

Sygn. akt: KIO 774/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 21.03. 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r. przez Odwołującego: **"BUDROMOSTSTARACHOWICE" Sp. z o.o. z/s w Wąchocku** (ul. Św. Rocha 31, 27215 Wąchock) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Świętokrzyskie Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach** (ul. Jagiellońska 72, 25602 Kielce)

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)
postanawia:

1. Odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **"BUDROMOST STARACHOWICE" Sp. z o.o. z/s Wąchocku** (ul. Św. Rocha 31, 27215 Wąchock) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) 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.

.....

Sygn. akt: KIO 774 /25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r. przez wykonawcę **"BUDROMOSTSTARACHOWICE" Sp. z o.o. z/s w Wąchocku** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Województwo Świętokrzyskie I Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 na odcinku od obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa” (nr postępowania: ŚZDW.N-WZ.2221.50.2024.WR. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [Dz.U. S 162/2024] w dniu 21 sierpnia 2024 roku pod numerem: 500550-2024.

Odwołujący podał, (...) wnosząc odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. („Strabag”) z uwagi na zastosowanie przez ten podmiot tzw. inżynierii cenowej, co oznacza, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
(2) nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Strabag w zakresie ceny ofertowej, a w konsekwencji, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Strabag w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie obalił domniemania w tym zakresie;

(3) dokonania wyboru oferty złożonej przez Strabag jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Uznk z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę w wycenie oferty tzw. inżynierii cenowej przy wycenie wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym: warstwy wiążącej z betonu asfaltowego (poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), przebudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie (poz. 27 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), zdjęcia warstwy humusu i/lub darniny oraz umocnienia skarp (poz. 4 i 57 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej) oraz w zakresie wymiany gruntów (poz. 16 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej).

(2) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

(a) Strabag w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia (dla branży drogowej), nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny);

(b) cena ofertowa Strabag nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego; a w konsekwencji:

(3) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

II. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- (2) uznanie, że oferta Strabag została złożona przez ten podmiot w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- (3) uznanie, że oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę;
- (4) odrzucenie oferty Strabag;
- (5) dokonanie ponownego badania i oceny ofert (z pominięciem oferty złożonej przez Strabag).

III. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

IV. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

(...)

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący uczestniczy w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę oraz wyjaśnienia złożone przez Strabag, to oferta Odwołującego w dalszym ciągu byłaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na konsekwencje dokonanego pierwotnie (19 grudnia 2024 roku) wyboru oferty najkorzystniejszej – wówczas wybrana została oferta Odwołującego, oferta Strabag została odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia poprzez nieuwzględnienie w cenie ofertowej warunków określonych w pkt 9 (Podstawa płatności) STWiORB odpowiadającej jej SST dla Branży Drogowej. W treści informacji o odrzuceniu oferty złożonej przez Strabag możemy przeczytać również, że wykonawca ten nieprawidłowo (niezgodnie z warunkami zamówienia) skalkulował cenę ofertową dla pozycji kosztorysowych dla branży drogowej nr: 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia). Strabag w dniu 30 grudnia 2025 roku wniósł odwołanie (sprawie nadano sygnaturę KIO 5027/24), które następnie zostało uwzględnione przez Zamawiającego. Z uwagi na treść informacji o odrzuceniu oferty (i wskazane w niej podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty Strabag) nie dotyczyło ono czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zastosowania przez tego wykonawcę niedozwolonej inżynierii cenowej. Pomimo uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Odwołujący nie zdecydował się na wniesienie sprzeciwu. Okoliczność ta pozostaje jednak indyferentna dla przedmiotowej sprawy, bowiem w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący opiera swoje twierdzenia na innych okolicznościach faktycznych oraz prawnych niż te wskazane przez Zamawiającego w ramach postępowania zawisłego pod sygn. KIO 5027/24. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż złożenie odwołania w zakresie odnoszącym się do czynu nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niskiej ceny nie było możliwe na wcześniejszym etapie niniejszego Postępowania, gdyż Odwołujący nie był w stanie wykazać szkody w braku uzyskania zamówienia w momencie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”. Z dyspozycji rzeczonoego przepisu wynika więc wprost, że złożenie odwołania na czynność bądź zaniechanie instytucji zamawiającej jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy wykonawca jest w stanie wykazać po swojej stronie szkodę spowodowaną takim działaniem. Należy przypomnieć, że w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Strabag (pismo z dnia 19 grudnia 2024 roku), a więc podjęta przez Niego czynność była zgodna z interesem Odwołującego i nie była źródłem szkody. Wręcz przeciwnie, podjęcie przez Niego tej czynności skutkowało tym, iż złożona przez Odwołującego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu. Z powyższych względów Odwołujący nie miał interesu w kwestionowaniu decyzji podjętej przez Zamawiającego, gdyż niemożliwym było wykazanie, że decyzja Zamawiającego powoduje uszczerbek (szkodę) w interesie Odwołującego. Powyższe zapatrywanie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej („Izba”), zgodnie z którym: „Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji, gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego (...) utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu (...) przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 roku, sygn. KIO 306/21 oraz KIO 498/21 oraz dalsze orzecznictwo przywołane w tym wyroku).

W kontekście powyższego warto zwrócić również uwagę na wyrok Izby z dnia 24 maja 2016 roku (sygn. KIO 737/16), w którym możemy przeczytać, że „Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przywołanego przepisu wynika zatem, że po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie kumulatywnie muszą wystąpić dwie przesłanki, po pierwsze - interes w uzyskaniu zamówienia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia, po drugie - szkoda pozostająca w związku z zarzucanym zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp. Łączne zaistnienie tych przesłanek warunkuje skuteczność wniesionego przez wykonawcę odwołania. W ocenie Izby o ile Odwołujący w oczywisty sposób legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o tyle nie wystąpiła po jego stronie szkoda, gdyż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Wystąpienie tej szkody nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu może złożyć odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody.

Sąd trafnie również zwrócił uwagę, że wnoszenie odwołań nie może być uzasadnione wyłącznie zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż powodowałoby to występowanie sytuacji, w której każdy z wykonawców z obawy przed zaskarżeniem jego pozycji w rankingu byłby zmuszony skarżyć niedoskonałości każdej z ofert złożonych w postępowaniu. Tymczasem składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców, którzy zajmują niższą pozycję, jest zbędne również mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż w razie ponownej oceny ofert dopiero na tę czynność będzie przysługiwało odwołanie. Skład orzekający podzielił również stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gliwicach, że w takim przypadku termin na wniesienie odwołania reguluje art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, a termin ten rozpocznie bieg od przestania przez zamawiającego informacji o wyniku powtórzonej czynności.”

Z tych też względów Odwołujący, w ramach postępowania odwoławczego zawisłego pod sygn. KIO 5027/24, nie mógł podnieść zarzutu zastosowania inżynierii cenowej oraz rażąco niskiej ceny w ofercie Strabag. (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1.(...)

2.Zgodnie ze szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) zawartym w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) przyszły wykonawca zamówienia objętego Postępowaniem zobowiązany jest m.in. do budowy i rozbudowy dróg o konstrukcji nawierzchni jezdni o warstwie ścieralnej z mieszanki mineralno- asfaltowej ze skrzyżowaniami, przebudowy istniejących dróg i skrzyżowań w zakresie kolizji z Inwestycją, budowy infrastruktury dla pieszych i rowerzystów oraz oznakowania pionowego i poziomego.

3.Pelen zakres prac objętych OPZ został przedstawiony w załącznikach do SWZ.

4.Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 9 października 2024 roku. Do momentu jego upływu w Postępowaniu złożono łącznie 10 ofert, wśród których znajdowała się oferta Odwołującego oraz oferta Strabag.

5.Zamawiający po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert uznał, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu. Informacja ta została zawarta w piśmie z dnia 19 grudnia 2024 roku. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o odrzuceniu oferty Strabag.

6.W ocenie Zamawiającego oferta złożona przez tego wykonawcę była niezgodna z warunkami zamówienia (w zakresie dotyczącym sposobu wyceny pozycji kosztorysowych).

7.Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Strabag, który pismem z dnia 30 grudnia 2024 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności, które miały zostać rzekomo podjęte przez Zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

8.Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2025 roku uwzględnił odwołanie złożone przez Strabag. Odwołujący nie wniósł sprzeciwu od czynności Zamawiającego w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej, co jak

wykazano powyżej pozostaje indyferentne dla możliwości złożenia odwołania, które ma za przedmiot czyn nieuczciwej konkurencji w postaci inżynierii cenowej oraz rażąco niską cenę.

9.W ocenie Odwołującego oferta złożona przez tego wykonawcę w dalszym ciągu zawiera wady, które nie pozwalają na jej wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II.UZASADNIENIE ZARZUTÓW

II.1.Oferta Strabag została wyceniona w sposób uzasadniający odrzucenie oferty.

10.Zanim Odwołujący przystąpi do omówienia zarzutu dotyczącego inżynierii cenowej należy wskazać, że oferta złożona przez wykonawcę Strabag, wbrew Jego twierdzeniom podniesionym na etapie postępowania odwoławczego pod sygn. KIO 5027/24, jest ofertą skalkulowaną w sposób nieprawidłowy. W piśmie z informacją o odrzuceniu oferty Strabag Zamawiający pominął jednak kluczowe elementy wskazujące na tę wadliwość. Odwołujący przedstawia niniejszą argumentację celem wykazania, że działania podejmowane przez Strabag w zakresie wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego obarczone są inżynierią cenową (manipulacją ceny). W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Odwołujący nie kwestionuje niezgodności z warunkami zamówienia (materia ta była przedmiotem umorzonego postępowania odwoławczego).

11.Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2024 roku odrzucił ofertę Strabag z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, jednakże nie dostrzegł wskazanych w niniejszym odwołaniu przez Odwołującego zależności, tym bardziej nie podniósł zarzutu manipulacji ceną ofertową oraz rażąco niskiej ceny.

12.Opisanie poniżej okoliczności związanych ze sposobem wyceny oferty zgodnie z treścią SWZ wynika z uchybień Zamawiającego w toku pierwotnego odrzucenia oferty Strabag, które nie mogły zostać sprostowane przez Odwołującego (co do podstawy faktycznej oraz prawnej odrzucenia oferty rzeczzonego wykonawcy).

Szerzej na ten temat w dalszej części odwołania.

13.W tym miejscu Odwołujący wskazuje dodatkowo, że pomimo uwzględnienia odwołania wniesionego przez Strabag, Zamawiający nie zdecydował się na podjęcie działań zmierzających do prawidłowej oceny oferty (co tym bardziej uzasadnia konieczność podniesienia wymienionych w odwołaniu zarzutów). Jak zostało wspomniane Strabag zakwestionował decyzję Zamawiającego, zarzucając jej (w odwołaniu z dnia 30 grudnia 2025 roku) niezgodność z przepisami Pzp. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu m.in. to, iż nie wezwał On go do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie związanym z treścią złożonej oferty (w trybie art. 223 ust. 1 Pzp). Strabag stwierdził wręcz, że sposób kalkulacji przez Niego ceny ofertowej był na tyle nie jasny, iż:

14.Za tak skonstruowaną wypowiedzią siedł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 Pzp o treści następującej:

zob. wyciąg z odwołania Strabag z dnia 30 grudnia 2024 roku

15.W tym miejscu należy dostrzec, iż był to główny zarzut odwołania złożonego przez Strabag (a nie zarzut ewentualny), którego następstwem był następujący zarzut:

16.Za tak sformułowanymi zarzutami (w podanej powyżej kolejności) podążało natomiast żądanie „powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego”. Nie ulega zatem wątpliwości, że celem procesowym Strabag w postępowaniu zawisłym pod sygn. KIO 5027/24 było wykazanie, iż Zamawiający przedwcześnie dokonał odrzucenia oferty tego wykonawcy – bez zastosowania mechanizmu sanacyjnego, o którym mowa a art. 223 ust. 1 Pzp.

17.Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2025 roku uwzględnił odwołanie Strabag w całości. Takie działanie ma jednak swoje konsekwencje wynikające z art. 522 ust. 1 Pzp. Zgodnie z rzeczonym przepisem zamawiający uwzględniając odwołanie „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

18.W świetle tak skonstruowanego odwołania nie ulega wątpliwości, że Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Strabag w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp, zgodnie z żądaniem podniesionym przez tego wykonawcę. Tego też oczekiwał od Niego Odwołujący (przystępujący w postępowaniu KIO 5027/24). Konstrukcja odwołania złożonego przez Strabag skutkowała tym, iż Odwołujący nie wniósł sprzeciwu od decyzji Zamawiającego.

19.Pomimo upływu znacznego czasu od momentu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę (postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego zostało wydane w dniu 7 lutego 2025 roku) Zamawiający, za wyjątkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Strabag, nie podjął dalszych czynności wymienionych w treści odwołania, w szczególności nie przeprowadził ponownego badania oraz oceny oferty złożonej przez Strabag, w tym w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia (a więc w zakresie podlegającej ocenie w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego).

20.Powyższe pokazuje, że Zamawiający podchodzi do czynności badania i oceny ofert w sposób całkowicie bezrefleksyjny, nie przejawiając w tym zakresie żadnej własnej inicjatywy, mimo że może to mieć zasadniczy wpływ na sposób wydatkowania środków publicznych. Niezależnie jednak od wadliwej (a co najmniej niepełnej) oceny oferty

Strabag na gruncie jej zgodności z warunkami zamówienia, w niniejszym odwołaniu wykazane zostanie, że oferta ta powinna zostać odrzucona również z innych przyczyn (czego Zamawiający zaniechał).

21. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w sposób jasny i przejrzysty określił warunki w zakresie dotyczącym sposobu wyceny oferty zaznaczając, że „cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ” (rozdz. XIV ust. 2 SWZ).

22. Tym samym Zamawiający w ramach SWZ określił zasady związane z wyceną oferty, które muszą być zgodne z OPZ (a nie służyć wyłącznie rozliczeniu już zawartej umowy). Zgodnie z treścią OPZ, którego częścią składową jest STWiORB dla branży drogowej na całym odcinku, Zamawiający określił podstawę płatności w następujący sposób:

23. Jak wykazano powyżej pkt 9 SST dla branży drogowej nr D-M.00.00.00 kształtuje wymogi dotyczące sposobu kalkulowania ceny ofertowej. Jak wynika wprost z treści ww. zapisu, podstawą płatności jest cena jednostkowa netto skalkulowana przez wykonawcę uwzględniająca wszystkie czynności, wymagania oraz badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w Dokumentacji Projektowej. Zaznaczyć przy tym należy, że Zamawiający ustalił sposób określenia ceny jednostkowej dla każdej pozycji kosztorysowej w poszczególnych SST (m.in.: D-01.02.04, D-02.01.01, D-02.03.01, D-04.01.01, D-04.03.01, D-04.10.01, D-05.03.11).

24. Pominięcie ww. obowiązków w zakresie wyceny lub ich wybiórcze stosowanie skutkowało tym, że wiele pozycji kosztorysu ofertowego zostało wycenionych na poziomie 1,00 zł, a niektóre pozycje nawet na poziomie 0,01 zł, a zatem w całkowitym oderwaniu od ich realnej wartości. Ceny te dotyczą m.in. takich pozycji jak:

(a) zdjęcie warstwy ziemi urodzajnej gr. 30 cm, do późniejszego wykorzystania – 0,82 zł;

(b) rozbiórka nawierzchni kruszywowych gr. w-wy 30 cm – 1,00 zł;

(c) wykonanie wykopów – 2,70 zł;

(d) wykonanie nasypów – grunt z wykopu – 2,70 zł;

(e) wymiana gruntów wysadzinowych – 1,00 zł;

(f) profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne – 0,01 zł; (g) oczyszczenie i skroplenie podbudowy z kruszywa łamanego – 0,01 zł;

(h) 26. oczyszczenie i skroplenie podbudowy i nawierzchni bitumicznej – 0,01 zł;

(i) frezowanie nawierzchni bitumicznych gr. w-wy 6cm – 1,00 zł;

(j) frezowanie nawierzchni bitumicznych gr. w-wy 12 cm – 1,00 zł.

25. Co istotne, Strabag składając Wyjaśnienia RNC potwierdził, że ceny dla poszczególnych pozycji nie zawierają wszystkich czynników cenotwórczych, przykładowo kosztów transportu dla wykonania wykopów.

26. Wskazać przy tym należy, że porównując oferty wszystkich wykonawców w oparciu o ww. pozycje kosztorysowe, różnica między Strabag a pozostałymi oferentami wynosi od 5.751.125,82 zł do 12.401.406,38 zł, albowiem Strabag wykonanie wszystkich ww. pozycji wycenił na kwotę zaledwie 766.981,14 zł – zob. tabela stanowiąca załącznik nr 6 do niniejszego pisma. Taka różnica cenowa na bardzo istotnych elementach składowych zamówienia nie tylko potwierdza istnienie inżynierii cenowej, lecz posiada również charakter rażąco niskiej ceny.

27. Przywołanie opisanych powyżej okoliczności wynika z faktu podniesienia przez Odwołującego zarzutu inżynierii cenowej. Treść odwołania w tym zakresie jest więc konsekwencją dotychczasowych działań Zamawiającego związanych z oceną oferty złożonej przez Strabag.

II.2. Strabag wyceniając ofertę zastosował inżynierię cenową (dotyczy branży drogowej).

28. W ocenie Odwołującego oferta złożona przez wykonawcę Strabag została wyceniona z uwzględnieniem „inżynierii cenowej”, która polega na tym, że dany wykonawca, zakładając błędne szacunki zamawiającego, co do faktycznej ilości określonych pozycji kosztorysu, rażąco nisko wycenia ceny jednostkowe pozycji, których ilość jest jego zdaniem zawyżona i rażąco wysoko wycenia pozycje, których ilość jego zdaniem jest znacząco niedoszacowana. Jednocześnie, w toku wykonywania zamówienia, gdy ilości robót się zmieniają w stosunku do szacunków zamawiającego, wykonawca liczy, że ilość robót wycenionych przez niego wysoko znacznie wzrośnie, a ilość robót wycenionych rażąco nisko znacznie zmaleje – co będzie skutkowało powstaniem po jego stronie dodatkowego zysku.

29. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 stycznia 2015 roku, sygn.

akt KIO 2734/14, praktyka taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i staje się podstawą odrzucenia oferty: „ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystać niedoszacowanie zamawiającego ilości robót, jakie będą rzeczywiście wykonane i po to, by wykonać na rzecz zamawiającego roboty po wyższej cenie, aniżeli odpowiadająca regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. (...) takie postępowanie (...) w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie, stanowi wyzyskanie możliwości zaoferowania cen jednostkowych oderwanych od rzeczywistości z zamiarem wykonania zamówienia w tak drogo wycenionej części w zakresie wyższym, niż zakładany przez zamawiającego w jego szacunku, a tym samym nie

zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców".

30. Stosując inżynierię cenową, dany oferent zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od przewidzianego przez Zamawiającego w ramach dokumentacji przetargowej. Gdyby wykonawca nie zastosował inżynierii cenowej, jego oferta mogłaby nie być najkorzystniejszą. W ten sposób dochodzi do zachwiania zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Podobne stanowisko potwierdza dalsze orzecznictwo Izby - m.in. wyrok z 7 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2185/14.

31. Zamawiający w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie dotyczącym rozbieżności w ilości robót do wykonania w porównaniu między dokumentacją projektową a przedmiarami (np. wyjaśnienie z dnia 2 października 2024 r., odpowiedź na pytania nr 8, 9, 11, 12) wskazał, że kontrakt ma charakter obmiarowy i z tego względu należy wycenić ilości przyjęte w przedmiarze oraz kosztorysie ofertowym. Strabag natomiast, wykorzystując różnice pomiędzy ilościami robót określonymi przez Zamawiającego do wykonania zgodnie z dokumentacją projektową a kosztorysem ofertowym, w pozycjach, które w wykonaniu będą mniejsze ilościowo niż w kosztorysie wycenił je rażąco nisko, zaś w pozycjach, które w wykonaniu będą większe ilościowo niż w kosztorysie wycenił je rażąco wysoko.

32. Przykładem takiej inżynierii cenowej jest m.in. porównanie pozycji nr 50 i 51 kosztorysu, gdzie dla grubszej warstwy wiążącej jezdni (gr. 8 cm), której ilość w kosztorysie ofertowym jest zawyżona w stosunku do ilości wynikającej wprost z dokumentacji projektowej. Strabag za tą pozycję wskazuje cenę 32,30 zł, zaś dla cieńszej warstwy ciągu pieszo-rowerowego (gr. 5 cm), której ilość w kosztorysie ofertowym jest zaniżona w stosunku do ilości wynikającej wprost z dokumentacji projektowej Strabag wskazał cenę 45,02 zł – tabela obrazująca opisane zależności wraz z częścią dokumentacji projektowej stanowi załącznik nr 7 do odwołania.

33. Podobny schemat działania został zastosowany przez Strabag w pozycjach, które dotyczą podbudowy z kruszywa łamanego (poz. 27-33 kosztorysu ofertowego) – załącznik nr 8 do odwołania. W pozycji 27, gdzie grubość podbudowy wynosi 23 cm, a jej ilość w kosztorysie jest niższa niż wynika z dokumentacji projektowej, Strabag skalkulował cenę na poziomie 76,40 zł, zaś dla pozycji podbudowy o grubości 20 cm (poz. 30 i 32), której ilość w kosztorysie pokrywa się z ilością w dokumentacji projektowej Strabag wskazał cenę 50,00 zł. Zatem już na samej różnicy ilościowej w pozycji 27, gdzie kosztorys przewiduje 49020m², a dokumentacja projektowa przewiduje 57828,26m², ostateczna wartość robót wykonanych przez Strabag wzrosła o kwotę 827.729,80 zł – zob. tabela stanowiąca załącznik nr 8 do odwołania.

34. Analizując wycenę ofertową Strabag nie można też pominąć różnicy cenowej na pozycjach 4 i 57 kosztorysu ofertowego, gdzie zdjęcie warstwy ziemi urodzajnej (poz. 4), której ilość kosztorysowa jest zgodna z ilością wynikającą z dokumentacji projektowej została wyceniona przez Strabag na kwotę 0,82 zł, zaś umocnienie skarp przez humusowanie (zob. poz. 57), której ilość kosztorysowa jest znacząco niższa niż ilość wynikająca z dokumentacji projektowej została wyceniona przez Strabag na kwotę 30,77 zł. Na różnicy ilościowej w pozycji 57, gdzie kosztorys przewiduje do wykonania przez wykonawcę 26300m², a dokumentacja projektowa 68326,20 m², ostateczna wartość robót wykonanych przez Strabag wzrosła o kwotę 1.590.569,79 złotych – zob. tabela stanowiąca załącznik nr 9 do odwołania.

35. Finalnie, Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 31 z dnia 24 września 2024 roku w pozycji 16 kosztorysu ofertowego należy skalkulować wykop wraz z utylizacją, dostarczeniem materiału na nasyp oraz jego wbudowaniem w nasyp. Strabag w pozycji 14 kosztorysu wycenił wykonanie wykopów po 2,70 zł/m³, podobnie wykonanie nasypów w poz. 15 po 2,70 zł/m³.

36. Z powyższych wyliczeń powinno wynikać, że cena jednostkowa pozycji 16 powinna być sumą tych pozycji z uwzględnieniem kosztu pozyskania dodatkowego gruntu i utylizacji istniejącego. Lecz cena jednostkowa w poz. 16 w wysokości 1,00 zł/m³ jest pięciokrotnie zaniżona - winno być 2,70 zł/m³ x 2 powiększone o koszty materiału na nasyp i utylizację istniejącego.

37. Z analizy dokumentacji oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi nr 18 z dnia 2 października 2024 roku firma Strabag założyła zaniechanie wykonania powyższych robót w celu ograniczenia utraty środków pieniężnych z tytułu robót zaniechanych wyceniając poz. 16 na symboliczne 1,00 zł/m³. Średnia cena z wszystkich ofert dla powyższej pozycji wynosi 41,91 zł/m³, co oznacza, że wycena Strabag stanowi tylko 2,39% średniej ceny jednostkowej. Przy całkowitym ograniczeniu poz. 16 firma Strabag traci wyłącznie 50 802,80 złotych (netto) co stanowi kwotę brutto 62 487,44 zł. Natomiast średnia wartość ograniczenia poz. 16 wynosi 2 129 145,35 zł (netto) co stanowi kwotę brutto 2 618 848,78 zł.

38. Zgodnie z Wyjaśnieniami udzielonymi przez Strabag, ceny poz. 14, poz. 15 i poz. 16 kosztorysu robót drogowych nie uwzględniają kosztów transportu, które zostały przeniesione w koszty ogólne zadania. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że Postępowanie jest prowadzone w oparciu o wynagrodzenie w formie kosztorysowej. Co istotne, w przedmiarach oraz kosztorysie ofertowym nie ma pozycji „koszty ogólne”, a co za tym idzie, nie można kosztów transportu przenieść do nieistniejącej pozycji. Podkreślić należy, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że każda pozycja kosztorysowa ma zawierać m.in. wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami, a także koszty pośrednie, a zatem nie można kosztów transportu przerzucić do innej pozycji.

Opisana powyżej manipulacja cenowa pozwala na kształtowanie cen jednostkowych w taki sposób, aby zaniżać ceny robót, których ilość według dokumentacji będzie ograniczona, a przeniesienie części kosztów w inne roboty oraz w roboty co do których jest pewność zwiększenia.

39. Powyższe obrazuje tabela stanowiąca załącznik nr 10 do odwołania.

II.2.1. Oferta Strabag powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na okoliczność złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

40. W ocenie Odwołującego działań Strabag wpisują się w przedstawioną powyżej >>inżynierię cenową<<, która ma przede wszystkim za zadanie utrudnić innym wykonawcom uzyskanie zamówienia publicznego i która mieści się w katalogu czynności stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w Uznk.

41. Zgodnie z art. 15 ust. 1 Uznk - czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

(a) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

(b) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;

(c) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

(d) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;

(e) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

42. W myśl art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest również działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym katalog czynów nieuczciwej konkurencji (wymieniony w Uznk) nie jest katalogiem zamkniętym. Oznacza to, że również inne zachowania danego wykonawcy (przedsiębiorcy) mogą zostać zakwalifikowane jako tego rodzaju czyn, o ile mieszczą się w podanym powyżej zakresie.

43. W ocenie Odwołującego opisane powyżej czynności podjęte przez Strabag zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Z tego powodu należy uznać je za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

44. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że oferta złożona przez Strabag powinna, w świetle art. 15 ust. 1 Uznk w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zostać odrzucona. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

45. W wyroku z dnia 21 lutego 2013 roku (sygn. KIO 267/13) możemy przeczytać m.in., że „niedokonywanie kalkulacji podanych cen pod kątem ich realności kosztów, czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia, tylko pod kątem wygrania przetargu, potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców.” W innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że „przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.” (zob. sygn. KIO 473/17).

46. W zaistniałym stanie faktycznym warto zwrócić również uwagę na poniższy wyrok Izby, w którym uznała ona, że „Za niedopuszczalne, należy uznać działanie wykonawcy uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców „ukrywa” koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy [...] narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.” (zob. sygn. KIO 766/19).

47. Finalnie, w wyroku z dnia 5 lutego 2018 roku (sygn. KIO 132/17) Izba uznała, m.in., że „okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.”

48. Zaprezentowane powyżej stanowisko nie jest odosobnione, bowiem znajduje potwierdzenie również w literaturze przedmiotu:

49. „Niedozwolona manipulacja cenowa może przybrać postać nie tylko rażąco niskiej ceny, lecz także polegać na rozkładaniu kosztów oferty, które przykładowo zakłada przeniesienie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, niezwiązany z postępowaniem prac lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac. Przejawem manipulacji cenowej nie jest tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźne odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami uzyskania.” (por. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych.

Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226.).

50. W realiach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że Strabag w toku składania oferty zaoferował znacznie zaniżone ceny, które potwierdzają złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaniżeniu pozycji składających się łącznie na cenę ofertową.

51. Mając na uwadze powyższe odrzucenie oferty Strabag na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 7) Pzp jest uzasadnione i konieczne.

II.3. Podobna sprawa była już przedmiotem oceny ze strony Krajowej Izby Odwoławczej.

52. Zaznaczyć przy tym należy, że przed KIO toczyło się postępowanie pod sygn. KIO 2046/14, w którym Strabag w podobny sposób interpretowała treść SWZ w zakresie podstaw płatności (opisanych w pkt II.1. odwołania) próbując przekonać instytucję zamawiającą, tak jak to robi również w przedmiotowym Postępowaniu, że dokumentacja nie przesądzała wprost, iż każda cena jednostkowa w kosztorysie ofertowym musi być skalkulowana w konkretny sposób.

53. W ramach postępowania odwoławczego pod sygn. KIO 2046/14 Izba, uznała, że postanowienia zawarte w Podstawach płatności (będących integralną częścią SWZ oraz składających się na warunki zamówienia) stanowią sposób wyceny pozycji kosztorysu, zaś określenie wartości poszczególnych pozycji na poziomie jedynie 1 grosza nie odpowiada treści SWZ. Jednocześnie Izba podkreśliła, że przerzucanie kosztów do innych pozycji kosztorysowych stanowi manipulację stawkami kosztorysu i jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami.

54. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu, gdzie Zamawiający w sposób precyzyjny określił sposób kalkulacji cen na poszczególnych pozycjach kosztorysowych w odniesieniu do konkretnych SST (zob. pkt II.1. odwołania), a zatem Strabag powinien sprostac warunkom określonym w SWZ co do sposobu wyceny zamówienia.

55. Jak już wskazywała na to już wielokrotnie Izba, „manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Przejawem manipulacji ceną jest: wszelkie znaczące i wyraźne wskazujące na taki zamiar (czyli wyeliminowania konkurencji) – odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. Sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie.” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2020 r., sygn. KIO 1850/20). W niniejszej sprawie, Strabag wprowadził do oferty pozycje wycenione na poziomie 0,01 zł, co stanowi przykład ceny jednostkowej oderwanej od realiów gospodarczych oraz zmierza do uzyskania najniższej ceny zaburzając zasady uczciwej konkurencji.

II.4. Wpływ wyboru oferty Strabag na finanse publiczne.

56. Odwołujący zwraca uwagę, że zastosowanie przez Strabag inżynierii cenowej oraz przystąpienie przez ten podmiot do realizacji zamówienia będzie skutkowało tym, iż Zamawiający będzie musiał wydać znacznie większe środki na sfinansowanie zamówienia niż przewidziane w umowie zawartej z rzeczonym wykonawcą.

57. Takie działanie w świetle przepisów ustawy o finansach publicznych należy uznać za działanie na szkodę budżetu podmiotu publicznego. Zamawiający winien mieć pewność, że wybrany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za kwotę określoną w procedurze przetargowej. W przypadku Strabag Zamawiający – jak opisano powyżej – takiej pewności mieć nie może. Strabag w sposób nierzetelny wycenił bowiem wskazane powyżej pozycje kosztorysowe, co przełoży się na koszty jakie będzie musiał ponieść budżet Zamawiającego, tj. podmiotu z sektora finansów publicznych.

II.5. W wyniku zastosowania inżynierii cenowej oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę.

58. Konsekwencją zastosowania opisanej powyżej inżynierii cenowej jest okoliczność obciążenia oferty Strabag domniemaniem rażąco niskiej ceny.

59. Zgodnie z ugruntowanym poglądem literatury oraz orzecnictwem Izby przez cenę rażąco niską należy rozumieć: „cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn.

generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających itp." (por. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych.

Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024).

60. Jak zostanie wykazane poniżej cena zaoferowana przez Strabag ma charakter rażąco niski w zaprezentowanym powyżej rozumieniu.

61. Oceniając przebieg procedury związanej z wyjaśnieniem RNC przez Strabag należy stwierdzić, że Zamawiający kierując Wezwanie do wyjaśnienia RNC zdecydował się na zażądaniu od rzeczzonego wykonawcy szczegółowej wyceny następujących pozycji kosztorysu cenowego dla branży drogowej:

62. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku sygn. akt KIO 2734/14 z 14 stycznia 2015 r. „w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Dotyczy to w szczególności wynagrodzenia ustalanego na zasadzie obmiaru, kiedy zależy ono od ilości rzeczywiście wykonanych czynności czy robót, która to ilość nie jest możliwa do przewidzenia w momencie kształtowania warunków zamówienia, a zależy od rzeczywistej potrzeby związanej z wykonywaniem zamówienia, co nawiązuje do wynagrodzenia opartego na zasadzie kosztorysu”.

63. W innym wyroku Izby możemy natomiast przeczytać, że „Jak stanowi 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. Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przy czym w kontekście powyższego, nie należy utożsamiać istotnej części składowej ceny z tym, że dane zamówienie jest podzielone na części. Fakt, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a samo zadanie inwestycyjne stanowi zbiór elementów od siebie zależnych i spójnych, nie przesądza o braku możliwości badania rażącego charakteru istotnej części składowej ceny oferty, jak próbował twierdzić Zamawiający. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że możliwość badania rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnych części składowych jest wykluczona w razie ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi podstawy do odstąpienia od badania realności ceny bądź jej składników.” (por. wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 964/22).

64. Jak zostało to wykazane w tabeli stanowiącej załącznik nr 6 do odwołania, różnica cenowa na pozycjach 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 kosztorysu dla branży drogowej i wynosi od 5.751.125,82 zł do 12.401.406,38 zł, podczas gdy oferta Strabag w tożsamych pozycjach wynosi zaledwie 766.981,14 zł, co stanowi jedynie 9,08% w stosunku do średnich cen pozostałych ofert, a co w sposób oczywisty potwierdza rażąco niską cenę na istotnych części składowych oferty.

65. Zaznaczyć należy, że oferta Strabag, z uwagi na określenie cen jednostkowych na poziomie 1,00 zł i niżej, jest ofertą nieporównywalną z pozostałymi. Już sama różnica cen jednostkowych na w/w pozycjach pomiędzy ofertą złożoną przez Strabag a pozostałymi oferentami, prowadzi do wniosku, że podmiot ten zastosował ceny dumpingowe w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, oferta złożona przez Strabag może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co również stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) pzp. Taki podgląd jest dość powszechnie wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku KIO z dnia 26.09.2012, sygn. akt KIO 1934/12, w wyroku KIO z dnia 18.01.2013 r., sygn. akt KIO 713, czy też w wyroku KIO z dnia 6.06.2016 r., sygn. akt KIO 830/16.

66. Odwołujący jest świadom, że udowodnienie rażąco niskiej ceny innego wykonawcy (Strabag) nie może nastąpić na podstawie indywidualnej wyceny sporządzonej przez Odwołującego. Z tego względu pragniemy zwrócić uwagę na sposób sporządzenia wyceny ofertowej przez Strabag w ramach: postępowania pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary 3 Starachowice wraz z budową obwodnicy m. Starachowice - etap I - Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary – Starachowice” (termin składania ofert 8 sierpnia 2023 roku) oraz postępowania pn. „Rozbudowa DW 768 Kazimierza Wielka - gr. Województwa etap I na odcinku od km 54+900 do km61+341” (termin składania ofert 30 sierpnia 2024 roku).

67. W ramach tych postępowań Strabag wycenił analogiczny zakres prac oraz robót w następujący sposób (porównywane ceny jednostkowe zostały oznaczone (wypełnione) kolorem żółtym w tabelach poniżej):

Zestawienie cen jednostkowych

"Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 w śladzie obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa wraz z obwodnicą m. Gowarczów"

KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer	Wyszczególnienie	Jednostka		Cena	Wartość
	Specyfikacji Technicznej	elementów rozliczeniowych	Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
7.		- rozbiórka nawierzchni kruszywowych gr. w-wy 30 cm	m2	49 854,66	1,00	49 854,66
Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary 3 Starachowice wraz z budowa obwodnicy m. Starachowice - etap I - Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary - Starachowice						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer	Wyszczególnienie	Jednostka		Cena	Wartość
	Specyfikacji Technicznej	elementów rozliczeniowych	Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
1	2	3	4	5	6	7
2.36	D.01.02.04	Rozebranie nawierzchni, z kruszywa, grubość zmienna do 33 cm wraz z odwozem na wysypisko i utylizacją	m2		6,17	-

"Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 w śladzie obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa wraz z obwodnicą m. Gowarczów"						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer	Wyszczególnienie	Jednostka		Cena	Wartość
	Specyfikacji Technicznej	elementów rozliczeniowych	Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
4.		-zdjęcie warstwy ziemi urodzajnej gr. 30cm, do późniejszego wykorzystania	m2	116 331,00	0,82	95 391,42
Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary 3 Starachowice wraz z budowa obwodnicy m. Starachowice - etap I - Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary - Starachowice						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer	Wyszczególnienie	Jednostka		Cena	Wartość
	Specyfikacji Technicznej	elementów rozliczeniowych	Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
1	2	3	4	5	6	7
1.11	D.01.02.02	Usunięcie warstwy humusu i pozostałych gruntów organicznych grubości zmiennej (10 cm)	m2		2,39	-

68.Z powyższych tabel wynika, że koszt wykonania poszczególnych robót w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (mający za przedmiot tożsamy zakres robót) jest wyceniany przez Strabag kilkaset % razy więcej niż w ramach niniejszego Postępowania. Nie ulega zatem wątpliwości, że winien On rzetelnie wyjaśnić w jaki sposób doszedł do tak korzystnej ceny bez naruszenia postanowień SWZ i Pzp związanych z wyceną oferty (zgodnie z warunkami zamówienia i zasadami uczciwej konkurencji).

69.Podobnie w innym postępowaniu, gdzie znowu różnice w cenach względem tych w Postępowaniu sięgają ponad kilkaset %:

Zestawienie cen jednostkowych

"Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 w śladzie obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa wraz z obwodnicą m. Gowarczów"						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer Specyfikacji Technicznej	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka		Cena	Wartość
			Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
7.		- rozbiórka nawierzchni kruszywowych gr. wwy 30 cm	m2	49 854,66	1,00	49 854,66

"Rozbudowa DW 768 Kazimierza Wielka - gr. Województwa etap I na odcinku od km 54+900 do km 61+341"

KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer Specyfikacji Technicznej	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka		Cena	Wartość
			Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
1	2	3	4	5	6	7
11.	D.01.02.04	Rozebranie podbudowy istniejącej konstrukcji nawierzchni - średniej grubości 30 cm	m2		8,42	-

"Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 w śladzie obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa wraz z obwodnicą m. Gowarczów"						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer Specyfikacji Technicznej	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka		Cena	Wartość
			Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
15.		Wykonanie nasypów	m3	49 764,06	2,70	134 362,96

"Rozbudowa DW 768 Kazimierza Wielka - gr. Województwa etap I na odcinku od km 54+900 do km 61+341"

KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer Specyfikacji Technicznej	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka		Cena	Wartość
			Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
1	2	3	4	5	6	7
38	D-02.03.01	Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu kat. I-IV uzyskanego z wykopu	m3		37,66	-

"Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 w śladzie obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa wraz z obwodnicą m. Gowarczów"						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer Specyfikacji Technicznej	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka		Cena	Wartość
			Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN

55.		- gr. w-wy 12 cm	m2	45 322,42	1,00	45 322,42
"Rozbudowa DW 768 Kazimierza Wielka - gr. Województwa etap I na odcinku od km 54+900 do km 61+341"						
KOSZTORYS INWESTORSKI-Strabag						
Lp.	Numer	Wyszczególnienie	Jednostka		Cena	Wartość
	Specyfikacji Technicznej	elementów rozliczeniowych	Nazwa	Ilość	jedn., PLN	PLN
1	2	3	4	5	6	7
95	D.05.03.11	Rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralnobitumicznych poprzez frezowanie nawierzchni asfaltowej na zimno z odwiezieniem destruktu asfaltowego na place składowe - frezowanie średniej grubości 10 cm	m2		12,20	-

70.Odwołujący przedkłada ww. tabelę w załączniku nr 11 do odwołania.

71.W świetle przytoczonych argumentów już na pierwszy rzut oka, stwierdzić należy że ceny zaoferowane przez Strabag – są cenami rażąco niskimi. Są to ceny oderwane od realiów rynkowych oraz od indywidualnych uwarunkowań rzeczonoego wykonawcy.

72.Obowiązkiem Strabag było wykazanie, że skalkulował cenę oferty zgodnie z warunkami zamówienia w sposób, który umożliwia jego należyte wykonania za określoną przez Niego cenę. Strabag w żadnym miejscu złożonych przez siebie wyjaśnień nie wykazał, aby zaoferowana przezeń cena nie była ceną rażąco niską, która uwzględnia przy tym wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ oraz pozostałych dokumentach zamówienia.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 13.03.2025 r.) podał: (...)

W oparciu o treść art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, ustosunkowując się do treści wniesionego odwołania oraz do postawionych Zamawiającemu zarzutów wnosząc o odrzucenie odwołania na mocy art. 528 pkt 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że:

– zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz

– dotyczy czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez

Zamawiającego odwołaniu oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, „BUDROMOSTSTARACHOWICE” Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 31, 27-215 Wąchock

W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o odrzucenie odwołania, z ostrożności procesowej, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego „BUDROMOST-STARACHOWICE” Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 31, 27-215 Wąchock;

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

(...) W dniu 19.12.2024 roku Zamawiający dokonał pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego „BUDROMOST-STARACHOWICE” Sp. z o.o. (...) oraz odrzucił ofertę Przystępującego STRABAG Sp. z o.o. (...) podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uzasadniając, że treść oferty w zakresie części pozycji kosztorysowych dla branży drogowej jest niezgodna z warunkami zamówienia. W dniu 30.12.2024 r. Przystępujący STRABAG wniósł odwołanie (KIO 5027/24), które Zamawiający uwzględnił w całości. Pomimo przystąpienia przez BUDROMOST po stronie Zamawiającego, po uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego powiadomił on strony postępowania odwoławczego, iż nie zamierza wnieść sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, czego skutkiem było umorzenie postępowania odwoławczego. W zawiązku z powyższym, zgodnie z żądaniami STRABAG Zamawiający unieważnił poniższe czynności:

– odrzucenia oferty Wykonawcy: STRABAG Sp. z o. o. (...)

– wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: „BUDROMOST- STARACHOWICE” Sp. z o.o. (...), a następnie dokonał ponownego badania i oceny ofert, w wyniku którego oferta STRABAG uzyskała najwyższą liczbę punktów. W dniu 21.02.2025 roku, po wykazaniu przez STRABAG spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta

Przystępującego (STRABAG Sp. z o.o. ...).

W dniu 03.03.2025 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Uznk z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę w wycenie oferty tzw. inżynierii cenowej przy wycenie wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym: warstwy wiążącej z betonu asfaltowego (poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), przebudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie (poz. 27 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), zdjęcia warstwy humusu i/lub darniny oraz umocnienia skarp (poz. 4 i 57 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej) oraz w zakresie wymiany gruntów (poz. 16 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej).

2.art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

1)Strabag w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia (dla branży drogowej), nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny);

2)cena ofertowa Strabag nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego; a w konsekwencji:

3. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W pierwszej kolejności, wnosząc o odrzucenie odwołania, Zamawiający wyraża pogląd zbieżny z bieżącym orzecnictwem, w szczególności ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w Postanowieniu KIO 2528/23 z dnia 8 września 2023 r., iż Odwołujący uchybił terminowi na skutecznie wniesienie odwołania, gdyż o czynności Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 19.12.2024 roku, co dawało możliwość Odwołującemu wniesienie odwołania w terminie 10 dni od otrzymania informacji od Zamawiającego tj. do dnia 30.12.2024 r. Zamawiający zgadza się z wyrażonym w ww. postanowieniu stanowiskiem, że okoliczność uznania w dniu 19.12.2024 roku za najkorzystniejszą oferty Odwołującego (BUDROMOST), nie wykluczyła możliwości kwestionowania czynności Zamawiającego w zakresie szerszym niż wynikało to z uzasadnienia odrzucenia oferty Przystępującego (STRABAG). Izba podkreśliła, iż „Nie jest bowiem możliwe i zasadne swobodne kreowanie stanowiska wykonawcy uzależnione jego sytuacją w postępowaniu. Skoro bowiem już w dacie 30 czerwca 2023 roku (tu 19.12.2024 r.) odwołujący powziął informację o zaniechaniu czynności zamawiającego, to pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą powinien kwestionować to zaniechanie w trybie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Niezasadne jest zatem uznanie odwołania wniesionego w dniu 28 sierpnia 2023 roku (tu 03.03.2025 r.) za skuteczne, gdyż dotyczy ono czynności/zaniechań zamawiającego znanych odwołującemu na wcześniejszym etapie postępowania, tj. 30 czerwca 2023 roku (tu 19.12.2024 r.). Uzależnienie skorzystania ze środków ochrony prawnej w kontekście sytuacji wykonawcy w postępowaniu nie jest dopuszczalne przepisami ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużany”. Bezpodstawną jest zatem argumentacja Odwołującego, iż złożenie odwołania w zakresie odnoszącym się do czynu nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niskiej ceny nie było możliwe na wcześniejszym etapie niniejszego postępowania, gdyż Odwołujący nie był w stanie wykazać szkody w braku uzyskania zamówienia w momencie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wręcz przeciwnie, w interesie Odwołującego leżało, aby oferta konkurencyjna była skutecznie odrzucona., zgodnie z jego oczekiwaniami prezentowanymi w piśmie przekazanym do Zamawiającego po otwarciu ofert, tj. w dniu 21.10.2024 roku, przed rozpoczęciem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, które to oczekiwania były zbieżne obecnie stawianymi w odwołaniu zarzutami. Zatem rezygnując ze złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego BUDROMOST zgodził się, aby oferta STRABAG została do postępowania przywrócona i uwzględniona przy ocenie punktowej ofert, której to ocenie poddawane są jedynie oferty niepodlegające odrzuceniu. Kwestionowanie na obecnym etapie decyzji i działań Zamawiającego, wykonanych zgodnie z żądaniami STRABAG zawartymi we wcześniejszym odwołaniu, które poprzez rezygnację ze sprzeciwu Odwołujący zaakceptował, jest zatem bezpodstawne. Odwołujący pozbawił się skutecznego wniesienia odwołania co do wyboru oferty Przystępującego i w ocenie Zamawiającego złożone przez niego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, odnosząc się do postawionych zarzutów, Zamawiający nie do podziela stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu nr 1, że oferta złożona została przez Przystępującego w warunkach nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki art. 3 ust. 1 UZNK, tj., że zastosowany przez

Przystępującego sposób kalkulacji ceny ofertowej polegał na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrażał interesowi innego przedsiębiorcy bądź go naruszał. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, przy czym przesłanki te muszą występować kumulatywnie. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób działanie Przystępującego polegające na wycenie niektórych pozycji na poziomie 0,01 zł miało wpływ na to, że świadczenie zostało zaoferowane poniżej kosztów wytworzenia, oraz że Przystępujący działał z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom, w celu eliminacji innych wykonawców.

Nie potwierdza się również zarzut nr 2 odnoszący się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę obszernie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego co do wysokości kwestionowanych cen jednostkowych w kilku pozycjach kosztorysowych a także sposób kalkulacji pozostałych cen kosztorysu, nie można było stwierdzić, że zaoferowana przez STRABAG cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej, a zatem w ocenie Zamawiającego oferta nie podlegała i nie podlega odrzuceniu na mocy art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Biorąc pod uwagę obszernie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego co do wysokości kwestionowanych cen jednostkowych w kilku pozycjach kosztorysowych a także kalkulacji pozostałych cen kosztorysu, nie można było stwierdzić, że zaoferowana przez STRABAG cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej. W ocenie Zamawiającego, opartej na bieżącym orzecznictwie, badanie cen jednostkowych w ofercie dotyczy sytuacji, gdy rażące zaniżenie poszczególnych elementów składających się na wycenę prowadzi do zaniżenia ceny oferty jako całości. Zamawiający prawidłowo zatem ocenił ofertę STRABAG, gdyż ani ceny za poszczególne elementy robót (branże) ani całe wynagrodzenie, nie zostały wyliczone na poziomie który należało uznać za rażąco niski. Kwestia ewentualnej rażąco niskiej ceny odnosi się zatem do całości wynagrodzenia ofertowego, a nie jego poszczególnych elementów wskazanych w ofercie. Zamawiający podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, cytowane przez STRABAG w składanym poprzednio odwołaniu, iż „kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy, a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób wyliczać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność. Istotne jest aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji usługi budowlanej oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku” (wyrok KIO z 07.01.2011 r., sygn. KIO 2762/10 oraz z 07.01.2011 r., KIO 2745/10). Jednocześnie istotne jest, że „Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania” (wyrok KIO z 19.02.2014 r., KIO 221/14). Ponadto Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie pozwalała na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Strabag sp. z o.o. z/s w Pruszkowie. W piśmie procesowym z dnia 13.03.2025 r. podał: (...) wnoszę o odrzucenie odwołania wniesionego w dniu 3.03.2025 r. przez „BUDROMOST-STARACHOWICE” Sp. z o.o. (dalej jako: „Odwołujący” lub „Budromost”) na podstawie art. 528 pkt 3) i 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) (dalej jako: „ustawa Pzp”), a w przypadku niepodzielenia przez Izbę argumentacji o zasadności odrzucenia odwołania – o oddalenie odwołania w całości.

Niezależnie od powyższego wnoszę o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do pisma oraz przedstawionych na rozprawie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu pisma.

Ponadto, oświadczam, że zastrzegam jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk treść wyodrębnioną w piśmie oraz odwołaniu z dnia 30.12.2024 r. i oznaczoną jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” oraz całość załączników nr 4, 5, 6 do niniejszego odwołania oraz wnoszę o ich nieujawnianie przez Izbę i w tym zakresie na podstawie art. 545 ust. 3 ustawy Pzp ograniczenie Odwołującemu i innym podmiotom prawa wglądu i zapoznania się z tymi dowodami.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Okoliczności wniesienia odwołania.

1. Na początku wywodu Przystępujący pokrótce przywołał okoliczności faktyczne dotyczące wniesienia odwołania.

2. Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: „pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 728 na odcinku od obwodnicy Końskich m. Kornica do Gowarczowa”. W toku badania i oceny ofert wezwał Strabag do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Po analizie wyjaśnień, Zamawiający w dniu 19.12.2024 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego (zwanego również jako: „Budromost”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz odrzucił ofertę Strabag na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

3. Przystępujący w dn. 30.12.2024 r. wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty (dalej również jako: „odwołanie Strabag”) formułując następujące zarzuty na s. 3 odwołania:

- 1) naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień co do treści oferty;
- 2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp polegające na uznaniu oferty Strabag jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta ta została prawidłowo opracowana, tj. zgodnie z warunkami zamówienia i przepisami prawa,
- 3) naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez dokonanie odrzucenia oferty Strabag bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie tej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 4) oraz z daleko posuniętej ostrożności procesowej – art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny i błędnym uznaniu, że ceny jednostkowe pozycji nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 w Formularzu Ofertowym zostały skalkulowane na rażąco niskim poziomie.

Ponadto na s. 22-24 (pkt II ppkt 54 – 57 uzasadnienia) odwołania Strabag podniósł ewentualny zarzut dotyczący manipulacji cenowej w poszczególnych pozycjach kosztorysu.

Ostatnie trzy zarzuty zostały podniesione przez Przystępującego, ponieważ uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty nie korespondowało z podstawą prawną odrzucenia podaną przez Zamawiającego. Uzasadnienie bowiem zawierało twierdzenia, jakoby ceny jednostkowe zostały rzekomo skalkulowane poniżej rynkowego poziomu, Strabag rzekomo w wyjaśnieniach z dnia 31.10.2024 r. nie wykazał, że cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej (a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny), a ponadto, iż Strabag rzekomo dopuścił się manipulacji cenowej, co wywoływało wątpliwości Strabag co do kompletności podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty wskazanej przez Zamawiającego w pkt II „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych” z dnia 19.12.2024 r.

Argumentacja odnośnie braku rażąco niskiej ceny w ofercie Strabag oraz kompletności i prawidłowości wyjaśnień z dnia 19.12.2024 r. (tj. dotycząca obalenia przez Strabag domniemania rażąco niskiej ceny), została przedstawiona w pkt V uzasadnienia odwołania, zaś w zakresie sugerowanej manipulacji cenowej w pkt II ppkt 54 – 57 uzasadnienia odwołania. Niezależnie jednak od powyższego, całość argumentacji potwierdzała, że Przystępująco prawidłowo wyliczył kwestionowane przez Zamawiającego ceny jednostkowe – tj. zgodnie z warunkami zamówienia oraz biorąc pod uwagę wszystkie możliwe koszty niezbędne do poniesienia w związku z należytą realizacją robót budowlanych. Powyższe zaś wykluczało uznanie, że ceny jednostkowe zostały skalkulowane rażąco nisko i w sposób wskazujący na stosowanie inżynierii cenowej, a także, że Strabag nie wykazał w wyjaśnieniach z dnia 19.12.2024 r., że cena jaką zaoferował za wykonanie zamówienia nie nosi znamion rażąco niskiej.

W związku z powyższymi zarzutami, Strabag wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Budromost jako oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Strabag. dowód: odwołanie Przystępującego z dnia 30.12.2024 r. - na okoliczność treści zarzutów, żądań oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego odwołania

4. W dn. 3.01.2025 r. Budromost przystąpił do postępowania odwoławczego, prowadzonego w wyniku odwołania wniesionego przez Strabag, po stronie Zamawiającego. Zamawiający w dn. 23.01.2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. W dn. 27.01.2025 r. Budromost złożył oświadczenie o braku wniesienia sprzeciwu do czynności uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

5. W związku z powyższym, postępowanie odwoławcze wszczęte w wyniku wniesienia odwołania przez Strabag, zostało umorzone na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.02.2025 r., KIO 5027/24.

6. Zamawiający, zgodnie ze swoim oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania, w dniu 10.02.2025 r. dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty Budromost najkorzystniejszej. Po ponownym przeprowadzeniu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Strabag, Zamawiający w dn. 21.02.2025 r. dokonał wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej.

7. Na tę czynność wniósł odwołanie Odwołujący, formułując zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
- 2) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo niewykazania przez niego w wyjaśnieniach, iż cena nie jest rażąco niska i pomimo tego, że cena ofertowa nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

II. Podstawy odrzucenia odwołania.

1. Przystępujący stoi na stanowisku, iż odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie:

- art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, ponieważ dotyczy czynności, którą Zamawiający, w wyniku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

2. W zakresie podstawy odrzucenia wskazanej w art. 528 pkt 5) ustawy Pzp Przystępujący wskazuje, że przedmiotowe odwołanie dąży do odrzucenia jego oferty z tych samych powodów, które były przedmiotem zarzutów odwołania Strabag z dnia 30.12.2024 r.

Jak bowiem przypomniał Przystępujący w pkt I uzasadnienia powyżej, w odwołaniu Strabag sformułowano m.in. zarzuty odnośnie niezasadnego odrzucenia jego oferty ze względu na rażąco niską cenę oraz rzekomy brak wykazania, że cena oferty Strabag nosi znamiona rażąco niskiej i przedstawiono argumentację odnoszącą się do rzekomej manipulacji cenowej. Zamawiający zaś, zgodnie z art. 522 ust. 1 i 2 ustawy Pzp uwzględnił odwołanie w całości. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym KIO 5027/24 przystąpił po stronie Zamawiającego i w wyniku wezwania Krajowej Izby Odwoławczej złożył jednoznaczne oświadczenie o braku wniesienia sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

3. Zgodnie natomiast z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, w takiej sytuacji (tj. w przypadku braku wniesienia przez przystępującego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu) Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający tak też postąpił, bowiem najpierw unieważnił czynność wyboru oferty Budromost jako najkorzystniejszej, a następnie przeprowadził na nowo badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Strabag. W tym zakresie nastąpiła zatem powaga rzeczy osądzonej (res iudicata), która uniemożliwia ponowne rozpatrywanie i orzekanie w przedmiocie tych samych zarzutów: „Wskazać należy, iż powyższy przepis, jak również art. 528 pkt 5 ustawy Pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie. Przewidziany w powyższym przepisie zakaz obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo odpowiadające żądaniu zawartemu w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzeniu postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu. Celem ww. przepisu jest bowiem zapobieganie sytuacjom ponownego orzekania o tym samym. Jeżeli zatem przedmiotem odwołania zostanie objęta jedna z ww. czynności, tj. czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu na skutek uwzględnienia zarzutów poprzedniego odwołania, wykonawca nie będzie mógł takiej czynności skutecznie zakwestionować za pomocą środków ochrony prawnej, bowiem wniesione odwołanie będzie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp”. (Postanowienie z dnia 6 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3106/22).

4. Nie można się przy tym zgodzić z Odwołującym, iż Zamawiający nienależycie wykonał żądania odwołania Strabag, gdyż pominął wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (vide: pkt II ppkt 13 – 18 odwołania Budromost). Należy w tym miejscu podkreślić, że w świetle art. 522 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. W żądaniach odwołania Strabag nie było natomiast wniosku o nakazanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący wnosił jedynie o ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty. Faktem jest, że w odwołaniu Strabag został podniesiony zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostało jednak z tym zarzutem skorelowane konkretne żądanie wezwania go do wyjaśnień, gdyż Przystępujący zakładał, iż prawdopodobnie treść odwołania pozwoli Zamawiającemu wyjaśnić ewentualne wątpliwości (co, jak się później okazało, było założeniem słusznym). Odwołujący zdaje się pomijać, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 pzp „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń”. Powyższy przepis wprowadza uprawnienie dla Zamawiającego do żądania wyjaśnień, co oznacza, że Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać, jednakże powinien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty jeśli istnieją ku temu przesłanki. W sytuacji, gdy Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uświadomił sobie, iż w błędny sposób interpretował treść SWZ i na skutek analizy argumentacji Strabag zmienił swój sposób interpretacji SWZ, dzieląc w całości ww. argumentację, nie miał podstaw do kierowania do Strabag wezwania do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, niezasadne są twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający „bezrefleksyjnie” podszedł do procesu badania i oceny ofert wykonawców i z samego faktu niewezwania Przystępującego do wyjaśnień treści oferty próbuje wywodzić możliwość kwestionowania wyboru oferty Strabag w oparciu o te same okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego, uwzględnionego odwołania. Niezależnie od powyższego, warto podkreślić, że Odwołujący,

choć dopatruje się rzekomo niewykonania żądań odwołania Strabag przez Zamawiającego, nie sformułował zarzutu naruszenia art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

5. Kluczowy jednak w tym względzie jest fakt, że Odwołujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym przystąpił po stronie Zamawiającego i po uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania Strabag w całości – nie wniósł wobec tej czynności sprzeciwu. Tym samym, zgodził się z pozytywną oceną Zamawiającego w przedmiocie treści odwołania Strabag, a w konsekwencji również jego oferty. Jeżeli natomiast Odwołujący prezentował odmienne od Zamawiającego stanowisko w zakresie oferty Strabag w zakresie rzekomego rażącego zaniżenia określonych cen jednostkowych, rzekomego braku wykazania przez Strabag w wyjaśnieniach z 31.10.2024 r., że cena oferty nie jest rażąco niska oraz rzekomej manipulacji cenowej, miał możliwość je wyartykułować i dochodzić swoich praw przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie można przy tym zgodzić się z sugestią Odwołującego, że nie dostrzegał on potrzeby zgłaszania sprzeciwu ze względu na fakt, iż w odwołaniu pojawił się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który miał jedynie otworzyć możliwość wyjaśniania treści oferty Strabag.

Jak wskazano powyżej, żądania Strabag zmierzały do przywrócenia jego oferty do postępowania, co ewidentnie wiązałoby się ze szkodą po stronie Odwołującego, którego oferta na tamten moment była najkorzystniejszą i wybraną przez Zamawiającego. Zatem w poprzednim postępowaniu odwoławczym Odwołujący Budromost jak najbardziej legitymował się interesem we wniesieniu sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i chcąc chronić wyboru swojej oferty, Odwołujący winien był ten sprzeciw zgłosić, mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Obecna próba kwestionowania czynności wyboru oferty Przystępującego, będącej wynikiem poprzedniego odwołania wniesionego w postępowaniu, stoi zatem w sprzeczności z tą zasadą, która zakłada, iż wykonawcy zobowiązani są do należytego i terminowego korzystania z przysługujących im środków, tak, aby nie zakłócać sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

6. Zwrócenia uwagi wymaga, że – jak wskazuje się w orzecznictwie – omawiana podstawa odrzucenia odwołania odnosi się nie tylko do poprzedniego odwołującego, ale do wszystkich podmiotów, którzy na etapie poprzedniego odwołania mieli możliwość dążenia do ochrony swoich praw. Jeżeli dany podmiot (wykonawca) zrezygnuje z kwestionowania zarzutów tego odwołania, nie będzie miał możliwości na późniejszym etapie podnosić tych samych okoliczności w drodze nowego środka ochrony prawnej. Takie stanowisko zaprezentowała m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 27.01.2023 r., KIO 87/23: „Czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu zamówień publicznych bądź też - jeśli samodzielnie uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu - którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Co istotne, odmiennie od przesłanki wskazanej w pkt 4 (lit. B. IV, Nb 1), w omawianym przypadku odrzucone zostanie odwołanie wniesione nie tylko przez tego samego co uprzednio odwołującego, ale także przez jakiegokolwiek inny podmiot. Ustawodawca, mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. W praktyce, poza samym odwołującym, przesłanka ta dotyczy innych wykonawców, którzy mogli wziąć udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących - w tym mogli wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2022 Wydanie 3). (...) Jeżeli obecny odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 3057/22, to powinien był przystąpić do tego postępowania odwoławczego i wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, czego nie uczynił”.

7. W konsekwencji, zdaniem Przystępującego, przedmiotowe odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

8. Niezależnie jednak od powyższego, mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, zdaniem Przystępującego, przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu również w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

9. Jeżeli, zdaniem Odwołującego, jego odwołanie odnosi się do innych uchybień oferty Przystępującego, nieobjętych odwołaniem Strabag, a znanych mu na etapie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, to należy stwierdzić, że Odwołujący zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej był zobowiązany wnieść odwołanie w terminie do dnia 30.12.2024 r., tj. w terminie 10 dni od dnia od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

10. Z treści odwołania wynika bowiem, iż zarzuty Odwołującego nie odnoszą się do nowych okoliczności zaistniałych po wniesieniu odwołania Strabag i jego uwzględnieniu przez Zamawiającego, ale do rzekomych uchybień naruszeń, których wystąpienie można było stwierdzić w chwili dokonania pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Przystępującego, tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk oraz art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8)

ustawy Pzp. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz ETS, przyjmuje się, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest zobowiązany kwestionować niepełną podstawę odrzucenia oferty konkurencyjnej. Brak podjęcia działań w tym kierunku może bowiem doprowadzić do sytuacji, w której w przypadku przywrócenia konkurenta do postępowania (na skutek skutecznego zakwestionowania przez niego czynności odrzucenia w ramach środków ochrony prawnej), będzie on plasował się na pierwszym miejscu, zaś wykonawca pierwotnie wybrany – na drugim, tracąc tym samym szansę na pozyskanie zamówienia.

12. Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie. Dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Nie do pogodzenia z powyższą zasadą jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania składał odwołanie od czynności powtórnego wyboru oferty w zakresie okoliczności, o których powziął wiedzę już przy pierwszym wyborze (por. przykładowo: postanowienie z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; postanowienie z dnia 18 września 2014 roku sygn. akt KIO 1798/14). Oznacza to, że przy ewentualnym ponownym badaniu i ocenie ofert Odwołujący nie ma możliwości skutecznego podniesienia zarzutów w zakresie rzekomych niezgodności w ofercie Strabag, co do których powziął wiedzę wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej tj. w dniu 19.12.2024 r.

13. Każdy wykonawca jest natomiast związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 515 ustawy Pzp), jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

14. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku (sygn. akt V Ca 2142/12), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skarżenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 ustawy Pzp z 2004 r.) (tak: wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2523/14 ; por. wyroki: KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIC 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13).

15. Powyższy stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen- FinanzierungsAG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), stwierdzając, że: „fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi <<interes w uzyskaniu danego zamówienia>> interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy” (por. KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12).

16. W konsekwencji, m.in. w wyroku z 16.09.2019 r. wydanym w sprawach połączonych KIO 1669/19, 1679/19 i 1682/19 Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła, że wybrany wykonawca powinien wnieść odwołanie na zaniechanie odrzucenia pozostałych ofert w terminie liczonym od dnia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej. W stanie faktycznym ww. sprawy nie doszło jeszcze do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta była dla Izby wystarczająca dla uznania, że pozycja wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, jest zagrożona, wobec czego przesłanka zagrożenia poniesieniem szkody została spełniona. Izba przypomniła, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r. (III CZP 103/10) postępowanie w sprawie zamówienia publicznego kończy się wraz z zawarciem umowy, wobec czego dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony.

17. Zatem to od daty otrzymania wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej biegnie termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący może skutecznie podnosić zarzuty, co do których miał wiedzę w tym momencie. Kolejna ocena ofert, wykonana zgodnie z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej, nie przywraca odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu tej pierwszej oceny.

18. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy na danej podstawie prawnej, nie skutkuje przywróceniem terminu innemu wykonawcy do

wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty na innej podstawie prawnej, ponieważ odmienne podejście skutkowałoby rozciągnięciem w czasie postępowań odwoławczych i niepotrzebnym przedłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Należy zauważyć, że

wszystkie czynności bądź zaniechania podjęcia określonych czynności względem konkretnej oferty winny zostać poddane ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym terminie.

19. W niniejszej sprawie, w interesie Odwołującego leżało, aby Zamawiający wskazał i odrzucił ofertę Strabag w oparciu o rzekome wszystkie przesłanki faktyczne i prawne zaistniałe w dniu

pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Strabag, tj. 19.12.2024 r. Strona | 11 Brak wniesienia odwołania od ww. czynności uniemożliwia Odwołującemu obecnie powoływanie się na znane mu w dniu 19.12.2024 r., rzekome dodatkowe przesłanki do odrzucenia oferty Strabag, wyartykułowane dopiero w odwołaniu z dnia 3.03.2025 r.

20. Okoliczności faktyczne sprawy potwierdzają natomiast, że Odwołujący dostrzegał rzekome uchybienia oferty Strabag jeszcze na etapie badania i oceny ofert przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty, o czym świadczy treść pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego w dniu 21.10.2024 r. dowód: pismo Odwołującego z dnia 21.10.2024 r. - na okoliczność, iż przed pierwotnym wyborem najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 19.12.2024 r., Odwołujący formułował zarzuty względem oferty Przystępującego, które następnie podniósł w przedmiotowym odwołaniu. W piśmie tym, Odwołujący kwestionował poszczególne ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego Przystępującego, zarzucając, iż Strabag miał dopuścić się manipulacji cenowej. Powyższe potwierdza zatem, iż Odwołujący, na etapie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, był w stanie formułować względem oferty Strabag zarzuty będące przedmiotem niniejszego odwołania. W konsekwencji, należy również uznać, iż obecnie podnoszone zarzuty są spóźnione, zostały bowiem zgłoszone z naruszeniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

21. W świetle powyższego, w szczególności za spóźnione należy uznać zarzuty odnoszące się do rzekomej manipulacji cenowej (tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp) w zakresie poz. 27, 50, 51 i 57, których wystąpienie Odwołujący mógł stwierdzić na etapie pierwszego wyboru swojej oferty (aczkolwiek oczywiście Przystępujący z tym zarzutem całkowicie się nie zgadza). Zarzuty odnoszące się do rzekomej manipulacji cenowej w zakresie poz. 4 i 16 są spóźnione, a dodatkowo objęte res iudicata, gdyż w ich przedmiocie wypowiadał się Przystępujący w odwołaniu wniesionym w dniu 30.12.2024 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego. Z kolei zarzut rzekomego naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp nie może być rozpatrywany na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż był on przedmiotem odwołania Strabag, uwzględnionego następnie w całości przez Zamawiającego i w stosunku do której to czynności Odwołujący nie wniósł sprzeciwu. Niezależnie jednak od powyższego, w przypadku nie podzielenia argumentacji przez KIO w tym zakresie, zarzut ten powinien również potraktowany jako spóźniony, w świetle art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

III. Brak manipulacji cenowej w ofercie Przystępującego.

1. Przystępujący jednak z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Strona | 12 Odwoławcza nie podzieliła powyższej argumentacji i uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania, poniżej prezentuje swoje stanowisko odnośnie zarzutów, wskazując na ich bezzasadność.

2. W pierwszej kolejności, Przystępujący odniesie się do twierdzeń podniesionych przez Odwołującego w pkt II.1. ppkt 21 – 23 uzasadnienia odwołania.

3. Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby pkt 9 SST kreował zasady budowania ceny ofertowej, a tym bardziej konkretnych cen jednostkowych. Z treści i samej nazwy pkt 9 SST wynika bowiem, iż kształtuje on zasady rozliczania robót i tym samym znajduje on zastosowanie już po podpisaniu umowy.

Z kolei nadinterpretacją ze strony Odwołującego jest wniosek, że na podstawie pkt 9 SST wykonawcy byli zobowiązani uwzględniać w poszczególnych pozycjach kosztorysowych wszystkie wymienione w tym punkcie koszty. Z treści pkt 9 SST wynika bowiem ogólny obowiązek uwzględnienia wszystkich kosztów niezbędnych do poniesienia przy wykonywaniu prac. Natomiast, sama konstrukcja kosztorysu ofertowego, umożliwiała wykonawcom ujęcie pewnych kosztów związanych z wykonywaniem danych prac w innej pozycji. Przystępujący w kwestii postanowień SWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny oraz warunków płatności przedstawił szczegółową argumentację w pkt II ppkt 9 – 10 odwołania Strabag z dnia 30.12.2024 r., do którego treści odsyła. Przypomnieć przy tym należy, że prezentowana przez Przystępującego interpretacja pkt 9 SST została zaakceptowana przez Zamawiającego, który uwzględnił odwołanie w całości, zaś Odwołujący wobec tej czynności nie zgłosił sprzeciwu. Jeżeli więc Odwołujący prezentuje odmienne stanowisko w zakresie wykładni treści pkt 9 SST winien był dać temu stosowny wyraz na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego, z którego to prawa sam zrezygnował. Aktualne więc twierdzenia Odwołującego odnośnie rzekomej konieczności uwzględniania wszystkich wymienionych w pkt 9 SST pozycji kosztowych w każdej cenie jednostkowej, niezależnie od ich niezasadności, należy potraktować jako spóźnione. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący całą argumentację o rzekomej rażąco niskiej cenie oferty i rażąco niskich cenach jednostkowych i rzekomej

inżynierii cenowej opiera o nadinterpretację pkt 9 SST (oderwaną od treści SWZ i argumentacji przedstawionej przez Strabag w odwołaniu z dnia 30.12.2024 r.). Zgodnie z wykładnią pkt 9 SST dokonywaną przez Odwołującego, postanowienie to rzekomo kształtuje wymogi dotyczące sposobu kalkulowania ceny ofertowej, jednak równocześnie wyjaśnia na s. 7 odwołania, że „nie kwestionuje niezgodności [oferty Strabag- przyp. Aut.] z warunkami zamówienia”. Powyższe twierdzenia Odwołującego są ze sobą wewnętrznie sprzeczne – jeżeli zdaniem Odwołującego pkt 9 SST wykluczał możliwość przenoszenia kosztów poszczególnych prac pomiędzy pozycjami kosztorysowymi, w takiej sytuacji oferta Przystępującego nie mogłaby być uznana za zgodną z warunkami zamówienia (oczywiście Przystępujący z takimi twierdzeniami w zupełności się nie zgadza). W takiej sytuacji tym bardziej dziwi aktualne stanowisko Odwołującego, który w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie wniósł sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania w całości i nie podjął tym samym próby przeforsowania prezentowanej przez siebie wykładni brzmienia pkt 9 SST. Przystępujący stoi w tym względzie na stanowisku, iż skoro wykładnię pkt 9 SST dokonywaną przez Odwołującego należy traktować jako nadinterpretację, oderwaną od postanowień SWZ i niezgodną z intencją Zamawiającego, to dalsze jego twierdzenia, będące wynikiem tej wykładni, należy uznać za całkowicie niezasadne.

4.W konsekwencji, Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującymi zawartymi w pkt II.1. ppkt 24 – 27 uzasadnienia odwołania.

5.Odwołujący w tym zakresie próbuje forsować tezę, iż ceny jednostkowe podane w pozycjach nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 kosztorysu dla branży drogowej zostały rażąco zaniżone i skalkulowane z pominięciem ich realnej, rynkowej wartości.

Twierdzenie to jest nieuzasadnione, ponieważ po pierwsze, Przystępujący ceny te prawidłowo skalkulował, co potwierdził w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Nie ma przy tym racji Odwołujący, który sugeruje w treści odwołania, iż ceny jednostkowe nie uwzględniają wszystkich czynników cenotwórczych (np. kosztów transportu) – w tym względzie Przystępujący zwraca uwagę, iż w toku wyjaśnień przedstawił metodę kalkulacji ceny ofertowej i udowodnił, że wszystkie koszty niezbędne do poniesienia w związku z realizacją prac zostały uwzględnione w cenie ofertowej.

Po drugie, podkreślić należy, że wskazane przez Odwołującego ceny jednostkowe były przedmiotem odwołania Strabag, w którym podniesiony był zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Odwołanie to, jak wskazano powyżej, zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego, z którą to czynnością Odwołujący się zgodził, nie wnosząc sprzeciwu. W konsekwencji, budzi zdziwienie fakt, iż w chwili obecnej, po wyborze oferty Przystępującego, Odwołujący próbuje wywodzić, że ceny te jednak są zaniżone i nierealne. Taką tezę Odwołujący miał prawo forsować na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego, z którego to prawa nie skorzystał nie wnosząc sprzeciwu, toteż aktualne jego twierdzenia należy uznać za dalece spóźnione i stojące w sprzeczności ze stanem faktycznym i prawnym objętym res iudicata.

Szczegółowa argumentacja odnosząca się do rzekomego zaniżenia ww. cen jednostkowych została przedstawiona przez Przystępującego w pkt IV uzasadnienia niniejszego pisma.

6.Konsekwencją nieprawidłowej tezy Odwołującego o rzekomym zaniżeniu cen jednostkowych podanych w pozycjach nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 kosztorysu dla branży drogowej jest jego niesłuszne twierdzenie, iż Przystępujący inne pozycje skalkulował rażąco wysoko, co miałoby świadczyć o manipulacji cenowej. W tym zakresie, Odwołujący

sugeruje, iż Przystępujący miał rzekomo „wykorzystywać różnice pomiędzy ilościami robót

Strona | 14 określonymi przez Zamawiającego do wykonania zgodnie z dokumentacją projektową a kosztorysem ofertowym” i wyceniać nisko te prace, które na etapie wykonania ostatecznie będą mniejsze ilościowo, zaś rażąco wysoko wyceniać te, które na etapie wykonania będą ilościowo większe. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, gdyby Przystępujący „wykonawca nie zastosował inżynierii cenowej, jego oferta mogłaby nie być najkorzystniejszą”.

7.Odwołujący na potwierdzenie swojej tezy przywołuje rzekome przykłady inżynierii cenowej, wskazując na ceny jednostkowe Strabag zaproponowane dla pozycji 50, 51, 27, 57 oraz 16.

8.Twierdzenia Odwołującego są całkowicie niezasadne.

9.Poniżej Przystępująco szczegółowo odniesie się do poszczególnych cen jednostkowych wymienionych przez Odwołującego.

Ad. Poz. 50 Warstwa gr. 8 cm – jezdnia oraz poz. 51. Warstwa gr 5 cm – ciąg pieszo-rowerowy 10. Odwołujący sugeruje, że Przystępujący wycenił pozycję 51 rażąco wysoko, o czym miałoby świadczyć porównanie tej ceny (wynoszącej 45,02 zł) z ceną jednostkową Przystępującego dla pozycji nr 50 (wynoszącej 32,20 zł) – przy czym, jak zauważa Odwołujący – pozycja 51 dotyczy prac w zakresie wykonania cieńszej warstwy wiążącej (5 cm) w porównaniu z pracami wskazanymi w poz. 50 (gdzie warstwa ta jest grubsza i wynosi 8 cm).

11.Teza Odwołującego jest z gruntu nietrafna.

12.Odwołujący próbuje wywodzić, iż Przystępujący dopuścił się manipulacji cenowej, opierając się wyłącznie na

porównaniu dwóch cen jednostkowych w zakresie podobnych (nie zaś tożsamyh prac). Podkreślić należy, że, jak już sama nazwa wskazuje, poz. 50 dotyczy warstwy wiążącej na jezdni, zaś poz. 51 warstwy wiążącej na ciągu pieszo – rowerowym.

W tym względzie Przystępujący zwraca uwagę, że składowymi ww. pozycji cenowych związanych z układaniem mas mineralno – bitumicznych jest nie tylko koszt zakupu mieszanki, na który powołał się Odwołujący. Przede wszystkim dużą częścią ceny wykonania tych prac jest koszt wbudowania tych warstw, w tym założona wydajność i rodzaj sprzętu. Odwołujący, jako doświadczony wykonawca musi mieć świadomość, iż nie jest możliwe osiągnięcie takiej samej wydajności wbudowania mieszanki na szerokiej jezdni oraz wąskiej ścieżce rowerowej. Praktyka natomiast wskazuje, że w ciągach pieszo – rowerowych, pomimo wbudowania na 1 m² mniejszej ilości materiału, sam koszt jego wbudowania jest dużo wyższy. W przypadku układania warstw bitumicznych na ścieżce rowerowej, z racji niedużej szerokości ciągu dochodzi dodatkowo koszt przeładunku koparką mieszanki bitumicznej z samochodu transportującego mieszankę w kosz maszyny układającej, czego nie stosuje się w przypadku układania warstw bitumicznych na jezdni.

Z powyższych względów, przede wszystkim z powodu odmiennej metody wykonania prac na szerokiej jezdni i węższym ciągu pieszo – rowerowym oraz związanym z nią odmiennym poziomem wydajności sprzętu, koszty wbudowania warstwy wiążącej nie mogą kształtować Strona | 15 się tak samo lub nawet analogicznie.

13.Odnosząc się zaś do twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący celowo zawyżył lub zaniżył ilość prac dla poszczególnych pozycji, ponownie należy wskazać, że są one nieuzasadnione. Według Odwołującego, Przystępujący dla poz. 50 zawyżył ilości o ok. 6 000 m² (co stanowi ok. 11% różnicy), z kolei ilości z poz. 51 miałyby zostać zaniżone o ok. 7 655 m² (tj. o 36%). Przystępujący nie zgadza się z tą argumentacją. Według pomiarów wykonanych przez Przystępującego, na podstawie załączonej do SWZ dokumentacji projektowej, powierzchnia ścieżki rowerowej wynosi ok. 18 896 m². Występowanie mniejszej powierzchni (a nie zawyżonej jak twierdzi Odwołujący) potwierdza poniższe wyliczenie.

Zgodnie z SWZ zakres prac obejmuje: km 77+258,7 – 79+630 oraz 80+100,00 – 83+700,00, co daje łącznie 5972 mb (2372m + 3600m). Ciąg pieszo – rowerowy, zgodnie z dokumentacją, przebiega po jednej stronie jezdni, a jego szerokość wynosi 3,0 m. Zatem powierzchnia ścieżki wynosi 17 916 m² (5972m x 3,0m).

Nie jest więc prawdą, że należy przewidzieć więcej m² warstwy ścieralnej na ścieżce rowerowej niż przewidział to Przystępujący w kosztorysie – jest wręcz przeciwnie, powierzchnia ścieżki, zgodnie z dokumentacją, jest faktycznie mniejsza. Przy czym zaznaczyć należy, że ewentualne różnice w pomiarach rzędu ok. 10%, które mogą występować, należy traktować jako błąd pomiarowy. Różnica, na którą powołuje się Odwołujący, mająca osiągać poziom ok. 36% ma sugerować manipulowanie cenami przez Przystępującego, przy czym podkreślić należy, że twierdzenia Odwołującego są pozbawione podstaw, gdyż z dokumentacji projektowej wynika, iż faktycznie, powierzchnia ciągu pieszo – rowerowego ma być mniejsza.

14.Ostatecznie, zarzut rażąco wysokiego wycenienia poz. 51 nie może się ostać także z tego powodu, że cena 45,02 zł/m² nie jest najwyższą zaoferowaną w tym postępowaniu. Większość wykonawców wyceniło tę pozycję znacznie wyżej – Budimex wycenił tę pozycję na kwotę 77,52 zł, firma KAMI na zbliżoną kwotę, tj. 49,67 zł, firma Fart i firma Drog-Bud - 50,00 zł, firma Mirbud - 55,70 zł i firma Pawlica - 61,79 zł.

15.Powyższe okoliczności wskazują więc, że Przystępujący, wbrew sugestiom Odwołującego, nie ma możliwości osiągnięcia jakiegos dodatkowego zysku, gdyż ani ilość prac nie została zawyżona, ani cena za ich realizację nie została skalkulowana na poziomie odbiegającym od rynkowych realiów.

16.Niezależnie od powyższego, Przystępujący zwraca uwagę, że w ramach wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny przedstawił sposób kalkulacji pozycji nr 50 i 51 (vide: poz. 5.4.10. i 5.4.20. Załącznika nr 6 do wyjaśnień), który nie wzbudził wątpliwości Zamawiającego.

17.W konsekwencji, brak jest podstaw do stwierdzenia wystąpienia manipulacji cenowej w zakresie poz. 50 i 51.

Ad. Poz. 27. Podbudowa zasadnicza z mieszanki niezwiązanej z kruszywem c90/30, grubości 23 cm – jezdnia

18.Odwołujący sugeruje, że Przystępujący wycenił pozycję 27 rażąco wysoko, o czym miałyby świadczyć porównanie tej ceny (wynoszącej 76,40 zł) z cenami jednostkowymi

Przystępującego dla pozycji nr 30 i 32 (wynoszącymi 50,00 zł).

19.Podobnie jak w przypadku poz. 50 i 51 twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są niezasadne.

20.Odwołujący również w odniesieniu do poz. 27 próbuje wywodzić, iż Przystępujący dopuścił się manipulacji cenowej, opierając się wyłącznie na porównaniu cen jednostkowych zaproponowanych w różnych pozycjach, w odniesieniu do różnego rodzaju prac. Pozycja 27 dotyczy bowiem prac w zakresie podbudowy z mieszanki niezwiązanej z kruszywem realizowanych dla jezdni, podczas gdy pozostałe pozycje 28 – 33 dotyczą chodników, ciągów pieszo – rowerowych, wysp i zjazdów. Odwołujący, jako doświadczony wykonawca, powinien mieć świadomość (i z pewnością taką ma), iż prace wykonywane w tak różnych elementach drogi, są realizowane w odmienny sposób, a co za tym idzie, zakładany jest inny poziom wydajności i rodzaju wykorzystywanego sprzętu przy tych robotach. Innymi słowy, pozycje 27 i pozycje

30 – 33 dotyczą różnego rodzaju prac i dlatego nie mogą być one porównywane w celu wykazania ewentualnych, rzekomych nieprawidłowości w wycenie.

21. *Tajemnica przedsiębiorstwa (...)*

22. Odnosząc się zaś do twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący przyjął niewłaściwą

Strona | 17 ilość prac, Przystępujący wskazuje, iż założył zakres prac określony w przedmiarze na poziomie 49 020 m². Nawet jeśli zakres prac wynikający z dokumentacji projektowej ma wynosić sugerowaną przez Odwołującego ilość 57 828 m² to i tak ewentualna różnica wynosząca 15% jest nieznaczna i może być potraktowana jako typowy błąd pomiarowy.

23. Niezależnie od powyższego, zarzut rażącego zawyżenia ceny Przystępującego nie może się ostać, gdyż nie jest ona najwyższą w postępowaniu. Budimex wycenił tą pozycję na kwotę 84,23zł, firma PORR na zbliżonym poziomie, tj. 70,48 zł, firma Drog-Bud na kwotę 70,00 zł.

24. Powyższe okoliczności wskazują więc, że Przystępujący, wbrew sugestiom Odwołującego, nie ma możliwości osiągnięcia jakiegoś dodatkowego zysku, gdyż ani ilość prac nie została zawyżona, ani cena za ich realizację nie została skalkulowana na poziomie odbiegającym od rynkowych realiów.

25. W konsekwencji, brak jest podstaw do stwierdzenia wystąpienia manipulacji cenowej w zakresie poz. 27.

Poz. 57. Umocnienie poprzez humusowanie, obsianiem

26. Odwołujący sugeruje, że Przystępujący rażąco nisko wycenił pozycję nr 4 (zdjęcie warstwy ziemi urodzajnej gr. 30 cm, do późniejszego wykorzystania, cena na poziomie 0,82 zł za m²) i jednocześnie rażąco wysoko wycenił pozycję nr 57 (umocnienie poprzez humusowanie, obsianiem, cena 30,77 zł za m²).

27. Twierdzenia Odwołującego są pozbawione podstaw.

28. W zakresie pozycji nr 4, Przystępujący przypomina, iż była ona przedmiotem odwołania z dnia 30.12.2024 r. Przystępujący w ramach wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wykazał prawidłowość skalkulowania tej pozycji, co dodatkowo potwierdził w odwołaniu, do którego treści odsyła w tym zakresie (vide: pkt II ppkt 19 – 23 uzasadnienia odwołania). Zamawiający odwołanie uwzględnił w całości, uznając tym samym, iż cena ta została skalkulowana należycie i na rynkowym poziomie. Odwołujący nie zgłosił natomiast sprzeciwu w tym zakresie, zgadzając się tym samym z oceną Zamawiającego. Aktualne, odmienne twierdzenia Odwołującego w tej kwestii należy zatem potraktować jako niezasadne, a także dalece spóźnione.

29. Z kolei odnośnie pozycji nr 57 nie można zgodzić się z tezą Odwołującego o jej rzekomym rażącym zawyżeniu.

30. *Tajemnica przedsiębiorstwa (...)*

31. *Tajemnica przedsiębiorstwa (...)*

Prawidłowość wysokości tej ceny potwierdza także kalkulacja dokonana według cennika Sekocenbud, właściwego na dzień składania oferty, tj. Zeszyt 61/2024 (2275) 4 kwartał 2024 r. Zgodnie z wyceną KNR 2-01 0510-0100 Humusowanie i obsianie skarp przy grubości warstwy humusu 5cm cena średnia wynosi 19,29 zł/m². Przyjmując więc grubość humusowania zgodną z dokumentacją projektową, tj. 10 cm, cena zahumusowania wynosiłaby 38,58zł/m².

Z kolei obsianie skarp w ziemi urodzajnej, zgodnie z wyceną KNR 2-01 0510-0300 na średnim poziomie wynosi 3,97zł/m².

Tym samym cena za całość prac w poz. 57, zgodnie z wyceną według średnich stawek Sekocenbud, powinna wynosić 42,55zł/m².

Z kolei biorąc pod uwagę ceny najniższe i współczynnik regionalny do wartości kosztorysów - dla województwa świętokrzyskiego zmniejszający ceny o 0,979, cena 10 cm zahumusowania z obsianiem wynosi 35,76 zł (2 x 16,46 + 3,61) x 0,979, a zatem jest nadal wyższa niż przewidziana w ofercie przez Przystępującego.

dowód: Wyciąg z cennika Sekocenbud - na okoliczność wysokości średnich i minimalnych cen rynkowych w zakresie humusowania i obsiania skarp oraz współczynnika regionalnego Sekocenbud dla województwa świętokrzyskiego

Z powyższego wynika, że, wbrew twierdzeniom Odwołującego, poz. 57 nie została rażąco zawyżona, ale została skalkulowana na realnym, rynkowym poziomie.

32. Odnośnie argumentacji Odwołującego, jakoby w kosztorysie ofertowym została przyjęta niewłaściwa ilość powierzchni do zahumusowania Przystępujący zwraca uwagę, że na moment złożenia oferty trudno jest dokładnie oszacować konkretne ilości w tym zakresie, ponieważ wysokość skarp przeznaczonych do zahumusowania jest zmienna na całej długości odcinka. Biorąc jednak pod uwagę średnią szerokość skarp na przedmiotowym odcinku wynoszącą ok. 5,6m i długość odcinka po odjęciu odcinków rowu, który wypełniony jest przepustami (tj. 5972 - 905,96 = 5066,04 m) otrzymujemy powierzchnię: 5,27 x 5066,04 = 26698,04 m². Zgodnie z dokumentacją, część z tej powierzchni, tj. 3965,59m², umocniona jest płytami ażurowymi zamiast humusowania, zatem otrzymujemy powierzchnię 28369,82 - 3965,59 = 24 404,23 m². W pozycji 57 Umocnienie skarp - umocnienie poprzez humusowanie, obsianiem przewidziana jest natomiast powierzchnia 26 300 m², a zatem większa niż wynika z dokumentacji. Przystępujący w tym zakresie podkreśla, że omawiana pozycja kosztorysowa dotyczy umocnienia poprzez zahumusowanie jedynie skarp, nie

zaś innych sąsiadujących powierzchni (co wynikałoby z twierdzeń Odwołującego, który w tym względzie wskazuje, że powierzchnie te powinny być większe dwu-, a nawet trzykrotnie).

Dowód: wycinki z planu sytuacyjnego z pomiarami szerokości skarp - na okoliczność prawidłowego wyliczenia przez Przystępującego powierzchni skarp do zahumusowania i obsiania to nadal nie można mówić o tym, że Przystępujący dopuścił się manipulacji cenowej. W ostatecznym rozrachunku bowiem cena jednostkowa została skalkulowana na rynkowym i realnym poziomie. Jeżeli więc na etapie realizacji faktyczne ilości ulegną zwiększeniu, to tym samym także koszty wykonania prac będą wyższe. Przystępujący więc nie otrzyma „nadmiarowego” zysku z tytułu wykonania tych prac w większym obmiarze.

Poz. 16. Wymiana gruntów wysadzinowych

33.Odwołujący sugeruje, że Przystępujący niewłaściwie, zbyt nisko, wycenił pozycję nr 16 (wymiana gruntów wysadzinowych, cena na poziomie 1,00 zł za m3), podczas gdy do wyceny tej pozycji powinien uwzględnić wartości ujęte w poz. 14 (wykonanie wykopów, cena 2,70 zł/m3) i poz. 15 (wykonanie nasypów, cena 2,70 zł/m3).

34.Twierdzenia Odwołującego są pozbawione podstaw.

35.W zakresie pozycji nr 14, 15 i 16, Przystępujący przypomina, iż były one przedmiotem odwołania z dnia 30.12.2024 r. Przystępujący w ramach wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wykazał prawidłowość skalkulowania tych trzech pozycji, co dodatkowo potwierdził w odwołaniu, do którego treści odsyła w tym zakresie:

- w odniesieniu do poz. 14 – w pkt II ppkt 29 – 32 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 15 – w pkt II ppkt 33 – 37 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 16 – w pkt II ppkt 38 – 42 uzasadnienia odwołania.

Zamawiający odwołanie uwzględnił w całości, uznając tym samym, iż ceny te zostały skalkulowane należycie i na rynkowym poziomie. Odwołujący nie zgłosił natomiast sprzeciwu w tym zakresie, zgadzając się tym samym z oceną Zamawiającego. Aktualne, odmienne twierdzenia Odwołującego w tej kwestii należy zatem potraktować jako niezasadne, a także dalece spóźnione. Odnosząc się natomiast do sugestii Odwołującego, iż cena dla poz. 16 została przez Przystępującego celowo tak nisko skalkulowana, gdyż uwzględniono w tym zakresie możliwość wystąpienia robót zaniechanych, Przystępujący odwołuje się do treści pkt II ppkt 54 – 57 odwołania z dnia 30.12.2024 r. Z treści tego fragmentu odwołania wynika jednoznacznie, iż niezależnie od tego, czy zostanie zrealizowany cały zakres robót, czy też dojdzie do rezygnacji z wykonania robót nisko wycenionych, nadal cena oferty Przystępującego jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego. Powyższe zaś przeczy forsowanej przez Odwołującego tezie, jakoby Przystępujący manipulował cenami i ilościami, aby uzyskać dodatkowy zysk z tytułu realizacji kontraktu, niepowiązany z rzeczywistą wartością zrealizowanych świadczeń. W zakresie twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący miał przyznać się, iż nie ujął kosztów transportu dla prac ujętych w poz. 14 – 16, Przystępujący zwraca uwagę, iż w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny potwierdził on skalkulowanie tych kosztów w cenie ofertowej. Jeżeli Odwołujący ma odmienne zdanie w tej kwestii winien był kwestionować sposób oceny wyjaśnień dokonany przez Zamawiającego, poprzez zgłoszenie sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania Strabag w całości. Obecne twierdzenia, sugerujące, że Przystępujący nie skalkulował wszystkich kosztów wykonania zamówienia należy uznać za niezasadne oraz dalece spóźnione.

Uwagi ogólne dotyczące braku manipulacji cenowej. Brak udowodnienia zarzutów.

36.Niezależnie od powyższej argumentacji potwierdzającej, że oferta Przystępującego nie zawiera ani cen rażąco wysokich, ani niskich, należy wskazać, iż stanowisko Odwołującego w kwestii rzekomej manipulacji cenowej jest po pierwsze pozbawione logiki, a po drugie, nieudowodnione.

37.Zwrócenia uwagi wymaga, że Odwołujący sugeruje z jednej strony, iż poprzez zastosowanie niskich cen jednostkowych, cena całkowita oferty Przystępującego jest niższa o 5 751 125,83 zł brutto niższa od ceny Odwołującego. Z drugiej jednak strony, dzięki zastosowaniu rzekomej inżynierii cenowej polegającej na manipulowaniu ilościami i zawyżaniu wybranych cen, ostateczna wartość robót realizowanych przez Przystępującego miałaby ulec podwyższeniu o 2 602 549,62 zł brutto (tj. 1 590 569,79 zł + 827 729,80 zł +184 250,03 zł). Tym samym, nadal ostateczna całkowita wartość realizowanych przez Przystępującego świadczeń byłaby niższa o ok. 3 mln zł brutto od ceny Odwołującego.

38.Powyższe więc przeczy tezie o rzekomej manipulacji cenowej, która – jak zresztą sam wskazywał Odwołujący – musi po pierwsze polegać na oderwaniu ceny od rzeczywistej wartości realizowanych świadczeń i prowadzić do szkody po stronie Zamawiającego, a po drugie służyć wyeliminowaniu pozostałych wykonawców z konkurencji.

39.Jak wykazano powyżej, w odniesieniu do oferty Przystępującego, zaoferowane przez niego ceny jednostkowe zostały skalkulowane należycie i na rynkowym poziomie. Jednocześnie, ewentualna zmiana ilości prac na etapie wykonywania umowy (na sugerowaną przez Odwołującego) pozostanie bez wpływu na finanse Zamawiającego, gdyż nadal oferta Przystępującego będzie najtańsza.

40.Na potwierdzenie powyższego, Przystępujący przedstawia tabelaryczne wyliczenie wartości pozycji wskazanych w odwołaniu z ilościami z kosztorysu oraz z ilościami sugerowanymi przez Odwołującego. Z zestawienia tego wynika

jednoznacznie, iż nawet przy przyjęciu ilości prac sugerowanych przez Odwołującego, oferta Przystępującego nadal byłaby korzystniejsza o ok. 1 100 000 zł brutto.

dowód: Zestawienie cen ofert Przystępującego i Odwołującego z uwzględnieniem ilości sugerowanych przez Odwołującego oraz wynikających z kosztorysu - na okoliczność, iż cena Przystępującego byłaby niższa od ceny Odwołującego niezależnie od tego, jakie ilości zostałyby przyjęte w kosztorysie ofertowym

41.Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, iż teza Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego nie byłaby najkorzystniejsza, gdyby nie zastosował on manipulacji cenowej, jest zupełnie gołostowna. Podobnie niezasadne są twierdzenia zawarte w pkt II.4. uzasadnienia odwołania, iż sposób kalkulacji ceny ofertowej przyjęty przez Przystępującego

będzie miał „niedozwolony” wpływ na finanse publiczne. Nadal bowiem, to właśnie oferta Przystępującego jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego – tym samym, Zamawiający nie poniesie żadnego uszczerbku związanego z wyborem jego oferty.

42.Podsumowując, okoliczności faktyczne sprawy nie potwierdzają, iż Przystępujący miał dopuścić się manipulacji ilościami i cenami w celu pozyskania niniejszego zamówienia i Strona | 22 narażenia Zamawiającego na szkodę. Odwołujący w tym względzie nie podolał natomiast spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu. W niniejszej sprawie, jako dowody na rzekomą „inżynierię cenową”, Odwołujący przedstawił m. in. porównanie poszczególnych cen jednostkowych. Tymczasem, zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, samo odniesienie się do cen zawartych w innych ofertach nie stanowi wystarczającego argumentu uzasadniającego fakt, że dany wykonawca dokonuje manipulacji cenowej w złożonej ofercie, co potwierdza przykładowo w przywołanym poniżej wyroku: „Odwołujący poza twierdzeniem, że COLAS dokonał manipulacji kosztami wykonania pozycji 2.2 – 2.5 RCO i wskazania cen dla tych pozycji nie przedstawia żadnej argumentacji uzasadniającej to, że do manipulacji cenami doszło. Samo odniesienie się do cen zawartych w innych ofertach nie stanowi wystarczającego argumentu uzasadniającego fakt, że dany wykonawca dokonuje manipulacji cenowej w złożonej ofercie, Co więcej Odwołujący nie wyjaśnił na czym miałyby polegać zagrożenie interesu Odwołującego w przypadku manipulacji polegającej na ujmowaniu cen w różnych pozycjach (...)” (wyrok KIO z 05.01.2024 r. KIO 3800/23, KIO 3809/23)Podobnie jest w niniejszej sprawie – Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać sugerowana inżyniera cenowa, a co więcej, jak już opisano powyżej, przyjęta przez niego metoda porównywania cen jednostkowych przewidzianych dla różnego rodzaju prac, jest chybiona.

Brak popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez Przystępującego

43.W konsekwencji powyższego, nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący składając ofertę w postępowaniu popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Warto przy tym wskazać, że powodem, dla którego Odwołujący upatruje wypełnienia przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest rzekome zaniżenie cen jednostkowych przez Przystępującego (pkt II.2. ppkt 50 uzasadnienia odwołania).

44.Ponownie należy wskazać na pewną niespójność twierdzeń Odwołującego, który z jednej strony twierdzi, iż Przystępujący niezasadnie zawiża oraz zaniża ceny i ilości, ale czynu nieuczciwej konkurencji upatruje w zaniżeniu cen jednostkowych. W ocenie Przystępującego, faktyczna podstawa zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji jest zatem ściśle powiązana z zarzutami dotyczącymi rażąco niskiej ceny, które – jak podkreślano już wielokrotnie – należy uznać za objęte res iudicata.

45.Twierdzenie Odwołującego jakoby doszło do zaoferowania cen poniżej kosztów zakupu w celu wyeliminowania pozostałych wykonawców z postępowania jest niezasadne. Przystępujący wykazał prawidłowość kalkulacji cen jednostkowych w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny oraz dodatkowo potwierdził w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu (vide: pkt II ppkt 14 – 53 uzasadnienia odwołania Strabag). Zaznaczenia przy tym wymaga, że poza gołostownym stwierdzeniem Odwołującego, jakoby ceny jednostkowe zostały zaniżone i skalkulowane poniżej kosztów zakupu, brak jest jakichkolwiek argumentów i dowodów potwierdzających ww. okoliczność.

46.Ostatecznie też warto wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż wystąpiły wszystkie przesłanki do uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji:

47.,(...) czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie ofert przez Przystępujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący poprzestał w zasadzie na stwierdzeniu, że działanie Przystępującego zagraża interesom innych wykonawców oraz Zamawiającego, tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 7 u.p.z.p. – przyp. Przystępującego] nie potwierdził się. Zresztą twierdzenia Odwołującego sprowadzają się do argumentacji związanej z brakiem wskazania w ofercie podwykonawców, co jednak nie może stanowić wystarczającego dowodu na czyn nieuczciwej konkurencji” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2021 r., KIO 77/21, LEX nr 3158016).

48.Odnosząc się zaś do twierdzeń zawartych w pkt II.3. uzasadnienia odwołania oraz przywołanego przez Odwołującego

wyroku KIO 2046/14, Przystępujący wskazuje, iż wyrok ten wpisuje się w dawną linię orzecniczą, upatrującą nieprawidłowości kalkulacji przy zaoferowaniu cen jednostkowych na poziomie 1 grosza.

Poglądy Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie uległy jednak zmianie, czego przykładem jest m.in. wyrok KIO z dnia 12 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1387/21. W sprawie uczestnikiem był Przystępujący, który w postępowaniu (przy analogicznych postanowieniach dotyczących warunków płatności oraz sposobu wyliczenia ceny) dla poszczególnych pozycji przewidział ceny jednostkowe na poziomie 0,01 zł. Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, uznając, że zaoferowanie cen jednostkowych na poziomie 1 grosza nie świadczy ani o manipulacji cenowej, ani o zaoferowaniu cen poniżej kosztów zakupu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Przystępującego, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jest niezasadny, jak również nieudowodniony przez Odwołującego.

IV.Brak rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego.

1.Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut nr 2 odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny, tj. naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

2.Analiza pkt II.5. uzasadnienia odwołania prowadzi do wniosku, iż zarzut ten – w ocenie Odwołującego – ma charakter wynikowy, tj. cenę oferty Strabag należy ocenić jako rażąco niską, co jest konsekwencją zastosowania rzekomej inżynierii cenowej. Jednocześnie, Odwołujący wymienia pozycje cenowe, które, jako części składowe całej oferty, mają potwierdzać rażące zaniżenie ceny ofertowej, tj. pozycje nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 kosztorysu dla branży drogowej. Na potwierdzenie swojej tezy, porównuje cenę ofertową Przystępującego z cenami innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz z cenami jednostkowymi oferowanymi przez Strabag w innych postępowaniach, a dotyczących podobnego zakresu prac.

3.Przystępujący podkreśla w tym miejscu, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje cenowe były szczegółowo badane przez Zamawiającego, który w ich zakresie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Co więcej, właśnie ze względu na te pozycje, Zamawiający dokonał pierwotnie czynności odrzucenia oferty Strabag, która to czynność została zakwestionowana odwołaniem z dnia 30.12.2024 r. Jak już wskazano powyżej, odwołanie to zawierało zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp polegającego na błędnej ocenie wyjaśnień Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny i błędnym uznaniu, że ceny jednostkowe pozycji nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 zostały skalkulowane na rażąco niskim poziomie. Odwołanie to, jak opisano powyżej, zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, co w konsekwencji oznacza, iż w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdziły prawidłowość wyliczenia cen jednostkowych pozycji nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55. Odwołujący nie wniósł sprzeciwu od czynności uwzględnienia odwołania, co, jak wskazywał Przystępujący, powoduje, iż obecnie formułowane przez niego zarzuty w tym zakresie należy ocenić jako spóźnione w rozumieniu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

4.Jednakże nawet gdyby uznać, że Odwołujący mógł w tym zakresie wnieść odwołanie (z czym Przystępujący się nie zgadza ze względu na res iudicata), to należy uznać, że podstawa faktyczna zarzutu rażąco niskiej ceny jest niewystarczająca, a sam Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego, spoczywającego na nim w związku z brzmieniem art. 537 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że poza głośnym twierdzeniem na s. 2 odwołania w pkt I.2. a), że „Strabag w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia (dla branży drogowej), nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny)” nie przedstawił w uzasadnieniu odwołania żadnej argumentacji na potwierdzenie ww. niedorzecznej tezy.

5.Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do kwestionowanych pozycji. Zwrócenia natomiast uwagi wymaga, że, jak wskazuje się w orzecnictwie, przepis art. 537 ustawy Pzp nie modyfikuje w zupełności ciężaru

dowodowego uregulowanego w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. To oznacza, że nie został

Strona | 25 wyłączony w całości obowiązek dowodowy spoczywający na odwołującym, który dąży do uznania, iż konkretny wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za realizację zamówienia. W takim przypadku odwołujący, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, powinien wykazać zaistnienie okoliczności, z których wywodzi dla siebie skutki prawne w postaci np. odrzucenia oferty konkurenta (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2018 r., KIO 343/18, LEX nr 2505341, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2018 r., KIO 1739/18, LEX nr 2581215). Jeżeli więc zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą (tak jak było w niniejszym przypadku), odwołujący się wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia, że konkurencyjny wykonawca nie złożył wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zarzuty odwołującego powinny zostać skonkretyzowane poprzez wskazanie nieprawidłowości złożonych wyjaśnień (np. poprzez podważenie wiarygodności dowodów,

dostrzeżenie niekonsekwencji lub niezgodności w kalkulacji m.in. w zakresie ujętych ilości materiałów, roboczogodzin czy deklarowanego użycia sprzętu itp.).

Odwolujący nie może pozostawać bierny i poprzestawać na samych, gołosłownych twierdzeniach, które nie znajdują żadnego poparcia w materiale dowodowym w sprawie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lutego 2024 r. (KIO 307/24):

„Zgodnie z art. 537 pkt 1 p.z.p., ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak powyższe nie zwalnia odwołującego, który podnosi okoliczności dotyczące rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które stanowiły podstawę zarzutu rażąco niskiej ceny, w świetle art. 534 ust. 1 p.z.p., szczególnie, że Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Zatem Odwołujący nie mógł poprzestać na samych twierdzeniach dotyczących procedury wyjaśnienia przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, a także na powoływaniu się na ciężar dowodowy obciążający uczestnika postępowania, ale jego obowiązkiem było merytoryczne wykazanie zasadności swoich twierdzeń w powyższym zakresie”.

Ponadto jak wskazała Izba w wyroku z dnia 09 maja 2023 r., KIO 1141/23:

„Odwrócony ciężar dowodu wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co nakłada na niego obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę - czyli wywiązania się z obowiązku udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów - zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprą jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego - w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania”. Co więcej, w orzecznictwie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny za wyczerpujące, ciężar wykazania, iż nie są one prawidłowe, spoczywa na odwołującym się wykonawcy. Tak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 6 kwietnia 2021 r., KIO 714/21, LEX nr 3198966, tłumacząc, jak kształtują się w tym względzie obowiązki stron i uczestników postępowania odwoławczego: „Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez G. zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczające. Wobec tego ciężar dowodu wykazania, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wnoszącemu odwołanie. (...) W zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 423/18, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, na ofercie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Skarżący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił”. Podobnie o ciężarze dowodu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 marca 2022 r., KIO 712/22. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie zwalnia Odwołującego, który kwestionuje cenę Strabag, z przedstawienia dowodów, które winny popierać formułowane przez niego zarzuty. Analiza odwołania i zarzutów dot. rzekomej rażąco niskiej ceny w ofercie Strabag nie pozwala uznać, żeby Budromost sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu w tym zakresie. Warto w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest możliwe rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Oznacza to więc konieczność wskazania w odwołaniu wszystkich nieprawidłowości stwierdzonych w stosunku do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – ich podanie na późniejszym etapie, czy to w stosownym piśmie, czy też na rozprawie, w takiej sytuacji zostanie uznane za spóźnione.

W świetle powyższego, Odwołujący nie może już poszerzyć podstawy faktycznej przedmiotowego zarzutu i uzupełnić jej o twierdzenia odnoszące się do ewentualnych rzekomych uchybień wyjaśnień Przystępującego, które zostały uznane za wystarczające przez Zamawiającego. Przy czym, podkreślić należy, że tylko skuteczne zakwestionowanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby pozwolić na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy

Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

6. Całkowicie chybiona jest zatem argumentacja Odwołującego, który upatruje rażącego zaniżenia ceny oferty Strabag wyłącznie w dostrzeżonych przez niego różnicach cen jednostkowych oferowanych przez Strabag w stosunku do średnich cen pozostałych ofert lub w stosunku do cen jednostkowych zaoferowanych przez Strabag w innych postępowaniach. Jak wskazuje się w orzecznictwie, samo porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców w danym postępowaniu, w tym ceny odwołującego się wykonawcy z kwestionowaną ceną konkurenta, nie jest wystarczające do wykazania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jak bowiem zwraca się uwagę, ceny jednostkowe, ceny lub koszt ofert każdy z wykonawców kalkuluje uwzględniając indywidualne czynniki i to one w głównej mierze decydują o tym, czy w danym przypadku doszło do ich rażącego zaniżenia. Z kolei brak jest podstaw do tego, aby uznać, że to właśnie cena, koszt lub ich istotne elementy składowe zaproponowane przez odwołującego się wykonawcę powinny być uznane za referencyjne w stosunku do tych zaproponowanych przez konkurencyjnego wykonawcę. Pogląd ten podzieliła Izba m.in. w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r., KIO 66/20, LEX nr 2809362, gdzie skład orzekający stwierdził, iż:

„Zauważyć należy, że Odwołujący zarzucał rażąco niską cenę oferty Przystępującego w porównaniu do cen rynkowych, które Odwołujący określił na podstawie kosztów ponoszonych przez jego firmę przy realizacji podobnych prac. Odwołujący wskazywał na różnicę w cenie oferty Przystępującego i Odwołującego, która nie może stanowić dowodu na rażąco niską cenę innego wykonawcy. Zarzut bowiem rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnych warunków dostępnych danemu wykonawcy, oferującemu określoną cenę i oceniać w oparciu o indywidualną sytuację tego wykonawcy”. Odwołujący zaś, jak wskazano powyżej, nie zakwestionował samej metody kalkulacji przyjętej przez Przystępującego na potrzeby wyliczenia cen jednostkowych – samo więc arytmetyczne ich porównanie z cenami konkurentów nie może być uznane za wystarczające.

7. Tak samo chybione jest porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez Przystępującego w tym postępowaniu z cenami zaproponowanymi przez niego w innych procedurach zamówieniowych. Jest oczywiste, że wykonawca kalkulując cenę ofertową na

potrzeby konkretnego zamówienia bierze pod uwagę jego zakres, specyfikę oraz inne indywidualne czynniki, które występują w ramach danego kontraktu (np. przyjęte warunki rozliczenia płatności, założenia wykonawcy w zakresie zaangażowania podwykonawców, oferty dostawców itp.). Porównanie dokonane przez Odwołującego jest ponadto o tyle nietrafne, iż dotyczy jedynie podobnych, nie zaś tożsamyh prac. W konsekwencji, wywodzenie rażącego zaniżenia cen jednostkowych tylko z tego faktu, iż w innych postępowaniach Przystępujący zaoferował w odniesieniu do podobnych prac wyższe ceny jest całkowicie bezpodstawne.

8. Zwłaszcza, że Przystępujący w wyjaśnieniach wykazał prawidłowość kalkulacji kwestionowanych cen jednostkowych, co potwierdził następnie w odwołaniu z dnia 30.12. 2024 r. Argumentacja w tym zakresie została przywołana w pkt II ppkt 14 – 53 uzasadnienia odwołania Strabag, przy czym:

- w odniesieniu do poz. 4 – w pkt II ppkt 19 – 23 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 7 – w pkt II ppkt 24 – 28 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 14 – w pkt II ppkt 29 – 32 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 15 – w pkt II ppkt 33 – 37 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 16 – w pkt II ppkt 38 – 42 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 24, 25, 26 – w pkt II ppkt 43 – 47 uzasadnienia odwołania,
- w odniesieniu do poz. 54 i 55 – w pkt II ppkt 48 – 53 uzasadnienia odwołania.

Ponieważ argumentacja ta pozostaje aktualna, Przystępujący nie będzie jej powtarzać w treści niniejszego pisma, a jedynie odsyła do treści swojego odwołania, wskazując, że podtrzymuje przedstawione tam stanowisko. Jedynie gwoi podsumowania podnieść należy, że Przystępujący w uzasadnieniu odwołania z dnia 30.12.2024 r. wskazywał, z których dokumentów składających się na jego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wynika sposób kalkulacji danej ceny jednostkowej oraz podawał powody, dla których przyjętą przez niego metodę ich wyliczenia należy uznać za prawidłową. W tym zakresie, Przystępujący powoływał się na takie okoliczności jak stosowana przez niego praktyka wyliczania kosztów wykonania prac, uzyskane przez niego oferty podwykonawców, stosowana przez niego metoda wykonania określonych prac i zakładane wykorzystanie materiałów przez wykonawcę, umożliwiające na uzyskanie określonego poziomu oszczędności. Wyjaśnienia te, jak już Przystępujący zwracał uwagę powyżej, poparte odwołaniem, zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające do potwierdzenia prawidłowości kalkulacji kwestionowanych przez Odwołującego cen jednostkowych.

9. Jedynie uzupełniając Przystępujący pragnie dodać, że Odwołujący forsuje tezę, iż to wymienione przez niego ceny jednostkowe, nie zaś cena całkowita oferty, są rażąco zaniżone. Strona | 29 Tymczasem, jak wynika z brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, co odnosi się do ceny całkowitej oferty. Zwrócenia uwagi wymaga, że ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej przesądziła, iż kwestia ewentualnej rażąco niskiej ceny odnosi się do całości wynagrodzenia ofertowego, a nie jego poszczególnych elementów

wskazanych w ofercie. Orzecznictwo dopuszcza wprawdzie możliwość badania przez zamawiającego wyceny poszczególnych elementów składających się na cenę oferty, jednak odrzucenie oferty w związku z zaniżeniem wyceny jej części może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy skutkiem tego zaniżenia jest rażące obniżenie ceny całej oferty. Jak zauważono, „kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy, a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób wyliczać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność. Istotne jest aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji usługi budowlanej oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku” (wyrok KIO z 07.01.2011 r., sygn. KIO 2762/10 oraz z 07.01.2011 r., KIO 2745/10). Jednocześnie istotne jest, że „Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania” (wyrok KIO z 19.02.2014 r., KIO 221/14).

Powyższe stanowisko potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4.03.2024 r., KIO 403/24: „Izba uwzględniła także, iż odwołujący w żaden sposób nie podważył całkowitej ceny oferty przystępującego, a skupiono się na jednym ze składników cenowych, kiedy odrzucenie oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny dotyczy sytuacji, gdy cena całkowita jest rażąco niska, a nie kiedy jeden z jej elementów może być zaniżony. Istotna część składowa, do której odniesiono się w odwołaniu, została przez ustawodawcę wskazana w art. 224 ust. 1 p.z.p. odnoszącym się do podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Podstawa do odrzucenia oferty dotyczy konieczności wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy, który zaoferował nieekwiwalentną cenę całkowitą w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie wykonawcy, który mógł zaniżyć jeden z jej składników (bez odniesienia się jak wpływa to na cenę globalną za realizację zamówienia). (...) Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, nie pada w nim żadna argumentacja pozwalająca na weryfikację jak przedmiotowy składnik cenowy mógł zaniżyć cenę globalną oferty, ponieważ odwołujący w ogóle nie odnosi się do ceny całkowitej przystępującego. Pominęto ten element, co uniemożliwia zweryfikowanie i uznanie, że całkowita cena oferty jest nierealna, że zamówienie miałoby być realizowane ze stratą, a zatem cena oferty (a nie jeden ze składników cenowych) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (nie zaś w stosunku do jednego z elementów przedmiotu zamówienia)”. Odwołujący natomiast w podstawie faktycznej zarzutu nie wykazał, iż rzekome zaniżenie cen Strona | 30 jednostkowych miało wpływ na całkowitą cenę oferty i także doprowadziło do jej rażącego zaniżenia, ani nie udowodnił, aby kwestionowane przez niego ceny jednostkowe stanowiły istotną część składową oferty.

V.Podsumowanie:

- 1.Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5) i 3) ustawy Pzp.
- 2.W zakresie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp wskazać należy, że zarzuty Odwołującego odnoszące się do rzekomego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp (rażąco niska cena i rzekomy brak wyjaśnienia prawidłowości skalkulowanej ceny) oraz dotyczące rzekomej manipulacji cenowej (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp) są objęte res iudicata, gdyż były one przedmiotem odwołania Przystępującego, wniesionego w dniu. 30.12.2024 r. na czynność odrzucenia jego oferty. Zamawiający wówczas uwzględnił odwołanie Przystępującego w całości, zaś Odwołujący nie wniósł w odniesieniu do tej czynności sprzeciwu. Tym samym, należy uznać, iż podzielił on ocenę zaprezentowaną przez Zamawiającego w toku ówczesnego postępowania odwoławczego i, w konsekwencji, także w odwołaniu Strabag. Aktualnie prezentowanie odmiennego stanowiska stoi w rażącej sprzeczności w poprzednimi czynnościami Odwołującego i zasadą koncentracji środków ochrony prawnej.
- 3.W zakresie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp należy wskazać, że bzarzuty odwołania są spóźnione, gdyż ich podstawa faktyczna dotyczy rzekomych uchybień, których występowanie Odwołujący był w stanie ustalić na moment pierwotnej czynności Zamawiającego, dokonanej w dniu 19.12.2024 r. Odwołanie nie dotyczy nowych czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego. Jeżeli w ocenie Odwołującego występowały wobec oferty Przystępującego inne podstawy odrzucenia niż wskazane w informacji Zamawiającego z dnia 19.12.2024 r., zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej Odwołujący winien był kwestionować czynność Zamawiającego w tym zakresie.
- 4.Niezależnie od podstaw odrzucenia odwołania jest ono również niezasadne.
- 5.Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący miał rzekomo dopuścić się manipulacji cen jednostkowych. Twierdzenie to jednak Odwołujący opiera się o nadinterpretację postanowień SWZ, oderwaną od ich treści oraz intencji Zamawiającego. Z treści SWZ nie wynika bowiem, że Zamawiający ograniczył możliwość przenoszenia kosztów wykonaniarobót pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi. O tym, że Odwołujący prezentuje błędną interpretację SWZ w tym zakresie świadczy również stanowisko Zamawiającego, który podzielił na etapie postępowania odwoławczego wykładnię Przystępującego.
- 6.Ponadto, Odwołujący upatruje rzekomej manipulacji cenami i ilościami w oparciu o Strona | 31 porównanie wybranych

przez siebie cen jednostkowych ze średnimi cenami oferowanymi przez innych wykonawców. Odwołujący pomija jednak całokształt kosztorysu ofertowego, z którego wynika, iż Przystępujący uwzględnił wszystkie koszty niezbędne do poniesienia w związku z realizacją zamówienia (co zostało potwierdzone w toku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i potwierdzone odwołaniem z dnia 30.12.2024 r.). Porównując ceny jednostkowe oferowane przez samego Przystępującego, Odwołujący nie uwzględnia również szeregu innych czynników mających wpływ na ich kalkulację, m.in. stosowania odmiennej technologii wykonania robót, wykorzystywania różnego rodzaju sprzętu, czy osiąganie różnych poziomów jego wydajności. W zakresie ilości twierdzenia Odwołującego również są nietrafne – Odwołujący próbuje wywodzić większy, niż rzeczywistość wynika to z dokumentacji projektowej, zakres prac.

7. Odwołujący nie wykazał więc popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności nie zostało wykazane, że Przystępujący dopuścił się manipulacji cenami i ilościami w kosztorysie ofertowym, a ponadto, iż przyjęty przez niego sposób kalkulowania cen jednostkowych zmierzał do eliminacji konkurentów w postępowaniu. Okoliczności faktyczne sprawy tymczasem wskazują, iż niezależnie od tego, jakie ilości pracy zostałyby przyjęte przez Przystępującego (czy wskazane w kosztorysie ofertowym, czy sugerowane przez Odwołującego), oferta ta byłaby nadal najkorzystniejsza.

8. W zakresie rzekomego rażącego zaniżenia cen jednostkowych, Odwołujący ogranicza się wyłącznie do głoślowych twierdzeń, iż Przystępujący zaoferował ceny poniżej kosztów zakupu i zdecydowanie poniżej warunków rynkowych. Odwołujący jednak w żaden sposób nie podważył wyjaśnień Przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny. Nie wykazał także, aby rzekomo rażąco zaniżone ceny jednostkowe miały wpływ na cenę całkowitą oferty i prowadziły do jej rzekomego rażącego zaniżenia. Ponadto należy zauważyć, że poza głoślowym twierdzeniem na s. 2 odwołania w pkt I.2. a), że „Strabag w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia (dla branży drogowej), nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny)” Odwołujący nie przedstawił w uzasadnieniu odwołania żadnej argumentacji na potwierdzenie ww. niedorzecznej tezy.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 19.03. 2025 r. ustosunkowując się do stanowiska procesowego Zamawiającego oraz Strabag Sp. z o.o. („Przystępujący”, „Strabag”) w ramach złożonych przez te podmioty pism procesowych o zasadności odrzucenia odwołania złożonego przez Odwołującego w dniu 3 marca 2025 roku wskazując na błędność ich twierdzeń oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podał w szczególności:

I.1. Wstęp

1. (...) Zamawiający jak i Przystępujący w ramach złożonych przez siebie pism procesowych wnieśli o odrzucenie odwołania złożonego przez Odwołującego w dniu 3 marca 2025 roku. Jako podstawę odrzucenia odwołania w obu wypadkach wskazano art. 528 pkt 3 i 5 Pzp, który w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania. (...)

I.2. Związanie podstawą prawną i faktyczną odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

(...)

9. Zamawiający wprost wskazał, co potwierdza treść uzasadnienia, że oferta została sporządzona niezgodnie z warunkami zamówienia, co miało wpływ na jej wycenę. Zamawiający w żadnym miejscu wzmiankowanej decyzji nie stawia zarzutów związanych z rażąco niską ceną.

10. Z powyższego wynika więc, że u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Przystępującego leżała wyłącznie niezgodność oferty z warunkami zamówienia, która (z uwagi na warunki określone w dokumentach zamówienia) miała oddziaływać na (wy)cenę ofertową. Uzasadnienie odrzucenia oferty było lakoniczne i sporządzone w niedbały sposób, który de facto sprowadzał się do zacytowania określonych pozycji kosztorysu ofertowego Strabag bez jakiegokolwiek komentarza ze strony Zamawiającego – jest to również argumentacja Strabag, która miała przemawiać za brakiem zasadności odrzucenia złożonej przezeń oferty.

11. Z całą pewnością bezspornym między wszystkimi podmiotami uczestniczącymi w niniejszym postępowaniu jest to, że przedmiotem odrzucenia oferty Strabag nie było zastosowanie w ofercie przez tego wykonawcę tzw. inżynierii cenowej (co kwalifikowane jest jako czyn nieuczciwej konkurencji).

(...)

12. Zakres odrzucenia oferty określony przez zamawiającego ma wpływ na sytuację procesową pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także dobór przez nich argumentów przemawiających za zasadnością decyzji instytucji zamawiającej. Powyższe zostało całkowicie pominięte przez Zamawiającego i Przystępującego w zaprezentowanych przez nich stanowiskach.

I.3. Zakres przystąpienia do postępowania odwoławczego.

(...)

16. (...) Odwołujący przystępując do postępowania odwoławczego w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 5027/24 nie miał prawa wychodzić poza zakres odrzucenia oferty nakreślony przez Zamawiającego w treści decyzji z dnia 19 grudnia 2024 roku o odrzuceniu oferty Strabag. Zresztą jak wskazano w treści

odwołania z dnia 3 marca 2025 roku Odwołujący nie miałby interesu w złożeniu dodatkowego odwołania na odrzucenie oferty Strabag.

(...)

20. Zamawiający odrzucając ofertę Strabag pismem z dnia 19 grudnia 2024 roku jako podstawę odrzucenia, mającą wpływ na wycenę oferty, podał jedynie niezgodność z warunkami zamówienia. Przedmiotem Jego decyzji nie była natomiast rażąco niska cena, a tym bardziej zastosowanie inżynierii cenowej (czyń nieuczciwej konkurencji) przez wykonawcę Strabag. Odwołujący nie stawia zarzutu związanego z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia, nie ma więc żadnych podstaw do uznania, że odwołanie zasługuje na odrzucenie. (...)

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) wyznaczony do rozpoznania odwołania ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5) i 3) ustawy Pzp.

W odwołaniu z dnia 30 grudnia 2024 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 5207/24) wykonawca Strabag w związku z odrzuceniem jego oferty decyzją z dnia 19 grudnia 2025 r. na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 Pzp z uwagi na niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do jej zgodności z warunkami zamówienia, i wskutek którego zaniechania Zamawiający błędnie ustalił, iż oferta nie spełnia określonych przez niego wymagań, co doprowadziło do jej odrzucenia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp polegające na uznaniu oferty STRABAG jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta ta została prawidłowo opracowana, tj. zgodnie z warunkami zamówienia i przepisami prawa, odpowiada zakresowi wynikającemu z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji i obejmuje całość przedmiotu zamówienia;

3)art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 Pzp z uwagi na dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co dodatkowo uniemożliwia Odwołującemu weryfikację poprawności czynności dokonanej przez Zamawiającego i skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej;

4)z daleko posuniętej ostrożności procesowej - art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 16 Pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień Odwołującego z dnia 31.10.2024 r. i błędnym uznaniu, że STRABAG nierealnie nisko wycenił ceny jednostkowe pozycji nr 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55 w Formularzu Ofertowym i w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż nie zawierają wszystkich czynników cenotwórczych wyszczególnionych w SSTWiORB, co mogło doprowadzić do uznania przez Zamawiającego, że z uwagi na rzekomo nierealnie niską wycenę ww. pozycji cena oferty Odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ww. zarzutów:

5)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Budromost w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję jej nieuzasadnionego odrzucenia;

6)art. 16 Pzp z uwagi na bezpodstawne odrzucenie oferty STRABAG, która miałaby pierwsze miejsce w rankingu ofert, gdyby Zamawiający nie dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co skutkowało przeprowadzeniem Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Z uwagi na powyższe zarzuty wykonawca Strabag wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: (1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty STRABAG; (2) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Budromost jako oferty najkorzystniejszej, (3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W decyzji z dnia 19.12. 2024 r. Zamawiający wskazując na art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp podał jednocześnie, że: „Treść oferty w zakresie części pozycji kosztorysowych dla branży drogowej jest niezgodna z warunkami zamówienia”. W uzasadnieniu stanowiska wskazał na pozycje na wyjaśnienia wykonawcy z dnia 31.10. 2024 r. podając m.in.: (...) Wykonawca został wezwany w trybie art. 224 ust. 2 ww. ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości cen jednostkowych przyjętych do wyceny branży drogowej, w szczególności w pozycjach nr: 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55. Zamawiający wymagał, aby wyjaśnienia zawierały wykazanie - czy i w jaki sposób zaoferowane ceny jednostkowe w ww. pozycjach, spełniają wymagania Zamawiającego dotyczące podstaw płatności określone w pkt 9 właściwej STWiORB (dalej także SST) dla Branży Drogowej (OPZ – Załącznik nr 7 do SWZ), tj. dla każdej z pozycji rozliczanej obmiarowo należało podać szczegółowe kalkulacje ceny jednostkowej, zgodne z pkt 9 (Podstawa płatności) odpowiadającej jej SST dla Branży Drogowej. Badanie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wykazało, iż zostały one ustalone w sposób niezgodny z wymaganiami postawionymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w tym w OPZ (Załącznik nr 7) –

Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (SSTWiORB) i we Wzorce umowy (Załącznik nr 6). Zaoferowane ceny jednostkowe w tych pozycjach wskazują na brak ujęcia w nich wszystkich elementów składających się na podstawę wyceny danych pozycji kosztorysowych przez co są kilkakrotnie, a nawet kilka tysięcy procent niższe od cen jednostkowych zaoferowanych przez 4 kolejnych wykonawców (...) W podsumowaniu stanowiska podał: (...) Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia skalkulowanie cen jednostkowych, zgodnie z określonymi dla każdej pozycji wymaganiami, ma kluczowe znaczenie, ponieważ Zamawiający przewidział rozliczenie kontraktu wynagrodzeniem kosztorysowym. Ponadto, w § 8 wzoru umowy, opisany został sposób rozliczania robót dodatkowych oraz zaniechanych, tj. w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych, a w przypadku wystąpienia robót tam nie ujętych – w oparciu o SEKOCENBUD. Tymczasem Wykonawca nierealnie nisko wycenił ceny jednostkowe ww. pozycji i w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż nie zważają wszystkich czynników cenotwórczych wyszczególnionych w SSTWiORB. W żadnym z dokumentów zamówienia Zamawiający nie dopuścił możliwości kalkulowania przez wykonawców cen jednostkowych wg własnych zasad, niezgodnych czy sprzecznych z warunkami zamówienia. Przyjęcie zatem za prawidłowy sposób wyliczania cen jednostkowych na poziomie nierealnie niskim, wręcz symbolicznym, gdzie koszty przerzucane są do innych pozycji, których obmiar w ostatecznym rozliczeniu inwestycji może wzrosnąć w znacznym stopniu, lub uwzględnianie w cenach jednostkowych przychodów ze zdarzeń przyszłych i niepewnych (odsprzedaż materiałów, uzyskanie decyzji o przetwarzaniu odpadów), skutkowałoby uniemożliwieniem Zamawiającemu dokonywania prawidłowych rozliczeń inwestycji po rzetelnych, rynkowych cenach jednostkowych, a w konsekwencji mogłoby by dojść do znacznego zwiększenia kosztów kontraktu. Uznanie wyjaśnień Wykonawcy naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia fundamentalnych zasad prowadzenia postępowań wskazanych w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji(...)

Zamawiający w piśmie z dnia 23.01.2025 r. oświadczył: (...) W oparciu o treść art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, ustosunkowując się do treści wniesionego odwołania oraz do postawionych zarzutów i żądań, informuję, iż odwołanie zostaje przez Zamawiającego uwzględnione w całości i wykonane zostaną czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego”.

Uczestnik po stronie zamawiającego, wykonawca BUDROMOST STARACHOWICE w piśmie z dnia 27.01.2025 r. podał: (...) w związku z wezwaniem Prezesa KIO z dnia 24.01.2025 r. do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w przedmiotowym postępowaniu, niniejszym wskazujemy, że w ocenie Przystępującego, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp w zakresie dokonanych czynności badania i oceny ofert, a także w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wyboru oferty „BUDROMOST-STARACHOWICE” Sp. z o.o. z siedzibą Wąchocku jako najkorzystniejszej. Niemniej jednak, z uwagi na stanowisko Zamawiającego uwzględniające zarzuty przedstawione w odwołaniu, oświadczamy, że nie wnosimy sprzeciwu co do tej czynności”.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 7 lutego 2025 r. w tej sprawie (oznaczonej sygn. akt: KIO 5207/24) umorzyła postępowanie odwoławcze wskazując w uzasadnieniu na następujące okoliczności: „W dniu 23 stycznia 2025 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo w którym oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. W dniu 27 stycznia 2025 r. wykonawca „Budromost-Starachowice” Sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku złożył oświadczenie, że w jego ocenie Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp, jednakże nie wnosi sprzeciwu wobec czynności Zamawiającego co do uwzględnienia odwołania. Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp”.

Zamawiający w piśmie z 21 lutego 2025 r. poinformował wykonawców, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta wykonawcy Strabag.

W odwołaniu z dnia 3 marca 2025 r. wykonawca „BUDROMOST STARACHOWICE” (Odwołujący Budromost) kwestionując wybór oferty wykonawcy Strabag jako najkorzystniejszej podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, która zdaniem wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Uznk, z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę w wycenie oferty tzw. inżynierii cenowej przy wycenie wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym: warstwy wiążącej z betonu asfaltowego (poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), przebudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie (poz. 27 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej), zdjęcia warstwy humusu i/lub darniny oraz umocnienia skarp (poz. 4 i 57 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej) oraz w zakresie wymiany gruntów (poz. 16 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej).

(2) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

- (a) Strabag w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia (dla branży drogowej), nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny);
- (b) cena ofertowa Strabag nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego; a w konsekwencji:
- (3) art. 16 Pzp z uwagi na przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Budromost wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (2) uznanie, że oferta Strabag została złożona przez ten podmiot w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; (3) uznanie, że oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę; (4) odrzucenie oferty Strabag; (5) dokonanie ponownego badania i oceny ofert (z pominięciem oferty złożonej przez Strabag).

Odwołujący Budromost wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Wskazał ponadto, że okoliczność uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego (24.01.2025 r.) do której to czynności wykonawca jako Uczestnik po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu pozostaje indyferentna dla przedmiotowej sprawy, bowiem w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący opiera swoje twierdzenia na innych okolicznościach faktycznych oraz prawnych niż te wskazane przez Zamawiającego w ramach postępowania zawisłego pod sygn. KIO 5027/24.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że decyzja Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2024 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy Strabag, jak i odwołanie tego wykonawcy z dnia 30 grudnia 2024 r. oraz podobnie jak i odwołanie z dnia 3 marca 2025 r. wykonawcy BUDROMOST STARACHOWICE” oparte zostały na okolicznościach wynikających z wyjaśnień wykonawcy Strabag z dnia 31 października 2024 r., a dotyczące pozycji z Formularza Ofertowego: 4, 7, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 54 i 55. Ponadto wykonawca Strabag w odwołaniu z 30.12. 2024 r. podniósł zarzut naruszenia nie tylko art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp ale także art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 16 Pzp domniemując błędną ocenę wyjaśnień z dnia 31.10. 2024 r. i błędne uznanie, że wykonawca nierealnie nisko wycenił ceny jednostkowe tych pozycji w Formularzu Ofertowym i w tych wyjaśnieniach potwierdził, że nie zawierają wszystkich czynników cenotwórczych wyszczególnionych w SSTWiORB, co mogło doprowadzić do uznania przez Zamawiającego, że z uwagi na rzekomo nierealnie niską wycenę ww. pozycji cena oferty wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba zgodziła się z Zamawiającym i Uczestnikiem, że zarzuty Odwołującego odnoszące się do rzekomego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp (rażąco niska cena i rzekomy brak wyjaśnienia prawidłowości skalkulowanej ceny) oraz dotyczące rzekomej manipulacji cenowej (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp) są objęte res iudicata, gdyż były one przedmiotem odwołania wykonawcy Strabag z dnia 30 grudnia 2024 r. wniesionego na czynność odrzucenia jego oferty. Zamawiający w sprawie KIO 5027/24 uwzględnił odwołanie wykonawcy Strabag w całości, a Odwołujący – wówczas Uczestnik po stronie Zamawiającego nie wniósł w odniesieniu do tej czynności sprzeciwu, godząc się na przywrócenie oferty Strabag do postępowania i w konsekwencji jej wybór, bo do tego zmierzało żądanie wnoszącego odwołanie wykonawcy Strabag.

Tym samym to oznacza, że w tej sprawie ma zastosowanie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem z oświadczenia Zamawiającego z 24.01.2025 r. jednoznacznie wynika, że odwołanie zostało uwzględnione w całości, a zatem także co do zarzutu podniesionego w punkcie 4 (naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 16 Pzp), do której to decyzji Uczestnik po jego stronie nie wniósł sprzeciwu.

W myśl wskazanego art. 528 pkt 5 ustawy Pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu; (...)*”, który związany jest z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. W tej sprawie Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie i wykonał czynności zgodnie z jego żądaniem, a mianowicie: unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy Strabag oraz czynność wyboru oferty wykonawcy Budromost jako oferty najkorzystniejszej i powtórzył czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W konsekwencji tych czynności za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Strabag. Izba zwraca także uwagę, że czynność Zamawiającego z dnia 21 lutego 2025 r. nie dotyczy nowych okoliczności ustalonych na podstawie nowej (czy dodatkowej) czynności – czynności wezwania wykonawcy Strabag do wyjaśnień spornych pozycji. Podstawa faktyczna wskazywanych w odwołaniu z dnia 3.03. 2025 r. uchybień wynika z wyjaśnień wykonawcy z dnia 31.10.2024 r., które stanowiły odpowiedź wykonawcy na

wezwania Zamawiającego z 18.10.2024 r. i 22.10.2024 r. skierowane do wykonawcy Strabag na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Izba również podzieliła stanowisko Uczestnika i Zamawiającego, że żądanie odwołania Strabag z dnia 30.12. 2024 r. nie obejmowało wniosku o nakazanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast w punkcie 4) odwołania wykonawca wskazywała na błędną ocenę wyjaśnień z dnia 31.10.2024 r. wnosząc o ponowną ocenę, w tym jego oferty. Tym samym wskazywany w odwołaniu zarzut odnoszący się do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł gwarantować wykonawcy Budromost możliwości wniesienia odwołania na czynność ponownej oceny oferty wykonawcy Strabag w związku z przesłanką z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Tak jak Izba wskazała powyżej ustalenia Zamawiającego zakończone decyzją z dnia 21 lutego 2025 r. o wyborze oferty wykonawcy Strabag oparte zostały na informacjach wynikających z wyjaśnień tego wykonawcy z 31.10. 2024 r. Tym samym należało zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Uczestnika, że w przypadku gdy wykonawca Budromost dostrzegał inne okoliczności faktyczne i prawne, które powinny stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, a których nie obejmowała decyzja z dnia 19.12.

2024 r. (te o których mowa w odwołaniu z 3 marca 2025 r.) miał prawo wnieść również odwołanie, co dało by z kolei wykonawcy Strabag prawo do przystąpienia po stronie Zamawiającego, a w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania – prawo do wniesienia sprzeciwu. W tym przypadku Izba zwracając uwagę na obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadę koncentracji środków dowodowych wskazuje na art. 515 ust.1 ustawy Pzp. Także wskazuje na art. 505 ust.1 ustawy Pzp nie podzielać stanowiska wykonawcy Budromest, że wnosząc odwołanie do decyzji z dnia 19.12.2024 r. nie miałby możliwości wykazania szkody w rozumieniu tego przepisu. Żądania wykonawcy Strabag zmierzały do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co niewątpliwie wiązałoby się ze szkodą po stronie wykonawcy Budromost, którego oferta była uprzednio wybrana. Powyższe stanowisko odzwierciedla także wskazywane przez Uczestnika Strabag stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16. 04. 2013 r. (sygn. akt V Ca 2142/12), który w uzasadnieniu zwrócił uwagę na możliwość skarżenia przez wykonawcę także zaniechań, jakich dopuścił się zamawiający w postępowaniu dla wykazania potencjalnego zagrożenia szkodą. Zatem wykonawca Budromost chcąc chronić wybór jego oferty posiadał legitymację do wniesienia odwołania wymaganą art. 505 ustawy Pzp. Niewątpliwie wykonawcy zobowiązani są do terminowego korzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej, a zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, na co wskazuje m.in. art. 515 ust.1 ustawy Pzp, aby możliwe zarzuty były podnoszone wobec pierwszej decyzji dotyczącej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W myśl wskazanego art. 528 pkt 3 ustawy Pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 3) (...) zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”.

W konkluzji Izba zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego i Uczestnika stwierdza, że zarzuty podnoszone w odwołaniu z dnia 3.03.2025 r., a oparte na wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 31.10. 2024 r. i do których odnosił się wykonawca Strabag w odwołaniu z dnia 30.12. 2024 r. należało uznać za spóźnione, co wskazuje także na przesłankę o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o § 8 ust.1 poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....