

Sygn. akt: KIO 2235/25

WYROK

Warszawa, dnia 30 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 r. przez wykonawcę **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Grodziczno, Grodziczno 17a, 13-324 Grodziczno,** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **COLAS Polska sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Colas Polska sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części $\frac{1}{4}$ oraz odwołującego w części $\frac{3}{4}$, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 400 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2235/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Grodziczno, Grodziczno 17a, 13-324 Grodziczno, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi gminnej nr 183026N Montowo – Białobłoty - Zwiniarz”, numer referencyjny: IP.271.1.4.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.03.2025 r., nr 2025/BZP 00133508/01.

W dniu 02.06.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Colas z powodu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy:
 - a) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę Colas w piśmie z dnia 07.04.2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwia wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę),
 - b) wykonawca Colas nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 01.04.2025 r., w szczególności nie złożył kalkulacji szczegółowej dotyczącej robót z zakresu kanalizacji deszczowej, ani dowodów do złożenia których był zobowiązany w treści wezwania Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r., więc na podstawie analizy wyjaśnień nie sposób ustalić w jaki sposób obliczył całą cenę ofertową,
 - c) złożone przez Colas wyjaśnienia nie zawierają informacji co do sposobu skalkulowania oferty w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z

którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w odniesieniu do robót sanitarnych, a w szczególności nie wiadomo jakie stawki roboczogodzin przyjęto dla wykonania tych robót, a także nie przedstawiono odpowiednich dowodów,

d) cena ofertowa wykonawcy Colas nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Colas, w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (a tym samym wykonawca zaoferował Zamawiającemu świadczenie niezgodne z warunkami zamówienia),

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Colas w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

- ewentualnie w razie uznania zarzutów określonych w pkt 1-3 powyżej za przedwczesne – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Colas do dalszych wyjaśnień w zakresie jej istotnych części składowych, tj. poz. 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu dot. branży drogowej lub art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie ww. pozycji,

4) art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Colas z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy Zamawiający w dniu 25.05.2025 r. odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Budowlane sp. z o.o. (zwanego dalej: „PDB”), wskazując w informacji o odrzuconej ofercie, że *„Wykonawca nie przedstawił wystarczających wyjaśnień i tym samym nie uzasadnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego są zbyt ogólnikowe i wykonawca nie złożył wyjaśnień, o które wzywał Zamawiający. Wyjaśnienia nie są również poparte dowodami”*, a wykonawca Colas również nie złożył wyjaśnień w zakresie odpowiadającym treści wezwania Zamawiającego z dnia 01.04.2025 r., jego wyjaśnienia są ogólnikowe oraz niepoparte dowodami, co świadczy o tym, że w tym samym postępowaniu, w tożsamer sytuacji faktycznej, tj. w przypadku wezwania do złożenia kalkulacji szczegółowej i dowodów dotyczących wyliczenia ceny – Zamawiający traktuje nierówno wykonawców. W sytuacji, gdy PDB przy tożsamer treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie złożył kalkulacji szczegółowej, jego wyjaśnienia nie są wystarczające, wykonawca nie uzasadnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i jego wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, to Zamawiający odrzucił ofertę PDB. W tożsamer sytuacji faktycznej, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty COLAS, co świadczy o tym, że w tym samym postępowaniu Zamawiający traktuje nierówno wykonawców.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Colas jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Colas z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że wykonawca Colas nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny,
- 3) odrzucenia oferty Colas z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty PDB i Colas,
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Pismem z dnia 05.06.2025 r. wykonawca COLAS Polska sp. z o.o., ul. Nowa 4962-070 Pałędzie (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 26.06.2025 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W tym samym dniu także Przystępujący przedstawił pisemnie swoją argumentację, również wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi gminnej 183026N Montowo – Białobłoty – Zwiniarz.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w pkt II.9, 11 i 19 rozdziału II dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

9. Przedmiot zamówienia musi zostać wykonany zgodnie z:

- 1) Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ)
- 2) Umową
- 3) opracowaną dokumentacją projektową, która stanowi załącznik do SWZ.

- 4)Decyzjami, postanowieniami administracyjnymi uzgodnieniami, zezwoleniami wydanymi w związku z realizowanym zadaniem,
- 5)Obowiązującymi przepisami prawa, polskimi normami, warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlano-montażowych,
- 6)Najlepszą wiedzą techniczną oraz dobrymi praktykami budowlanymi.
- 7)Zaleceniami i wskazówkami wydanymi przez Zamawiającego w trakcie realizacji robót.

11. Zakres robót został ujęty w przedmiarach robót, które stanowią część niniejszej dokumentacji postępowania i stanowią element dla skalkulowania ceny ostatecznej, ofertowej. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót. Jeżeli natomiast w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczeniach dostrzeżł nieprawidłowości, to wyjaśnienia wszelkich wątpliwości może dochodzić procedurą pytań, zgodnie z art. 284 Pzp.

19. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej jak i również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

W rozdziale II pkt VI.2. SWZ Zamawiający wskazał:

2.Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę osób wykonujących następujące rodzaje czynności niezbędne do realizacji zamówienia:

- a)Obsługa koparki i koparko-ladowarki podczas wykonywania wykopów i nasypów na terenie budowy,
- b)Kierowanie samochodem samowładowczym podczas wywozu urobku z wykopów na terenie budowy,
- c)Kierowanie samochodem samowładowczym podczas dowozu mieszanki mineralno-asfaltowej na trasie wytwórnia mas – teren budowy,
- d)Operowanie rozkładarką samobiezną podczas wykonywania podbudowy z kruszywa kamiennego oraz mieszanki mineralno-asfaltowej,
- e)Kierowanie walcem drogowym podczas zagęszczania podbudowy i warstw konstrukcyjnych z mieszanek mineralno-asfaltowych,
- f)Ręczne równanie nawierzchni skarp i nasypów,
- g)Układanie sieci kanalizacji deszczowej.

W projekcie budowlanym branży drogowej Zamawiający zamieścił następującą informację:

ruch kategorii KR 1

przemarzanie 0,60*1,00= 0,60 m

Konstrukcja jezdni w części bez wymiany podbudowy

- warstwa ścieralna z asfaltobetonu AC11S gr. 8 cm

- warstwa wiążąca z asfaltobetonu AC16W gr. 4 cm

Konstrukcja jezdni w części z wymianą podbudowy

- warstwa ścieralna z asfaltobetonu AC11S gr. 8 cm

- warstwa wiążąca z asfaltobetonu AC16W gr. 4 cm

- podbudowa z kruszywa 0/31,5 stabilizowanego mechanicznie gr. 8 cm

- podbudowa z kruszywa 0/63 stabilizowanego mechanicznie gr. 15 cm

(...) Na całym odcinku drogi zaprojektowano pobocza utwardzone szerokości 0,75 m. Pobocza należy wykonać z kruszywa stabilizowanego mechanicznie 0/31,5 mm grubości 8 cm. Konstrukcja poboczy - nawierzchnia z KSM 0/31,5 mm gr. 8 cm

W pkt 2.3. specyfikacji technicznej w części ST06 – podbudowa z kruszyw stabilizowanych mechanicznie wskazano: Kruszywami stosowanymi do mieszanek niezwiązanych są kruszywa naturalne, sztuczne i z recyklingu, które spełniają wymagania SST zgodnie z Tablicą 1 i normą PN-EN 13242. Kruszywa pochodzące z różnych źródeł (naturalne, sztuczne oraz z recyklingu) mają spełnić wymagania w całej mieszance.

W § 7 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 5.876.458,80 zł brutto. W ofercie wskazał, że samodzielnie wykona: „*Wszelkie prace związane z wykonaniem nawierzchni bitumicznych Koordynacja i kierowanie robotami*”, natomiast podwykonawcom powierzy: „*wykonanie wszystkich części zamówienia, z wyłączeniem wykonania nawierzchni bitumicznych*”.

Pismem z dnia 01.04.2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający przywołał okoliczności z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, a także wskazał: „*Zamawiający zwraca się zatem, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia dla ww. części oraz złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. (...) Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia winny być jak najbardziej szczegółowe, powinny uwzględniać wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia. Zamawiający zaleca zawarcie w wyjaśnieniach odpowiednich wyliczeń, katalogów lub innych*

dowodów, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny oraz udział zysku Wykonawcy w cenie realizacji zamówienia. (...) Zamawiający informuje, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać”.

Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami:

„Dowód nr 1 – certyfikat WMB Gutkowo,

Dowód nr 2 – przykładowy potencjał sprzętowy spółki,

Dowód nr 3 - oferty pozyskane od firm podwykonawczych,

Dowód nr 4 - zaświadczenie z kadr dot. wynagrodzenia pracowników COLAS,

Dowód nr 5a i 5b - zaświadczenie ZUS i US o nie zaleganiu w opłatach.”

Przystępujący przedłożył także kosztorys szczegółowy dla branży drogowej oraz kosztorys uproszczony dla branży sanitarnej.

W dniu 28.05.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

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

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

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

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i niewykazania zasadności ceny w wyjaśnieniach.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy poddać analizie treść wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny oferty z dnia 01.04.2025 r. Izba nie zgadza się z Przystępującym, jakoby wezwanie to zawierało jedynie zalecenia co do sposobu złożenia wyjaśnień. W treści ww. pisma Zamawiający rzeczywiście użył słowa „zaleca” w zdaniu: „Zamawiający zaleca zawarcie w wyjaśnieniach odpowiednich wyliczeń, katalogów lub innych dowodów, które potwierdzają realność i rzetelność zaproponowanej ceny oraz udział zysku Wykonawcy w cenie realizacji zamówienia”, ale:

- w pozostałych zdaniach zawartych w ww. piśmie Zamawiający wyraźnie wskazywał, że zwraca się o „przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów” i „złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny”, że „wyjaśnienia winny być jak najbardziej szczegółowe, powinny uwzględniać wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia” oraz że „Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać”. Skoro zatem kilkakrotnie Zamawiający podkreślał konieczność złożenia konkretnych i szczegółowych wyjaśnień, to nie można z powodu jednorazowego użycia słowa „zaleca” przekreślać i ignorować całej pozostałej treści wezwania;
- w art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie wskazał, że zamawiający żąda (czyli ma obowiązek żądać) od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, że wykonawca ma obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i że oferta wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nieuzasadniające podanej w ofercie ceny podlega odrzuceniu, co oznacza, że wykazanie realności ceny oferty w wyjaśnieniach i dowodach nie jest jedynie „zaleceniem”, ale jest obowiązkiem spoczywającym na wykonawcy i obciążonym rygorem odrzucenia jego oferty, jeśli wykonawca temu obowiązkowi nie podoła, a ponadto jest też obowiązkiem zamawiającego w zakresie, w jakim formułuje on wezwanie do złożenia wyjaśnień, a następnie ocenia te wyjaśnienia i dowody.

Tym samym raz użytemu słowu „zaleca” nie można nadawać znaczenia priorytetowego i rozumieć go w oderwaniu od pozostałej treści wezwania oraz wymogów ustawowych. Jednorazowe użycie tego słowa przez Zamawiającego nie może skutkować ignorowaniem spoczywającego na Przystępującym obowiązku wykazania prawidłowości ceny jego oferty, a z kolei takie wykazanie nie jest możliwe bez przedstawienia wyliczeń i dowodów potwierdzających zarówno te wyliczenia, jak i same wyjaśnienia. Dlatego mimo użycia przez Zamawiającego w jednym zdaniu słowa „zaleca” Izba stoi na stanowisku, że w świetle całej treści wezwania i art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, złożenie konkretnych, rzetelnych wyjaśnień wraz z kalkulacją szczegółową i dowodami było obowiązkiem Przystępującego, a nie jedynie czynnością mu „zalecaną”.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest to, czy zawarte w ww. wezwaniu żądanie przedstawienia „szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia” oznacza, że Przystępujący zobowiązany był do złożenia kosztorysu szczegółowego. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, w przypadku których kalkulacja szczegółowa polega na sporządzeniu kosztorysu szczegółowego, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458). Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku. Sam Zamawiający powoływał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 12.02.2024 r. o sygn. akt KIO 159/24, zgodnie z którym sposób kalkulacji ceny oferty wiąże się ze specyfiką przedmiotu zamówienia. W świetle takiego stwierdzenia specyfika niniejszego zamówienia, czyli fakt, że są to roboty budowlane, prowadzi do wniosku, że wymagana kalkulacja szczegółowa powinna mieć formę kosztorysu szczegółowego. Tak zresztą wykonawcy wzywani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zrozumieli wezwanie Zamawiającego i złożyli kalkulacje w formie kosztorysów, przy czym wszyscy złożyli je w formie kosztorysów szczegółowych, poza wykonawcą PDB (którego oferta została odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) i poza Przystępującym, który dla branży drogowej złożył kosztorys szczegółowy, a jedynie dla robót kanalizacji deszczowej – kosztorys uproszczony. Zatem biorąc pod uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane, w przypadku których kalkulacja szczegółowa polega na sporządzeniu kosztorysu szczegółowego, co wynika z ww. rozporządzenia i było też zrozumiałe dla większości wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu, należy przyjąć, że Przystępujący zobligowany był odpowiadając na wezwanie Zamawiającego złożyć wyjaśnienia wraz z kalkulacją szczegółową w postaci kosztorysu szczegółowego.

Jak wskazano już wyżej, Przystępujący dołączył do wyjaśnień dwa kosztorysy: kosztorys szczegółowy dla branży drogowej i kosztorys uproszczony dla kanalizacji deszczowej. W kosztorysie uproszczonym w każdej pozycji wskazano jedynie jednostkę, cenę jednostkową, ilość robót i wartość łączną, natomiast nie wskazano jednostkowych nakładów rzeczowych, kosztów pośrednich i zysku. Tym samym Przystępujący w zakresie branży kanalizacji deszczowej złożył kalkulację, która nie może być uznana za kalkulację szczegółową. Już tylko ten fakt powoduje konieczność stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał zasadności ceny swojej oferty, gdyż nie złożył wyjaśnień zgodnie z wezwaniem z dnia 01.04.2025 r., bo dołączony do tych wyjaśnień kosztorys uproszczony kanalizacji deszczowej nie jest kosztorysem szczegółowym i nie zawiera kalkulacji szczegółowej, której żądał Zamawiający.

Ponadto złożenie kosztorysu uproszczonego kanalizacji deszczowej skutkuje brakiem informacji o kosztach robocizny w zakresie tych robót. Tymczasem Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę m.in. osób pracujących przy układaniu sieci kanalizacji deszczowej i zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp żądał też

złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy z uwzględnieniem, że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Skutkiem przedłożenia przez Przystępującego kosztorysu uproszczonego jest więc to, że nie wiadomo, czy w zakresie robót kanalizacji deszczowej Przystępujący przewiduje zastosowanie stawek robocizny zgodnych z obowiązującymi przepisami.

Z kolei w kosztorysie szczegółowym dotyczącym robót drogowych Przystępujący podał koszty robocizny, natomiast nie zostały one potwierdzone wiarygodnymi dowodami. Przystępujący dołączył bowiem do wyjaśnień:

- zaświadczenie z ZUS, które potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek,
- zaświadczenie z US, które potwierdza brak zaległości podatkowych,
- zaświadczenie Kierownika ds. kadr i płac o treści: „Colas Polska Sp. z o.o. zaświadcza, że wynagrodzenia za pracę lub minimalna stawka godzinowa za pracę ustalana jest dla wszystkich pracowników naszej spółki zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i wartość ta nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Jednocześnie potwierdzamy zgodność naszego działania i podejmowanych decyzji z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie”.

Pierwsze dwa dowody nie odnoszą się do zgodności wysokości wynagrodzenia z obowiązującymi przepisami, natomiast trzeci dowód zawiera wprawdzie informację o zachowaniu takiej zgodności, ale nie jest oznaczony żadną datą, zatem nie wiadomo, czy zawarte w nim zapewnienie o stosowaniu wynagrodzenia nie niższego niż minimalne dotyczy stawek obowiązujących w 2025 r., czy jakichś wcześniejszych obowiązujących w poprzednich latach. W efekcie żaden z dowodów złożonych przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami nie potwierdza, że stawki podane w kosztorysie szczegółowym robót drogowych nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z kolei jak wskazano już wyżej, stawki z zakresu robót kanalizacji deszczowej w ogóle nie zostały podane w kosztorysie uproszczonym.

W tym miejscu należy także podkreślić, że ocenie Izby podlegają tylko wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, bo tylko w stosunku do nich zamawiający dokonywał oceny oferty. Tym samym dowody przedłożone dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą są już spóźnione i nie podlegają ocenie Izby. Oznacza to, że m.in. złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym zaświadczenie o wysokości wynagrodzenia wystawione przez podwykonawcę robót kanalizacyjnych jest już spóźnione i nie podlega ocenie Izby, bo powinno zostać przedłożone Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami (pomijając to, że skoro zaświadczenie to dotyczy robót kanalizacyjnych, to nie potwierdza stawek robocizny przyjętych w kosztorysie szczegółowym dla robót drogowych, więc w dalszym ciągu brak dowodu potwierdzającego wysokość stawek przyjętych dla robót drogowych).

Podsumowując zatem wątek kosztów pracy, należy stwierdzić, że w wyjaśnieniach Przystępujący ograniczył się do złożenia oświadczeń, że wszystkich pracowników na budowach zatrudnia w oparciu o umowę o pracę z zastosowaniem stawek wyższych niż minimalne wynagrodzenie wynikające z obowiązujących przepisów, jednocześnie jednak podał koszty robocizny jedynie w kosztorysie szczegółowym dotyczącym robót drogowych, natomiast w ogóle nie podał ich w kosztorysie uproszczonym dotyczącym robót kanalizacji deszczowej. W dodatku nawet koszty przyjęte dla robót drogowych nie zostały potwierdzone żadnym wiarygodnym dowodem np. przykładowymi zanonimizowanymi umowami o pracę, zaś dołączone do wyjaśnień zaświadczenie z działu kadr jako nieopatrzone żadną datą nie może być uznane za taki wiarygodny dowód, gdyż nie potwierdza zastosowania aktualnych stawek wynagrodzenia. Wskazane okoliczności prowadzą do wniosku, że wbrew wezwaniu z dnia 01.04.2025 r. Przystępujący nie wykazał zgodności kosztów pracy z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Jednocześnie Izba w ramach rozpoznania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego nie uznała za zasadne zarzutów dotyczących: braku przedstawienia przez Przystępującego dowodów potwierdzających koszty robót planowanych do powierzenia podwykonawcom, zaniżenia poz. 80 branży drogowej w stosunku do oferty podwykonawcy oraz zaniżenia kosztów w pozycjach 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego branży drogowej.

Co do pierwszej z ww. kwestii Odwołujący wskazał, że Przystępujący zamierza wykonać samodzielnie tylko roboty bitumiczne oraz wyliczył, że:

- wartość robót z wyłączeniem robót bitumicznych wynosi 1.855.861,79 zł, co stanowi 39% ceny oferty Przystępującego,
 - dołączone do wyjaśnień dowody z czterech ofert handlowych podwykonawców dotyczą robót o wartości 592.782,70 zł, co pokrywa jedynie 32% zakresu robót planowanych do powierzenia podwykonawcom,
- co wg Odwołującego prowadzi do wniosku, że wartość większości robót, które mają wykonać podwykonawcy (68%), nie

została potwierdzona żadnymi dowodami. Izba zwraca jednak uwagę, że ww. wyliczenia Odwołującego zawierają jedynie wskaźniki procentowe, natomiast Odwołujący nie wykazał, że te 68% robót planowanych do powierzenia podwykonawcom ma na tyle istotny charakter, że wymaga potwierdzenia związanych z nimi kosztów dowodami. Sam wskaźnik procentowy – 68% jest oczywiście wysoki, ale nie zmienia to faktu, że może on obejmować zarówno roboty istotne dla wykonania zamówienia, jak i tzw. „drobnicę”, która ilościowo stanowi większość prac zleconych podwykonawcom, ale przedmiotowo nie jest aż tak ważna, by musiała być potwierdzona dowodami. Tego przedmiotowego znaczenia 68% prac planowanych do powierzenia podwykonawcom Odwołujący nie wykazał. Przy czym Przystępujący wskazał w piśmie procesowym, że złożył dowody dla robót kluczowych, czyli z branży deszczowej, materiałów betonowych, geodezji i oznakowania. Wobec niewykazania przez Odwołującego istotności robót, dla których Przystępujący nie przedstawił dowodów w postaci ofert handlowych podwykonawców, mimo ich wysokiego łącznego wskaźnika procentowego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podobnie rzecz się ma z zaniżeniem kosztów betonu w poz. 80 branży drogowej w stosunku do ceny w ofercie podwykonawcy. Izba dostrzega, że argumentacja Przystępującego o skalkulowaniu innego betonu (C8/10) niż wskazany w ofercie podwykonawcy (C12/15) jest mało wiarygodna, a poza tym świadczy o przedstawieniu Zamawiającemu niewłaściwego dowodu (skoro dotyczy innego betonu niż ten, który rzekomo został skalkulowany), zaś dowód dołączony do pisma procesowego z dnia 26.06.2025 r. (nowa oferta na beton) jest już spóźniony, gdyż powinien być dołączony do wyjaśnień przedkładanych Zamawiającemu. Niemniej jednak, aby koszt danej pozycji mógł być oceniany w ramach rażąco niskiej ceny, musi to być koszt stanowiący istotną część składową ceny oferty (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Tymczasem Odwołujący przedstawił w odwołaniu argumentację potwierdzającą istotność pozycji 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego Przystępującego (str. 28-30 odwołania), natomiast nie przedstawił argumentacji co do istotności poz. 80. Dlatego zarzut dotyczący poz. 80 Izba również uznała za niewykazany, a tym samym - niezasadny.

Wreszcie odnosząc się do zarzutu dotyczącego pozycji 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego Przystępującego należy zauważyć, że Odwołujący sformułował dwa zarzuty dotyczące ww. pozycji: zarzut zaniżenia kosztów, czyli rażąco niskiej ceny w tych pozycjach (str. 21 odwołania, przy czym nie podniesiono w tym zakresie zarzutu braku uzasadnienia ww. kosztów w wyjaśnieniach i dowodach) oraz zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia (str. 30 odwołania). Co do kwestii zaniżenia kosztów w pozycjach 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego należy zauważyć, że Odwołujący wywiódł to z zaniżenia ilości kruszywa przeznaczonego do wykonania robót drogowych. Jednak odpierając ten zarzut Przystępujący wskazał, że zamierza pozyskać brakujące ilości kruszywa z rozbiórki i frezowania przebudowywanej drogi. Izba nie znalazła na obecnym etapie jednoznacznych podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w tym zakresie, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia wyroku, niemniej jednak konsekwencją takiego stanowiska Izby jest też to, że Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia zaniżenia kosztów w ww. pozycjach kosztorysu szczegółowego. Skoro bowiem w ocenie Izby nie można stwierdzić, że Przystępujący zaniżył ilość materiałów w ww. pozycjach, to nie można też stwierdzić, że w efekcie zaniżył koszty w tych pozycjach. Dlatego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w pozycjach 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego Przystępującego został uznany za niezasadny.

Dodatkowo Izba zauważa, że zarzut dotyczący pozycji 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego został w odwołaniu oparty tylko na treści wymogów z pkt 10.1. i 10.3. projektu technicznego branży drogowej. Tymczasem Odwołujący złożył na posiedzeniu jako dowód zestawienie rażąco niskich cen oparte na porównaniu kosztów ww. pozycji z kosztami z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego i kosztami skalkulowanymi przez Odwołującego z uwzględnieniem kosztów pracy sprzętu. Złożony dowód wykracza zatem poza zakres zarzutu podniesionego w odwołaniu, a należy przypomnieć, że zakres zarzutu wyznaczają nie tylko powołane przepisy, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne stanowiące podstawę kwestionowania czynności bądź zaniechań zamawiającego (por. np. wyrok KIO z dnia 27.06.2023 r. o sygn. akt KIO 1678/23 z dnia 27.06.2023 r., czy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24). Zgodnie zaś z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Dlatego też dowód w postaci ww. zestawienia opartego na okolicznościach faktycznych niewskazanych w odwołaniu, został przez Izbę uznany za powołany dla zwłoki (art. 541 ustawy Pzp), gdyż w istocie nie dotyczy on zarzutu podniesionego w odwołaniu (w zakresie takim, w jakim został on sformułowany w odwołaniu).

Reasumując, Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z powodu:

- 1) braku przedstawienia kalkulacji szczegółowej (kosztorysu szczegółowego) w zakresie robót kanalizacji deszczowej,
- 2) braku wykazania stawek robocizny w zakresie robót kanalizacji deszczowej i braku potwierdzenia wiarygodnymi dowodami stawek robocizny przyjętych dla branży drogowej.

Pozostałe argumenty (zarzuty) zawarte w odwołaniu dotyczące braku potwierdzenia dowodami kosztów części prac planowanych do powierzenia podwykonawcom oraz zaniżenia kosztów w poz. 80 i w poz. 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33

kosztorysu szczegółowego, Izba uznała za niezasadne. Niemniej jednak kwestie wskazane powyżej w punktach 1) i 2) przesądziły o uznaniu, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie odpowiadają treści wezwania z dnia 01.04.2025 r. i nie uzasadniają ceny jego oferty. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało uwzględnione.

Zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Przechodząc zatem do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ponownie należy zauważyć, że Odwołujący oparł ten zarzut na wymogach zawartych w pkt 10.1. i 10.3. projektu technicznego branży drogowej, w których Zamawiający podał wymaganą grubość m.in. podbudowy z kruszywa. Odwołujący podniósł, że w pozycjach 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu szczegółowego branży drogowej Przystępujący przewidział zbyt małą ilość kruszywa w stosunku do wymogów wynikających z projektu technicznego. W toku postępowania odwoławczego, odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Przystępujący powołał się na pkt 2.3. specyfikacji technicznej w części ST06 – podbudowa z kruszyw stabilizowanych mechanicznie, w którym dopuszczono zastosowanie również kruszyw z recyklingu oraz na odpowiedź na pytanie nr 3 do SWZ, w której Zamawiający dopuścił możliwość częściowego wykonania poboczy z destruktu powstałego z frezowania nawierzchni. Przystępujący stwierdził, że zamierza zastosować mieszankę kruszywa wskazanego w kosztorysie szczegółowym i kruszywa pochodzącego z rozbiórki obecnej nawierzchni drogi, natomiast pobocza zamierza wykonać z frezowania warstw bitumicznych oraz zakupionego dodatkowo materiału, jak też przedstawił wyliczenia pokazujące, że w ten sposób uzyska ilość materiału przekraczającą nawet ilości potrzebne do spełnienia wymagań Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wobec treści ww. pkt 2.3. specyfikacji technicznej i odpowiedzi na pytanie nr 3 rzeczywiście wykonawcy mają możliwość wykorzystania materiałów z rozbiórki i frezowania nawierzchni, zatem argumentacja Przystępującego oparta na specyfikacji technicznej i ww. odpowiedzi nie jest pozbawiona podstaw. Izba rozumie przy tym argumentację Odwołującego, zgodnie z którą pozyskanie w ten sposób wystarczających ilości materiału nie jest pewne, bo nie jest znana jakość kruszywa znajdującego się obecnie pod nawierzchnią drogi, ani jakość destruktu, a ponadto spełnione muszą być dodatkowe warunki do ich wykorzystania, wynikające np. z rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2468 ze zm.).

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z powszechnie przyjmowaną, również w orzecznictwie KIO, wykładnią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezgodność z warunkami zamówienia zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach zamówienia i niezgodność ta ma charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tymczasem w niniejszej sprawie nie można jednoznacznie stwierdzić, że przyjęte w kosztorysie szczegółowym ilości materiałów świadczą o niespełnieniu wymogów zawartych w pkt 10.1. i 10.3. projektu technicznego, skoro istnieje przewidziana w specyfikacji technicznej i ww. odpowiedzi na pytanie nr 3 możliwość wykorzystania kruszywa z rozbiórki i destruktu z frezowania. W efekcie nie można na tym etapie stwierdzić, że oferta Przystępującego w omawianym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym wypadku, z uwagi na ilości materiałów przewidziane w kosztorysie szczegółowym robót drogowych Zamawiający powinien przede wszystkim wezwać Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, dlaczego przyjął on takie a nie inne ilości w kosztorysie i w jaki sposób zamierza spełnić wymogi wynikające z projektu technicznego, a następnie powinien ocenić te wyjaśnienia również w świetle możliwości wynikających ze specyfikacji technicznej i odpowiedzi na pytanie nr 3, jeżeli na te możliwości Przystępujący by się powołał. Jednak wobec faktu, że Izba uznała ofertę Przystępującego za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wzywaniu Przystępującego do złożenia ww. wyjaśnień w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest już niecelowe, dlatego Izba nie nakazała Zamawiającemu wykonania takiej czynności, ale uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp za przedwczesny i tym samym niezasadny, skoro nie można wykluczyć, że zamiar wykorzystania przez Przystępującego materiałów z rozbiórki i z frezowania pozwoliłby mu spełnić wymagania z projektu technicznego. Stąd też odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 zostało oddalone.

Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł też zarzut złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że: „Złożenie przez Wykonawcę COLAS oferty (...) w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do tego, że cenie oferty przyjmował rażąco niskie koszty i ceny, czym jak wynika z zestawienia ofert zmierza do wykreowania przewagi cenowej nad konkurencją, którą w tym przypadku jest STRABAG oraz że samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyczerpuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że rozpoznając zarzut nr 1 Izba stwierdziła, że Przystępujący nie

wykazał w wyjaśnieniach zasadności ceny swojej oferty, dlatego podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła natomiast, że Przystępujący zaniżył koszty i że cena jego oferty jest w związku z tym rażąco niska (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Należy bowiem odróżnić sytuację, gdy z wyjaśnień wykonawcy nie wynika, że cena jego oferty nie jest rażąco niska (czyli wykonawca nie wykazał prawidłowości kalkulacji ceny swojej oferty) od sytuacji, gdy z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że jest ona rażąco niska. Odwołujący uzasadnił czyn nieuczciwej konkurencji tym, że cena Przystępującego jest rażąco niska. Izba natomiast nie stwierdziła rażąco niskiej ceny rozpoznając zarzut nr 1, zatem już tylko ten fakt powoduje, że zarzut Odwołującego dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Ponadto Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że „działanie Wykonawcy COLAS w postaci złożenia oferty z omówionymi wcześniej uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej i jego oczekiwaniami, a oferty obu Wykonawców tego nie zapewniają. Nadto, postawa Wykonawcy COLAS naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby Postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji. Złożenie przez Wykonawcę COLAS oferty przewidującej rażąco niską cenę, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zniżenia kosztu realizacji zamówienia narusza również interes STRABAG w Postępowaniu, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach gry (...)”.

W tym miejscu należy wskazać, że gdyby rozumieć naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta w taki sposób, jak przedstawiony w odwołaniu, to prawie każdy przypadek wyboru jako najkorzystniejszej oferty np. niezgodnej z warunkami zamówienia, z rażąco niską ceną lub z błędem w obliczeniu ceny musiałby być automatycznie kwalifikowany jako stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji. Tymczasem ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp rozdzielił różne przesłanki, w tym te określone w pkt 5, 7, 8 i 10 tego przepisu, co oznacza, że choć w szczególnych stanach faktycznych mogą one zachodzić łącznie, to jednak co do zasady stanowią odrębne podstawy odrzucenia oferty. Zatem sam fakt zniżenia ceny w ofercie uznanej za najkorzystniejszą (nawet gdyby w niniejszej sprawie do tego doszło) nie świadczy automatycznie o działaniu zagrażającym lub naruszającym interesy innych wykonawców, których oferty nie zostały wybrane. Sytuacja taka, jeśli dotyczy ceny całkowitej lub jej istotnych części składowych wpływających na tę cenę całkowitą, świadczy bowiem o ziszczeniu się przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Natomiast w celu zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp trzeba dodatkowo wykazać działanie zagrażające lub naruszające interesy innych wykonawców wykraczające poza zwykłe konkurowanie ceną na rynku.

Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący złożył ofertę z ceną rażąco niską (raz jeszcze należy podkreślić, że Izba w zarzucie nr 1 stwierdziła brak wykazania przez Przystępującego, że cena nie jest rażąco niska), jak też nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto okoliczności sprawy nie potwierdzają, aby doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu Odwołującego lub Zamawiającego, w szczególności sam fakt wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie może być automatycznie utożsamiany z takim zagrożeniem lub naruszeniem. Dlatego Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 zostało oddalone.

Odwołujący zawarł też w odwołaniu zarzut ewentualny: „ewentualnie w razie uznania zarzutów określonych w pkt 1-3 powyżej za przedwczesne – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Colas do dalszych wyjaśnień w zakresie jej istotnych części składowych, tj. poz. 3, 12, 20, 21, 29, 32, 33 kosztorysu dot. branży drogowej lub art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie ww. pozycji”. Tym samym Odwołujący postawił ww. zarzut na wypadek uznania przez Izbę za przedwczesne: zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i niewykazania zasadności ceny oferty, zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

Pierwszy zarzut został uwzględniony z uwagi na niewykazanie przez Przystępującego w wyjaśnieniach i dowodach, że cena jego oferty została ustalona prawidłowo. Drugi zarzut został oddalony jako przedwczesny, ale wzywaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest niecelowe wobec uwzględnienia zarzutu nr 1. Trzeci zarzut został oddalony jako niezasadny i ponowne wzywaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp jest niecelowe zarówno z powodu uwzględnienia zarzutu nr 1, jak i z powodu braku wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk, czego ponownie złożone przez Przystępujące wyjaśnienia i tak nie mogłyby zmienić.

Zarzut dotyczący nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący postawił zarzut nierównego traktowania Przystępującego i wykonawcy PDB w sytuacji, gdy PDB przy tożsamej treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie złożył kalkulacji szczegółowej, jego wyjaśnienia nie

są wystarczające, wykonawca nie uzasadnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego są zbyt ogólne, to Zamawiający odrzucił ofertę PDB. Jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucić oferty COLAS (...). W pierwszej kolejności należy podkreślić, że oferta wykonawcy PDB została odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ: „Wykonawca nie przedstawił wystarczających wyjaśnień i tym samym nie uzasadnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego są zbyt ogólne i Wykonawca nie złożył wyjaśnień, o które wzywał Zamawiający. Wyjaśnienia nie są również poparte dowodami”. Stawianie zarzutu nierównego traktowania wykonawcy PDB i Przystępującego z powodu odmiennej oceny przez Zamawiającego treści ich wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wymaga szczegółowej analizy i porównania wyjaśnień, kalkulacji i dowodów złożonych przez obu tych wykonawców, przy czym z punktu widzenia interesu Odwołującego mijają się to z celem, bo oferta wykonawcy PDB i tak już została odrzucona, więc ocena złożonych przez niego wyjaśnień nie ma żadnego wpływu na sytuację Odwołującego.

Izba uznała zatem, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w zakresie tak sformułowanego zarzutu nr 4, ponieważ ocena wyjaśnień wykonawcy PDB, którego oferta i tak już została odrzucona, nie ma żadnego wpływu na to, czy Odwołujący uzyska zamówienie i poniesie jakąkolwiek szkodę. Natomiast ocena wyjaśnień Przystępującego odbywa się w ramach rozpoznania zarzutu nr 1 i Izba dokonuje tej oceny bez względu na to, jakie wyjaśnienia złożył wykonawca PDB. Tym samym postawienie zarzutu nr 4 dotyczącego nierównego traktowania ww. wykonawców, w tym wykonawcy PDB, którego oferta i tak już została odrzucona, jest niezrozumiałe i niepotrzebne, bo z punktu widzenia interesu Odwołującego całkowicie wystarczające jest rozpoznanie przez Izbę zarzutu nr 1. Izba oddaliła zatem odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 z powodu braku po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania w zakresie tak sformułowanego zarzutu.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że odwołanie zawiera cztery główne zarzuty dotyczące: rażąco niskiej ceny i niewykazania zasadności ceny oferty (zarzut nr 1), niezgodności oferty z warunkami zamówienia (zarzut nr 2), czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3) oraz nierównego traktowania wykonawców (zarzut nr 4). Spośród tych czterech zarzutów Izba jeden zarzut uwzględniła (nr 1) i trzy zarzuty oddaliła (nr 2, 3 i 4). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/4, a Odwołujący – w części 3/4.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (10.000 zł) i wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3.600 zł), co razem daje kwotę 13.600 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.400 zł (1/4 z 13.600 zł), a Odwołujący - w wysokości 10.200 zł (3/4 z 13.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 13.600 zł (10.000 – wpis od odwołania i 3.600 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 10.200 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów (nie złożył rachunków ani spisu kosztów), a powinien ponieść je w wysokości 3.400 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 3.400 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (13.600 - 3.400 = 10.200).

Przewodnicząca