

Sygn. akt: KIO 3095/23

WYROK

z dnia 2 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Centroplast” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Chrostkowo w Chrostkowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **G. S., A. S.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Spółka Budowlano-Handlowa „SMOLBUD” s.c. w Lisewie, Z. Ć.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. w Biszczy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Centroplast” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Centroplast” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Chrostkowo w Chrostkowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Chrostkowo.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 października 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Centroplast” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji gdy nie został on wezwany do złożenia wyjaśnień ceny;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, w której nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, a na gruncie przedmiotowego postępowania nie występowały okoliczności wskazujące na konieczność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, w szczególności nie występowała ponad 30% różnica pomiędzy zaoferowaną przez odwołującego ceną, a wartością zamówienia oraz pomiędzy zaoferowaną przez odwołującego ceną a średnią arytmetyczną złożonych ofert;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółka Budowlano-Handlowa „SMOLBUD” s.c. S. G., S. A. (lider konsorcjum) oraz Z. Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. (członek konsorcjum), pomimo iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten posługuje się raportem z badań, w ramach którego badania zostały wykonane przez laboratorium akredytowane, a następnie jedynie potwierdzone przez laboratorium notyfikowane, a co za tym idzie – wbrew wymaganiom sformułowanym przez zamawiającego w dokumentach zamówienia – nie wszystkie badania na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 zostały wykonane wyłącznie w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółka Budowlano-Handlowa „SMOLBUD” s.c. S. G., S. A. oraz Z. Ć., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć.;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Jak wynika z opublikowanej przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert, cena zaoferowana przez odwołującego jest najniższą spośród zaoferowanych cen. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, to nie oferta odwołującego, ale oferta konsorcjum została by odrzucona, a zatem odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym – w ocenie odwołującego – nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym podczas posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G. S., A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Spółka Budowlano-Handlowa „SMOLBUD” s.c. w Lisewie, Z. Ć., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. w Biszczu (dalej: przystępujący). Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy P.z.p. o wartości szacunkowej nieprzekraczającej progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy P.z.p.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia (SWZ)

Wartość zamówienia wynosi 1 608 328,64 zł, co stanowi równowartość 361 130,02 euro.

Dowód: protokół postępowania

Zamówienie obejmuje dostawę i montaż przydomowych oczyszczalni ścieków zgodnych z normą PN-EN 12566-3-A2;2013 - oznakowanych znakiem CE.

Przydomowe Biologiczne Oczyszczalnie Ścieków muszą spełniać wymogi zharmonizowanej normy: PN-EN 12566-3+A2:2013 (oznakowane znakiem CE).

Urządzenia muszą posiadać deklarację właściwości użytkowych potwierdzoną protokołem z badań typu wraz z raportem szczegółowym z badań wystawionym przez notyfikowane laboratorium.

Dowód: Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (pkt 1)

Zgodnie z pkt. 8 zd. 2-4 STWiOR „Kompletny raport z badań przydomowej oczyszczalni ścieków (obejmujący skuteczność oczyszczania, wodoszczelność, wytrzymałość oraz trwałość) zgodnej z normą PN-EN 12566+A2:2013 wystawiony przez notyfikowane laboratorium przez Komisję Europejską. Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykonywania badań przez laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane. Wszystkie badania na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 muszą być wykonane wyłącznie w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską”

Dowód: STWiOR (pkt 8)

W § 13 SWZ „INFORMACJE O SPOSOBIE KOMUNIKOWANIA SIĘ ZAMAWIAJĄCEGO Z WYKONAWCAMI ORAZ PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW” zamawiający określił następujące zasady komunikacji:

(...)

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem

platformazakupowa.pl.

3. W celu skrócenia czasu udzielenia odpowiedzi na pytania preferuje się, aby komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane były za pośrednictwem platformazakupowa.pl i formularza „Wyślij wiadomość do zamawiającego”.

4. Za datę przekazania (wpływu) oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich przesłania za pośrednictwem platformazakupowa.pl poprzez kliknięcie przycisku „Wyślij wiadomość do zamawiającego” po których pojawi się komunikat, że wiadomość została wysłana do zamawiającego. Zamawiający dopuszcza, awaryjnie, komunikację za pośrednictwem poczty elektronicznej. (...)

5. Zamawiający będzie przekazywał wykonawcom informacje w formie elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl. Informacje dotyczące odpowiedzi na pytania, zmiany specyfikacji, zmiany terminu składania i otwarcia ofert Zamawiający będzie zamieszczał na platformie w sekcji “Komunikaty”. Korespondencja, której zgodnie z obowiązującymi przepisami adresatem jest konkretny Wykonawca, będzie przekazywana w formie elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl do konkretnego wykonawcy.

6. Wykonawca jako podmiot profesjonalny ma obowiązek sprawdzania komunikatów i wiadomości bezpośrednio na platformazakupowa.pl przesłanych przez zamawiającego, gdyż system powiadomień może ulec awarii lub powiadomienie może trafić do folderu SPAM.

7. Zamawiający, zgodnie z § 11 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452; dalej: "Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji"), określa niezbędne wymagania sprzętowo - aplikacyjne umożliwiające pracę na platformazakupowa.pl (...)

8. Wykonawca, przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1) akceptuje warunki korzystania z platformazakupowa.pl określone w Regulaminie zamieszczonym na stronie internetowej pod linkiem w zakładce „Regulamin” oraz uznaje go za wiążący;

2) zapoznał i stosuje się do Instrukcji składania ofert/wniosek dostępnej pod linkiem.

(...)

10. Zamawiający informuje, że instrukcje korzystania z platformazakupowa.pl, dotyczące w szczególności logowania, składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, składania ofert oraz innych czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu przy użyciu platformazakupowa.pl znajdują się w zakładce „Instrukcje dla Wykonawców” na stronie internetowej pod linkiem <https://platformazakupowa.pl/strona/45-instrukcje>

11. Zamawiający nie przewiduje komunikowania się z Wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, również w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69 ustawy Pzp.

Dowód: SWZ

Przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 1 616 600,00 zł brutto.

Dowód: protokół postępowania

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

1) Konsorcjum w składzie: Lider konsorcjum: Spółka Budowlano-Handlowa „SMOLBUD” s.c. S. G., S. A. Partner konsorcjum: Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć., cena oferty brutto: 1 941 825,60 zł

2) Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S., cena oferty brutto: 1 799 000,00 zł

3) P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o., cena oferty brutto: 1 527 660,00 zł

Dowód: protokół postępowania

Przystępujący zaoferował przydomową oczyszczalnię ścieków typoszereg BIOTECH produkowaną przez RAPIT R. B. Sprawozdanie z badań nr GT/189/2022, którego

przedmiotem był materiał zbiornika PE formowanego rotacyjnie, zostało wykonane przez Sieć Badawcza Ł. Instytut Inżynierii i Materiałów Polimerowych i Barwników, Centrum Farb i Tworzyw, Laboratorium Badawcze Tworzyw Polimerowych. Zgodnie z Protokołem z badań numer ewidencyjny 15.245.574 wiersz Następne dane o badaniu: „Badanie skuteczności oczyszczania było wykonane w miejscu wybranym przez Zleceniodawcę (97-400 Bełchatów Kałduny ul. Królowej Bony 1) pod nadzorem i kierownictwem jednostki notyfikowanej TUV SUD Czech (NB 1017) Pobranie próbek ścieków i ich analizę wykonywało akredytowane laboratorium GBA Polska nr AB 1095.

Dowód: sprawozdanie z badań GT/189/2022, protokół z badań 15.245.574

Laboratoria: Sieć Badawcza Ł. Instytut Inżynierii i Materiałów Polimerowych i Barwników Centrum Farb i Tworzyw, Laboratorium Badawcze Tworzyw Polimerowych oraz GBA Polska to laboratoria akredytowane, nie zaś jednostki notyfikowane (*okoliczność bezsporna*).

Pismem z dnia 13 września 2023 roku zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zamawiający wskazał, co następuje:

Gmina Chrostkowo, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „Pzp”, w związku z tym, że cena Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żąda od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych dla zadania pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Chrostkowo”.

1. Stan faktyczny:

Wartość zamówienia: 1 978 244,23 zł brutto

Średnia arytmetyczna cen ofertowych: 1 756 161,87 zł brutto

Cena Państwa oferty: 1 527 660,00 zł brutto

Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia do realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest w całym okresie jej trwania zatrudniać pracowników na podstawie umowy o pracę.

Cena ofertowa musi w związku z tym uwzględniać wymogi w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę dla pracowników. Tym samym, cena oferty musi bezwzględnie uwzględniać ww. kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wszelkie koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę tj. koszt składek ZUS płaconych przez pracodawcę, koszt pracy w godzinach nocnych, koszt ewentualnego urlopu, koszt ewentualnego zastępstwa pracownika w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego, itp.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wątpliwości Zamawiającego budzi różnica ceny między kosztorysem inwestorskim, jak również różnica cen między pozostałymi ofertami. Obawiamy się, że zamówienie nie zostanie wykonane w całym zakresie przewidzianym w dokumentacji projektowej i technicznej lub jakość tego wykonania nie będzie odpowiadała założeniom ww. dokumentacji. Ceny materiałów utrzymują się cały czas na wysokim poziomie, a ostatnie wyniki postępowań pokazują, że ceny ofert są zazwyczaj wyższe od kosztów szacunkowych przyjętych w kosztorysach inwestorskich.

Mając na uwadze powyższe, cena 1 527 660,00 zł, zaoferowana przez Wykonawcę, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

2. Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;*
- 4) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

3. Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp., na którego podstawie Zamawiający – w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi – musi żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 2, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4 i 6.

4. Ponadto prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w warunkach umowy, opisie przedmiotu

zamówienia i dokumentacji projektowej/technicznej oraz czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do naszych wątpliwości, która pozwoli na prawidłową ocenę zaoferowanej ceny w ofercie.

5. Niedostarczenie przez Wykonawcę żądanych wyjaśnień do dnia 18.09.2023 r. spowoduje, że Zamawiający odrzuci Państwa ofertę jako ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

6. Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, od którego Zamawiający zażądał wyjaśnień.

7. Wyjaśnienia w formie elektronicznej należy złożyć zgodnie ze sposobem komunikacji wskazanym w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Dowód: pismo z dnia 13 września 2023 roku

Pismo z dnia 13 września 2023 roku zostało przesłane do odwołującego za pośrednictwem platformazakupowa.pl w dniu 13 września 2023 roku, godz. 11:01:37. Wiadomość została odczytana w dniu 13 września 2023 roku, godz. 11:02:01. Status wiadomości został określony jako: „Wiadomość przyjęta”.

Dowód: historia korespondencji

Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył odpowiedzi na pismo z dnia 13 września 2023 roku (*okoliczność bezsporna*).

Pismem z dnia 13 października 2023 roku zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego i wykonawcy Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej Sieradzki. Jako uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał: *Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.*

Dowód: pismo z dnia 13 października 2023 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W ocenie Izby w przypadku odwołującego nie spełniła się materialnoprawna przesłanka do wniesienia ochrony prawnej, po której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii – musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

- 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Jest to warunek skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, co podlega badaniu przez organy rozpoznające środek ochrony prawnej. Stwierdzenie braku zaistnienia tych przesłanek skutkuje oddaleniem środka ochrony prawnej.

Odwołujący uzasadnił swój interes we wniesieniu odwołania tym, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a cena przez niego zaoferowana jest najniższą spośród zaoferowanych cen. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, to nie oferta odwołującego, ale oferta konsorcjum zostałaaby odrzucona, a zatem odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym – w ocenie odwołującego – nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Wskazać należy, że odwołujący sam zrezygnował z udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie składając wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i wezwanie to

zostało odwołującemu skutecznie doręczone w sposób przewidziany w specyfikacji warunków zamówienia, tj. poprzez platformę platformazakupowa.pl. Podkreślenia wymaga, odwołującemu znany był sposób komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, jako że w formularzu oferty złożył oświadczenie, iż zapoznał się z treścią specyfikacji warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń. Co więcej, odwołujący otrzymywał również w ten sam sposób inne wiadomości od zamawiającego i na wiadomości te udzielał odpowiedzi, nie podnosząc, że istnieje jakikolwiek problem z ich doręczaniem.

W ocenie Izby podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji gdy nie został on wezwany do złożenia wyjaśnień ceny, jest zarzutem pozornym, mającym jedynie wykazać jego interes we wniesieniu odwołania. Zarzut ten nie został w żaden sposób przez odwołującego uzasadniony. Nie można bowiem za uzasadnienie zarzutu uznać lakonicznego stwierdzenia, iż przyczyną braku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny jest brak skutecznego doręczenia odwołującemu tego wezwania. Odwołujący ani w treści odwołania, ani też na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie podniósł żadnego argumentu mającego wykazać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie zostało mu doręczone. Zarzut miał zatem charakter jedynie blankietowy i – jako taki – nie mógł zostać uwzględniony.

Tym samym odwołujący nie wykazał przesłanek pozwalających na uznanie, że przysługuje mu interes we wniesieniu odwołania, tzn. nie wykazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. poniósł lub może ponieść szkodę. Jako że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szkoda wynika przede wszystkim z utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego (i taką też okoliczność podnosił odwołujący uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania), podkreślić należy, że w niniejszym przypadku utrata ta wyniknęła tylko i wyłącznie z zaniechania odwołującego, który nie złożył wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Jako profesjonalista odwołujący winien być świadomy wynikającej z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że szkoda odwołującego wyniknęła ze względu na naruszenie przez zamawiającego ustawy P.z.p.

Jako że stwierdzenie braku zaistnienia interesu we wniesieniu odwołania skutkuje oddaleniem odwołania w całości, Izba orzekła jak w sentencji niniejszego wyroku.

Jedynie na marginesie, w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje:

Zarzut art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, w której nie zawiera ona rażąco niskiej

ceny, a na gruncie przedmiotowego postępowania nie występowały okoliczności wskazujące na konieczność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, w szczególności nie występowała ponad 30% różnica pomiędzy zaoferowaną przez odwołującego ceną, a wartością zamówienia oraz pomiędzy zaoferowaną przez odwołującego ceną a średnią arytmetyczną złożonych ofert, jest – w ocenie Izby – bezpodstawny.

W szczególności podkreślenia wymaga, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1, nie zaś art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zatem argument odwołującego odnoszący się do braku różnicy ponad 30% pomiędzy ceną oferty odwołującego a wartością zamówienia oraz/lub średnią arytmetyczną złożonych ofert jest nieadekwatny do ustalonego stanu faktycznego.

Jeśli zaś chodzi o możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że z przytoczonym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Podkreślenia wymaga, że w wezwaniu z dnia 13 września 2023 roku zamawiający sprecyzował, z czego wynikają jego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez odwołującego, wskazując: *Wątpliwości Zamawiającego budzi różnica ceny między kosztorysem inwestorskim, jak również różnica cen między pozostałymi ofertami. Obawiamy się, że zamówienie nie zostanie wykonane w całym zakresie przewidzianym w dokumentacji projektowej i technicznej lub jakość tego wykonania nie będzie odpowiadała założeniom ww. dokumentacji. Ceny materiałów utrzymują się cały czas na wysokim poziomie, a ostatnie wyniki postępowań pokazują, że ceny ofert są zazwyczaj wyższe od kosztów szacunkowych przyjętych w kosztorysach*

inwestorskich. Odwołujący winien był odnieść się do treści wezwania bądź poprzez złożenie odwołania (jeżeli się z tą czynnością odwołującego nie zgadzał), bądź też poprzez udzielenie na nie odpowiedzi. Odwołujący nie zareagował w żaden sposób na otrzymane wezwanie. Również w treści odwołania odwołujący nie uzasadnił niezasadności wezwania, ograniczając się do stwierdzenia, iż: „nie sposób twierdzić, że w stosunku do oferty Odwołującego istnieje choćby podejrzenie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy zaoferowana przez niego cena została skalkulowana na podobnym poziomie co ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia”.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten posługuje się raportem z badań, w ramach którego badania zostały wykonane przez laboratorium akredytowane, a następnie jedynie potwierdzone przez laboratorium notyfikowane, a co za tym idzie – wbrew wymaganiom sformułowanym przez zamawiającego w dokumentach zamówienia – jest – w ocenie Izby – nieuzasadniony.

Wymagania i sposób działania jednostek notyfikowanych określa rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG (dalej: rozporządzenie). Wymagania dotyczące jednostek notyfikowanych określone są w art. 43 rozporządzenia. Z kolei, zgodnie z art. 45 ust. 1 rozporządzenia, w przypadku gdy jednostka notyfikowana zleca określone zadania związane z wykonywaniem zadań strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych lub gdy korzysta z usług spółki zależnej, zapewnia ona spełnienie przez podwykonawcę lub spółkę zależną wymagań określonych w art. 43 oraz powiadamia organ notyfikujący. W myśl ust. 2 jednostka notyfikowana ponosi pełną odpowiedzialność za zadania wykonywane przez podwykonawców lub spółki zależne, niezależnie od tego, gdzie mają siedzibę.

Ze wskazanych wyżej przepisów rozporządzenia wynika sposób działania jednostek notyfikowanych i jednocześnie ich uprawnienie do zlecania określonych zadań związanych z wykonywaniem zadań strony trzeciej lub korzystania z usług spółki zależnej. Przepisy zawarte w rozporządzeniu mogą zostać uchylone lub zmienione jedynie aktami prawnymi tego samego lub wyższego rzędu. Postanowienia rozporządzenia nie mogą być zmieniane lub kwestionowane czynnościami zamawiających podejmowanymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w poszczególnych Państwach Członkowskich. Zastrzeżenie dokonane przez zamawiającego w pkt. 8 STWiOR w zakresie konieczności wykonania badań wyłącznie przez jednostkę notyfikowaną należałoby zatem uznać za nieważne.

Zgodnie z art. 58 § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2023, poz. 1610 ze zm.), mającej zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych, o ile ustawa nie stanowi inaczej, na mocy art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Z powyższego wynika, iż w rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do stwierdzenia, że przystępujący, który złożył raporty jednostki notyfikowanej, sporządzone na podstawie badań wykonanych przez laboratoria akredytowane, złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. Tym samym naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. należy uznać za nieuzasadnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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: