

Sygn. akt: KIO 432/25

POSTANOWENIE

Warszawa dnia 5 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy Eurovia Polska spółka akcyjna z siedzibą w Bielaniach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) 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.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 432/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*rozbudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku od km 7+969 do km 10+769 w m. Pniów*”, Znak postępowania: O/ZG.D-3.2411.5.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 sierpnia 2024 r., za numerem 2024/BZP 00440280.

W dniu 5 lutego 2025 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie Pzp od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Czynności badania i oceny ofert w tym oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A.
2. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A. z uwagi na rażąco niską cenę lub ponownego wezwania Eurovia Polska S.A. do złożenia wyjaśnień
3. Zaniechania wyboru oferty Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. pomimo, iż realnie jest ona najkorzystniejsza.

W zakresie zaskarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

art. 224 ust. 1, 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 PZP poprzez dokonanie błędnej dowolnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S.A. w ramach której to Zamawiający:

a. uznał za wystarczające wyjaśnienia Eurovia Polska S.A. pomimo, iż wykonawca oparł swoje wyjaśnienia na ofercie pośrednictwa, która jest warunkowa tj. uzależnia zaproponowaną cenę oraz realizację usługi od zdarzenia niepewnego w postaci znalezienia podmiotu, który faktycznie zutylizuje niebezpieczne odpady o kodzie 17 03 01*, oraz która jest około 10 razy niższa niż wartość przyjmowana w kosztorysie Zamawiającego, jest kilkukrotnie niższa niż oferty zawierające cenę rynkową, nie wystarcza na pokrycie kosztów, to jest ofertą która sama zawiera cenę

rażąco niską;

b.zaniechał odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A. pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Eurovia nie wywiązała się ze spoczywającego na niej ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

c.w razie uznania zarzutu b za przedwczesny zaniechanie wezwania Eurovia do przedstawienia wyjaśnień do wyjaśnień z żądaniem wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy, pośrednik dysponuje partnerami którzy w proponowanej cenie zdolni są zagospodarować odpady w procesie R5 oraz iż ww. cenie możliwe jest pokrycie również kosztów transportu ww. odpadów do instalacji.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej toku

3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A wobec zaferowania ceny rażąco niskiej lub w razie uznania, iż byłoby to przedwczesne wezwania Eurovia Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie udowodnienia iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy.

W dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w którym wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 Pzp ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Eurovia Polska spółka akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, który w dniu 21 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe, w którym wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 Pzp, ewentualnie o pozostawienie bez rozpoznania odwołania w zakresie okoliczności jednoznacznie tożsamyh z tymi, które zostały już powołane przez Odwołującego we wcześniejszym odwołaniu złożonym w ramach postępowania KIO 4357/24 lub spóźnionych oraz o merytoryczne rozpoznanie odwołania wyłącznie w pozostałym zakresie i jego oddalenie ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że wybór oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Eurovia Polska S.A., dokonany przez Zamawiającego 31 stycznia 2025 r., nastąpił w związku z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt KIO 4357/24. Izba, wyrokiem z dnia 13 grudnia 2025 r., sygn. akt KIO 4357/24, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Eurovia Polska S. A. jako tajemnica przedsiębiorstwa – załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny oferty: szczegółowe rozbicie ceny jednostkowej pozycji 2.3.25 wraz z ofertą na użycie destruktu. Jednocześnie Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, w tym w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1, 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie błędnej dowolnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S.A.

w ramach której to Zamawiający:

a)uznał za wystarczające wyjaśnienia Eurovia Polska S.A. pomimo, iż wykonawca oparł całość wyjaśnień na porównaniu swojej oferty do odrzuconej oferty firmy Kontrakt, z uwagi na nieudowodnienie braku rażąco niskiej ceny, jak również ofercie podwykonawczej która jest około 10 razy niższa niż wartość przyjmowana w kosztorysie Zamawiającego, jest kilkukrotnie niższa niż oferty zawierające cenę rynkową, nie wystarcza na pokrycie kosztów, to jest ofertą która sama zawiera cenę rażąco niską;

b)zaniechał odrzucenia oferty pomimo tego, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Eurovia nie wywiązała się ze spoczywającego na niej ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

c)W razie uznania zarzutu b za przedwczesny zaniechanie wezwania Eurovia Polska S.A. do przedstawienia wyjaśnień zaniechanie ponownego wezwania Eurovia Polska S.A. do wyjaśnień z żądaniem wyjaśnień w zakresie udowodnienia, iż przedłożona oferta podwykonawcza sama nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym zaproponowana cena pokrywa wszystkie koszty podwykonawcy.

W treści uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 4357/24 Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego i w świetle zgromadzonego materiału dowodowego uznała, że Przystępujący w sposób rzetelny i pełny wyjaśnił zaferowaną cenę w poz. 2.3.25 kosztorysu, w konsekwencji czego oddaliła podniesiony zarzut. Izba

w ww. orzeczeniu (str. 23 - 25), odnosząc się do zarzutów Odwołującego podnoszonych w ramach poprzednio złożonego odwołania, wskazała m. in. iż złożone przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. wyjaśnienia są pełne i rzetelne, a przede wszystkim nie pozostawiają wątpliwości, że zaofferowana cena jednostkowa jest realna. Ponadto Izba zauważyła, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że cena z poz. 2.3.25 kosztorysu Przystępującego jest tak niska, że może negatywnie wpłynąć na należytą realizację zamówienia jako całości, a tylko taka sytuacja mogłaby prowadzić do wniosku o zaofferowaniu ceny rażąco niskiej, co skutkowałoby odrzuceniem oferty. Ponadto, Przystępujący na rozprawie przedstawił kolejną ofertę na utylizację destruktu, której cena jest zbliżona do ceny jednostkowej z poz. 2.3.25 kosztorysu Przystępującego i wyłącznie dodatkowo potwierdza realność wyceny. W dalszej kolejności Izba wskazała, że Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym jakie rozbicie kosztowe powinno zostać ujęte w ofercie podwykonawczej na utylizację destruktu, a złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają wyłącznie powyżej cytowane stanowisko Przystępującego, gdyż oferty zawierają tylko koszt zagospodarowania za tonę, ewentualnie cenę transportu. Niewątpliwie więc nakazanie wyszczególnienia kosztów wykonania tej usługi stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu nieuzasadnionego praktyką rynkową. Dlatego też Izba uznała za niezasadny zarzut ewentualny ponownego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie kosztów ponoszonych przez podwykonawcę za utylizację destruktu.

Skład orzekający ustalił ponadto, że Zamawiający, wykonując wyrok Izby, udostępnił Odwołującemu zastrzeżone uprzednio jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawarte w załączniku nr 1 do wyjaśnień ceny oferty: szczegółowe rozbicie ceny jednostkowej pozycji 2.3.25 wraz z ofertą na utylizację destruktu.

W treści złożonego w ramach niniejszego postępowania odwołania Odwołujący, w związku z możliwością zapoznania się z treścią oferty podwykonawczej przedłożonej przez wykonawcę EUROVIA Polska S. A. podniósł, iż oferta WMS Recykling poprzez użycie wskazań „warunkiem koniecznym” oraz „zastrzega prawo odmowy” stanowi ofertę warunkową podmiotu jednoznacznie określającego się jako pośrednik pomiędzy Eurovia a instalacją która ma docelowo dokonać zagospodarowania odpadów 17 03 01* w procesie R5. Z powyższego Odwołujący wywodził, że wykonawca Eurovia Polska S. A. celem obalenia domniemania o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp przedstawiła ofertę podmiotu, który sam nie zamierza wykonać ww. usługi, uzależnioną od zdarzenia przyszłego (zgody nieznanego podmiotu trzeciego), które z natury rzeczy nie wiadomo czy nastąpi. W konsekwencji oferta WMS Recykling na warunkowe (wprost obarczone warunkiem) wykonanie objętych nią czynności, nie dowodzi, iż Eurovia Polska S. A. jest w stanie wykonać zamówienie w deklarowanej przez siebie cenie. Przeciwnie – zdaniem Odwołującego ww. oferta jednoznacznie podważa ewentualne twierdzenia Eurovia Polska S. A. o możliwości wykonania

ww. czynności z uwagi na jego niepewność i warunkowość. Nadto Odwołujący wskazywał,

że z wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S. A. , ani treści złożonej oferty w żaden sposób nie wynika by:

- a. Koszt załadunku materiału przez eurovię był ujęty w pozycji frezowania nawierzchni
- b. Eurovia lub jej kontrahent zakładać mieli załadunek ww. odpadów bezpośrednio na samochody,

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, iż:

- brak podstaw by przyjąć bezkrytycznie, iż firma WMS Recykling za cenę 100 zł netto za tonę gotowa była ponosić koszty oczekiwania na bezpośrednie załadowywanie przez Eurovię na bieżąco zrywanego destruktu odpadów na jej samochody (które to wraz z kierowcami powinny być na miejscu celem „bezpośredniego” załadunku)

- brak podstaw by przyjąć bezkrytycznie, iż w cenie 100 zł netto za tonę, obejmującej transport, a więc również koszty paliwa oraz robocizny kierowcy, WMS Recykling jest zdolny znaleźć partnerski Zakład zdolny do zagospodarowania odpadów w deklarowanym procesie R5.

Powyższe skutkowało w ocenie Odwołującego tym, iż Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień Eurovia Polska S. A. , które opierają się na ofercie wprost uzależnionej od zdarzenia niepewnego, przez co nie potwierdzają możliwości wykonania przez Eurovia Polska S. A. zadania za deklarowane ceny co winno prowadzić do odrzucenia oferty Eurovia Polska S. A.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, ponieważ ten sam Odwołujący wniósł już uprzednio

odwołanie w tym samym postępowaniu, w którym zakwestionował dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień ceny złożonych przez EUROVIA Polska S. A. oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu rzekomo rażąco niskiego charakteru ceny wynikającego z kalkulacji tej samej pozycji kosztorysowej tj. kalkulacji ceny jednostkowej netto dla pozycji kosztorysowej: Kosztorys Ofertowy, Branża Drogowa poz. 2.3.25 „*Utylizacja destruktu po frezowaniu z dodatkiem smoły*”.

Odwołujący w złożonym odwołaniu w zasadniczej mierze powiela argumentację zawartą w uprzednio złożonym odwołaniu oraz przywołuje analogiczny zakres dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Dodatkowo zauważyć należy, iż kwestionowane są tożsame okoliczności faktyczne i prawne, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w ramach postępowania o sygn. akt KIO 4357/24. Już w uprzednio rozpoznanym odwołaniu Odwołujący podnosił, że:

- a) Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień Eurovia Polska S. A., które opierają się w całości na ofercie podwykonawczej która sama w sobie jest rażąco niska;
- b) rażąco niski charakter oferty Eurovia Polska S. A. w zakresie wartości pozycji 2.3.25 kosztorysu ofertowego potwierdza treść ofert pozyskanych przez Odwołującego oraz iż niezbędne była w świetle dokumentacji postępowania, utylizacja odpadów wraz z transportem;
- c) Zamawiający bezpodstawnie zaakceptował wyjaśnienia Eurovia Polska S. A. w sytuacji, w której wykonawca ten de facto zasłonił się jedynie faktem zaoferowania przez inny podmiot równie niskiej – a przez to równie wątpliwej ceny za wykonanie czynności polegających na utylizacji destruktu po frezowaniu;
- d) występowały dysproporcje między ofertą Eurovia Polska S.A. a kosztorysem Zamawiającego;
- e) sporna pozycja kosztorysowa 2.3.25 ma istotne znaczenie dla kwestii oceny ceny rażąco niskiej.

W świetle powyższego, jak również treści wyroku o sygn. akt KIO 4357/24 należy uznać, że przedmiotem rozstrzygnięcia Izby były już okoliczności faktyczne związane z treścią wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S. A. w przedmiotowym postępowaniu złożone w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego, rażąco niskim charakterem ceny jednostkowej wskazanej w pkt 2.3.25 kosztorysu ofertowego, rażąco niskiego charakteru ceny zawartej w ofercie podwykonawczej przedłożonej przez wykonawcę Eurovia Polska S. A. wraz z wyjaśnieniami, jak również okoliczności prawne związane z oceną przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę Eurovia Polska S. A. wyjaśnień oraz podjętej na podstawie tej oceny decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wystarczające do uznania, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z nowymi okolicznościami a wyłącznie z powoływaniem się przez Odwołującego na nowe argumenty, które miałyby uzasadniać te same okoliczności będące już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Za takie należy uznać bowiem przywoływane w uzasadnieniu odwołania warunki realizacji usługi wynikające w ocenie Odwołującego z treści oferty podwykonawczej. W niniejszej sprawie, Odwołujący poprzez wniesienie kolejnego odwołania dąży do podważenia ustaleń i ocen Krajowej Izby Odwoławczej – zawartych w wydanym w dniu 13 grudnia 2024 r. wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 4537/24 – co do okoliczności, czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Eurovia Polska S.A. oraz czy oferta ta jak również oferta podwykonawcza mają charakter rażąco niski. W odniesieniu do powyższych okoliczności Izba w przywoływanym powyżej wyroku uznała, iż *wykonawca jest zobowiązany na wezwanie odpowiedzieć i wykazać, że cena przez niego zaoferowana jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby, takie wyjaśnienia Przystępujący złożył i zostały one właściwie ocenione przez Zamawiającego, a w dalszej kolejności, iż Wyjaśnienia są pełne i rzetelne, a przede wszystkim nie pozostawiają wątpliwości, że zaoferowana cena jednostkowa jest realna.*

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Przewodniczący :.....