

Sygn. akt KIO 1134/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu drugiego odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Uzasadnienie

Urząd Morski w Szczecinie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Przebudowa ostróg w miejscowości Kołobrzeg km 329,500-330,370 – ETAP I*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00124112.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. wykonawca Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim, dalej „HYDROBUD”, pomimo że oferta przewiduje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od przewidzianego w opisie przedmiotu zamówienia (w szczególności w zakresie robót ferromagnetycznych), podczas gdy zgodnie z warunkami postępowania, należało wycenić pełen zakres robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HYDROBUD, pomimo że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na przekroczenie limitu wynagrodzenia na prace projektowe ustalonego przez Zamawiającego;
- 3) art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HYDROBUD, pomimo że zawiera rażąco niską cenę, co powoduje że ww. wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami ustalonymi przez Zamawiającego;
- 4) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8) ustawy Pzp przez wybór oferty HYDROBUD, pomimo że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 224 ust. 1, 2 i 6 i art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HYDROBUD, pomimo niewykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ złożone wyjaśnienia są lakoniczne i wykonawca nie

przedstawił wiarygodnych dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oraz wskazują, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SWZ;

6) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty HYDROBUD jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej rażąco niską cenę; a w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dotyczących niezgodności z warunkami zamówienia i rażąco niskiej ceny - nakazanie Zamawiającemu wezwania HYDROBUD do złożenia wyjaśnień treści oferty, w tym w zakresie zgodności z warunkami zamówienia i sposobu kalkulacji jej istotnych części składowych oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o odrzucenie odwołania w części dotyczącej drugiego zarzutu oraz oddalenie odwołania w pozostałej części; względnie oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 maja 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa ostróg w miejscowości Kołobrzeg km 329,500-330,370 – ETAP I.

Zgodnie z pkt 2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”) przedmiot zamówienia w tym: dokumentacja projektowa, tablica informacyjna, prace związane z oczyszczeniem terenu z materiałów niebezpiecznych, roboty budowlane oraz dostarczane materiały, winny być zgodne z wymaganiami określonymi szczegółowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) i w Programie funkcjonalno-użytkowym (PFU). Dokumenty SWZ i PFU przekazane przez Zamawiającego Wykonawcy będą stanowiły część kontraktu, a wymagania wyszczególnione w nich są obowiązujące dla Wykonawcy tak jak zapisy umowy.

Zakres badań ferromagnetycznych i sposób oczyszczenia terenu z przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych określają pkt 1.2.4 PFU oraz pkt 2.3 PFU, tj. Zamawiający wymaga wykonania badań ferromagnetycznych, sporządzenia raportu z badań, wydobycia i przekazania odpowiednim służbom przedmiotów ferromagnetycznych, wykonania i przekazania dokumentacji powykonawczej z wykonanych działań związanych z oczyszczeniem terenu z materiałów niebezpiecznych.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa ostróg brzegowych. Liczba ostróg brzegowych podlegających zaprojektowaniu (liczba ostróg do zaprojektowania – 10 szt., do wykonania 6 szt.) wyznacza odcinek brzegu, na którym należy wykonać badania ferromagnetyczne wraz z rozminowaniem (oczyszczeniem z obiektów ferromagnetycznych) i wartość tej części zamówienia. Badania pod kątem zalegania przedmiotów niebezpiecznych i wybuchowych pochodzenia wojskowego w rejonie planowanej budowy ostróg brzegowych należy wykonać w obszarze plaży i podbrzeża. Przeszukanie dotyczyć ma plaży i dna w bezpośrednim sąsiedztwie usuwanych i projektowanych ostróg tj. w postaci pasa o szer. min. 5 m po obu stronach konstrukcji oraz na ich zakończeniach (pkt 1.2.4 PFU).

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 17 z dnia 24 marca 2023 r. wskazał, że zakres projektu budowlanego, wykonanie przeszukania ferromagnetycznego jak również usunięcie obiektów niebezpiecznych dotyczy obszaru na jakim powstać ma 10 ostróg zgodnie z dokumentacją projektową.

Zgodnie z pkt 13.1 SWZ, wykonawca był zobowiązany określić w elektronicznym formularzu ofertowym kwotę wynagrodzenia za czynności określone w opisie przedmiotu

zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oraz Programie Funkcjonalno - Użytkowym (PFU) stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ jako łączną cenę ryczałtową brutto, w tym cenę netto, podatek VAT – w wysokości 0% za roboty budowlane oraz 23% za prace projektowe, wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z usunięciem obiektów niebezpiecznych i wykonaniem tablicy informacyjnej.

Ponadto, w myśl zastrzeżenia zawartego w tym punkcie cena za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekraczać 1,5 % wartości brutto za roboty budowlane. Wycenienie usług projektowych na poziomie wyższym niż 1,5 % będzie skutkowało poprawieniem oferty w sposób dostosowujący do przedmiotowego wymogu.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 24 marca 2023 r. na pytanie nr 1 ustalił, że do obliczenia należy przyjąć cenę brutto wykonania dokumentacji projektowej.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 6.735.769,44 zł brutto według stawek z IV kwartału 2022 r. SECOCENBUD z uwzględnieniem inflacji, w tym koszt badań ferromagnetycznych oszacował 96.000,00 zł netto i 118.080,00 zł brutto. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 6.703.000,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, które złożyli:

- 1) Odwołujący z ceną całkowitą brutto 4 215 588,74 zł, w tym koszt badań ferromagnetycznych wynosi 152.520,00 zł brutto (124.000,00 zł netto);
- 2) Przystępujący z ceną całkowitą brutto 3 540 000,00 zł, w tym koszt badań ferromagnetycznych wynosi 73.800,00 zł brutto (60.000,00 zł netto), zgodnie z formularzem ofertowym.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2023 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, wskazując, że całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym, Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów wyliczenia ceny, wskazując, że wyjaśnienia powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty wypożyczenia/utrzymania sprzętu służącego do wykonania zamówienia, koszty utrzymania biura, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy oraz inne koszty dodatkowe.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty, załączając m.in. oferty podwykonawców oraz własną kalkulację. Przystępujący przedstawił m.in. ofertę podwykonawcy P.U.H. „Dikar” D. K. z dnia 21 marca 2023 r., wskazując, że obejmuje ona pełne i kompleksowe wykonanie prac saperskich zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ i opiewa na kwotę 36.000,00 zł netto. Dodatkowo, Przystępujący wskazał, że *na etapie postępowania przetargowego przyjął do swojej oferty, ofertę wykonania prac saperskich złożoną przez firmę P.U.H. „Dikar” D. K. Wykonawca przyjął przy kalkulacji ceny ofertowej wartość nie niższą niż zaoferowana przez podwykonawcę celem zapewnienia rezerwy finansowej (rezerwa uwzględniona w ryzykach w elemencie 8). Dodatkowo wykonawca przyjął w swojej ofercie kwotę 24.000,00 zł netto na pracę koparki do wydobycia głębszych sygnałów ferromagnetycznych.*

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2023 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W rozpoznawanej sprawie zaistniała podstawa odrzucenia jednego z podniesionych zarzutów odwołania (odrzućenie odwołania w części obejmującej zarzut 2), tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HYDROBUD, pomimo że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na przekroczenie limitu wynagrodzenia na prace projektowe ustalonego przez Zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie w powyższym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, że treść postanowienia z pkt 13.1 SWZ, na które powołuje się Odwołujący w związku z podniesionym zarzutem, była znana wykonawcom od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 7 marca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00124112, stąd termin na wniesienie odwołania w zakresie SWZ upłynął w dniu 12 marca 2023 r. Dlatego też od tego terminu winien być liczony 5-dniowy termin na złożenie odwołania w zakresie podniesionego zarzutu.

W ocenie Izby zarzut drugi, jaki w odwołaniu postawił Odwołujący, jest spóźniony, bowiem jest to zarzut, który mógł zgłosić w terminie 5 dni od zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W

odniesieniu do tego co nie zostało w SWZ zmienione, jest takie samo, nie może być skutecznie kwestionowane po upływie terminu na wniesienie odwołania od postanowień SWZ. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień specyfikacji warunków zamówienia odnoszących się do możliwości korekty wynagrodzenia na podstawie pkt 13.1 SWZ, winien był po ogłoszeniu przez zamawiającego treści specyfikacji, zwrócić się z zapytaniem o wyjaśnienie tych wątpliwości, które Odwołujący podnosi obecnie w treści odwołania, lub wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia. Skoro jednak Odwołujący z możliwości tych nie skorzystał, to jego zarzuty odnoszące się *de facto* wyłącznie do postanowień specyfikacji warunków zamówienia należy uznać za spóźnione.

Okoliczność, że Odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które mu nie odpowiadały, w chwili opublikowania ogłoszenia, dopiero obecnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, nie uzasadnia „przywrócenia” terminu do kwestionowania postanowień specyfikacji warunków zamówienia na obecnym etapie. Treść specyfikacji znana była uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia tego dokumentu. Odwołujący tak naprawdę kwestionuje nie samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako dokonaną niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny, ale stawia zarzuty do postanowień specyfikacji, o czym świadczy przywoływanie w treści odwołania chociażby następujące stwierdzenia: *pomimo zapisu zawartego w pkt 13.1 SWZ zastrzegającego możliwość korekty wynagrodzenia w tym zakresie, powstaje poważna wątpliwość co do dopuszczalności takiego działania Zamawiającego (...), sposób zmiany limitu za prace projektowe w najniższym przypadku nie jest oczywisty (...), nawet fakt, iż w punkcie 13.1 SWZ, Zamawiający przewidział możliwość dokonania poprawy oferty w przypadku przekroczenia 1,5% limitu, nie oznacza, że postanowienie to może być stosowane w każdej sytuacji.*

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowe znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 5 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych od marca, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego, mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też, aby Zamawiający mogli udzielać zamówień, a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności, jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych. Upływ terminu

skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów. Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w części na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że w ofercie Hydrobud wyceniono wykonanie badań ferromagnetycznych jedynie w odniesieniu do 6 ostróg brzegowych. Oznacza to, że cena ofertowa HYDROBUD nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący dokonał wyceny tego zakresu prac również w oparciu o ofertę podwykonawcy Dikar, zgodnie z którą koszt wykonania kompleksowej usługi ferromagnetycznej dla pojedynczej ostrogi o długości 100 m wynosi 6000 zł netto+23%VAT, co stanowi dla 6 ostróg brzegowych kwotę w wysokości 36.000 PLN zł +23%VAT. Odwołujący wskazywał, że obydwie oferty podwykonawcy Dikar zostały sporządzone przed dniem doprecyzowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie badań ferromagnetycznych, w odpowiedzi na pytanie nr 17 z dnia 24 marca 2023 r. Powyższe, zdaniem Odwołującego, wskazuje, że HYDROBUD kalkulując ofertę pominął powyższe doprecyzowanie treści SWZ z dnia 24 marca 2023 r. i uwzględnił w wycenie badania ferromagnetyczne dotyczące jedynie 6 ostróg brzegowych.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Ani w treści oferty, ani w treści wyjaśnień Przystępujący nie wskazał, iż wycenił badania ferromagnetyczne wyłącznie w odniesieniu do 6 ostróg brzegowych. Przyjęta przez Przystępującego wycena tego elementu opiewa na kwotę 60.000,00 zł netto, co jest zgodne ze złożoną ofertą wykonania prac saperskich przez P.U.H. „Dikar” D. K. (6.000,00 zł netto za ostrogę). Nadto, w treści wyjaśnień Przystępujący wskazał, iż przyjął przy kalkulacji ceny ofertowej wartość nie niższą niż zaoferowana przez podwykonawcę celem zapewnienia rezerwy finansowej. Izba dostrzega pewną niespójność między formularzem ofertowym a wyjaśnieniami Przystępującego (wpisanie kwoty 36.000,00 zł zamiast kwoty 60.000,00 zł), jednak nie dopatrzyła się jednoznacznego oświadczenia woli wykonawcy, z którego wynikałoby, że *de facto* wycenił badanie ferromagnetyczne wyłącznie w odniesieniu do 6 ostróg brzegowych. Nigdzie w treści wyjaśnień Przystępujący nie wskazał, iż jego ofertą jest objętych wyłącznie 6 ostróg.

Izba uznała więc, że Przystępujący przyjął kwotę 60.000,00 zł netto w formularzu ofertowym zgodnie z materiałem źródłowym — ofertą podwykonawcy — 6.000,00 zł netto x10, a omyłka została popełniona wyłącznie w treści wyjaśnień. Skład orzekający wskazuje, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego

oczekiwaniami. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

Odwołujący podnosił również, że oferta HYDROBUD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przedłożone wyjaśnienia są lakoniczne. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący w sposób bardzo ogólny podał ceny za komplety robót. Powoduje to brak możliwości ustalenia jakie faktycznie koszty i na jakim poziomie zostały uwzględnione w kalkulacji ceny oferty. Wbrew twierdzeniom HYDROBUD, zaoferowana cena nie jest realistyczna i nie jest ceną rynkową. Ponadto, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia i nie uwzględnia jego specyfiki (np. pominięcie warunków pogodowych i sprzętu koniecznego do wykonania specjalistycznych prac).

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie rozpoznaje jedynie w granicach podniesionych zarzutów. Tymczasem Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym wskazuje jedynie, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są nieprecyzyjne i nienależycie uzasadnione. Natomiast w ogóle nie polemizuje z treścią przedłożonych wyjaśnień. W treści

odwołania próżno szukać argumentacji dotyczącej kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach Przystępującego. Odwołujący skoncentrował się wyłącznie na jednej pozycji dotyczącej kosztu sprzętu – wbijanie pali. 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, Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Przystępującego cena całkowita czy też koszt sprzętu są zaniżone. Nie jest wiadome, jakie założenia zostały przyjęte przez Odwołującego przy ich kalkulacji. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne.

Natomiast ocena treści wyjaśnień w zakresie ich adekwatności, szczegółowości oraz dowodów zależy od treści wezwania zamawiającego. Jest bowiem oczywiste, że wykonawca - zwłaszcza w tak szerokiej materii jak wycena - z założenia nie jest w stanie odnieść się do wszystkich niewyrażonych w wezwaniu do wyjaśnień kwestii, jak też przedstawić dowodów na każdą okoliczność, która następnie mogłaby zainteresować zamawiającego.

Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. 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. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowią o konkurencyjności na rynku.

W ocenie Izby przedłożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zrealizowany został cel, na jaki zostały przedłożone. W świetle powyższego, brak było podstaw do stwierdzenia, że złożone wyjaśnienia, wraz z dowodami, nie potwierdziły, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: