

Sygn. akt: KIO 3021/23

WYROK

z dnia 26 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2023 r. przez odwołującego **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Przygodzice**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: S. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa Usługi Sprzętem Budowlanym S. N., Vector Spółka Cywilna D. R., S. B.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3021/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Przygodzice, dalej: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach”, Nr referencyjny: Rg.271.42.2023.ZP, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 sierpnia 2023 r., pod numerem: 2023/BZP 00341831.

W dniu 11 października 2023 r. Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „Wydobywanie Kruszywa Usługi Sprzętem Budowlanym” S. N. oraz Vektor S.C. S. B., D. R. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum N., mimo iż wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty są niewiarygodne, nie zostały poparte dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń Wykonawcy w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum N. i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;
- 3) zaniechaniu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu Robót, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, ponieważ roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 1 Wykazu Robót stanowiły remont, a nie budowę, do której odnosił się warunek udziału w Postępowaniu. Nadto roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 2 Wykazu Robót nie zostały zakończone.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum N. w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przedstawione przez Konsorcjum N. wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny są niewiarygodne, nie zostały poparte dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń Konsorcjum N. w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum N. i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;

2) naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 273 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu Robót, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, ponieważ roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 1 Wykazu Robót stanowiły remont, a nie budowę, do której odnosił się warunek udziału w Postępowaniu. Nadto roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 2 Wykazu Robót nie zostały zakończone.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum N. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum N..

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem, zgodnie z pkt 6 SWZ, są roboty budowlane realizowane w systemie zaprojektuj-wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego pn: Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią dróg na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach, polegające m.in. na:

1) budowie wiaduktu drogowego nad linią kolejową wraz z rozbiórką istniejącego wiaduktu – 1 szt;

- 2) fragmentarycznej budowie drogi pieszo-rowerowej jako połączenia ruchu pieszego i rowerowego do drogi wojewódzkiej – długość około 64 m;
- 3) budowie drogi gminnej od drogi wojewódzkiej do projektowanego ronda wraz z odwodnieniem i robotami towarzyszącymi, w tym fragmentaryczna budowa drogi pieszo-rowerowej – długość drogi około 203 m;
- 4) budowie połączenia z ul. Mostową - długość około 45 m;
- 5) budowie ronda o średnicy 30m na połączeniu projektowanej drogi z ul. Inżynierską;
- 6) budowie drogi gminnej na terenach inwestycyjnych od projektowanego ronda do drogi powiatowej wraz z odwodnieniem i robotami towarzyszącymi – długość drogi około 1665 m.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: 19 600 000,00 PLN brutto. W określonym przez Zamawiającego terminie swoje oferty złożyło trzech wykonawców, oferując realizację zamówienia na następujących warunkach:

- 1) Odwołujący - 18 943 712,28 zł;
- 2) NDI ENERGY Sp. z o.o. – 20 680 000,00 zł;
- 3) Konsorcjum N. – 13 358 509,71 zł.

Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum N. za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

II. Niesprostanie przez Konsorcjum N. ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską (uzasadnienie zarzutu nr 1 z petitum odwołania) Odwołujący wskazał, że cena ofertowa Konsorcjum N. w odniesieniu do pozostałych ofert oraz do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego przedstawia się następująco:

Lp.	Wykonawca	Cena ofertowa brutto	Stosunek ceny oferty do średniej	Stosunek ceny oferty do wartości zamówienia
1	<u>Konsorcjum N.</u>	<u>13 358 509,71</u>	<u>-24%</u>	<u>-32%</u>
2	Odwołujący	18 943 712,28	7%	-3%
3	NDI ENERGY Sp. z o.o.	20 680 000,00	17%	6%

W pkt 23 ppkt 6 SWZ Zamawiający określił: „Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty poprzez uzupełnienie kalkulacji ceny ofertowej (Dodatk nr 8 do SWZ). Wykonawca zobowiązany jest wskazać cenę netto dla poszczególnych zakresów i całość podsumować. Kalkulację należy załączyć do oferty”.

Powyższa Kalkulacja Konsorcjum N. miała bardzo ogólny charakter. Odwołujący przedstawił jej całość:

L. p.	Nazwa elementu prac	Wartość [zł netto]
	1	2
I.	Wiadukt drogowy	
1.	Opracowanie dokumentacji projektowej zgodnej z zakresem wynikającym z PFU branży mostowej wraz z uzyskaniem dokumentu formalno-prawnego zezwalającego na realizację robót budowlanych	125.000,00
2.	Wykonanie robót budowlanych branży mostowej oraz roboty towarzyszące w zakresie zgodnym z PFU oraz dokumentacją projektową	4.956.644,00
II.	Sieć dróg	
1.	Opracowanie dokumentacji projektowej zgodnej z zakresem wynikającym z PFU branży drogowej wraz z uzyskaniem dokumentu formalno-prawnego zezwalającego na realizację robót budowlanych	150.000,00
2.	Wykonanie robót budowlanych branży drogowej oraz roboty towarzyszące w zakresie zgodnym z PFU oraz dokumentacją projektową	5.628.933,00
3	RAZEM [zł netto]	10.860.577,00
4	VAT 23%	2.497.932,71
5	RAZEM [zł brutto]	13.358.509,71

W dniu 5 września 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum N. do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp wskazując, że: zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wymaga się złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących w szczególności:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,
- 2) 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 dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Jednocześnie informujemy, że na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający będzie zmuszony odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W dniu 11 września 2023 r. Konsorcjum N. odpowiedział na powyższe wezwanie. Odwołujący przedstawił w odwołaniu całą odpowiedź:

„W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 05.09.2023r. dotyczące udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na realizację zamówienia publicznego pn. Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią dróg na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach informujemy, iż:

Cena oferty złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu skalkulowana została rzetelnie, w oparciu o warunki rynkowe oraz koszt podobnych robót budowlanych, świadczonych już przez Wykonawcę, uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia.

Istotnym czynnikiem obniżającym cenę oferty Wykonawcy jest bliska lokalizacja oddziału od terenu planowanej inwestycji stanowiąca przedmiot Postępowania, dzięki czemu Nasza firma przy kalkulacji nie musiała uwzględniać kosztów delegacji, jak również posiadanie własnej kopalni kruszyw, a także własnego zakładu produkcji mieszanki betonowej – betoniarni w Ostrowie Wielkopolskim przy ul. Rejtana gdzie jesteśmy w stanie wyprodukować potrzebne mieszanki betonowe na budowę wiaduktu kolejowego jak również stabilizacje cementowe na potrzeby warstw nośnych drogi. Posiadamy również zakład prefabrykacji betonowej, obecnie w zakładzie przy ulicy Rejtana W Ostrowie Wielkopolskim produkujemy belki mostowe dla wiaduktów drogowych przy budowie autostrady A5 na Litwie.

Wykonawca nie musi również uwzględniać koniecznych kosztów związanych z rekrutacją i przeszkoleniem pracowników, ponieważ są to osoby, z którymi współpracuje od dawna. Niska fluktuacja pracowników – wynikająca z uczciwości Wykonawcy i przestrzegania przepisów prawa pracy – pozwala mu obecnie na oferowanie realizacji robót budowlanych. Wykonawca posiada wykwalifikowaną kadrę jak i również sprzęt wymagany do wykonania inwestycji. Posiadamy również kruszarki i przesiewacze dzięki czemu pozyskany przez Naszą firmę gruz z rozbiórki zostanie ponownie przetworzony i wykorzystany zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca oświadcza, że wyliczenia ceny złożonej oferty nie noszą znamion rażąco niskiej ceny, zostały wykonane w oparciu o przepisy prawa w tym zakresie, a w szczególności:

- 1) Koszty pracy, których wartość przyjęta nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
- 2) Nie korzystamy z pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) Nie zamierzamy powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcą.

Zatem oświadczamy, że jesteśmy w stanie wykonać właściwie i zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego powierzone mu zadanie pn. „Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią dróg na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach” za stawki przedstawione w ofercie”.

Odwołujący wskazał, że do powyższego pisma nie załączono żadnych dokumentów czy innych dowodów, które miałyby potwierdzić gołosłowne, ogólnikowe oświadczenia Konsorcjum N.. W takiej sytuacji nie sposób uznać, że Wykonawca sprostął ciężącemu na nim obowiązкови dowodowemu wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską – bo taki obowiązek nałożył na Konsorcjum N. Zamawiający, kierując do niego pismo w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum N. przy założeniu, że Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy, składające się na opis przedmiotu zamówienia. O nierealności ceny zaoferowanej przez Wykonawcę świadczy minimalny zakres elementów kosztotwórczych, które należy wycenić w ramach realizacji zamówienia, a którego Konsorcjum N. nie uwzględniło należycie w stawce za transport odpadów takich jak:

- 1) wycena wartości robót budowlanych – zarówno w odniesieniu do wiaduktu oraz sieci dróg;
- 2) koszt materiałów budowlanych, wykorzystania maszyn;
- 3) koszt paliwa;
- 4) koszt, ubezpieczenia, opłat drogowych;
- 5) koszty pracownicze.

Odwołujący wskazał, że zarówno wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jak i wyjaśnienia tego Wykonawcy, miały charakter czysto formalny, nie rozwiąły merytorycznych wątpliwości opisywanych przez Odwołującego, a ich ocena przez Zamawiającego i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

Konsorcjum N. co prawda odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego, jednak złożone przez niego pismo, jest pozbawione de facto merytorycznej treści co do wyliczenia ceny i nie jest poparte faktycznymi dowodami, które tę cenę by potwierdzały, co czyni je gołosłownymi. Choć Konsorcjum N. odwołuje się do „swoich właściwości”, to na ich istnienie nie przedstawia żadnego dowodu. Co jednak najistotniejsze, nie wskazuje on, w jaki sposób właściwości te przełożyły się na możliwość zaoferowania Zamawiającego aż tak niskiej ceny. Odwołujący wskazuje na to, że nie jest to uzasadnione, co Odwołujący wie najlepiej, bowiem

sam również posiada własne betoniarnie, równie wykwalifikowany i doświadczony personel, a jednak nie widzi możliwości zrealizowania takiego kontraktu za tak niską cenę, którą zaoferował Wykonawca. Cena ta jest nierynkowa, a czynniki, które rzekomo miały pozwolić Wykonawcy na zaoferowanie tak niskiej ceny nie są właściwe jedynie Wykonawcy i obiektywnie nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie, a już na pewno możliwość ta nie została wykazana przez Wykonawcę. Nawet jeśli chodzi o koszty personelu – istotny element kosztowy – Wykonawca ogranicza się do „deklaracji”, że jego oferta zapewnia zgodność

z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale w żaden sposób nie wyjaśniał, na jakim poziomie koszty te kalkuluje, jakie założenia Wykonawca poczynił i na jakiej podstawie, bowiem również i w tym zakresie brak jest jakichkolwiek dowodów z jego strony. Wykonawca w żaden sposób w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii wyjaśnienia zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie i zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, co zostało zupełnie pominięte przez Wykonawcę.

Wykonawca nie dołożył minimum staranności przy składaniu wyjaśnień ceny, choć Zamawiający w sposób jednoznaczny informował, jakie będą skutki zaniechań Wykonawcy w tym zakresie. W tej sytuacji nie może być więc mowy o wyjaśnieniu przez Wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Z uwagi na poziom ceny Wykonawcy, uprawnione jest stanowisko, że jego wyjaśnienia ceny nie odpowiadają na wszystkie pytania Zamawiającego, a przede wszystkim potwierdzają rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy, są ogólnikowe i niespójne, a przede wszystkim niewiarygodne. Co więcej, wyjaśnienia Konsorcjum N. nie pozwalają na ustalenie, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę oferty, jakie założenia przyjął, a w konsekwencji, czy kalkulacja ta była prawidłowa. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie: „celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 p.z.p., jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 142/22, LEX nr 3361601).

Wobec ogólnikowości wyjaśnień nie sposób uznać, aby podstawowy cel, jakiemu służyć mają wyjaśnienia ceny został spełniony. W ocenie Odwołującego dokument ten nie spełnia standardu wyjaśnień ceny, jakie złożyć powinien profesjonalny podmiot. Tym bardziej dokument ten (ani dołączone do niego załączniki) nie może świadczyć o wykazaniu, że zaoferowana przez niego cena za transport jednej tony odpadów nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia ceny Konsorcjum N. są pozbawione treści, nie spełniają wymogów art. 224 ust.

1 Pzp i powinny zostać potraktowane jako niezłożone. Nie ulega wątpliwości, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a wobec tego oferta Konsorcjum N. powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, w ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym Zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień. Tytułem przykładu przywołać można wyrok Izby z dnia 30 maja 2016 r. (dotychczasowe orzecznictwo Izby w tym obszarze pozostaje aktualne), gdzie Izba zwracała uwagę, że: „odwołujący w sposób lakoniczny i bardzo ogólnikowy przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, z których nie sposób wywieść, w jaki sposób odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, jakie to specyficzne czynniki, niedostępne innym wykonawcom, pozwoliły na oszacowanie przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego odwołujący. Zadaniem odwołującego, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jest ostateczne

i definitywne udowodnienie (przekonanie) zamawiającemu, że cena zaproponowana w ofercie wykonawcy pytanego o cenę ofertową, jest ceną rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658).

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie podkreślano, że: „wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi

o "dowodach" na ich potwierdzenie. Sąd Okręgowy podkreśla też, że ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp musi jednoznacznie wynikać możliwość zaoferowania tak niskiej ceny jaką zdecydował się złożyć wykonawca m.in. poprzez przedłożenie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień” (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972). Takich standardów wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 30 marca 2022 r. nie spełniają. W orzecznictwie Izby, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, niepoparte dowodami, niepozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in.: wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 roku o sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 roku o sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005

roku

o sygn. akt VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. o sygn. akt X Ga 127/08).

Mając na uwadze opisane powyżej okoliczności, nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, że cena zaoferowana przez Konsorcjum N. jest ceną rażąco niską. W treści wyjaśnień nie sposób znaleźć potwierdzenia realności tej ceny i możliwości realizacji przez wykonawcę kontraktu z zyskiem. Wręcz przeciwnie, blankietowy charakter wyjaśnień

i gołosłowne zapewnienia Konsorcjum N. powinny tylko utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Raz jeszcze należy wskazać, że to na Konsorcjum N. spoczywał ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie zawiera rażąco niskiej ceny lub koszty. Skoro obowiązkowi temu wykonawca nie sprostał, to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp.

Odwołujący podkreślił rażący charakter naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 Pzp, Zamawiający powinien był zbadać oferty wszystkich wykonawców, egzekwować konsekwencje wystosowanych wezwań, wziąć pod uwagę kalkulacje, założenia i informacje przedłożone przez wykonawców oraz własne szacunki i zbudować jednolity wzorzec oceny kalkulacji ceny. Sprawiedliwa ocena według takiego wzorca prowadzi do wniosku, że cena Konsorcjum N. jest rażąco niska.

Jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał przy tym, że złożenie tak ogólnikowych wyjaśnień przez Wykonawcę i brak minimalnej staranności i woli po jego stronie, żeby rozwiać wątpliwości Zamawiającego, bezsprzecznie powinno skutkować odrzuceniem oferty bez jakichkolwiek dalszych wezwań do udzielenia dodatkowych wyjaśnień. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że takie wezwanie jest możliwe tylko wtedy, gdy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powstają dalsze kwestie, nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Rozwiązanie to nie może natomiast sprowadzać się do stworzenia wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień w zakresie spełniającym oczekiwania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia nierzetelne, niekompletne lub niepotwierdzające prawidłowości ceny (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 686/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 23/22).

Odwołujący wskazał, że dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Odwołujący, który został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamiast udzielić rzetelnych, merytorycznych wyjaśnień Zamawiającemu, poprzestał na złożeniu ogólnikowego oświadczenia w zakresie zaoferowanej ceny, którego nie poparł stosownymi dowodami. Takie zachowanie Wykonawcy nie mogło więc prowadzić do

skierowania do niego kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, bowiem Wykonawca nie dochował należytej staranności i nie rozwiął wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej ceny.

III. Zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu Robót - niespełnienie przez Konsorcjum N. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ (uzasadnienie zarzutu nr 2 z petitum odwołania).

Zgodnie z pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymaga udokumentowane: wykonanie w sposób należyty, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jednej roboty polegającej na budowie obiektu mostowego nad linią kolejową”.

Konsorcjum N. w dniu 21 września 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedłożyło Wykaz Robót sporządzony według wzoru „Dodatek Nr 5”:

	Rodzaj robót	Całkowita wartość brutto [PLN]	Data wykonania od – do	Miejsce wykonania	Podmioty, na rzecz których roboty zostały wykonane
1	Remont wiaduktu w ciągu drogi krajowej nr 11 w km 369+867 nad linia PKP w miejscowości Pleszew	3069861,60	Listopad 2020r- Lipiec 2021r	Pleszew	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Poznaniu
2	Budowa obwodnicy Gostynia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 434 W tym obiekt WD3 nad kolejją nr 360	3956798,13	25.07.2022 r- <u>W trakcie</u>	Gostyń	Strabag Sp. Z o.o.

W dniu 28 września 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum N. do złożenia wyjaśnień dokumentów w trybie art. 128 ust. 4 Pzp wskazując w pkt 2 pisma:

„Wykaz robót z dnia 21.09.2023 r. – czy robota wykazana w poz. 2 „Budowa obwodnicy Gostynia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 434 w tym obiekt WD3 nad kolejją nr 360” została zakończona oraz czy „obiekt WD-3” to wiadukt o którym mowa w Referencjach pn. „WD-3 w km 4+957,05 wiadukt nad linią kolejową nr 360”?

Uzasadnienie: Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca przedłożył Wykaz robót z dnia 21.09.2023 r. wraz z referencjami z dnia 25.08.2023 r. Dla poz. 2 Wykazu Wykonawca określił, iż są one w trakcie wykonywania, natomiast Referencje potwierdzają zakończenie

robót (poprzez sformułowania w czasie przeszłym). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) na podstawie § 9 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia wykaz winien obejmować „wykaz robót budowlanych wykonanych (...)”, co należy interpretować, że roboty muszą być zrealizowane. Ponadto nazwa w kolumnie „rodzaj robót” tj. „obiekt WD3” sugeruje, że jest to wiadukt wskazany w referencjach jako „WD-3 w km 4+957,05 wiadukt nad linią kolejową nr 360”. W związku z powyższym należy wyjaśnić wątpliwości Zamawiającego”.

W dniu 3 października 2023 r. Konsorcjum N. odpowiedziało na powyższe wezwanie:

„Sama w sobie budowa nadal się toczy natomiast obiekt WD-3 w km 4+957,05 wiadukt nad linią kolejową nr 360 został już wybudowany, jest na nim już masa i wykończone kapy, formalnie jednak do użytkowania nie został jeszcze oddany.

Obiekt WD-3 - wiadukt nad kolejną nr 360 w km 4+957,05 to ten sam obiekt”.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum N. potwierdziło zatem, że robota w poz. 2 w Wykazie Robót nie została zrealizowana, zatem nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ.

Zdaniem Odwołującego wykonanie części robót budowlanych odnoszących się do wiaduktu WD-3, które z uwagi na trwające inne roboty budowlane, nie zostały zweryfikowane przez Zamawiającego, odebrane, oddane do użytku, nie stanowi „robót zrealizowanych” i nie pozwala na ocenę doświadczenia Wykonawcy. Oświadczenie Strabag złożone jako dowód przez Wykonawcę jest niewiarygodne – referencje powinny pochodzić od Zamawiającego, powstaje pytanie: dlaczego Konsorcjum N. nie uzyskało dokumentu od Zamawiającego? Na chwilę obecną nie wiadomo, czy roboty zrealizowane przez Konsorcjum zostały wykonane prawidłowo, czy też odkryte zostaną wady.

Ponadto, Odwołujący wskazał na ugruntowaną w orzecznictwie Izby zasadę ścisłej, językowej wykładni postanowień SWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ posługuje się czasem przeszłym w trybie dokonanym: wymagane jest „wykonanie”, a nie „wykonywanie” robót. Zatem, warunek ten dotyczy robót budowlanych „wykonanych”, a zatem przynajmniej „technicznie” odebranych przez inwestora. W ślad za nomenklaturą odbiorową, przedmiotowe roboty winny zostać skwitowane protokołem odbioru technicznego lub eksploatacyjnego (podobnie KIO 298/20 i KIO 356/20).

Dodatkowo, Odwołujący wskazał przy tym, że także robota w poz. 1 w Wykazie Robót również nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ – ponieważ nie stanowi „budowy obiektu mostowego nad linią kolejową”, lecz jej „remont” – jak sklasyfikowało Konsorcjum w Wykazie Robót.

Odwołując się zatem do definicji wyżej wymienionych pojęć wskazać należy, że pod pojęciem:

1) Budowy - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego);

2) Przebudowy - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego).

Tymczasem w myśl art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego „remont” oznacza: wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych: „przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Natomiast remont to, zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego, wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Różnica zatem pomiędzy przebudową a remontem, sprowadza się de facto, do ustalenia, czy na skutek wykonania robót budowlanych dojdzie do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Zmiana tych cech jest bowiem następstwem prac budowlanych wykonywanych w ramach przebudowy a nie remontu.” (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. akt: I OSK 1365/17, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

O tym, że w rzeczywistości roboty budowlane wykonane przez Wykonawcę w zakresie poz. 1 Wykazu Robót stanowiły remont a nie budowę, świadczyć więc będzie fakt, że w wyniku tych robót nie doszło do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych obiektu budowlanego.

Szczegółowo zakres prac został opisany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, która prowadziła postępowanie pn. Remont wiaduktu w ciągu dk nr 11 nad linia PKP w m. Pleszew, nr: O.PO.D-3.2411.34.2020, źródło: <https://www.archiwum.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=26786&lan>

g=pl. Zgodnie z Tomem III SIWZ – OPZ: Remont wiaduktu obejmuje wykonanie nowego nadbetonu na ustroju nośnym, nowej izolacji na nadbetonie oraz nowej nawierzchni na obiekcie i dojazdach. Zaprojektowano również nowe kapy na obiekcie i nowe płyty przejściowe. Remont obejmuje wbudowanie urządzeń dylatacyjnych i dostosowanie przyczółków do urządzeń dylatacyjnych (wykonanie nowych skrzydeł i ścian zapleczy przyczółków z wnękami dla dylatacji), a także dostosowanie ustroju nośnego do urządzeń dylatacyjnych (wykucie wnęk dla dylatacji). W ramach remontu zaprojektowano wymianę krawężników, naprawę odwodnienia obiektu i korektę przebiegu odwodnienia na obiekcie. Ponadto remont przewiduje naprawę ustroju nośnego i podpór materiałem PCC oraz iniekcję rys grubości powyżej 0,2 mm. Poza tym również wymianę ścieków skarpowych i remont umocnienia stożków skarpowych. Remont obiektu nie spowoduje zmiany podstawowych parametrów wiaduktu”.

Wszystkie podkreślone elementy stanowią remont, zgodnie z przedstawionymi wyżej definicjami. Skoro zatem w ramach wskazywanego przez Wykonawcę zadania nastąpił remont, rozumiany jako przywrócenie pierwotnych parametrów (walorów) obiektów budowlanych, to Wykonawca nie mógł wykazywać przedmiotowego zadania celem wykazania niezbędnego doświadczenia polegającego na wykonaniu budowy.

Wobec powyższego, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia Wykazu Robót.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 24 października 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie powołanych dowodów oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wobec zarzutu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z uwzględnieniem stanowiska oraz zarzutu braku odrzucenia oferty ze względu na: „Niesprostanie przez Konsorcjum N. ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską” wskazał:

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023.1605 t.j.), określanej dalej skrótem: „p.z.p.” zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny w przypadkach, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 p.z.p. lub 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W niniejszej sprawie cena zaoferowana przez konsorcjum składające się z firm: S. N. oraz D. R. i S. B., działających pod firmą: VEKTOR S.c. nie przekroczyła żadnego z tych progów. Zamawiający mógł zatem i to uczynił zwrócić się z żądaniem wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p. W odwołaniu (str. 5) Odwołujący w kolumnie 5 prezentowanej tam tabeli przedstawił wartość „-32%” jako: „Stosunek ceny do wartości zamówienia”. W ocenie

Zamawiającego jest to nieuprawnione, albowiem taki procent odnosi się nie do wartości zamówienia lecz do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W kolejności obie kwoty to: 16.528.958,39 zł oraz: 19.600.000,00 zł

Dowód: 1. kosztorys inwestorski oraz kalkulacja kosztów, określające wartość zamówienia, oraz notatka służbowa dotycząca korekty szacowania wartości,

2. informacja o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, iż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest odpowiednikiem przewidywanej wartości inwestycji określonej we wniosku o dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład, na podstawie którego otrzymano wstępną promesę wydaną przez Bank Gospodarstwa Krajowego, o które to środki Zamawiający wnioskował.

Dowód: 1. Wniosek o dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład

2. Wstępna promesa przyznania środków na dofinansowanie inwestycji dla Gminy Przygodzice

Kwoty te wskazane są odrębnie, w różnych przepisach p.z.p. O kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia stanowi art. 222 ust. 4 p.z.p. w kontekście informacji podawanej najpóźniej przed otwarciem ofert. Natomiast wartość zamówienia została zdefiniowana w art. 28 p.z.p., zgodnie z którym: „Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.”. Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę na konieczność rozróżniania tych wartości m.in. w wyroku z dnia 6 kwietnia 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 755/22, z następującym stanowiskiem: „Zamawiający najpóźniej przed otwarciem ofert, podaje na stronie internetowej prowadzonego postępowania kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania. Kwoty tej nie należy przy tym utożsamiać z ustaloną wartością zamówienia, gdyż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, która to kwota uwzględniona jest w planowanych (zamierzonych) wydatkach. Kwota ta wynika z możliwości finansowych zamawiającego określonych w jego planie finansowym lub innym spełniającym te funkcje dokumencie.

Zamawiający, zamieszczając informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie danego zamówienia, zobowiązuje się do wyboru oferty najkorzystniejszej, pod warunkiem, że zaoferowana cena lub koszt nie przekracza podanej przez niego kwoty. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, odpowiada bowiem faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości. Kwota ta jest kwotą o charakterze minimalnym, co oznacza, że zamawiający może dokonać korekt wydatków w swoim planie finansowym. A tym samym możliwe jest jej zwiększenie.”.

Zamawiający w pełni podzielił to stanowisko. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w kwestii rażąco niskiej ceny wybrany Wykonawca udzielił odpowiedzi, która w ocenie Zamawiającego była należyta zwłaszcza, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia zostało ustalone jako: „ryczałtowe w rozumieniu art. 632 Kodeksu cywilnego”. Zgodnie z tym przepisem: „§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”. Oczywiście Gmina Przygodzice w projektowanych postanowieniach umowy zawarła stosowne zapisy waloryzacyjne, co dotyczy możliwości wzrostu wynagrodzenia z powodu zmiany przepisów dotyczących danin publicznych oraz możliwości podwyższenia wynagrodzenia do 5% w przypadku wzrostu kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – w oparciu o wskaźnik ceny produkcji budowlano-montażowej na zasadach określonych w § 21 ust. 1 pkt 5, ust. 6 i ust. 11 projektowanych postanowień umowy.

Dowód: Projektowane postanowienia umowy, stanowiące załącznik nr 7 do specyfikacji warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu nie wymagano składania kosztorysów ofertowych. Z tej też przyczyny Zamawiający skierował do wybranego Wykonawcy standardowe pytanie, cytując w istocie art. 224 ust 3 p.z.p. W myśl wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. akt. KIO 58/22: „Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Przepisy p.z.p. nie określają ani treści samego wezwania, które należy skierować do wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również, jaki powinien być zakres czy też treść udzielonych wyjaśnień. Zatem, przy ocenie samych wyjaśnień uwzględnić należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy.”.

W tym stanie rzeczy skoro wezwanie (przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia) miało charakter ogólny, Wykonawca miał prawo udzielić odpowiedzi z odwołaniem się do jego ogólnej sytuacji, w tym bliskiej lokalizacji oddziały od terenu planowanej inwestycji, a także posiadanej własnej kopalni kruszywa i własnego zakładu wytwórni mieszanki betonowej oraz zakładu prefabrykacji betonowej w Ostrowie Wlkp. Okoliczności te znane są Zamawiającemu, jako że wskazane obiekty położone są na terenie powiatu ostrowskiego, w obrębie którego mieści się gmina Przygodzice i funkcjonują od wielu lat.

Zamawiający podzielił stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2023 r. w sprawie sygn. akt KIO 1166/23, iż: „Przepisy p.z.p. nie ustalają jednego uniwersalnego wzorca co do treści składanych wyjaśnień. W konsekwencji ocena musi następować w kontekście wezwania i możliwej jego obiektywnej wykładni z uwzględnieniem

danych okoliczności. W przypadku wyjaśnień udzielanych na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p., nie jest konieczne przedstawienie przez wykonawcę - w każdym przypadku - wycień dotyczących wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego. Taka reguła nie wynika z przepisów p.z.p., może ona wynikać natomiast z treści wezwania skierowanego w konkretnym przypadku do danego wykonawcy. Tylko taka wykładnia przepisu jest możliwa z uwagi na zagrożenie sankcją - odrzucenia oferty, o której stanowi wskazany art. 224 ust. 6 p.z.p.”.

Zasady postępowania wskazane w tym wyroku są tym bardziej słuszne, gdy nie wymagano złożenia kosztorysu ofertowego.

Odwołujący na stronie 8 odwołania sformułował tezę, iż: „nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum N. (...)”. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych wycień w tym zakresie. Odwołujący nie tylko nie udowodnił swojego twierdzenia, ale nawet go nie uprawdopodobnił. Zdaniem Gminy Przygodzice, w tym zakresie należy uwzględnić zarówno ryczałtowy charakter wynagrodzenia jak i ograniczone wartościowo i dowodowo możliwości ubiegania się przez Wykonawcę o zmianę wysokości wynagrodzenia. Zdaniem Zamawiającego gołosłowne stanowisko Odwołującego nie może prowadzić do zwiększenia wydatków publicznych o kwotę 5.585.203 zł, taka bowiem kwota wydatków publicznych jest przedmiotem niniejszej sprawy. Ciężar dowodu w tym zakresie obciąża Odwołującego.

Jednocześnie podkreślić należy, że w ocenie Zamawiającego, wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało zaoferowane przez wybrane Konsorcjum umożliwia należytą realizację przedmiotu zamówienia, co jest istotą procedury pytania o rażąco niską cenę.

Dowód: Stanowisko projektanta w sprawie możliwości wykonania zamówienia przez Konsorcjum.

2. ad zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu Robót – niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wykaz przedstawiony przez wybranego Wykonawcę oraz przedłożone referencje w pełni odpowiadają wymogom Zamawiającego. Odwołujący niesłusznie utożsamia pojęcie wykonanych robót budowlanych z pojęciami zrealizowana inwestycja czy też inwestycja oddana do użytku. W tym zakresie Gmina Przygodzice podziela stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego. Zgodnie z pkt. 9 ust. 4 lit. b) specyfikacji warunków zamówienia przedmiotowy warunek obejmował: „wykonanie w sposób należyty, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jednej roboty polegającej na budowie obiektu mostowego nad linią kolejową.”. Takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu jest w pełni zgodne z postanowieniami § 9 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawców

(Dz.U. 2020.2415). W żadnym z przepisów tegoż rozporządzenia czy też przepisów p.z.p. nie ma mowy o oddaniu obiektu do użytku, co jest zdarzeniem niezależnym od wykonawcy. Czym innym jest też zamówienie publiczne, rozumiane jako umowa cywilnoprawna w myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 32 p.z.p., czym innym są też roboty budowlane, zdefiniowane w art. 7 pkt 21 p.z.p. z odesłaniem do załącznika nr II Dyrektywy Klasycznej. W tym więc zakresie stanowisko Odwołującego jest całkowicie niezasadne.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Konsorcjum: S. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wydobywanie Kruszywa Usługi Sprzętem Budowlanym S. N., Vector Spółka Cywilna D. R., S. B., dalej: „Konsorcjum N.” lub „Przystępujący”, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie z dnia 16 października 2023 r. – Zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożone podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Gmina Przygodzice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią dróg na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach”

Zamawiający w dniu 5 września 2023 r. wezwał Konsorcjum N., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień ceny dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ zaoferowana cena budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących w szczególności:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,
- 2) 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 dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, będzie zmuszony odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W dniu 11 września 2023 r. Konsorcjum N. złożyło odpowiedź na powyższe wezwanie wskazując, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu skalkulowana została rzetelnie, w oparciu o warunki rynkowe oraz koszt podobnych robót budowlanych, świadczonych już przez Wykonawcę, uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Istotnym czynnikiem obniżającym cenę oferty Wykonawcy jest bliska lokalizacja oddziały od terenu planowanej inwestycji stanowiąca przedmiot Postępowania, dzięki czemu firma przy kalkulacji nie musiała uwzględniać kosztów delegacji, jak również posiadanie własnej kopalni kruszyw, a także własnego zakładu produkcji mieszanki betonowej – betoniarni w Ostrowie Wielkopolskim przy ul. Rejtana gdzie jest w stanie wyprodukować potrzebne mieszanki betonowe na budowę wiaduktu kolejowego, jak również stabilizacje cementowe na potrzeby warstw nośnych drogi. Konsorcjum N. wskazało, że posiada również

zakład prefabrykacji betonowej, obecnie w zakładzie przy ulicy Rejtana w Ostrowie Wielkopolskim, produkuje belki mostowe dla wiaduktów drogowych przy budowie autostrady A5 na Litwie.

Przystępujący wskazał, że nie musi również uwzględniać koniecznych kosztów związanych z rekrutacją i przeszkoleniem pracowników, ponieważ są to osoby, z którymi współpracuje od dawna. Niska fluktuacja pracowników – wynikająca z uczciwości Wykonawcy i przestrzegania przepisów prawa pracy – pozwala mu obecnie na oferowanie realizacji robót budowlanych. Przystępujący wskazał także, że posiada wykwalifikowaną kadrę, jak i również sprzęt wymagany do wykonania inwestycji. Posiada również kruszarki i przesiewacze, dzięki czemu pozyskany przez firmę gruz z rozbiórki zostanie ponownie przetworzony i wykorzystany zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca oświadczył, że wyliczenia ceny złożonej oferty nie noszą znamion rażąco niskiej ceny, zostały wykonane w oparciu o przepisy prawa w tym zakresie, a w szczególności:

- 1) Koszty pracy, których wartość przyjęta nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
- 2) Nie korzysta z pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) Nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcom.

Konsorcjum N. oświadczyło, że jest w stanie wykonać właściwie i zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego powierzone mu zadanie pn. „Budowa wiaduktu drogowego wraz z siecią dróg na terenach aktywizacji gospodarczej w Przygodzicach” za stawki przedstawione w ofercie.

Zamawiający w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, wskazał, że wymaga udokumentowanego wykonania w sposób należyty, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jednej roboty polegającej na budowie obiektu mostowego nad linią kolejową.

W dniu 21 września 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum N., przedłożyło Wykaz Robót, w którym wskazało 2 roboty:

1. Remont wiaduktu w ciągu drogi krajowej nr 11 w km 369+867 nad linią PKP w miejscowości Pleszew o wartości 3069861,60 zł brutto, wykonany w okresie Listopad 2020 r. - Lipiec 2021 r. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Poznaniu oraz
2. Budowę obwodnicy Gostynia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 434, w tym obiekt WD3 nad kolejną nr 360 o wartości 3956798,13 zł

brutto, wykonaną w okresie 25.07.2022 r. - w trakcie w Gostyniu na rzecz Strabag Sp. z o.o.

W dniu 28 września 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum N., na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dokumentów w odniesieniu do wykazu robót z dnia 21.09.2023 r., w szczególności, wyjaśnienia, czy robota wykazana w poz. 2 „Budowa obwodnicy Gostynia w ciągu drogi wojewódzkiej nr 434, w tym obiekt WD3 nad koleją nr 360” została zakończona oraz czy „obiekt WD-3”, to wiadukt o którym mowa w Referencjach pn. „WD-3 w km 4+957,05 wiadukt nad linią kolejową nr 360. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca przedłożył Wykaz robót z dnia 21.09.2023 r. wraz z referencjami z dnia 25.08.2023 r., dla poz. 2 Wykazu Wykonawca określił, iż są one w trakcie wykonywania, natomiast Referencje potwierdzają zakończenie robót (poprzez sformułowania w czasie przeszłym). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) na podstawie § 9 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia wykaz winien obejmować „wykaz robót budowlanych wykonanych (...)”, co należy interpretować, że roboty muszą być zrealizowane. Ponadto Zamawiający wskazał, że nazwa w kolumnie „rodzaj robót” tj. „obiekt WD3” sugerowała, że jest to wiadukt wskazany w referencjach jako „WD-3 w km 4+957,05 wiadukt nad linią kolejową nr 360”.

W dniu 3 października 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum N. wskazało, że budowa nadal się toczy, natomiast obiekt WD-3 w km 4+957,05 – wiadukt nad linią kolejową nr 360 został już wybudowany, jest na nim już masa i wykończone kapy, nie został jednak jeszcze formalnie oddany do użytkowania. Obiekt WD-3 - wiadukt nad linią kolejową nr 360 w km 4+957,05, to ten sam obiekt.

Jako najkorzystniejsza została wybrana przez Zamawiającego oferta Konsorcjum N.. Pismem z dnia 6 października 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 11 października 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na: wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „Wydobywanie Kruszywa Usługi Sprzętem Budowlanym” S. N. oraz Vektor S.C. S. B., D. R. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum N., mimo iż wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechaniu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu Robót, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub

zawodowej określone w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, ponieważ roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 1 Wykazu Robót stanowiły remont, a nie budowę, do której odnosił się warunek udziału w Postępowaniu, nadto roboty wskazane przez Wykonawcę w poz. 2 Wykazu Robót nie zostały zakończone.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy sprawy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu, stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty podlegały oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztów spoczywa na wykonawcy.*

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, *odrzuconemu, 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. 16 pkt 1 ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zamawiający wezwał Konsorcjum N. do złożenia, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień wraz z dowodami, w szczególności dotyczących elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny w związku z wątpliwościami Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, które dotyczą wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych dostaw usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przypisów odrębnych właściwych dla

spraw, z którymi związana jest realizowane zamówienie zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum N. wskazało, w szczególności, iż istotnym czynnikiem, który obniża cenę jego oferty jest bliska lokalizacja oddziału od terenu planowanej inwestycji, w związku z tym w kalkulacji nie uwzględniało kosztów delegacji, jak również, że posiada własną kopalnię kruszyw oraz zakład produkcji mieszanki betonowej, betoniarnię, zakład prefabrykacji betonowej, jak również, że nie musi ono uwzględniać koniecznych kosztów związanych z rekrutacją i przeszkoleniem pracowników, posiada wykwalifikowaną kadrę oraz jak i sprzęt, który jest wymagany do wykonania zamówienia: posiada kruszarki i przesiewacze, więc jest w stanie przetworzyć pozyskany gruz z rozbiórki, zgodnie z przepisami ochrony środowiska. Konsorcjum wskazało, że ceny zostały wskazane w oparciu o przepisy prawa, w szczególności wartość kosztów pracy została przyjęta w wartości nie niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie korzysta ono z pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów oraz nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcom.

Izba oceniła powyższe wyjaśnienia jako adekwatne do wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia zawierają odpowiedź na poszczególne zagadnienia podniesione przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że nie można wymagać od Przystępującego, aby w odpowiedzi na ogólnie sformułowane wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odniósł się do poszczególnych elementów ceny, w sposób jaki wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 1. Izba podkreśla, że w postępowaniu nie wymagano złożenia kosztorysów ofertowych, a wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny oferty nie zawierało zobowiązania do złożenia kalkulacji ceny.

Izba wskazuje również, że w związku z tym, że za wykonanie zamówienia przewidziane zostało wynagrodzenie ryczałtowe nie można oczekiwać, że Przystępujący przedstawi szczegółowy kosztorys i wyliczenia wszystkich elementów w każdej z pozycji kalkulacji.

Izba podkreśla, że ustawa Pzp nie określa, jaka powinna być minimalna treść wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. A zatem, co również zostało wyrażone w orzecznictwie, treść wezwania zamawiającego implikuje treść odpowiedzi wykonawcy. brak Wobec powyższego w takim wypadku wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień

w odniesieniu do wszystkich składowych ceny mających na nią wpływ. Wykonawca ma obowiązek usunąć wątpliwości zamawiającego w takim zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień.

Ponadto Izba wskazuje, że nie jest dopuszczalne automatyczne uznanie ceny oferty za rażąco niską, np. tylko na podstawie arytmetycznych wyliczeń, z których wynika, że cena ta jest niższa niż ceny oferowane przez innych wykonawców. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku

z 21 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt XIX Ga 175/10, wskazał: *„dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.*”

Samo zaś zestawienie wartości wskazujące na różnicę w cenach, tak jak w złożonym przez Odwołującego: porównaniu kosztorysu inwestorskiego branży drogowej Zamawiającego z kosztorysem opracowanym przez Odwołującego, uwzględniającym Robociznę, Materiały oraz Sprzęt, zgodnie z Sekocenbud z II kwartału 2023 r., kosztorysie inwestorskim branży drogowej, opracowanym przez Odwołującego, uwzględniającym Robociznę, Materiały oraz Sprzęt, zgodnie z Sekocenbud z II kwartału 2023 r., 3 ofertach od Projektantów dotyczących wyceny dokumentacji projektowej, skanie cennika Sekocenbud z II kwartału 2023 r., dokumencie potwierdzającym ceny kruszyw (dot. podbudowy z kruszywa łamanego) oraz skanie cennika Sekocenbud z II kwartału 2023 r. dotyczącym krawężnika kamiennego, w ocenie Izby, nie może stanowić jednoznacznego dowodu dla stwierdzenia faktu, że cena Przystępującego nie jest ceną realną, za którą Przystępujący nie będzie w stanie zrealizować zamówienia.

Istotne przy tym jest, że podczas rozprawy Zamawiający wskazywał na fakt, że kosztorys inwestorski Zamawiającego opierał się o ceny Intercenbudu, a Odwołujący w swoim kosztorysie przywołał ceny Sekocenbudu, a koszt dokumentacji projektowej różni się w zależności od miejsca jej sporządzenia. Jest faktem powszechnie znanym, że wykonawcy to podmioty o różnym potencjale zawodowym, finansowym i technicznym, posiadające różne doświadczenie i relacje handlowe, które to okoliczności przekładają się na oferowane przez nich ceny ofert. A zatem, to że wykonawca oferuje cenę niższą niż cena innych wykonawców nie oznacza automatycznie, że jest to cena rażąco niska.

Wobec tego, że Odwołujący kwestionował prawidłowość oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, powinien udowodnić fakt, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę wskazaną przez Przystępującego. Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, to jednak Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący poza ogólnym stwierdzeniem, że wyjaśnienia ceny Konsorcjum N. są pozbawione treści, nie spełniają wymogów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i powinny być potraktowane jako niezłożone oraz że, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum N. przy założeniu, że Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy, składające się na opis przedmiot zamówienia, nie udowodnił powyższej okoliczności. Dokumenty przedstawione przez Odwołującego podczas rozprawy, w ocenie Izby tej okoliczności nie stwierdzają.

Izba wskazuje ponadto, iż rację ma Zamawiający, że przedstawiona przez Odwołującego wartość – 32% jako stosunek ceny zaoferowanej przez Przystępującego do wartości zamówienia jest błędna, ponieważ w rzeczywistości odnosi się nie do wartości zamówienia, lecz do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. A wobec powyższego jest to okoliczność nie mająca znaczenia dla ustalenia, czy cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp, a więc zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.*

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.*

Zgodnie z art. 273 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.*

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielnie zamówienia sposób zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zamawiający, zgodnie z pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, wymagał w celu spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawcy udokumentowali wykonanie w sposób należyty, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jednej roboty polegającej na budowie obiektu mostowego pod linią kolejową.

Badania wymaganej w postępowaniu zdolności podmiotowej zamawiający dokonuje w oparciu o określone przez niego warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał udokumentowania wykonania jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie obiektu mostowego pod linią kolejową, a Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnień dokumentów potwierdził, że taki obiekt wykonał. Obiekt WD-3 to wiadukt nad koleją nr 360 w km 4+957,05. Jest to obiekt, o którym mowa w przedstawionych przez Przystępującego referencjach. Obiekt ten został już wybudowany, choć nie oddany do użytkowania, sama budowa obwodnicy Gostynia również nie została jeszcze zakończona.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ, ponieważ wykonał część robót budowlanych odnoszących się do wiaduktu WD-3, które z uwagi na trwające inne roboty budowlane, nie zostały zweryfikowane przez Zamawiającego, odebrane, oddane do użytku, a więc nie stanowią „robót zrealizowanych” i nie pozwala to na ocenę doświadczenia Wykonawcy.

Izba wskazuje, że mając na uwadze dokumenty postępowania, nie można uznać, że do wykazania posiadania zdolności zawodowej konieczne było wykazanie, że obiekt został odebrany i uzyskano pozwolenie na użytkowanie tego obiektu, a także że nieuzyskanie takiego pozwolenia oznacza, że roboty nie zostały zakończone i wykonane prawidłowo.

Wykonanie robót budowlanych, zgodnie z art. 7 pkt 21 ustawy Pzp, stanowi realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. W przypadku Przystępującego był to Strabag Sp. z o.o. jako główny wykonawca na budowie obwodnicy Gostynia, który potwierdził w referencji z 25 sierpnia 2023 r., że wszystkie roboty zostały wykonane przez uczestnika Konsorcjum N. w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a zatem nie ma wątpliwości, że robota budowlana, polegająca na wykonaniu wiaduktu WD-3 przez Przystępującego została odebrana. W rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w § 9 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu

potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy wskazać m. in. wykaz robót oraz podmioty, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Tak więc wskazanie przez Przystępującego, że wykonał robotę nr 2 na rzecz Strabag Sp. z o.o. było zgodne z ww. rozporządzeniem.

Wobec powyższego samo powoływanie się na brak uzyskania pozwolenia na użytkowanie wiaduktu, podczas gdy prace związane z budową obwodnicy Gostynia jeszcze trwają jest, w ocenie Izby, niewystarczające do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający określił warunek w sposób znacznie węższy niż wskazuje Odwołujący – wykonanie jednej roboty polegającej na budowie obiektu mostowego nad linią kolejową, którą to robotę Przystępujący wykazał i przedstawił dowód w postaci referencji.

Odwołujący w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 9 ppkt 4 lit. b) SWZ przedstawił własne założenia, które nie znajdują odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ.

Odnosząc się do drugiej z robót wskazanych przez Przystępującego, Izba przyznaje rację Odwołującemu, że robota ta, polegająca na remoncie wiaduktu w ciągu drogi krajowej nr 11 w km 369+867 nad linią PKP w miejscowości Pleszew nie mogła stanowić potwierdzenia spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w związku z tym polegała na remoncie wiaduktu.

Remont, na gruncie ustawy Prawo budowlane, oznacza wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Natomiast budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego.

Jednakże z uwagi na fakt, że Przystępujący udokumentował wykonanie przez siebie jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie wiaduktu – obiektu WD3 nad koleją nr 360, a tym samym potwierdził spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (Izba nie dopatryła się w tym zakresie żadnych nieprawidłowości) okoliczności związane z drugą ze wskazanych przez Przystępującego robót nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 273 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz w zw. z art. 266 Pzp, a wobec powyższego zarzut nr 2 odwołania również podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i 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) i obciążyła tymi kosztami Odwołującego.

Skład orzekający nie zasądził na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wymagane jest udowodnienie ich poniesienia stosownym, prawidłowym dokumentem (koszty ustalane i zasądzone są na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy), a Zamawiający pomimo wniosku zawartego w piśmie z 24 października 2023 r. o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, nie złożył do akt sprawy ani rachunku ani spisu kosztów.

Skład orzekający nie zasądził kosztów postępowania również na rzecz Przystępującego, zgodnie z wnioskiem zawartym w piśmie Przystępującego z dnia 16 października 2023 r., ponieważ Izba rozstrzyga o kosztach uczestnika postępowania odwoławczego, tylko w przypadku, gdy przystąpił on do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: