

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2025 r. przez wykonawcę DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Stężycy w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kościerzyna przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy C.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 215 zł 24 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście piętnaście złotych dwadzieścia cztery grosze) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kościerzyna na rzecz Odwołującego, DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Stężycy, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 701/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kościerzyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę drogi leśnej nr 189 o nazwie ZABRODY-PODRĄBIONA na terenie Leśnictwa Zabrody i Podrąbiona. Numer referencyjny: SA.270.6.8.2024, w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 listopada 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00600755. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 26 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Stężycy od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”) czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. wyborze najkorzystniejszej oferty C.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert,

2.nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Odwołującego i uznaniu, że jego oferta:

- a)zawiera rażąco niską cenę, a Odwołujący nie wykazał w drodze wyjaśnień, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- b)jest niezgodna z przepisami PZP,
- c)została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji,

3.odrzuceniu oferty Odwołującego z ww. powodów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez ich zastosowanie, odrzucenie oferty Odwołującego i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przy tym niewykazanie przez Zamawiającego, że za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie da się należycie zrealizować przedmiotowego zamówienia, podczas gdy Odwołujący w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz do wezwań Zamawiającego do wyjaśnień wykazał rynkowość oferowanej ceny oraz zasadność obniżenia niektórych kosztów ze względu na korzystne dla siebie warunki wykonania zamówienia, a także poprzez nieuzasadnioną odmowę uznania za wiarygodne wyjaśnień i dowodów dołączonych do tych wyjaśnień w zakresie ceny,
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez ich zastosowanie, odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy PZP, a przy tym niewskazanie przez Zamawiającego z jakimi przepisami ustawy PZP oferta Odwołującego jest niezgodna oraz z jakiego powodu taka niezgodność występuje,
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez jego zastosowanie, odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że jego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny jednostkowej za wykonanie zamówienia, która skutkowałaby uzyskaniem przez Odwołującego przeważającej większości wynagrodzenia za czynności (prace), które nie reprezentują takiej wartości, a przy tym niewykazanie przez Zamawiającego na czym dokładnie polega nieuczciwa konkurencja w działaniu Odwołującego i w odniesieniu do jakiego przepisu Zamawiający się odnosił,
- 4)art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy C.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji również zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania, tj. w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wpłynęło na wynik postępowania.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty C.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie jako najkorzystniejszej,
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3)ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika.

Jak wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, bowiem w jego ocenie Zamawiający w sposób uznaniowy i nieobiektywny ocenił wyjaśnienia i dowody Odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny. Według Odwołującego, informacja Zamawiającego o odrzuceniu oferty jest zdawkowa i niewyczerpująca, gdyż nie zawiera żadnych konkretnych informacji, brak jest wskazania choćby dokumentów źródłowych, na których opierał się Zamawiający kalkulując koszt przed i w trakcie eksploatacji złoża. Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był obiektywny, gdyż zgodnie z jego najlepszą wiedzą, jednym z podmiotów gospodarczych, na które w piśmie powołał się Zamawiający to wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśnił, że posiada własną żwirownię, z której po odpowiedniej obróbce uzyskuje kruszywa poszczególnych frakcji. „Głównym profilem działalności Odwołującego jest produkcja betonu towarowego, na potrzeby którego wytwarzane jest kruszywo frakcji 2-8 i 8-16 i piasek 0-2. Pozostałe kruszywo powyżej frakcji 16 mm stanowi produkt uboczny, który wykorzystywany jest na potrzeby budowy dróg. (...) koncesję na wydobywanie kopalin uzyskał w 2020 roku, tj. 4 lata temu i od tego czasu wydobywa materiał i sprzedaje go z zyskiem, dlatego wszelkie koszty przed rozpoczęciem eksploatacji złoża już dawno pokrył zysk. (...) Wymagane przez Zamawiającego kruszywo jest dla Odwołującego odpadem przy prowadzeniu jego podstawowej działalności. Odwołujący posiada bardzo duże zapasy wymaganego przez

Zamawiającego materiału w niedużej odległości od miejsca budowy w ramach przedmiotowego zamówienia. Na potwierdzenie tego zostały złożone wraz z wyjaśnieniami stosowne dowody." Jak wskazał, to wszystko zadecydowało o tym, że możliwe było zaoferowanie niskiej ceny za wykonanie tej pozycji kosztorysu. Odwołujący wyjaśnił również, iż na wybudowanie jezdni, oprócz wykonania nawierzchni, składa się również m.in. wykonanie wykopów, nasypów z zagęszczeniem, profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni, podbudowa z kruszywa, które w kosztorysie posiadają swoje osobne wyceny. Ponieważ Odwołujący zgodnie ze swoimi wyjaśnieniami posiada zapasy swojego kruszywa, pozyskanego w wyniku wytwarzania innego materiału, za ten jeden element mógł zaoferować zdecydowanie niższą cenę jednostkową. Odwołujący podkreślił, że w świetle całego przedmiotu zamówienia nie jest to też dla Odwołującego istotny element składowy zamówienia. Ponadto, wskazał, że zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2025 r., w wyjaśnieniach z dnia 28 stycznia 2025 r. przedstawił wyliczenia kosztów pracy, gdzie przedstawił jakie są koszty robocizny dla całości zadania z uwzględnieniem kosztów ZUS, podatków, tj. koszty pracy ludzi, a także koszty pracy maszyn, materiałów eksploatacyjnych samochodów przewożących kruszywo z miejsca wytworzenia frakcji do miejsca składowania itp., opisał także obiektywne okoliczności uzasadniające zaoferowanie niższej od pozostałych wykonawców ceny jednostkowej za tę pozycję przedmiotu zamówienia. Wskazał również, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego, z pominięciem Odwołującego, którego warunki realizacji zamówienia są odmienne od warunków przeciętnego wykonawcy na rynku, toteż Zamawiający nie posiadał wiedzy o sprzyjających Odwołującemu warunkach realizacji zamówienia. W odniesieniu do uzasadnienia trzeciego zarzutu, wyjaśnił, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostały spełnione przesłanki do uznania, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, gdyż Odwołujący w żadnym momencie nie manipulował ceną ani kosztami w celu eliminacji innych wykonawców z rynku, ani w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert, skoro w omawianej pozycji przyjął realne koszty w swoim przedsiębiorstwie uzyskania wymaganego kruszywa. „Fakt, iż Odwołujący produkuje w swojej kopalni, za pomocą swoich urządzeń inny rodzaj kruszywa, którego odpadem jest właśnie ten wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nie może zostać uznany za celowe działanie Odwołującego ukierunkowane na eliminację z rynku innych wykonawców, a także za celowe zaniżenie cen jednostkowych pozyskania kruszywa w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji tej części zamówienia. Warto również zauważyć, iż Zamawiający nie zakazał ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom posiadającym własną kopalnię i sprzęt.” W odniesieniu do zarzutu dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał, jakie działania Odwołującego były niezgodne z jakimi przepisami ustawy PZP, toteż Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ziszczenia się przesłanek, które mogłyby stanowić podstawę do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami PZP, przy czym według Odwołującego, za jakiegokolwiek naruszenie nie może być poczytane wykorzystanie indywidualnej, odmiennej od pozostałych wykonawców, sytuacji Odwołującego i wysoce korzystnych dla niego uwarunkowań w postaci posiadania własnej kopalni i niskich kosztów z tym związanych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 i 2 PZP, bowiem dokonał wyboru oferty Wykonawcy, mimo, że jego oferta nie jest najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert, a nadto naruszył zasady: przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy PZP.

W odpowiedzi z dnia 7 marca 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający uznał, że cena za wykonanie nawierzchni jest istotną częścią składową ceny, bowiem jest kruszywo jest niezbędne do wybudowania drogi. Podkreślił, że cena wykonania 1 m² nawierzchni zaoferowana przez Odwołującego niższa jest od tych zawartych w ofertach konkurencji co najmniej kilkunastokrotnie. Uznał również za istotne, że Nadleśnictwo posiada ogromną wiedzę i doświadczenie w kwestii kosztów prowadzenia kopalni, bowiem jest podmiotem profesjonalnym, będącym w posiadaniu znacznych ilości gruntów, z których część jest od lat dzierżawiona przez podmioty zajmujące się wydobywaniem kopalni. Pozwoliło mu to na dokonywanie obliczeń bazujących na pewnych uśrednionych wartościach wywodzących się z innych, podobnych postępowań. Zestawienie kosztów założenia i prowadzenia kopalni, uśrednione w oparciu o wartości pozyskane od dzierżawców Zamawiającego (a nie od podmiotu będącego uczestnikiem niniejszego postępowania, wbrew twierdzeniom Odwołującego), uwzględnione przez Zamawiającego, jego zdaniem obejmuje wyliczenia w pełni rzetelne i mające odzwierciedlenie w rzeczywistości. Dodał, że pokazuje ono ogromną różnicę w wyliczeniach kosztu wytworzenia kruszywa, a co za tym idzie, rażące zaniżenie tego czynnika przez Odwołującego. „W obliczu powyższego należy raz jeszcze zaznaczyć, iż niezależnie od faktu posiadania własnej żwirowni, cena 0,90 zł/m² jest wartością absolutnie nierynkową. Ceny jednostkowe złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu, wahały się pomiędzy 18,40-25,54 zł /m². Oznacza to, iż cena zawarta w ofercie Odwołującego była niższa nawet 28 razy! Odwołujący konsekwentnie twierdzi, iż cena ta wynika z faktu, że wymagane kruszywo jest tylko odpadem w procesie produkcyjnym innych materiałów.

Zamawiający po raz kolejny jednak zaznacza, iż fakt, że dany towar znajduje się w posiadaniu Wykonawcy nie oznacza, że jest to towar, za którego pozyskanie Wykonawca nie musiał ponieść żadnych kosztów. (...) mamy tutaj do czynienia w dużej mierze z opłatami cyklicznymi, naliczanymi przez cały okres istnienia żwirowni i eksploatacji złoza (a więc również w okresie trwania przedmiotowego zamówienia publicznego), takimi jak podatek od nieruchomości.” Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego uznania, że oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podniósł, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą fikcyjne ceny jednostkowe, a działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Nadleśnictwa Kościerzyna, Odwołujący w sposób ewidentny manipuluje cenami, przerzucając koszty pomiędzy poszczególnymi etapami postępowania (i wyceną prac wykonywanych w ramach tychże etapów). Dodał, że „Specyfika prac składających się na poszczególne etapy postępowania powoduje, iż przyjęcie tak niskiej ceny za 1 m2 nawierzchni skutkowałoby uzyskaniem przez Odwołującego przeważającej większości wynagrodzenia za prace, które nie reprezentują takiej wartości. Mówiąc wprost – Odwołujący otrzymałby wynagrodzenie nieadekwatnie wysokie do zakresu wykonanych prac, tylko po to by następne prace (już z wykorzystaniem omawianego kruszywa) wykonać za wynagrodzenie nieadekwatnie niskie. (...) Gdyby z jakiegokolwiek powodu Odwołujący nie dokończył prac, a umowa uległa rozwiązaniu, Zamawiający pozostałby w sytuacji, w której to fundusze pozostałe na realizację celu zamówienia publicznego są całkowicie nieadekwatne do rozmiaru pozostałych do wykonania prac.” Zamawiający zasugerował chęć Odwołującego do doprowadzenia do rozporządzenia przez Zamawiającego majątkiem w sposób niekorzystny. Podał, że spośród 14 ofert złożonych w postępowaniu, prace przygotowawcze w kosztorysie Odwołującego są zaoferowane na poziomie 29% całej wartości zamówienia, gdy w innych ofertach wahają się w przedziale od 2-14 %, z wyjątkiem jednej, gdzie ww. prace stanowią 32% całkowitej wartości oferty, z kolei, wykonanie prac nawierzchniowych stanowi w ofercie Odwołującego tylko 2% wartości całej oferty, gdy w pozostałych ofertach, prace te wahają się w przedziale 24-41%.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca C.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie – po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 10 marca 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując że w całości zgadza się z wszelkimi twierdzeniami przedstawionymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Dodał, że zarzuty Odwołującego dotyczące odrzucenia oferty na podstawie uznania, że zawiera ona rażąco niską cenę są gołosłowne, bowiem Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena jednostkowa uwzględnia szereg kosztów niezbędnych do jego wydobycia, wykorzystania czy magazynowania, zaś wyliczenia Zamawiającego, jakkolwiek szacunkowe, są zbliżone do rzeczywistości. Oświadczył, że nie udzielał jakichkolwiek informacji Zamawiającemu w zakresie kosztów wydobycia kruszywa w związku z niniejszą sprawą. W ocenie Przystępującego, wskazana przez Odwołującego cena jednostkowa za wykonanie nawierzchni jest ceną nierynkową, co wynika z faktu, że Odwołujący nie wziął pod uwagę kosztów wydobycia kruszywa oraz jego magazynowania, co szczegółowo wykazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia przedmiotowej oferty. Podkreślił, że cena ta we wszystkich ofertach, za wyjątkiem oferty Odwołującego, miała duży wpływ na cenę całkowitą ofert oraz stanowiła znaczną jej część, a ponadto – co najważniejsze, miała wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem stanowi istotny składnik ceny całkowitej, tym samym Zamawiający miał możliwości jej zbadania w celu stwierdzenia, czy jest rażąco niska. Ponadto, zdaniem Przystępującego, Zamawiający wykazał, że Odwołujący składając ofertę przyjął nierynkową oraz fikcyjną cenę wykonania 1 m2 nawierzchni drogi, przy czym jednocześnie zawyżył koszty wykonania pozostałych części składowych zamówienia, co stanowi manipulację cenami jednostkowymi składającymi się na cenę całkowitą, zaś jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem, działanie Odwołującego niewątpliwie zagroziło naruszeniem interesu innych wykonawców, skoro w przypadku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uczestnik utraciłby szansę na realizację zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie osiągnąłby zysku.

Zamawiający, w ślad za wnioskiem o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, złożył spis kosztów na kwotę netto 2.926,83 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu na rozprawę netto 988 zł razem brutto 4.815,24 zł, zaś Odwołujący fakturę na kwotę 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Izba nie stwierdziła również podstaw do odrzucenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił wykonawca C.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Delowie.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, zaś – jak wskazał – gdyby Zamawiający działał w sposób przejrzysty, w oparciu o przepisy ustawy PZP i wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z tymi przepisami, oferta Odwołującego uzyskałaby najwięcej punktów na podstawie kryteriów oceny ofert, a zatem Odwołujący miałby realne

szanse na uzyskanie zamówienia. Izba ustaliła, iż w postępowaniu, wpłynęło 14 ofert, w tym: oferta Odwołującego z ceną brutto 1.788.200,53 zł, oferta Przystępującego z ceną brutto 2.028.212,74 zł, oferta Usługi Transportowe i Ziemne H.R. z ceną brutto 2.620.751,96 zł oraz oferta Zakładu Robót Ziemnych, Transportowych i Elektromechaniki M. i K.L. w Kościerzynie z ceną brutto 2.290.589,26 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła cena brutto (60 %) oraz gwarancja jakości i rękojmia za wady (40%). Zgodnie z ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2025 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępujących – z punktacją 100 pkt, zaś na drugim miejscu znalazła się oferta Usługi Transportowe i Ziemne H.R. z punktacją 86,46 pkt. Oferta Odwołującego oraz oferta Zakładu Robót Ziemnych, Transportowych i Elektromechaniki M. i K.L. w Kościerzynie, tak jak 11 pozostałych ofert zostało odrzuconych. W efekcie, jak wskazano w odwołaniu, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów PZP, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z nieudzielenia mu zamówienia publicznego, w postaci utraty zysku, jak też braku referencji za należytą realizację zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

W świetle pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), przedmiotem zamierzenia budowlanego jest budowa drogi leśnej nr 189 ZABRODY-PODRĄBIONA w leśnictwach Zabrody i Podrąbiona po istniejącej trasie drog leśnej w celu dostosowania jej parametrów technicznych i nośności dla pojazdów wysokotonazowych, wykorzystywanych do wywozu drewna w celu prowadzenia gospodarki leśnej. Planowana do budowy droga leśna zlokalizowana jest na terenie leśnictw Zabrody i Podrąbiona w gminie Karsin, powiecie Kościerskim, województwie Pomorskim. Przedmiot będzie realizowany w trzech etapach: 1) Etap I – Odcinek A (prace wykonywane na całej długości przebudowywanej drogi: odtworzenie trasy i punktów wysokościowych, usunięcie karpin rozbiórka elementów drogi, przepusty pod drogą) o wartości wykonanych robót budowlanych wynoszącej około 20% całej wartości zamówienia; 2) Etap II – Odcinek B (wykonanie wszystkich robót budowlanych w ramach budowy tego odcinka drogi) w ilości robót wynoszącej około 30% całej wartości zamówienia; 3) Etap III – Odcinek C (wykonanie wszystkich robót budowlanych w ramach budowy tego odcinka drogi) w ilości robót wynoszącej około 50% całej wartości zamówienia. Roboty ziemne polegać będą na wykonaniu wykopów, nasypów, koryta pod konstrukcję poboczy, jezdni, zjazdów, mijanek oraz profilowaniu skarp i zostaną ograniczone do niezbędnego minimum. Nasypy wykonać z gruntu pozyskanego z wykopu. Nadmiar gruntu zostanie wywieziony w miejsce wskazane przez inwestora lub rozplantowany wzdłuż projektowanej drogi. Roboty ziemne należy wykonać mechanicznie przy użyciu koparek, spycharek i samochodów do transportu. Po wykonaniu robót ziemnych należy dokonać profilowania i zagęszczenia gruntu pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni. Roboty ziemne wykonać zgodnie z PN-S-02205 „Drogi samochodowe. Roboty ziemne. Wymagania i badania”. Podłoże pod warstwy konstrukcyjne należy przygotować z zachowaniem rzędnych wysokościowych wynikających z grubości konstrukcyjnych i przyjętych lub istniejących spadków poprzecznych nawierzchni. Przed przystąpieniem do robót nawierzchniowych należy sprawdzić zagęszczenie podłoża. Grunt podłoża należy zagęszczać przy jego wilgotności optymalnej. W pkt 4.9 i nast. SWZ wskazano na szczegóły dotyczące konstrukcji drogi. Ponadto, szczegółowe dane dotyczące przedmiotu zamówienia zawarte są w przedmiarze robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, w szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią załącznik nr 10 do SWZ oraz w dokumentacji projektowej (projekt budowlany), stanowiącej załącznik nr 11 do SWZ, na którą składają się opracowania: projekt zagospodarowania terenu, projekt architektoniczno-budowlany branża drogowa, oraz załączniki do projektu budowlanego. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy przy użyciu materiałów własnych zgodnych z dokumentacją projektową (techniczną).

Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 95 ust. 1 PZP, określił w SWZ wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane niżej przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na realizacji pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeks pracy, tj. operatora spycharki, operatora koparki – alternatywnie operatora koparko-spycharki, operatora walców statycznych, wibracyjnych, ubijaków, płyt wibracyjnych itp., operatora równiarki, operatora zagęszczarki wibracyjnej, operatora samochodów samowyładowczych, skrzyniowych, wywrotek itp.

Zamówienie powinno zostać zrealizowane w terminie do 20 grudnia 2026 roku (pkt 6.1. SWZ).

W pkt 20 SWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, gdzie wskazał, że cena oferty jest ceną kosztorysową i powinna uwzględniać wszelkie koszty wykonawcy, upusty oraz składniki związane z realizacją zamówienia w oparciu o przedstawiony zakres przedmiotu zamówienia w SWZ, w tym koszty materiałów robocizny i sprzętu. Cena oferty wraz z cenami jednostkowymi (stawkami) winna być obliczona w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym Wykonawcy, sporządzonym metodą uproszczoną na podstawie przedmiaru robót będącym załącznikiem nr 9 do SWZ. Cenę oferty

będzie stanowić cena brutto, będąca sumą cen netto wszystkich poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztorysu ofertowego, uwzględniających wszelkie koszty Wykonawcy, upusty oraz składniki związane z realizacją zamówienia w oparciu o przedstawiony zakres przedmiotu zamówienia w SWZ, w tym koszty materiałów, robocizny i sprzętu powiększona o wartość podatku od towarów i usług (podatek VAT). Zamawiający podkreśla, że zgodnie z wymogami niniejszej SWZ rzeczywiste wynagrodzenie za wykonane prace będzie obliczane na podstawie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego Wykonawcy oraz ilości wykonanych prac. W związku z powyższym, brak w ofercie kosztorysu ofertowego uniemożliwi ustalenie rzeczywistego wynagrodzenia Wykonawcy za wykonane prace. Dlatego w przypadku braku w ofercie Wykonawcy kosztorysu ofertowego, o którym mowa powyżej oferta zostanie odrzucona przez Zamawiającego.

Odwołujący dołączył do oferty kosztorys ofertowy przedstawiający szczegółową kalkulację prac z podziałem na roboty przygotowawcze – w łącznej cenie 421.103 zł, roboty rozbiórkowe – w łącznej cenie 9.800 zł, roboty ziemne – w łącznej cenie 53.479,17 zł, podbudowy – w łącznej cenie 929.803,53 zł, nawierzchnie – w łącznej cenie 24.835,88 zł oraz przepusty – w łącznej cenie 14.800 zł. W szczególności, wykonanie nawierzchni z kruszywa Odwołujący wycenił na kwotę 0,90 zł za 1m².

Pismem z dnia 16 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. na podstawie art. 224 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zacytował treść art. 223 oraz art. 224 PZP. Wskazał, że jako jeden z dowodów w sprawie, wykonawca może przedstawić szczegółowy kosztorys ofertowy (wraz z zestawieniem materiałów, maszyn, sprzętu i robocizny), na podstawie którego został opracowany uproszczony kosztorys ofertowy. Ponadto, poinformował Odwołującego o poprawieniu, w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 PZP, w treści jego oferty oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. W odpowiedzi z dnia 16 stycznia 2025 r., Odwołujący wyjaśnił, że zaoferowana cena zawiera ceny, które wynikają z faktu posiadania przez wykonawcę własnych materiałów, środków transportu oraz maszyn, jakie mają być wykorzystane do wykonania zadania. „Podstawowym argumentem umożliwiającym obniżenie ceny w stosunku do wartości Zamawiającego, jest fakt, że wykonawca Duo Sp. z o.o. Sp.K. jest w posiadaniu dużych zapasów materiału ok. 19 tys. ton składowanych na terenie Gminy Stężycza, w niedużej odległości od miejsca budowy w postaci kruszywa kamiennego łamanego-odpowiadającego wymaganiom określonym w SWZ jaki ma być wykorzystany do wykonania przedmiotowego zadania.” Zapewnił, że zaoferowana cena pozwoli na wykonanie zadania zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SWZ i Specyfikacji Technicznej. Dodał, że materiał w postaci kruszywa kamiennego łamanego niezbędny do realizacji zadania uzyskany został z własnej kopalni kruszyw i został obrobiony własnymi kruszarkami. Na potwierdzenie faktu posiadania zapasów materiału w postaci kruszywa łamanego kamiennego w ilości większej niż wymagana do przebudowy przedmiotowej drogi leśnej przedłożył kopię kartoteki magazynowej, obejmującej okres od 2 stycznia 2023 r. do 2 stycznia 2025 r., przy czym wg stanu na dzień 14 listopada 2024 r. stan magazynowy przedstawiał wartość 19280. Przedłożył również kopię koncesji na wydobywanie kopaliny. Wskazał również na posiadanie nowych, zakupionych za gotówkę maszyn, przez co wykonawca uniknął dodatkowych kosztów leasingu i spłaty zobowiązań kredytowych, zwiększających wartość amortyzacji sprzętu nie będącego własnością wykonawcy, a także zakupioną w listopadzie 2024 r. dużą ilość oleju napędowego w średniej cenie 4,53 netto za litr, zgromadzoną na stanach magazynowych. Wskazał na koszty pracownicze.

Kolejnym wezwaniem z dnia 27 stycznia 2025 r., Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 PZP zażądał od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie kosztów pracy oraz w zakresie wykonania nawierzchni z kruszywa (jezdni, mijanki, pobocza, zjazdu). W zakresie tych ostatnich kosztów, Zamawiający wskazał, że według wiedzy i doświadczenia Zamawiającego, a także, porównując z innymi złożonymi ofertami na tle kosztorysu inwestorskiego, cena jednostkowa wykonania nawierzchni zaoferowana przez Odwołującego budzi wielką wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z tym, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia na piśmie dodatkowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących szczegółowego wyliczenia (kalkulacji matematycznej) tych prac na tle całkowitej ceny oferty (z uwzględnieniem poszczególnych etapów, które składają się na cenę oferty), a także innych dowodów, że za ww. cenę jednostkową wykonawca jest w stanie wykonać tą nawierzchnię w minimalnym standardzie określonym w dokumentach zamówienia. Zamawiający zaproponował, aby wykonawca, jako jeden z dowodów w sprawie, przedstawił szczegółowy kosztorys ofertowy (wraz z zestawieniem materiałów, maszyn, sprzętu i robocizny), na podstawie którego został opracowany uproszczony kosztorys ofertowy. W odpowiedzi z dnia 28 stycznia 2025 r. złożył wyjaśnienia wskazując na sposób wyliczenia kalkulacji ceny oferty, w tym koszt zatrudnienia pracowników z podziałem na poszczególne etapy wykonania zamówienia. Wskazał na koszt wytworzenia tłucznia na podbudowę i nawierzchnie: „całość wykonana w etapie II zadania materiał Wykonawcy ok.

15.500 ton x 2,446 zł netto = 37.913,00 zł netto. Wykonawca zaoferował cenę jednostkową za wykonanie nawierzchni 0,90 zł/m² ponieważ koszt wytworzenia materiału przez Wykonawcę, który uzyskał z własnej kopalni kruszyw jest bardzo niski, co wynika z powyższego wliczenia." Odwołujący dołączył kosztorys ofertowy szczegółowy, z rozbiem na RMS.

Zawiadomieniem z dnia 21 lutego 2025 r. Nadleśnictwo Kościerzyna poinformowało wykonawców, że najkorzystniejszą ofertę złożyła firma C.S. sp. z o.o. sp.k. w Delowie, zaś oferty 11 wykonawców zostały odrzucone na różnych podstawach. W szczególności Zamawiający zawiadomił, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. Zamawiający uznał, że wykonawca nie uzasadnił wystarczająco i nie przekonał do swojego stanowiska, aby w świetle dowodów, za cenę 0,90 zł/m² było możliwe wykonanie nawierzchni. Wskazaną cenę jednostkową uznał za cenę nierynkową nawet przy założeniu, że kruszywo pochodzi z własnej kopalni, skoro nawet obróbka kruszarkami generuje koszty pracy ludzi, maszyn, materiałów eksploatacyjnych samochodów itd. Wskazał, iż jego zdaniem wykonawca zobowiązany jest do dokonania rozliczenia księgowego rozchodu ww. kruszywa. Wskazał na koszty wydobywania kruszywa, jakie powinny być uwzględnione w kalkulacji, w tym koszty przed rozpoczęciem eksploatacji złoża (pozyskanie gruntu pod wydobywanie, opracowanie dokumentacji niezbędnej do uzyskania koncesji, roboty geologiczne w terenie, badania laboratoryjne próbek pobranych z otworów, opłaty związane z uzyskaniem decyzji administracyjnych, koszty wyłączenia gruntów z produkcji leśnej, koszty związane z zaplanowaniem rekultywacji gruntów) oraz koszty po rozpoczęciu eksploatacji złoża (zakupienie sprzętu i koszty jego eksploatacji – kruszarki, ładowarki, koparki itp., zatrudnienie pracowników z uprawnieniami, m.in. operatorów sprzętu), zatrudnienie Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego, zużycie energii, transport kruszywa, opłaty eksploatacyjne za wydobytą kopalinę wnoszone do gminy i NFOŚiGW, podatek gruntowy wnoszony do gminy, obmiary wyeksploatowanej części złoża wykonywane przez geodetę, sporządzanie dodatków do dokumentacji geologicznych, opłaty za wyłączenie gruntów z produkcji leśnej, sporządzanie operatów ewidencji zasobów złoża kopaliny). Cena jednostkowa zakwestionowanych prac wg kosztorysu inwestorskiego, jak podał Zamawiający, wynosi 26,00 zł netto/m². W efekcie, uznał, że „Powyższe działania Wykonawcy nie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego też Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych. Co więcej, w ocenie Zamawiającego zaoferowanie poszczególnych cen jednostkowych za wykonanie zamówienia kwalifikuje się również oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż skutkowałoby uzyskaniem przez Wykonawcę przeważającej większości wynagrodzenia za czynności (prace), które nie reprezentują takiej wartości. Dlatego Zamawiający odrzuca ofertę także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Łbza zaliczyła w poczet akt postępowania:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 6 marca 2025 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami,
 - oferty,
 - informacja z dnia 5 grudnia o podmiotach, które złożyły ofert i o cenach ofert,
 - Badanie ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny – 14 stycznia 2025 r.,
 - wezwania do złożenia wyjaśnień treści ofert oraz w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności wezwania z dnia 16 stycznia 2025 r. oraz z dnia 27 stycznia 2025 r. skierowane do Odwołującego wraz z odpowiedziami Odwołującego,
 - zawiadomienie z dnia 27 stycznia 2025 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty,
 - Protokół postępowania;
- 2) dowód załączony przez Odwołującego do odwołania, na fakty powołane przez stronę:
 - pismo Zamawiającego z dnia 26 lutego 2025 r.
- 3) dowody złożone przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, na fakty powołane przez stronę:
 - zestawienie cen jednostkowych wykonania nawierzchni,
 - zestawienie procentowe poszczególnych etapów wykonania zamówienia publicznego,
 - 3 zapytania ofertowe wraz z omówieniem,

–dowody potwierdzające złożenie przez Odwołującego ofert obejmujących inne stawki za wykonanie nawierzchni w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że brak było podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, DUO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. Oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny ani kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny odpowiadają na wezwania i uzasadniają podaną w ofercie cenę oraz koszt kruszywa i wykonania nawierzchni. Nie można również uznać, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, z racji niewskazania przez Zamawiającego, z jakimi przepisami ustawy PZP oferta jest niezgodna, Izba nie mogła stwierdzić, że oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy.

Odnosząc się szczegółowo do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o uznanie, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że Odwołujący nie uzasadnił wystarczająco podanej w ofercie ceny i kosztu wykonania nawierzchni, Izba uznała za wiarygodną i zasadną argumentację Odwołującego zawartą w wyjaśnieniach, a co za tym idzie w odwołaniu – odnoszącą się do wyjaśnienia kalkulacji kosztu wykonania nawierzchni zawartego w ofercie Odwołującego. W ocenie Izby, Odwołujący – w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach – udowodnił Zamawiającemu, że posiada, wydobyte przed złożeniem oferty, zmagazynowane kruszywo w postaci tłucznia kamiennego, niezbędnego do wykonania nawierzchni. Świadczą o tym zarówno wyjaśnienia Odwołującego, jak też przede wszystkim dołączony do wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2025 r. dokument z postaci Kartoteki magazynowej. Wynika z niego, że na dzień 3 grudnia 2024 r., jak też na dzień 2 stycznia 2025 r. Odwołujący posiadał zmagazynowane ponad 19 tys. ton tłucznia. W wyjaśnieniach, Odwołujący wskazał, że posiadanie dużych zapasów tego materiału we wskazanej ilości, składowanych na terenie Gminy Stężycza, w niedużej odległości od miejsca budowy, pozwoliło mu na obniżenie ceny w stosunku do wartości obliczonej przez Zamawiającego. Wskazał ponadto, że kruszywo to jest kruszywem kamiennym-łamanym i odpowiada wymaganiom określonym w SWZ, do wykonania przedmiotowego zadania i jest składowane w ilości większej niż wymagana do przebudowy przedmiotowej drogi leśnej. W ocenie Izby, nie ma większego znaczenia, czy Odwołujący pozyskał to kruszywo z własnej kopalni kruszyw, czy też nabył od podmiotu trzeciego. Istotne jest, że jest ono gotowe do realizacji zadania, zaś koszty związane z jego wydobyciem, łamaniem, nabyciem lub przygotowaniem do realizacji zadania zostały poniesione przed złożeniem oferty przez Odwołującego. Skoro tak, to nie sposób uznać i dowieść, że Odwołujący w związku z realizacją zamówienia lub w trakcie jego realizacji będzie zobowiązany do poniesienia kosztów związanych z wydobyciem, łamaniem, nabyciem lub przygotowaniem kruszywa w zakresie niezbędnym do realizacji zadania. Odwołujący nie był wobec tego zobowiązany do wykazania i skalkulowania takiego kosztu w przygotowanej ofercie. Innymi słowy, skoro wykonawca jest w posiadaniu niezbędnych półproduktów, towarów i innego rodzaju „mocy” niezbędnych do realizacji zamówienia, których koszty nabycia, zorganizowania i przygotowania do wykonania zadania, któremu będą służyć zostały już w całości poniesione – to wykonawca nie jest zobowiązany do uwzględnienia tych kosztów w ofercie i wykazania ich w wyjaśnieniach w zakresie sposobu wyliczenia ceny. Wykonawca nie jest zobowiązany do sztucznego kreowania kosztów lub zawyżania kosztów pewnych pozycji, ponad koszty realne, celem instrumentalnego sprostania wycenom zamawiającego lub zbliżenia wartości oferty do wartości szacowanych przez zamawiającego lub innych wykonawców. Takie uznanie byłoby absurdalne i stanowiłoby zaprzeczenie ratio legis instytucji rażąco niskiej ceny na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych, która w istocie, przede wszystkim ma zabezpieczyć zamawiającego przed ryzykiem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a nie sztucznie zawyżać ceny.

Zamawiający, na potwierdzenie swojego stanowiska procesowego powołał się na odpowiedzi na zapytania ofertowe skierowane do żwirowni. Oferty te nie potwierdzają jednak, że kalkulacja Odwołującego jest niewłaściwa, skoro dotyczą kosztów wydobycia kruszywa i jego przygotowania do wykorzystania, które Odwołujący de facto bezspornie musiał ponieść skoro dysponuje gotowym kruszywem. Ponadto, irrelewantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają również złożone przez Zamawiającego dowody w postaci ofert Odwołującego złożonych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, skoro obejmują one koszty wykonania nawierzchni przy wykorzystaniu kruszywa, które Odwołujący zamierzał wówczas nabyć od podmiotów trzecich. Tym różni się sytuacja Odwołującego w niniejszej sprawie, że na dzień złożenia oferty dysponował on gotowym kruszywem i nie musiał kalkulować kosztów jego nabycia.

Podobnie, zupełnie nielogiczne i irrelewantne dla stwierdzenia istnienia podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę są – przedstawione w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej – argumenty Zamawiającego dotyczące kosztów zorganizowania kopalni. Nie można tych kosztów zaliczyć do kosztów wydobycia kruszywa koniecznych do skalkulowania na gruncie niniejszego zamówienia skoro zostały już poniesione i pokryte.

Odwołujący wykazał, przedstawiając Zamawiającemu koncesję nr 3/2020 wydaną przez Marszałka Województwa Pomorskiego a dotyczącą wydobywania kopaliny – że zorganizował kopalnię już w I kwartale 2020 r., czyli 5 lat temu. Skoro, jak potwierdził Zamawiający, współpracował już z Odwołującym przy realizacji innych zamówień i prowadzi on działalność gospodarczą w zakresie wydobywania kopaliny (nie została ona zawieszona ani zakończona – brak takich dowodów w aktach sprawy) – to z pewnością Odwołujący pozyskał już grunt pod wydobycie, opracował dokumentację niezbędną do uzyskania koncesji, wykonał roboty geologiczne w terenie i badania laboratoryjne próbek, poniósł opłaty związane z uzyskaniem decyzji administracyjnych, koszty wyłączenia gruntów z produkcji leśnej i koszty związane z zaplanowaniem rekultywacji gruntów, a nadto zakupił sprzęt, zatrudnił pracowników, zapewnił dostęp do energii itp. Obecnie, ponosi bieżące opłaty związane z funkcjonowaniem kopalni, co nie znaczy, że opłaty te są związane bezpośrednio z dysponowaniem przedmiotowym kruszywem. Co więcej, Odwołujący wyjaśnił, że w istocie kruszywo magazynuje poza terenem kopalni, więc tym bardziej opłaty dotyczące kopalni, takie jak np. podatki od nieruchomości nie są związane z dysponowaniem tym kruszywem.

W konsekwencji nie sposób uznać zaoferowanej przez Odwołującego ceny za wykonanie nawierzchni na nierynkową, skoro Zamawiający porównywał ją z nieporównywalnymi kosztami zawartymi w innych ofertach i własnymi szacunkami. Zamawiający nie wziął bowiem pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy. Nie wykazał, że którykolwiek wykonawca wskazał na wyższe niż Odwołujący koszty wykonania nawierzchni z kruszywa magazynowanego, wydobytego i przygotowanego przed złożeniem oferty. Nie wykazał, że realny jest wyższy, niż zaoferowany przez Odwołującego koszty wykonania nawierzchni z kruszywa, którymi wykonawca dysponuje na moment złożenia oferty, tj. posiada zmagazynowane, gotowe do realizacji zadania kruszywo. Nie wykazał, jakie konkretne i realne koszty powinien uwzględnić Odwołujący w tym wypadku w odniesieniu do tego kruszywa.

Jak wynika z powyższego, Izba uznała wyjaśnienia Odwołującego za wyczerpujące, szczegółowe i poparte dowodami – a zatem wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Uzasadnienie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawiera żadnych, konkretnych i trafnych argumentów świadczących o możliwości uznania wyjaśnień za niewystarczające do uznania, że Odwołujący jest w stanie należycie zrealizować nawierzchnię drogi za podaną cenę jednostkową. Argumentem takim nie jest również sam fakt stwierdzenia, że cena za wykonanie m² nawierzchni, podana w ofercie Odwołującego jest bliska zeru (0,90 zł) tak długo, jak długo wykonawca jest w stanie wykazać, że podana stawka jest realna i zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Należy również zwrócić uwagę, że koszt wykonania nawierzchni nie jest równoznaczny z kosztem wykonania drogi, w ramach którego Odwołujący uwzględnił koszty robót przygotowawczych, rozbiórkowych, ziemnych, robót dot. profilowania i zagęszczenia podłoża oraz koszt ułożenia podbudowy itd., które to koszty nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Do kosztu wykonania nawierzchni Odwołujący nie wliczył również kosztów zatrudnienia pracowników, pracy sprzętu itd. – których to sposób wyliczenia i uwzględnienia wyjaśnił osobno, a których to Zamawiający nie zakwestionował.

Izba nie podzieliła jednak zapatrywania Odwołującego a dotyczącego braku możliwości uznania kosztu wykonania nawierzchni za nieistotną składową ceny, a co za tym idzie niepodlegającą badaniu w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Przy czym, twierdzenia te są obecnie spóźnione, skoro Odwołujący nie zakwestionował skierowanego do niego wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia tego kosztu. Przyznał tym samym, że Zamawiający może badać ten koszt osobno od badania całej ceny i że może mieć wątpliwości w tym zakresie. Przy czym, Zamawiający słusznie wskazywał, że oceny, czy składowa jest istotna należy dokonywać nie tylko pod kątem wartościowym, lecz również pod kątem merytorycznym, tj. czy zadanie, które zostało w ten sposób wycenione jest dla zamawiającego istotne z punktu widzenia jego potrzeb lub z punktu widzenia możliwości realizacji zamówienia. Innymi słowy, jeżeli tak wycenionego zadania nie sposób pominąć, odłożyć w czasie lub w inny sposób zbagatelizować na gruncie danego zamówienia – to jego wycena stanowi istotną składową ceny. Nie sposób zaś uznać, że Zamawiający byłby w stanie zamówić budowę drogi leśnej bez wykonania nawierzchni albo że wykonanie nawierzchni mogłoby odsunąć w czasie, czy też zlecić w ramach innego zamówienia.

Izba uznała również za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy PZP. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie ulega zaś wątpliwości, że Zamawiający, w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał, z jakimi przepisami ustawy PZP oferta Odwołującego jest niezgodna oraz z jakiego powodu taka niezgodność występuje. Takie działanie Zamawiającego jest z punktu widzenia powołanych przepisów niedopuszczalne i wręcz rażąco narusza dyspozycję art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP. Należy bowiem podkreślić, że w niniejszej sprawie Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP jednym zdaniem: „Powyższe działania Wykonawcy nie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego też Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt. 3) ustawy Prawo zamówień publicznych.”. Brak jest w tym zdaniu wskazania na podstawę faktyczną – nie wiadomo, o których „powyższych działaniach

wykonawcy" mowa, zaś jeżeli mowa o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny lub złożeniu niewystarczających wyjaśnień – jak to uznał Zamawiający – to okoliczności te stanowią podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, a nie w art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. Zamawiający, nie wskazał przy tym również na żaden przepis ustawy PZP, z którym działania Odwołującego byłyby niezgodne, za takie nie mogą być wszak uznane, powołane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 PZP obejmujące dyspozycje dla zamawiających w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy w razie stwierdzenia ku temu podstaw. Przepisy te nie są adresowane do wykonawców, toteż wykonawcy nie mogą ich naruszyć. Należy podkreślić, że zamawiający może odrzucić ofertę na ww. podstawie wyłącznie w razie stwierdzenia jej sprzeczności z konkretnym przepisem ustawy. Zamawiający nie może odrzucić oferty stwierdzając ogólnie, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tak jak uczynił to Zamawiający w niniejszej sprawie. Takie działanie stanowi bowiem wprost naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady przejrzystości. Tak lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty po pierwsze nie daje wykonawcy obrazu okoliczności, jakimi kierował się zamawiający i nie pozwala na weryfikację prawidłowości działania zamawiającego, w tym stwierdzenie prawidłowości wnioskowania przez zamawiającego, kierowania się przez niego logiką i zasadami doświadczenia życiowego. Skoro wykonawca nie wie, który przepis naruszył składając ofertę, to nie jest w stanie zweryfikować, czy fakt ten w rzeczywistości miał miejsce, nie może odnieść się do konkretnej hipotezy danego przepisu i jego dyspozycji. W ten sam sposób, nie pozwala to Izbie prześledzić toku działania i rozumowania zamawiającego i zweryfikować jego prawidłowości. Wyczerpujące uzasadnienie odrzucenia oferty warunkuje zatem prawidłowe skorzystanie ze środka ochrony prawnej w tym zakresie. Z tych względów, taka czynność Zamawiającego musi podlegać nieważnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu uznania, że oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Izba nie dopatryła się w działaniu Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Na wstępie dostrzeżenia wymaga jednak, że uzasadnienie odrzucenia oferty w tym zakresie obejmuje lakoniczne wskazanie podstaw faktycznych i jako takie jest niewystarczające z punktu widzenia wymagań wskazanych w art. 253 ust. 1 PZP. Jak literalnie bowiem wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert, zaoferowanie przez Odwołującego poszczególnych cen jednostkowych za wykonanie zamówienia spowodowało ryzyko uzyskania przez tego wykonawcę przeważającej większości wynagrodzenia za czynności (prace), które nie reprezentują takiej wartości. Z takiego opisu podstaw faktycznych odrzucenia odwołania nie wynika jednak, o których cenach jednostkowych mowa, tj. które zaoferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe zostały przeszacowane, tj. nie odzwierciedlają wartości prac, za które są należne, ani jakie według Zamawiającego stawki powinny zostać zaoferowane za te prace. Brak jest również w tym zakresie wyjaśnienia, czy takie działanie jest sprzeczne z prawem, tj. z jakim przepisem, czy z dobrymi obyczajami. Dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający wyjaśnił, że jego zdaniem Odwołujący zaoferował taki podział kosztów, że blisko 30% ceny ofertowej obejmuje etap przygotowawczy realizacji zamówienia, podczas gdy etap ten został wyceniony przez innych wykonawców na poziomie 2-14%. Przede wszystkim wskazać należy, że na tym etapie, za późno jest na konwalidację czynności przez Zamawiającego. Ponadto, zwrócenia uwagi wymaga, że oprócz Odwołującego – jeszcze jeden wykonawca, tj. Usługi Transportowe Adam Chlechowicz w Kielinie wycenił ten etap na poziomie 32%, co świadczy o tym, że wyceny były rozbieżne, zaś Zamawiający nie ustalił żadnych wymagań co do sposobu kalkulacji w odniesieniu do rodzaju robót, w tym limitów określających np., że wycena prac przygotowawczych nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia. Tym samym, kalkulując rodzaj prac w ramach realizacji umowy, wykonawcy mogli kierować się wyłącznie własną wyceną, byleby odzwierciedlała ona realne koszty. Co jednak najbardziej istotne, Zamawiający kwestionując dokonaną przez Odwołującego wycenę prac przygotowawczych – w żaden sposób nie udowodnił, by została ona instrumentalnie przeszacowana, tj. by była nierealna i służąca uprzywilejowaniu pozycji Odwołującego. W działaniu Odwołującego nie sposób dopatrzeć się również naruszenia dobrych obyczajów. Rację ma Odwołujący podnosząc, iż skorzystanie z własnych materiałów, którymi dysponuje wykonawca na gruncie wykonania zamówienia publicznego – nie jest zakazane żadnym przepisem i nie zaprzecza dobrym obyczajom, wprost przeciwnie jest normalnym działaniem przedsiębiorcy, który operuje na co dzień niezbędnymi przy prowadzonej działalności materiałami. Zdaniem Izby, kalkulując ofertę Odwołujący nie próbował również ominąć jakichkolwiek postanowień SWZ, ani uprzywilejować własnej pozycji, a bynajmniej Zamawiający tego nie wykazał. W efekcie Izba nie dopatryła się podstaw do uznania, że Odwołujący składając ofertę popełnił czyn nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wg kryterium oceny ofert, oferta Przystępującego nie jest najkorzystniejsza spośród ofert

niepodlegających odrzuceniu, skoro przy zaoferowaniu tej samej długości okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady, tj. 60 miesięcy, oferta Odwołującego zawiera niższą cenę. Wobec tego, nie można uznać, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierował się kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia (art. 239 ust. 1 PZP). Za zasadny Izba uznała również zarzut ostatni, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 2 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy C.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji również zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego. W efekcie powyższych naruszeń, doszło również do naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 oraz art. 17 ust. 2 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a i b PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: