KIO 3716/23

WYROK
z dnia 22 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **SPEC BRUK**
Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Jawor**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **KOBYLARNIA S.A.**
z siedzibą w Kobylarni, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę SPEC BRUK Sp. z o.o.
z siedzibą w Libiążu, i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SPEC BRUK Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3716/23

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

Gmina Jawor (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.)
- dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa/ modernizacja infrastruktury drogowej, technicznej drogowej, elektroenergetycznej i wodno
- kanalizacyjnej na terenie Dolnośląskiej Strefy Aktywności Gospodarczej - S 3 Jawor
w ramach dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład Programu Inwestycji Strategicznych - V edycja; nr postępowania nadany przez zamawiającego: ZP.271.14.2023 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne,
o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 159-505025 z dnia 21 sierpnia 2023 r.

W dniu 30 listopada 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** (dalej „Konsorcjum" lub „przystępujący").

W dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **SPEC BRUK Sp. z o.o. z siedzibą w Libiążu** (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie wobec dokonania przez zamawiającego czynności:

1.wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo faktu, że oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości odnośnie oferty oraz niepodlegania przez Konsorcjum wykluczeniu z postępowania (względnie nie uzyskał wszystkich podmiotowych środków dowodowych od Konsorcjum);
2.zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, pomimo faktu, że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, ze względu na niezłożenie przez Konsorcjum wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę;

a także z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia punktu 2 powyżej:

3.zaniechania wezwania Konsorcjum na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień uzupełniających, pomimo faktu, że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę, a co więcej Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień odpowiadających na wszystkie pytania i wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu do wyjaśnień (zarzut ewentualny);

4.zaniechania wezwania Konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie niezłożonej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., pomimo faktu, że w terminie wyznaczonym na termin składania ofert,
ww. osoba pozostawała wpisana w KRS jako członek rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A. (zarzut ewentualny);

5.zaniechania wezwania Konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S. pomimo faktu,
że w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, ww. osoba pozostawała wpisana w KRS jako członek rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A.
w przypadku gdyby w złożonych wyjaśnieniach, o których mowa w punkcie 4 powyżej, Konsorcjum wskazało, że w terminie wyznaczonym na termin składania ofert, ww. osoba pozostawała w składzie rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A. (zarzut ewentualny).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1.art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie,
a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, ze względu
na niezłożenie przez Konsorcjum wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną
w ofercie cenę;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości odnośnie oferty oraz niepodlegania przez Konsorcjum wykluczeniu z postępowania (względnie nie uzyskał wszystkich podmiotowych środków dowodowych od Konsorcjum);

a także, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 1:

3.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę, a co więcej Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień odpowiadających na wszystkie pytania i wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu do wyjaśnień (zarzut ewentualny nr 1);

4.art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie niezłożonej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., podczas gdy w terminie wyznaczonym
jako termin składania ofert, ww. osoba pozostawała wpisana w KRS jako członek rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A. (zarzut ewentualny nr 2);

5.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., podczas gdy w terminie wyznaczonym na termin składania ofert, ww. osoba pozostawała wpisana w KRS jako członek rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A. - w przypadku gdyby w złożonych wyjaśnieniach, o których mowa w punkcie 4 powyżej, Konsorcjum wskazało, że w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, ww. osoba pozostawała w składzie rady nadzorczej jednego
z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A. (zarzut ewentualny nr 3).

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Konsorcjum; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert; a z daleko posuniętej ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego: wezwania Konsorcjum do uzupełniających wyjaśnień ceny oferty; wezwania Konsorcjum do wyjaśnień
w zakresie aktualnych na dzień wyznaczony jako termin składania ofert, członków rady nadzorczej MIRBUD S.A.; wezwania Konsorcjum do złożenia informacji z KRK dla Pana A.S..

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przypominając, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeśli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Z kolei rozwinięciem ww. normy jest przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który tłumaczy, że takie odrzucenie (czyli odrzucenie, za rażąco niską cenę w ofercie) dotyczy po pierwsze wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a po drugie sytuacji, w której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. A zatem - odrzuceniu podlega nie tylko oferta, w której bezsprzecznie stwierdzono, bez żadnych wątpliwości, zaniżenie ceny w sposób rażący, ale również oferta w dwóch dalszych sytuacjach (opisanych w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, które zostały zrównane z sytuacją istnienia w ofercie rażąco zaniżonej ceny): a) gdy wezwany

wykonawca nie złoży wyjaśnień; b) gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień nie uzasadniają podanej
w ofercie ceny (a zatem są nierzetelne, niezupełne, nie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania, itd.). Powyższe stanowi więc zaostrzenie reguł znanych z ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku [ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)], w której przepis art. 90 ust. 3 brzmiał: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. O ile więc na gruncie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku niezbędne było, aby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego potwierdziły, że w ofercie znajduje się rażąco niska cena, o tyle na gruncie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wystarczające jest, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Powyższa, wydawałoby się drobna i redakcyjna, zmiana brzmienia przepisu odnoszącego się do odrzucenia oferty po wyjaśnieniach ceny udzielonych przez wykonawcę jest tak naprawdę zmianą diametralną i istotną. O ile bowiem ustawodawca wcześniej wymagał, aby zamawiający odrzucając ofertę dysponował wiedzą pozytywną tzn. na podstawie analizy wyjaśnień doszedł do przekonujących wniosków, że cena oferty jest rażąco niska, o tyle obecnie ustawodawca wskazał, że odrzuceniu podlega oferta zarówno
w przypadku wiedzy pozytywnej zamawiającego (wyjaśnienia potwierdzają, że cena jest zaniżona rażąco), ale również w przypadku wiedzy negatywnej zamawiającego (wyjaśnienia nie są wystarczające do tego, żeby przesądzić, że cena jest adekwatna i realna - a zatem cena ta może, ale nie musi być rażąco zaniżona - decydujące znaczenie ma fakt, czy wykonawca udźwignął ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem czy złożył wyjaśnienia
i dowody, które są na tyle przekonujące, wiarygodne i realne, że w ofercie z całą pewnością nie istnieje rażąco niska cena).

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia i dowody złożone przez Konsorcjum nie wyjaśniają wątpliwości zamawiającego i nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są ogólnikowe, gołosłowne, nadzwyczaj skrótowe (chociaż objętościowo obszerne i „przegadane") - a zatem nie sposób zgodzić się z tym, że Konsorcjum uzasadniło podaną w ofercie cenę, jak również nie sposób uznać, że Konsorcjum złożyło wyjaśnienia,
w rozumieniu wyjaśnień prawidłowych i rzetelnych.

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, iż Izba wielokrotnie zwracała uwagę, że nieudzielenie przez wykonawcę rzetelnych wyjaśnień winno być kwalifikowane jako niezłożenie żadnych wyjaśnień, a oferta takiego wykonawcy powinna być odrzucona (tak np. w wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 778/23; wyroku KIO z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 658/23).

Odwołujący przypomniał, że w dniu 10 października 2023 r. zamawiający, działając
w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia cen dziewięciu pozycji wskazanych przez zamawiającego, jako istotnych części składowych ceny. Wskazał ponadto, że każda z wymienionych przez niego pozycji wzbudza jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a dodatkowo, co do niektórych pozycji, zamawiający zażądał złożenia dodatkowych wyjaśnień. Dodatkowo zamawiający wyraźnie wskazał w wezwaniu, że wymaga konkretnych dowodów na poparcie wyjaśnień oraz sprecyzował jakich konkretnie dowodów wymaga.

Skoro, zdaniem odwołującego, Konsorcjum nie zaskarżyło wezwania do wyjaśnień
w trybie odwołania złożonego do Krajowej Izby Odwoławczej, tym samym uznało wszystkie elementy wezwania za prawidłowe i zgodne z Prawem zamówień publicznych (zarówno
w zakresie istotności części składowych ceny, jak również w zakresie treści wyjaśnień wymaganej przez zamawiającego oraz dowodów wymaganych przez zamawiającego).
W sytuacji, gdyby Konsorcjum uznało, że jakakolwiek część wezwania nie jest zgodna
z ustawą Pzp (np. wezwanie nie dotyczy istotnych części składowych ceny albo wymogi postawione przez zamawiającego co do treści wyjaśnień są zbyt daleko idące albo zamawiający wzywa Konsorcjum do złożenia dokumentów, których nie jest uprawniony wymagać od wykonawcy), to Konsorcjum powinno takie wezwanie zaskarżyć odwołaniem
do Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp (odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu
o udzielenie zamówienia). Fakt niezaskarżenia wezwania przez Konsorcjum powoduje,
że wezwanie to jest w pełni „prawomocne", a Konsorcjum zobowiązane jest dostosować się do treści wezwania w pełni. Powyższe potwierdzono w wyroku KIO z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 388/23.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum w dniu 17 października 2023 r. złożyło wyjaśnienia, zawierające stwierdzenie: „przedkładamy wyjaśnienia na wszystkie

z pytań". Jakkolwiek wyjaśnienia Konsorcjum zostały złożone na 24 stronach maszynopisu,
to rzeczywiście merytoryczna treść, odnosząca się do zadanych przez zamawiającego pytań mieści się na pięciu stronach (to jest str. 6 do str. 10). Pozostała część wyjaśnień opiera się na: a) gołosłownych zapewnieniach o rzetelności wyceny (str. 1-2, str. 5); b) nic nie wnoszącym porównaniu cen ofert złożonych w postępowaniu (logicznym jest, że w stosunku do każdego z wykonawców zachodzą inne okoliczności mające wpływ na cenę i abstrakcyjne porównanie cen zawartych w różnych ofertach nie wnosi niczego do sprawy) (str. 2); c) polemice
z zamawiającym odnośnie istotności części składowych ceny (jakkolwiek polemika ta jest spóźniona, o czym była mowa powyżej, jako że wezwanie nie zostało zaskarżone do KIO,
to dodatkowo wyjaśnienia Konsorcjum są nielogiczne, ponieważ - idąc tokiem rozumowania Konsorcjum - wszystkie koszty, aż do wartości 30% ceny oferty byłyby „nieistotne", skoro ich „nieuwzględnienie w ofercie" (jak zdaje się wskazywać Konsorcjum) nie powodowałoby aktualizacji obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (różnicy o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert lub wartości zamówienia wyszacowanej przez zamawiającego; z kolei 5,56% ceny, to nie „znikomy procent", jak twierdzi Konsorcjum,
ale procent realny; co więcej dla ustalenia istotności części składowych ceny nie ma znaczenia wyłącznie ich wartość kwotowa, czy stosunek tej wartości do całości ceny ofertowej, ale również ich znaczenie dla prawidłowego wykonania zamówienia) (str. 2-5); d) ogólnikowych zapewnieniach o ujęciu w cenie wszystkich wymagań przewidzianych SWZ, „wieloletnim doświadczeniu", „gotowości do realizacji", „precyzyjnym szacunku ceny", „szerokich możliwościach kontraktowych", „know-how", „potencjale kontraktowym", posiadaniu certyfikatów ISO, „stabilności i pewności zatrudnienia wykwalifikowanej i doświadczonej kadry", „zgodności z przepisami" (str. 10-21). Lektura powyższych, zdaniem odwołującego, świadczy o fakcie, że stanowią one ogólniki, które mogą być, a z dużą dozą prawdopodobieństwa są, powielane i wykorzystywane w różnorodnych postępowaniach, bez ich indywidualizacji i w formule „kopiuj-wklej", bowiem nie odnoszą się do realnych wartości, nie wskazują na rzeczywiste koszty, a przede wszystkim nie odpowiadają na wymagania zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień; e) polemice z zamawiającym odnośnie jego uprawnienia do żądania szczegółowych kalkulacji cenowych, która to polemika - jak już powyżej wskazano - jest bezpodstawna i spóźniona, bowiem jeśli Konsorcjum uznało,
że zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał je do złożenia dokumentów odnośnie których nie czuje się zobligowane do ich złożenia (a wręcz stwierdza kategorycznie,
że zamawiający nie miał prawa ich żądać, powołując się dodatkowo na wyrok KIO),
to Konsorcjum winno taką czynność zamawiającego (wezwanie do wyjaśnień oraz złożenia skonkretyzowanych dokumentów) zaskarżyć odwołaniem do KIO. Nie zaskarżając czynności wezwania do KIO, Konsorcjum zgodziło się na jego treść w pełni oraz zobowiązane jest
do wykonania wszelkich zobowiązań wynikających z ww. wezwania; dodatkowo zamawiający traktując równo wszystkich wykonawców, wezwał wszystkich wykonawców do złożenia szczegółowej kalkulacji cenowej (str. 21-23).

W dalszej części odwołujący odniósł się do poszczególnych pozycji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do rzetelności wyceny oraz możliwości wykonania zamówienia za ceny wskazane w tych pozycjach.

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że odpowiadając na pytanie pierwsze Konsorcjum jedynie oświadczyło, że uwzględniło w pozycji wszystkie koszty i wskazało jeden potencjalny koszt: „ewentualne zajęcia pasa drogowego na terenach PKP oraz DSDiK, a także inne niezbędne koszty związane z zajęciem terenów przyległych". Tym samym Konsorcjum nie odpowiedziało na zadane przez zamawiającego wyraźnie pytanie: Proszę o wyjaśnienie jakie koszty wykonawca ujął w powyższym punkcie a zatem w tym zakresie należy uznać,
że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Odnosząc się do odpowiedzi udzielonej na pytanie drugie odwołujący wskazał,
iż Konsorcjum jedynie oświadczyło, że cena jest realna oraz rynkowa. Jakkolwiek Konsorcjum wskazało na posiadanie Wytwórni Mas Bitumicznych (WMB) w odległości ok. 50 km
od inwestycji, to dalsze twierdzenia, o rzekomym „posiadaniu podpisanych umów na dostawę kruszyw i grysów do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych (MMA), co pozwalałoby uzyskać stabilną i możliwie najniższą cenę pozostają gołosłowne i nieudowodnione. Wzbudza to uzasadnione wątpliwości, czy umowy takie rzeczywiście istnieją oraz czy zawierają korzystne warunki handlowe, bowiem - skoro miały być już zawarte w momencie składania wyjaśnień, jak twierdzi Konsorcjum - Konsorcjum winno dołączyć do wyjaśnień kopie takich umów, wykazujących realne ceny i koszty, które byłyby faktycznie (jak twierdzi Konsorcjum) stabilne i najniższe. Powyższe jest istotne również z tego powodu, że zarówno art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jak również treść wezwania zamawiającego wskazuje literalnie na konieczność złożenia dowodów. W związku z powyższym wyjaśnienia Konsorcjum odnośnie posiadania WMB należy uznać za nieudowodnione i gołosłowne, a w zakresie zaoferowanej ceny Konsorcjum nie złożyło żadnych wyjaśnień oprócz oświadczenia, że cena 79,48 zł/m^2 jest „jak najbardziej rynkowa" co prowadzi do konkluzji, że Konsorcjum nie złożyło rzetelnych

i wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień (a de facto nie złożyło żadnych wyjaśnień). Konsorcjum nie złożyło również wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej
w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości
- a zatem Konsorcjum nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego.

Udzielając odpowiedzi na kolejne pytanie tj. numer trzy, odpowiedź Konsorcjum ogranicza się do odesłania zamawiającego do ofert trzech firm, które miałyby potwierdzać realność wyceny. Nie ulega jednak wątpliwości, że oferty te nie zawierają kalkulacji cenowych w rozbiciu na ilości i koszty materiałów, sprzętu i robocizny. W zakresie odesłania do publikatora cenowego - jest to prawnie irrelewantne, ponieważ po pierwsze publikatory aktualizują ceny z opóźnieniem, a zatem ceny panujące na rynku są wyższe niż ceny publikowane w publikatorach (które nie nadążają za dynamiką cen na rynku), a po drugie ceny w publikatorach pozostają abstrakcyjne i nie odnoszą się do realnych cen uzyskiwanych przez konkretny podmiot w normalnych realiach rynkowych. Konsorcjum nie przedstawiło żadnych szczegółowych wyjaśnień, nie złożyło również wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości - a zatem Konsorcjum nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego.

Odnośnie odpowiedzi na pytania numer cztery i pięć odwołujący zauważył,
że odpowiedź Konsorcjum (jedna - łączona - w stosunku do dwóch pozycji o które pyta zamawiający) jest bardzo lakoniczna. Odpowiedź ta ogranicza się de facto do gołosłownego potwierdzenia, że cena jest w porządku. Konsorcjum wskazuje na „kalkulację własną", ale nie przedstawia jej ani nie dołącza do wyjaśnień, a zatem jest to po pierwsze gołosłowne,
po drugie podaje w wątpliwość, czy rzeczywiście taka kalkulacja została sporządzona (jeśli tak, to nie byłoby problemem jej złożenie), po trzecie nie wypełnia to wymagań zawartych
w wezwaniu zamawiającego, który wprost, jasno i stanowczo wymaga kalkulacji cenowych
z rozbiciem na ilości oraz koszty materiałów, sprzętu oraz robocizny. Odpowiedź Konsorcjum ogranicza się więc ponownie jedynie do odesłania zamawiającego do ofert trzech firm, które miałyby potwierdzać realność wyceny. Nie ulega jednak wątpliwości, że oferty te nie zawierają kalkulacji cenowych w rozbiciu na ilości i koszty materiałów, sprzętu i robocizny. Konsorcjum nie przedstawiło żadnych szczegółowych wyjaśnień oraz nie złożyło wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości, a zatem Konsorcjum nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego.

Odnośnie pytania szóstego, Konsorcjum ponownie nie składa żadnych szczegółowych wyjaśnień ani kalkulacji cenowej wymaganej przez zamawiającego, a odpowiedź Konsorcjum ogranicza się do gołosłownego potwierdzenia, że cena jest realna oraz do odesłania zamawiającego do ofert trzech firm, które miałyby potwierdzać realność wyceny. Nie ulega jednak wątpliwości, że oferty te nie zawierają kalkulacji cenowych w rozbiciu na ilości i koszty materiałów, sprzętu i robocizny. W zakresie odesłania do publikatora cenowego - jest to prawnie irrelewantne, ponieważ po pierwsze publikatory aktualizują ceny z opóźnieniem,
a zatem ceny panujące na rynku są wyższe niż ceny publikowane w publikatorach (które nie nadążają za dynamiką cen na rynku), a po drugie ceny w publikatorach pozostają abstrakcyjne i nie odnoszą się do realnych cen uzyskiwanych przez konkretny podmiot w normalnych realiach rynkowych. Konsorcjum nie przedstawiło więc ponownie żadnych szczegółowych wyjaśnień oraz nie złożyło wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości, a zatem Konsorcjum nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego.

Odnosząc się do odpowiedzi Konsorcjum, udzielonej na pytania numer siedem i osiem, odwołujący wskazał, że i w tym przypadku nie sposób uznać, że wykonawca ten udzielił szczegółowych wyjaśnień, brak też jakiejkolwiek kalkulacji cenowej (z odpowiednim rozbiciem wymaganym przez zamawiającego). Konsorcjum zakończyło swoje pismo wyłącznie
na gołosłownym twierdzeniu o prawidłowej i kompletnej wycenie oraz odesłało zamawiającego do ofert trzech podmiotów, które również nie zawierają żadnego szczegółowego wyjaśnienia ani kalkulacji cenowej. Konsorcjum nie przedstawiło zatem żadnych szczegółowych wyjaśnień, nie złożyło również wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości - a zatem Konsorcjum nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego.

Dodatkowo, w zakresie pozycji numer osiem Konsorcjum nie złożyło żadnych wyjaśnień na zadane przez zamawiającego pytanie, a zatem Konsorcjum przeszło
do porządku dziennego nad wątpliwościami zamawiającego i odmówiło udzielenia jakiejkolwiek odpowiedzi na zgłoszone przez niego wątpliwości (tak, jakby wcale nie zostały zgłoszone). Konsorcjum nie odpowiedziało dlaczego cena jednostkowa jest ponad 13 razy niższa niż cena w etapie I oraz ponad 17 razy niższa niż cena w etapie II. Brak wyjaśnień w odniesieniu do zgłoszonych przez zamawiającego wątpliwości podaje w wątpliwość rzetelność wyceny dokonanej

przez Konsorcjum, a brak nawet próby wyjaśnienia tej ceny przez Konsorcjum powoduje, że Konsorcjum nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, które zawisło nad ofertą Konsorcjum w momencie wezwania skierowanego przez zamawiającego, które nie zostało zaskarżone przez Konsorcjum do KIO. Uznać należy, że
w tym zakresie Konsorcjum nie tylko nie złożyło rzetelnych wyjaśnień, ale nawet że nie podjęło jakiejkolwiek próby wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a ostatecznie, że nie złożyło żadnych wyjaśnień w odniesieniu do zgłoszonej przez zamawiającego wątpliwości. W związku
z powyższym Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w tym zakresie w ogóle.

Odnosząc się do odpowiedzi Konsorcjum na pytanie numer dziewięć, odwołujący ponownie zauważył, że Konsorcjum złożyło w tym zakresie bardzo lakoniczne, ogólnikowe
i gołosłowne wyjaśnienia. Konsorcjum jedynie: a) zapewniło, że wyceniło wszystkie prace;
b) poinformowało, że prace wyceniło w różnych pozycjach (nie wskazując nawet w jakiej proporcji, czy wartości kwotowej); c) oświadczyło, że jest profesjonalistą i ma zaplecze;
d) powtórzyło, że wyceniło wszystkie prace. Konsorcjum nie przedstawiło więc żadnych wyjaśnień (nie tylko szczegółowych, ale po prostu rzeczowych i konkretnych), nie złożyło również wymaganej przez zamawiającego kalkulacji cenowej w podziale (rozbiciu) na koszty materiałów, sprzętu, robocizny oraz ze wskazaniem ich ilości, a zatem nie sposób w ogóle uznać, że Konsorcjum odpowiedziało na wezwanie zamawiającego, bowiem odpowiedź
o treści jak zacytowano powyżej nadawałaby się do „uzasadnienia" każdej pozycji cenowej
w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że w świetle powyższych zastrzeżeń, odnośnie ogólnikowości, gołosłowności oraz braku jakichkolwiek (a przede wszystkim szczegółowych) wyjaśnień oraz niezłożenia wyliczeń (kalkulacji cenowych z rozbiciem), jako swoiste nieporozumienie jawi się twierdzenie z pisma złożonego przez Konsorcjum, w którym stwierdza, że jego wyjaśnienia są „szczegółowe" a nawet „bardzo szczegółowe". Za całkowite nieporozumienie uznać należy także twierdzenia Konsorcjum (str. 20-21), jakoby to zamawiający winien się tłumaczyć
ze swoich wątpliwości co do rzetelności wyceny oraz jakoby to zamawiający winien przekazywać Konsorcjum jakiekolwiek kosztorysy szczegółowe, co stanowiłoby o odwróceniu ciężaru dowodowego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz stałoby w sprzeczności do przepisów ustawy Pzp, jak też treści wezwania do wyjaśnień. To Konsorcjum, wszelkimi możliwymi sposobami, winno wykazać rzetelność swojej wyceny, uwzględniając również rozmiar przedsiębiorstwa, bowiem logicznym jest, że im większe przedsiębiorstwo, tym większe koszty ogólne, koszty pośrednie, koszty zarządu, itd. W związku z tym domaganie się przez Konsorcjum (str. 20-21) od zamawiającego wyjaśnień, dla jakiego typu przedsiębiorstwa dokonywał szacowania wartości zamówienia jest nie tylko bezpodstawne, ale również może świadczyć o nieznajomości zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane
w formule „zaprojektuj i wybuduj" (zob. art. 34 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na uwzględnienie nie zasługuje również wniosek Konsorcjum złożony w ostatnim fragmencie wyjaśnień cenowych w zakresie wezwania Konsorcjum do dalszych wyjaśnień
- na wypadek wątpliwości zamawiającego. O ile bowiem sama formuła wyjaśnień „dodatkowych" na wezwanie uzupełniające zamawiającego nie jest w Prawie zamówień publicznych zakazana, to jednak stosowana może być wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnień składa rzeczowe i konkretne wyjaśnienia i dopiero analiza tychże szczegółowych wyjaśnień, zawierających odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego, prowadzi do nowych wątpliwości, bądź konieczności ich doprecyzowania lub wyjaśnienia. Instytucja wezwania uzupełniającego nie może być stosowana przez zamawiającego do „ratowania" wykonawcy, czy wielokrotnego dopytywania wykonawcy o to samo, w sytuacji gdy wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie składa szczegółowych, rzetelnych, konkretnych, pełnych wyjaśnień. Odwołujący przywołał następnie szereg orzeczeń KIO, z których wynika, że ponownego wezwania nie stosuje się, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień. Nie jest uzasadnieniem dla wezwania uzupełniającego fakt, że wykonawca na pierwsze wezwanie nie odpowiedział lub odpowiedział w sposób niepełny czy ogólnikowy. Wezwanie uzupełniające nie ma służyć do ratowania wykonawcy, czy „ciągnięcia go za uszy", w przypadku gdy na pierwsze wezwanie wykonawca nie udziela szczegółowych, rzetelnych i przekonujących odpowiedzi.

Odnosząc się z kolei do dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum, wraz
z wyjaśnieniami, które miałyby stanowić w ocenie Konsorcjum wypełnienie wymogu postawionego w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jak też wymogów postawionych w wezwaniu
do wyjaśnień, odwołujący sformułował następujące zarzuty: a) Konsorcjum nie złożyło żadnych dowodów na potwierdzenie gołosłownych twierdzeń o warunkach handlowych
w zakresie dostaw kruszyw i grysów do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych (str. 7 wyjaśnień); b) Konsorcjum nie złożyło rzekomo sporządzonej kalkulacji własnej ceny (str. 8 wyjaśnień); c) Konsorcjum nie złożyło żadnych dokumentów wykazujących realne koszty zatrudnienia, ale jedynie przedłożyło oświadczenie własne, które - podobnie jak treść wyjaśnień - pozostaje gołosłowne, nie jest bowiem poparte choćby jedną przykładową umową o pracę, wykazującą

rzeczywiste koszty zatrudnienia; d) Konsorcjum złożyło jedynie trzy oferty współpracujących podmiotów, które nie zawierają rozbicia cen na poszczególne ilości oraz koszty materiałów, sprzętu oraz robocizny, ale jedynie ceny łączne za dane pozycje - co nie może być wystarczające dla uznania, że ceny są rzetelne i rynkowe, bowiem przyjęcie takiego zapatrywania prowadziłoby do uznania, że dla wyjaśnienia ceny ofertowej wystarczające jest złożenie jednej oferty pochodzącej od innego podmiotu, która zobowiąże się, że wykona dany zakres za kwotę jeszcze niższą niż wskazana przez oferenta w ofercie i oznaczałoby to,
że cena ofertowa jest rzetelna (wyjaśnienia takie dałoby się ograniczyć do jednej strony, dołączając do nich ofertę pomieszczoną w jednej stronie); e) Konsorcjum nie złożyło dowodu wprost wymaganego przez zamawiającego, a to kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne ilości oraz koszty materiałów, sprzętu oraz robocizny. Z kolei zarzuty czynione przez Konsorcjum w treści udzielonych wyjaśnień, a odnoszące się rzekomego braku uprawnień zamawiającego do wezwania wykonawcy (w ramach wyjaśnień ceny), do złożenia szczegółowej kalkulacji czy szczegółowego wyliczenia cen jednostkowych (z podaniem konkretnych składników cenotwórczych), to po pierwsze - zarzuty takie nie zostały sformułowane w ramach odwołania do KIO, które byłoby złożone przez Konsorcjum, jeśli Konsorcjum uznało, że zamawiający nie ma prawa domagać się złożenia szczegółowej kalkulacji cenowej, po drugie zarzuty takie, nie wytrzymują próby porównania ich z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się, że zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców szczegółowych kalkulacji dla wykazania rzetelności wyceny (tak np. wyrok KIO z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1166/23; wyrok KIO z dnia
7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 810/23; wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 125/22; wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1197/21).

Odwołujący zauważył, że wezwanie do złożenia szczegółowej kalkulacji cenowej nie różni się niczym od wezwania do przedstawienia wszystkich szczegółowych składników cenotwórczych i składających się na cenę (np. kosztów materiałów, kosztów robocizny, kosztów sprzętu, itd.). Jedyna różnica polega na tym, że kalkulacja przybiera formę tabeli,
w którą wpisuje się wartości, a wymóg przedstawienia wszystkich szczegółowych składników cenotwórczych i składających się na cenę, mógłby być zrealizowany w tekście ciągłym, bądź od punktów czy myślników. Niemniej jednak sens i treść pozostają niezmienione. Podsumowując część odnoszącą się do dowodów, odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia
11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3482/22, zgodnie z którym jeżeli wykonawca powołuje się na okoliczności, które da się potwierdzić dowodami, to powinien takie dowody do wyjaśnień załączyć, w przeciwnym razie przyjęte przez niego założenia pozostają tylko gołosłowną deklaracją. Konsorcjum nie dołączyło do wyjaśnień takich dowodów, które podpierałyby treść wyjaśnień, podczas gdy było to możliwe (a nawet, jak stwierdzało Konsorcjum
w wyjaśnieniach, dowody takie rzekomo istniały).

Podsumowując powyższe odwołujący stwierdził, że ogólnikowe, niekompletne oraz gołosłowne wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum oraz szczątkowe dowody dołączone
do tychże wyjaśnień nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nawet powinny zostać uznane za niezłożenie wyjaśnień w ogóle. W związku z powyższym oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że w niniejszym przypadku niezbędne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem oferta Konsorcjum, która została wybrana jako najkorzystniejsza winna zostać odrzucona (a z daleko posuniętej ostrożności procesowej - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego - Konsorcjum winno zostać wezwane do wyjaśnień:
1) uzupełniających w zakresie ceny; 2) w zakresie podmiotowych środków dowodowych, przy czym wyjaśnienia te winny zostać dokonane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie w trakcie postępowania odwoławczego, bowiem postępowanie odwoławcze nie jest przedłużeniem postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego i nie zastępuje czynności zamawiającego.

W zakresie zarzutu, który odwołujący sformułował jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego opisanego pod numerem jeden, polegający na naruszeniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień uzupełniających istotnych części składowych ceny, odwołujący wskazał, że w treści uzasadnienia odwołania wskazano wszystkie braki w wyjaśnieniach i dowodach złożonych przez Konsorcjum. Odwołujący podtrzymuje, że jego zdaniem, braki te - w stosunku do pierwotnej treści wezwania do wyjaśnień - nie powinny być konwalidowane poprzez ponowne wezwanie uzupełniające (mające ratować Konsorcjum przed złożeniem niewystarczających wyjaśnień, niepopartych dowodami). Niemniej jednak, z daleko posuniętej ostrożności,
na wypadek przyjęcia przez Izbę zapatrywania przeciwnego, formułuje niniejszy zarzut ewentualny niewezwania przez zamawiającego Konsorcjum do udzielenia szczegółowych wyjaśnień oraz złożenia wymaganych dowodów na poparcie zaoferowanych istotnych części składowych ceny. Dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest przedwczesny, bowiem

Konsorcjum nie wyjaśniło należycie wszystkich wątpliwości zamawiającego, odnoszących się do istotnych części składowych ceny i nie złożyło wszystkich wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Odwołujący podkreślił przy tym, że wyjaśnienie takie oraz złożenie dokumentów musi nastąpić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO, postępowanie odwoławcze nie służy składaniu przez wykonawców uzupełniających wyjaśnień ceny, czy brakujących dowodów, ale ma służyć jedynie weryfikacji, czy podjęte przez zamawiającego decyzje i dokonane czynności są prawidłowe, czy nie. W przypadku uznania, że złożone wyjaśnienia i dowody nie są pełne, niezbędne staje się unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie całości czynności zamawiającego
w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Następnie odwołujący odniósł się do zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, sformułowanych na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego opisanego pod numerem jeden i nieuznania oferty Konsorcjum za podlegającą odrzuceniu. Odwołujący, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, zwrócił uwagę, że zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych (informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S.) oraz zaniechał wezwania Konsorcjum do złożenia podmiotowego środka dowodowego (informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S.). Przypomniał, że zamawiający wymagał od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych tj. informacji
z Krajowego Rejestru Karnego, dla podmiotu zbiorowego, członków zarządów, członków rad nadzorczych oraz prokurentów spółek. Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) nie złożyło informacji
z Krajowego Rejestru Karnego informacji dla Pana A.S.. Z pełnego odpisu KRS członka Konsorcjum - spółki MIRBUD S.A. wynika, że Pan A.S. został wykreślony
z KRS spółki (jako członek rady nadzorczej) w dniu 23 października 2023 r. Z kolei z Portalu Rejestrów Sądowych wynika, że wniosek w tej sprawie został złożony w dniu 9 października 2023 r.

Mając na uwadze przepis art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 685 z późn. zm.) o treści: Wniosek o wpis
do Rejestru powinien być złożony nie później niż w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej należy uznać, że zakończenie pełnienia przez Pana A.S. funkcji w radzie nadzorczej członka Konsorcjum - w spółce MIRBUD S.A. nastąpiło w okresie pomiędzy 2 października 2023 r. a 9 października 2023 roku. Z kolei termin składania ofert wyznaczono na dzień
21 września 2023 r. Porównanie powyższych terminów prowadzi do przekonania,
że w momencie składania oferty przez Konsorcjum, jak również przez pierwszy okres toczenia się postępowania o udzielenie zamówienia po otwarciu ofert, Pan A.S. nadal pełnił swoją funkcję w składzie rady nadzorczej spółki MIRBUD S.A., a zatem również odnośnie Pana A.S. spółka MIRBUD S.A. składała w JEDZ oświadczenie wstępne,
że Pan A.S. nie został skazany ani ukarany za odpowiednie przestępstwa
i wykroczenia. W konsekwencji, na etapie składania podmiotowych środków dowodowych, Konsorcjum winno złożyć również informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., która to informacja winna potwierdzać wstępne oświadczenie złożone przez spółkę MIRBUD S.A. w JEDZ. Mając na uwadze, że Konsorcjum nie złożyło informacji
z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., zamawiający winien zastosować procedurę wyjaśniającą przewidzianą w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, aby ustalić przyczyny tego stanu rzeczy, a następnie ustalić, czy spółka MIRBUD S.A. powinna złożyć brakujący dokument w trybie przewidzianym w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że powyższy zarzut ewentualny stawiany jest na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, bowiem uwzględnienie zarzutu głównego aktualizuje normę art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie wzywa się do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy oferta wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu bez względu na to, czy dokumenty te zostaną czy nie zostaną złożone.
W przypadku uznania, że oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu (zgodnie z zarzutem głównym), dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest przedwczesny, bowiem zamawiający nie ustalił czy Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem niejasnym pozostaje, czy Pan A.S., który pełnił funkcję w radzie nadzorczej członka Konsorcjum (spółki MIRBUD S.A.) w momencie składania oferty oraz w pierwszym okresie po otwarciu ofert, nie został skazany lub ukarany za przestępstwo lub wykroczenie uzasadniające wykluczenie Konsorcjum z postępowania. Z tego powodu nie został jeszcze zakończony etap badania podmiotowego wykonawcy najwyżej ocenionego (Konsorcjum), a zatem niedopuszczalne jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a wybór tej jest w efekcie przedwczesny.

W związku z powyższym, jako że postępowanie odwoławcze nie służy zbieraniu
i gromadzeniu dowodów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również nie stanowi jego przedłużenia i niedopuszczalne jest składanie dowodów po wyborze oferty najkorzystniejszej, niezbędne jest uwzględnienie odwołania, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu ponownego badania ofert (w szczególności

badania podmiotowego Konsorcjum), w tym wezwania Konsorcjum do wyjaśnień oraz do złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) i dopiero wówczas - wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach**.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 22 grudnia 2023 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę to oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego na posiedzeniu oraz załączone przez przystępującego do pisma procesowego, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 SWZ jest wykonanie zadania pn. Budowa/ modernizacja infrastruktury drogowej, technicznej drogowej, elektroenergetycznej i wodno - kanalizacyjnej na terenie Dolnośląskiej Strefy Aktywności Gospodarczej - S 3 Jawor w ramach dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład Programu Inwestycji Strategicznych - V edycja. Ponadto ustalono, że zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia wykonawca w ramach umowy będzie zobowiązany wykonać dokumentację projektową i roboty budowlane, na podstawie zakresu opisanego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym.

Zamawiający przewidział ryczałtowe wynagrodzenie za realizację całości prac składających się na zadanie (pkt 18 SWZ). W Formularzu oferty (wzór stanowił załącznik nr 1 do SWZ) wykonawca miał podawać cenę ryczałtową za wykonanie całości zamówienia. Ponadto do Formularza zobowiązany był załączyć dwa Formularze cenowe (zgodnie z wzorem stanowiącym załączniki nr 1A i 1B do SWZ).

Ponadto ustalono, że swoje oferty w postępowaniu złożyli odwołujący proponując realizację zamówienia za cenę brutto 89 728 500,00 zł. i przystępujący oferując cenę 88 058 105,38 zł. brutto.

Obaj wykonawcy zostali przez zamawiającego wezwani do wyjaśnień istotnych części składowych ceny ofertowej. W piśmie z 10 października 2023 r., skierowanym do Konsorcjum, zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie kilku pozycji, składających się na cenę oferty, podanych w załącznikach 1A i 1B, złożonych wraz z ofertą. Zamawiający zwrócił uwagę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Ponadto wskazał, że wyjaśnienia jakich wymaga dotyczą w szczególności elementów wymienionych w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, przy czym jak stwierdził katalog okoliczności wskazanych w tym przepisie jest katalogiem otwartym, tak więc wykonawca może odnieść się do innych okoliczności niż te wskazane przepisem, celem udowodnienia, że cena i koszty podane w ofercie nie są rażąco niskie. Zamawiający wymagał także, aby złożone wyjaśnienia zostały poparte dowodami uzasadniającymi wskazane ceny lub koszty, jak również, aby wykonawca określił jakie okoliczności mają wpływ na przedstawione przez niego ceny, a także w jaki sposób mają na nie wpływ. Dowodami, których wymaga zamawiający są między innymi:

kalkulacje cenowe przygotowane w podziale (w rozbiciu) na koszty (ceny) materiałów, koszty sprzętu, koszty robocizny, a także muszą zawierać zestawienie przyjętych do kalkulacji ilości robót, sprzętu i materiałów - dotyczące wszystkich wymienionych pozycji.

Izba ustaliła, że w terminie wskazanym przez zamawiającego tj. w dniu 17 października 2023 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, załączając
do wyjaśnień dowody. Część tych wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum.

Ponadto, co ustalono na podstawie akt sprawy, zamawiający wezwał Konsorcjum
do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zostały złożone przez Konsorcjum
w dniu 23 listopada 2023 r., przy tym nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S..

Zamawiający w dniu 30 listopada 2023 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 11 grudnia 2023 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało
na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy.

W myśl art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę
na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie
do ust. 2 ww. przepisu, najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z 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.

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.

Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli
ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać
od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125
ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki
w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1 tego artykułu.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że przedłożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia i dowody, złożone na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie wyjaśniają wątpliwości zamawiającego i nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, w ocenie Izby zarzut ten nie

znajduje potwierdzenia w aktach niniejszej sprawy.

Na wstępie należy podkreślić, że celem wszczęcia procedury przewidzianej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest ustalenie czy cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Wskazuje na to treść przepisu, który stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeśli te 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.

Wskazać również należy, że co do zasady rażąco niska cena odnosi się co do całości wynagrodzenia, które oferuje dany wykonawca. Jak zwraca się uwagę w doktrynie
i orzecznictwie cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym poziom cen wyznaczany jest między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym. Oznacza to tyle, że aby doszło do odrzucenia oferty, należy w sposób jednoznaczny ustalić, że w okolicznościach danej sprawy, wykonawca zaoferował taki jej poziom, że nie będzie w stanie za tę cenę zamówienia zrealizować. Przy tym mówiąc
o zamówieniu mamy na myśli przedmiot zamówienia, rozumiany jako całość oferty, a zatem wszystkie jego elementy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie daje podstaw do uznania, że cena ofertowa zaproponowana przez Konsorcjum spełnia którykolwiek z powołanych wyżej kryteriów, które decydują o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska. W analizowanej sprawie należało mieć bowiem na uwadze kilka istotnych okoliczności.

Po pierwsze należy podnieść, iż cena za wykonanie całości zamówienia, którą podało w Formularzu oferty Konsorcjum jest jedynie o niecały 1% niższa od ceny oferty odwołującego. Tym samym cena, jako całość, wyliczona przez obu wykonawców na poziomie zbliżonym, pozwala na twierdzenie, że zrealizowanie całości zamówienia za podaną wartość jest możliwe, zaś sporządzona kalkulacja jest wiarygodna i rynkowa.

Ponadto, należało też wziąć pod uwagę, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, które wykonawcy mieli wyliczyć na podstawie przygotowanego przez zamawiającego i, załączonego do SWZ - PFU. Jest to o tyle istotne,
że chociaż możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe), to jednak nie ulega wątpliwości, że już sam sposób kalkulacji ceny w takim przypadku tj. w sytuacji kiedy zamawiający nie przygotował szczegółowych kosztorysów, a jedynie wskazał kluczowe elementy robót - pozostawia pewną dowolność wykonawcom. Tym samym możliwe jest, że będę występowały różnice w wycenie określonych elementów prac, przygotowane przez poszczególnych wykonawców, a dotyczące poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Tak też w rozpoznawanej sprawie, biorąc pod uwagę poszczególne zakresy robót, zarówno Konsorcjum, jak i odwołujący wycenili je na różnym poziomie. Różnice w kalkulacji w poszczególnych zakresach (co należy podkreślić także odwołujący za niektóre grupy prac zaproponował ceny niższe niż Konsorcjum), nie przesądzają jeszcze, że za któryś z nich zaoferowano cenę rażąco niską. Zatem należy stwierdzić, że dla oceny poziomu zadeklarowanej ceny w przyjętej przez zamawiającego formule „zaprojektuj i wybuduj" istotne, choć nie przesądzające znaczenie, będzie miała podana w Formularzu oferty całkowita cena ryczałtowa, a ta z kolei jest bardzo zbliżona.

W niniejszej sprawie zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących kilku szczegółowych kosztów, które dotyczyły cen jednostkowych, podanych
w Formularzach cenowych, przygotowanych przez zamawiającego do wypełnienia: układ drogowy (Załącznik nr 1A), tabela branżowa i ogólnobudowlana (Załącznik nr 1 B). Kalkulacja tych elementów wzbudziła wątpliwości zamawiającego, który poprosił o złożenie wyjaśnień oraz przedłożenie dowodów w zakresie wyliczenia tych, jak stwierdził, istotnych części składowych. W tym miejscu należy wskazać, co nie budzi wątpliwości, że w pewnych przypadkach przepisy ustawy Pzp pozwalają na żądanie wyjaśnień także w odniesieniu
do istotnej części składowej ceny, w szczególności dotyczy to sytuacji, gdy mamy do czynienia z istotnym elementem zamówienia. W celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający może zatem badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen
za wykonanie poszczególnych zakresów, składających się na złożone zamówienie. Przy tym jednak, na co należało zwrócić uwagę w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, w przyjętej formule rozliczenia ryczałtowego, jak też mając na uwadze formułę przetargu tj. „zaprojektuj
i wybuduj" elementy robót, o które zamawiający pytał Konsorcjum, mogły być wycenione

w sposób odmienny przez każdego wykonawcę. Ponownie należy bowiem zaznaczyć, że
w warunkach niniejszego przetargu zamawiający określił szczegółowość złożonej oferty i opis przedmiotu zamówienia w przygotowanym przez siebie PFU. Brak było zatem kosztorysu,
a w konsekwencji przedmiaru, który określałby zakres prac koniecznych do wykonania w danej pozycji, opisanej w Załącznikach nr 1A i 1B. Zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnych reguł czy też metod kalkulacji ceny ryczałtowej, stąd też każdy ubiegający się o zamówienie oferent indywidualnie i według własnych przewidywanych przyszłych rozwiązań
w harmonogramie rzeczowo - finansowym przyjmował, w jaki sposób rozłożone zostaną koszty na poszczególne pozycje (elementy) w tym m. in. koszty ogólne, zysk itp.
W konsekwencji wartości poszczególnych robót mogły, i miało to miejsce w niniejszej sprawie, różnić się z tej choćby przyczyny, że poszczególni wykonawcy w sposób odmienny rozłożyli
i skalkulowali swoje koszty w ramach ogólnej ceny ryczałtowej.

Okolicznością bezsporną jest, że zamawiający pismem z dnia 10 października 2023 r. wezwał przystępującego, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych, podanych w załączonych
do Formularza oferty załącznikach nr 1A i 1B. Zamawiający poinformował, że zaoferowane istotne części składowe ceny wydają mu się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Poprosił Konsorcjum
o złożenie stosownych wyjaśnień oraz przedłożenie dowodów potwierdzających,
że skalkulowane ceny jednostkowe zostały wyliczone na poziomie rynkowym. Przypomnieć jednak należy w tym miejscu, że dopiero w sytuacji, gdy dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień doprowadzi do wniosku, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską - zamawiający odrzuca ofertę. Jak stanowi bowiem przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, 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. Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje zatem powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dopiero niewywiązanie się z tego obowiązku, skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Wbrew jednak temu, co twierdzi odwołujący, złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia były szczegółowe, precyzyjne i odpowiadały na sformułowane przez zamawiającego wątpliwości. Wykonawca wyjaśnił jakie okoliczności mają wpływ na przedstawione przez niego ceny, dla wymienionych przez zamawiającego elementów robót, a także w jaki sposób mają one wpływ na całkowitą cenę oferty, pod kątem jej zbadania jako ewentualnie rażąco niskiej. Wszystkie, wymagane przez zamawiającego elementy robót, zostały wyjaśnione i poparte dowodami, które w ocenie Izby, uzasadniały wyjaśniane kwestie.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, który twierdził, że wyjaśnienia złożone
w postępowaniu są ogólne i nie odpowiadają na postawione przez zamawiającego pytania. Należy zaznaczyć, że udzielane w toku postępowania wyjaśnienia mają odpowiedzieć
na sformułowane przez zamawiającego w piśmie wątpliwości. Tym samym im precyzyjniej zadane pytania oraz sformułowane wątpliwości, tym też bardziej szczegółowe są składane wyjaśnienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający, oprócz wskazania kilku pozycji
z załączników nr 1A i 1B i stwierdzenia, że wskazana cena budzi wątpliwości zamawiającego, nie sformułował żadnych szczegółowych pytań. W konsekwencji stopień i szczegółowość udzielonych wyjaśnień przez Konsorcjum - odpowiada na skierowane do niego pytanie.

Z treści pisma nie wynika także, że przystępujący został wezwany do przedstawienia precyzyjnego sposobu kalkulacji kosztów, przedstawienia szczegółowych kosztorysów, czy wyliczeń. Izba nie podziela także twierdzeń odwołującego, że zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień sprecyzował, że wymaga konkretnych dowodów na poparcie wyjaśnień oraz,
że wskazał jakich konkretnie dowodów wymaga. Wprawdzie z treści pisma zamawiającego
z 10 października 2023 r. wynika, że zamawiający oczekuje przedłożenia takich dowodów, które uzasadnią rynkowość przyjętych cen, jednakże wskazane kalkulacje cenowe są jedynie przykładowym dowodem, który może przedłożyć wykonawca. Należy podkreślić, że przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Tym samym to wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,

pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Możliwe jest więc przedstawienie każdego dowodu, który będzie adekwatny do konkretnej sytuacji
i stanowił będzie potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Tak też się stało w niniejszej sprawie. Konsorcjum nie pozostawiło, jako twierdzenie gołosłowne, żadnego z wyjaśnianego zakresu. Każdą cenę wyjaśnił, przedłożył materiał dowodowy w postaci ofert podwykonawców, jak też zweryfikował powyższe obiektywnymi danymi ze stosownego Biuletynu Cen.

Odwołujący kwestionował powyższe, przedkładając na posiedzeniu szereg dowodów, które miały świadczyć o tym, że przystępujący dla wskazanych przez zamawiającego zakresów prac, zaproponował ceny rażąco niskie. Powyższe nie zasługują jednak na uwzględnienie głównie z tego powodu, że prezentują nie to w jaki sposób swoją cenę kalkulowało Konsorcjum, ale odnoszą się do sposobu kalkulacji dokonanej przez odwołującego, dotyczą przyjętych przez niego założeń. Jak już wskazano wcześniej, na co również zwracało uwagę Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach, w przypadku zamówień realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", jakkolwiek dokumentacja projektowa musi być zgodna z opisanymi w PFU założeniami, to jednak każdy wykonawca posiada pewną swobodę w zakresie projektowania, a w konsekwencji także przyjętych założeń przy kalkulacji ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, należy uznać za niepotwierdzone.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień uzupełniających, pomimo faktu,
że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę. Jak wskazano wyżej, w ocenie Izby, Konsorcjum na wezwanie zamawiającego udzieliło wyczerpujących wyjaśnień, które trafnie zostały przez zamawiającego uznane
za rozwiewające wszelkie wątpliwości w zakresie ceny zaoferowanej przez przystępującego. Tym samym żądanie wyjaśnień dodatkowych, oczekiwanie przedłożenia dodatkowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości sporządzonej kalkulacji, w niniejszej sprawie
- uznać należy za zbędne.

Nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 ustawy Pzp
i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim odwołujący wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień i przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., który to w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, pozostawał wpisany w KRS jako członek rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum - MIRBUD S.A.

Nie było sporne w sprawie, że zamawiający wymagał od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dla podmiotu zbiorowego, członków zarządów, członków rad nadzorczych oraz prokurentów spółek. Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, nie złożyło informacji z Krajowego Rejestru Karnego informacji dla Pana A.S.. Z pełnego odpisu KRS członka Konsorcjum - spółki MIRBUD S.A. wynika jednocześnie, że Pa A.S. został wykreślony z KRS spółki (jako członek rady nadzorczej) w dniu 23 października 2023 r.

Z kolei na podstawie dowodów przedłożonych przez Konsorcjum, a załączonych
do pisma procesowego z 22 grudnia 2023 r. wynika, że w dniu 30 sierpnia 2023 r. Pan A.S. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka Rady Nadzorczej MIRBUD S.A., co nastąpiło z dniem 30 września 2023 r. Tym samym nie budzi wątpliwości, że na dzień kiedy skierowane zostało do Konsorcjum przez zamawiającego wezwanie, wskazana osoba nie była już członkiem rady nadzorczej Mirbud S.A.

Istota sporu sprowadza się zatem do oceny czy Konsorcjum miało obowiązek,
na etapie składania podmiotowych środków dowodowych, przedłożenia informacji
z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana A.S., który to na dzień skierowania
do wykonawcy wezwania, nie był już członkiem rady nadzorczej jednego z członków Konsorcjum.

Należy przypomnieć w tym miejscu, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1 tego artykułu. Ustawodawca zatem jednoznacznie wskazał, że wyklucza się z postępowania takiego wykonawcę, którego „urzędującego członka organu" skazano za określone w ustawie Pzp przestępstwa.

Przypomnienia wymaga także, że w dniu składania ofert wykonawcy składają, wraz
z ofertą JEDZ, jako dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tak też uczynił przystępujący, który
w złożonym wraz z ofertą w dniu 21 września 2023 r. dokumencie JEDZ zadeklarował,
że spełnia warunki udziału w postępowaniu i, że nie istnieją wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania, w tym

dotyczące tego, że urzędujący członkowie organu nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa wymienione w przepisach ustawy Pzp.

Jak wynika ze zgromadzonych w sprawie dowodów w dniu 23 października 2023 r. Pan A.S. został wykreślony z KRS MIRBUD S.A.

Z kolei przysypujący został wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 23 listopada 2023 r. Zgodnie z wezwaniem zobowiązany był przedłożyć dokumenty, które miały być aktualne na dzień ich złożenia, w tym między innymi Informacji
z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych
w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej 6 miesięcy przed jej złożeniem, potwierdzającą niekaralność członków zarządów, rad nadzorczych i prokurentów.

Tym samym, w ocenie Izby, powyższy wymóg dotyczący wykazania niekaralności nie dotyczył członków organu, którzy złożyli wcześniej rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów Pan A.S.zrezygnował z pełnienia funkcji członka Rady Nadzorczej MIRBUD S. A. i na dzień 23 listopada 2023 r. nie był członkiem rady nadzorczej (przestał pełnić funkcję w dniu 30 września 2023 r.), nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby.

Izba nie podzieliła w tym wypadku argumentacji odwołującego, który wskazywał,
że takie podejście pozwala na dowolną wymianę członków organu wykonawcy w trakcie postępowania, jeżeli Ci zostaną prawomocnie skazani. Nie budzi bowiem wątpliwości,
że wykonawca nie może podlegać wykluczeniu przez cały okres trwania postępowania tj.
od momentu złożenia oferty do jego zakończenia. Różny jest jednak sposób, w jaki wykonawca potwierdza brak istnienia podstaw wykluczenia, w zależności od etapu postępowania
o udzielenie zamówienia. Wraz z ofertą wykonawca składa wstępne oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu, z kolei wezwany przez zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych zobowiązany jest, za pomocą dokumentów, które mają być aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzić prawdziwość złożonego wraz z ofertą oświadczenia.

Do podobnych wniosków doszła także Izba w orzeczeniu z dnia 4 września 2019 r., sygn. akt KIO 1796/19, które wprawdzie zapadło na tle poprzednio obowiązujących przepisów, jednakże tezy w nim zawarte pozostają aktualne.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzuty w zakresie naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 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).

Przewodniczący:……