

WYROK
z dnia 9 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Maycon Hellas Construction Company S.A., 10 Zymvrakakki, 74100 Rethimno, Grecja** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **J. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CZD CHEMIA J. T., ul. Tęczowa 2c, 05-540 Zalesie Górne**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy J. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CZD CHEMIA J. T., ul. Tęczowa 2c, 05-540 Zalesie Górne do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że analiza okoliczności faktycznych sprawy wskazuje, że cena zaproponowana przez tego

wykonawcę powinna budzić wątpliwości zamawiającego z punktu widzenia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Maycon Hellas Construction Company S.A., 10 Zymvrakakki, 74100 Rethimno, Grecja** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Maycon Hellas Construction Company S.A., 10 Zymvrakakki, 74100 Rethimno, Grecja** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Maycon Hellas Construction Company S.A., 10 Zymvrakakki, 74100 Rethimno, Grecja** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Poprawę parametrów szorstkości nawierzchni w technologii śrutowania na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy w latach 2019-2021”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-950 Bydgoszcz (dalej „zamawiający”) wykonawca Maycon Hellas Construction Company S.A., 10 Zymvrakaki 74100 Rethimno, Grecja (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę CZD CHEMIA J. T. z Zalesia Górnego (dalej „CZD”) pomimo, iż nie spełnia wymagań dotyczących zdolności technicznej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu,
2. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy CZD do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę powinna budzić wątpliwości zamawiającego z punktu widzenia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CZD pomimo zawierania rażąco niskiej ceny,
4. art. 8 ust. 1, poprzez naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wezwania wykonawcy CZD do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy CZD,
4. odrzucenia oferty wykonawcy CZD jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego

ds. budownictwa drogowego na okoliczność ustalenia, czy sprzęt, którym dysponuje wykonawca CZD spełnia warunki określone przez zamawiającego oraz oceny wydajności sprzętu, którym dysponuje wykonawca CZD, a także ustalenia, czy sprzęt, którym dysponuje wykonawca CZD jest właściwy do wykonania śrutowania na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy objętych przetargiem, a nadto ustalenia, czy przy uwzględnieniu niezbędnych kosztów wykonania zlecenia, w tym ewentualnej konieczności wykonania dodatkowych robót w związku z udzieloną gwarancją, cena zaproponowana w przetargu przez wykonawcę CZD umożliwia wykonanie zleconych robót.

Odwołujący dodatkowo wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podał, że zamawiający dokonywał wyboru spośród dwóch ofert – odwołującego oraz wykonawcy CZD, uzupełniając że oferta złożona przez BLASTREM E. W. (dalej „Blastrem”) z Elbląga została odrzucona. Wskazał, że zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy CZD.

Odwołujący wskazał także, iż zamawiający w pkt 19 Tom I SIWZ (IDW) przewidział dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę o znaczeniu 60% oraz okres gwarancji o znaczeniu 40%.

Podał nadto, że wykonawca CZD określił cenę na 956.448,00 zł brutto, pozostali wykonawcy: 2.051.640,00 zł (odwołujący) i 2.952.000,00 zł (Blastrem).

Stwierdził, że kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 2.000.000,00 zł i budżet ten kalkulowany był w oparciu o doświadczenie płynące z poprzednich przetargów i uwzględniał szacunkową wartość rynkową tego typu zamówienia.

Podniósł, że oferta CZD zawiera cenę o ponad 50% niższą niż przewidywana przed zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, przy założeniu, że zakres robót objętych przetargiem to ok. 120.000,00 metrów kwadratowych, to – z uwzględnieniem rynkowej stawki z innych przetargów na poziomie 10-15 zł/m² – wartość prac objętych przetargiem wynosi od 1.200.000,00 zł do 1.800.000,00 zł, podczas gdy wykonawca CZD zaoferował stawkę 6,48 zł/m², będącą stawką znacznie poniżej rynkowej stawki granicznej, w którą wkalkulowane byłyby koszty wykonania zamówienia, zapłaty za wynajęcie sprzętu do jego wykonania, ryzyka biznesowego związanego z udzieloną dwuletnią gwarancją i inne.

Zauważył, że wykonawca CZD w innych przetargach deklaruje cenę znacznie wyższą, zbliżoną do rynkowej wartości tego typu zleceń. Przykładowo – w przetargu ogłoszonym przez Rejon GDDKiA w Olsztynie (nr ref. O/OL.D-3.2412.25.2019.Z-2) wykonawca CZD oferował stawki na poziomie 18,45 zł/m² (zadanie 4 – Olsztyn, obszar robót

6386,00 m², cena brutto 117.821,70 zł).

Stwierdził nadto, że każdy przedsiębiorca musi kalkulować ryzyko biznesowe związane z udzieleniem dwuletniej gwarancji na wykonane prace (takiej gwarancji udziela wykonawca CZD) oraz przynajmniej minimalny zysk przedsiębiorstwa.

Odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 roku, X Ga 294/06, zgodnie z którym *„uznanie ceny oferty Skarżącego jako rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP wymaga odniesienia do wartości zamówienia według oszacowania dokonanego przez Zamawiającego”*.

Uzupełnił, że zamawiający, powziąwszy wiedzę w przedmiocie oferty wykonawcy deklarującego wykonanie zlecenia za cenę poniżej 50% szacunkowej wartości zamówienia, winien co najmniej wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Oświadczył, powołując się na dane ze strony internetowej wykonawcy CZD, że wykonawca ten posiada co najmniej dwa magazyny (główny w Skierniewicach oraz pomocniczy w Zalesiu Górnym), zespół pracowników odpowiadających m.in. za sprzedaż i doradztwo techniczne oraz sprzęt pozwalający na wykonywanie zleceń.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 roku, sygn. akt X Ga 294/06, zgodnie z którym *„posiadanie dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, dysponowaniem kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, nie stanowią obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc wymienione wyżej czynniki powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu”*.

W ocenie odwołującego wartość zamówienia na poziomie 2.000.000,00 została określona prawidłowo i oddaje przybliżoną cenę wykonania zamówienia przy wkalkulowaniu wskazanych powyżej kryteriów, natomiast wykonawca CZD rażąco zaniżyła cenę, a pomimo to zaproponowana cena nie wzbudziła podejrzeń zamawiającego, który nie wezwał wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że *„wyraża również daleko idącą wątpliwość”*, czy wykonawca CZD dysponuje zdolnością techniczną do wykonania prac objętych zamówieniem.

Wskazał, że w ust. 3.1. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (Załącznik nr 2 do wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego) zamawiający przewidział, iż wykonawca powinien na etapie realizacji zamówienia dysponować m.in. samobieżnym

urządzeniem śrutującym ze zintegrowanym układem odsysania i pakowania urobku po śrutowaniu oraz śrutu stalowego, posiadające możliwość poruszania się głowicy roboczej zarówno ruchem liniowym jak i poprzecznym.

Odwołujący oświadczył, że wykonawca CZD takiego urządzenia nie posiada, na co wskazuje choćby wykaz urządzeń (wraz ze zdjęciami) zamieszczony na stronie internetowej wykonawcy. Dodał, że urządzenie, którym dysponuje wykonawca posiada co prawda własny napęd, lecz wymaga stałej asysty człowieka, który musi nim na bieżąco kierować; urządzenie to połączone jest z układem ssącym za pomocą specjalnego węża (ergo: układ ssący nie jest zamontowany w urządzeniu na stałe). Zdaniem odwołującego z użyciem tego typu sprzętu związane jest poważne ryzyko powstawania tzw. „zakładek”, tj. przerw, nierówności i niejednorodności w śrutowanej nawierzchni, co może narazić zamawiającego na poważne straty finansowe w przyszłości, również po czasie obowiązywania gwarancji na udzielone prace.

Odwołujący stwierdził również, że wykonawca CZD wskazał co prawda w formularzu „Potencjał Techniczny”, że na potrzeby wykonania zlecenia wynajmie samobieżne urządzenie śrutujące – śrutownicę Blastrac, jednak brak jest informacji, by urządzenie to posiadało zintegrowany układ odsysania i pakowania urobku i śrutu oraz informacji, czy spełnia ono przesłankę poruszania się głowicy roboczej w wymaganych płaszczyznach.

Podsumował, że w tym stanie faktycznym zamawiający winien był wybrać ofertę gwarantującą wykonanie zlecenia z użyciem pewnego, sprawdzonego sprzętu spełniającego stawiane przed nim wymagania, tj. ofertę odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 2 września 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 5 września 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – bezpodstawne uznanie jej za najkorzystniejszą oznaczałoby, że oferta odwołującego byłaby jedyną, podlegającą ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny (ofertą ważną, która nie podlega odrzuceniu) i odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, iż nie spełnia wymagań dotyczących zdolności technicznej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z sekcją III.1.3) „Zdolność techniczna lub zawodowa” ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu (BZP nr 549600-N-2019 z dnia 21 maja 2019 r.): „Wykonawca musi dysponować na etapie realizacji zamówienia sprzętem gwarantującym wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w Specyfikacji, tj. 1) Samobieżne urządzenie śrutujące – Min. liczba jednostek – 1, 2) Wózek magnesowy – Min. liczba jednostek – 1, 3) Zamiatarka mechaniczna – Min. liczba jednostek – 1”.

W sekcji III.5) lit. b) zamawiający wskazał także, iż dokumentem, jaki będzie musiał złożyć wykonawca – na wezwanie zamawiającego – w celu wykazania spełniania warunku potencjału technicznego będzie wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Tożsame wymagania zamawiający wskazał w rozdziale 1 Instrukcji dla wykonawców (dalej „IDW”) pkt 7 „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 7.2.3) lit. b oraz pkt 9 „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

W rozdziale 1 pkt 10 IDW „Informacja dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22A ustawy PZP oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom” ppkt 10.1. zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę – w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego

części – na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nim stosunków prawnych.

W Szczegółowej specyfikacji technicznej (dalej „SST”) w pkt. 3.1. zamawiający zastrzegł, że do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne jest m.in. *„Samobieżne urządzenie śrutujące wraz ze zintegrowanym układem odsysania i pakowania urobku po śrutowaniu oraz śrutu stalowego, posiadające możliwość poruszania się głowicy roboczej zarówno ruchem liniowym jak i poprzecznym”*.

We wstępie SST zamawiający wskazał, że jej przedmiotem są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z poprawą szorstkości nawierzchni w technologii śrutowania na drogach krajowych administrowanych przez zamawiającego w latach 2019-2020.

Przystępujący, w złożonym wraz z ofertą Formularz 3.2. *„Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”*, oświadczył, że polega na zasobach innego podmiotu, tj. Textura K. Sz. w zakresie *„wynajęcia kompletnego sprzętu wymaganego do realizacji zamówienia”*.

Złożył także *„Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”*, zgodnie z którym K. Sz., *„działając w imieniu inna rzecz TEXTURA K. Sz., ul. Aleja Niepodległości 121/123 lok. 12, 02-588 Warszawa zobowiązuje się do oddania swoich zasobów w postaci kompletnego sprzętu do realizacji zamówienia”*.

Pismem nr GDDKiA.O.BY.D-3.2412.5.12.2019.26.pk z 4 dnia lipca 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym w lit. b) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – zgodnie z wymaganiami z pkt. 7.2.3) b) IDW.

Przystępujący, przy piśmie z dnia 22 lipca 2019 r. złożył *„Formularz „Potencjał techniczny”*”, którego wzór – jak oświadczył zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie – przekazał przystępującemu.

Przystępujący ujął w wykazie m.in. śrutownicę Błastrac o wydajności 1000 m²/h, wskazując – jako podstawę dysponowania nią – *„wynajęcie”*.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2018 r. zamawiający poinformowała wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający prawidłowo, tj. zgodnie z ustalonymi w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ

regułami ocenił zdolności techniczne przystępującego, co przesądza o braku podstaw do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, czego w istocie domagał się odwołujący (błędnie wskazując na zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp odnoszącego się nie do sytuacji podmiotowej wykonawcy, ale do relacji treści oferty wykonawcy do treści SIWZ, która ma być z SIWZ zgodna).

I w ogłoszeniu o zamówieniu, i w IDW zamawiający nie wprowadził dalej idących wymagań co do potencjału technicznego wykonawców jak dysponowanie 3 różnymi pojazdami/maszynami/urządzeniami w ilości – 1 szt. Nie wprowadził w szczególności wymogu, iż mają posiadać konkretne cechy, czy konkretne parametry, o czym przesądza brak podania tak w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w IDW, jakież to cechy czy parametry miałyby to być. Bez wątplenia niewystarczające dla uznania wprowadzenia takich cech lub parametrów należy uznać użycie sformułowania „zgodnie z wymaganiami opisanymi w Specyfikacji”, ponieważ:

1. zamawiający wprost wskazał, że wymagania rozumie w ten sposób, iż chodzi o wyszczególniony sprzęt (3 pozycje) we wskazanej ilości (po 1 szt.), o czym przesądza każdorazowo „tj.”,
2. nie jest wiadomym, jak rozumieć należy sformułowanie „opisanymi w Specyfikacji”,
3. treść „Specyfikacji” (niezależnie jak można by to rozumieć) nie była znana wykonawcom na etapie zapoznawania się z treścią ogłoszenia o zamówienia, co przesądza o niemożności uznania, iż stanowi element treści ogłoszenia w zakresie wymagań co do zdolności technicznej wykonawców.

Dostrzec także należy, że zamawiający, formułując swoje oczekiwania co do sposobu wykazania przez wykonawców potencjału technicznego nie podał, że oczekuje od nich podania cech/parametrów narzędzi/wyposażenia/urządzeń w wykazie.

Innymi słowy, oczekiwanie odwołującego, iżby zamawiający dokonał oceny potencjału technicznego przystępującego w ten sposób, iż chodzi o wymagania z pkt. 3.1. SST nie znajduje potwierdzenia w treści wymagań ujętych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w IDW.

Skład orzekający Izby stanął zatem na stanowisku, że zamawiający oczekiwał wykazania potencjału technicznego w postaci 1 samobieźnego urządzenia śrutującego (bez badania jakichkolwiek cech lub parametrów tego urządzenia), czemu przystępujący sprostał w przewidziany przez zamawiającego sposób, tj. poprzez wykaz – „Formularz „Potencjał techniczny””, korzystając z zasobu podmiotu trzeciego, co zamawiający dopuścił.

Skład orzekający Izby, za zamawiającym, podkreśla, że „*czym innym jest warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, opisany w pkt 7.2.3) b) 1) IDW (Tom I SIWZ), a czym innym przedmiot zamówienia i sposób, w jaki należy go zrealizować, co zostało opisane w Tomie III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia SST. Przez warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie (przesłanki podmiotowe). Opis przedmiotu zamówienia zawiera natomiast szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji (przesłanki przedmiotowe)*” (Odpowiedź na odwołanie str. 5, pierwszy akapit).

Za bezprzedmiotowy, a tym samym za powołany jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp) skład orzekający Izby uznał wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa drogowego, ponieważ opinia miałyby się opierać o wymagania co do potencjału technicznego, które nie zostały objęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązkiem dowiedzenia na etapie składania ofert, tj. co do wydajności samobieżnego urządzenia śrutującego oraz cech z pkt. 3.1. SST.

Zarzut zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę powinna budzić wątpliwości zamawiającego z punktu widzenia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że cofa ten zarzut, wobec czego skład orzekający Izby umorzył postępowanie odwoławcze w tym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo zawierania rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, pismem nr GDDKiA.O.BY.D-3.2412.5.6.2019.26.pk z dnia 11 czerwca 2019 r., wezwał przystępującego, powołując się na art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do wyjaśnień w celu ustalenia, czy istotne części składowe zaoferowanej ceny są rażąco niskie oraz, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Zamawiający wskazał w szczególności, że cena zaoferowana przez przystępującego jest niższa o 52,87% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 51,85% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przystępujący wyjaśnienia złożył w piśmie z dnia 24 czerwca 2019 r., zastrzegając, że stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Pismem nr GDDKiA.O.BY.D3.2412.5.7.2019.26.pk z dnia 26 czerwca 2019 r., zamawiający zwrócił się do przystępującego o uszczegółowienie (doprecyzowanie) złożonych wyjaśnień.

Przystępujący udzielił dodatkowych wyjaśnień w piśmie z dnia 2 lipca 2019 r.

Pismem nr GDDKiA.O.BY.D3.2412.5.13.2019.26.pk z dnia 9 lipca 2019 r. zamawiający poinformował przystępującego, że *„odtajnia wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny”*.

Odwołujący wystąpił do zamawiającego o *„przesłanie skanów”* złożonych w postępowaniu ofert (pismo z dnia 5 czerwca 2019 r.) oraz, jak oświadczył w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający, czego odwołujący nie kwestionował, dodatkowo o przekazanie mu informacji w sprawie sprzętu przeznaczanego do realizacji zadania (pisma z dnia 20 sierpnia 2019 r. oraz 21 sierpnia 2019 r.), nie występował natomiast do zamawiającego o udostępnienie mu składanych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Z przebiegu postępowania przed Izłą wnioskować należy, iż treść tych wyjaśnień pozostaje dla odwołującego nieznana, nie zajął on bowiem stanowiska wobec argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, a także nie przeprowadził jakiegokolwiek polemiki z argumentacją przystępującego co do kalkulacji ceny ofertowej, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Podnoszona przez odwołującego różnica (powyżej 50%) pomiędzy ceną ofertową

przystępującego a średnią arytmetyczną ofert złożonych w tym postępowaniu oraz ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia, uwzględniającą wartość podatku VAT stanowiła przesłankę obligującą zamawiającego do zwrócenia się do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiego charakteru ceny (art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp).

Z nałożonego przez ustawodawcę obowiązku zamawiający wywiązał się, kierując do przystępującego wezwania z dnia 11 i 26 czerwca 2019 r.

Obowiązkiem zamawiającego jest także odrzucenie oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, o czym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przystępujący udzielił wyjaśnień, kierując do zamawiającego pisma z dnia 24 czerwca 2019 r. i z dnia 2 lipca 2019 r., wobec czego zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy z racji niezłożenia wyjaśnień.

Przywołany przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie przewiduje obowiązek zamawiającego, polegający na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, tym samym odrzucenie oferty wykonawcy w oderwaniu, z pominięciem tychże wyjaśnień jest niedopuszczalne.

Tymczasem odwołujący, który na posiedzeniu – wobec informacji z Odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający kierował do przystępującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp – wycofał zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wydawać by się zatem mogło, że odwołujący dostrzega obowiązek poprzedzenia odrzucenia oferty wykonawcy wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień), na rozprawie zaprezentował stanowisko, iż *„cena odbiegająco o więcej niż 50% od ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej (plus VAT) prowadzi do wniosku, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską”* (Protokół posiedzenia i rozprawy str. 4).

Uwzględniając brak jakiegokolwiek odniesienia się odwołującego do złożonych przez przystępującego wyjaśnień, brak prezentacji jakiegokolwiek argumentacji przemawiającej za tym, że dokonana przez zamawiającego ocena tychże wyjaśnień nie była prawidłowa oraz, uwzględniając ustawową niedopuszczalność odrzucenia oferty wykonawcy jedynie na podstawie ww. różnic procentowych, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie może się ostać.

Za bezprzedmiotowy, a tym samym za powołany jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp) skład orzekający Izby uznał wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa drogowego (abstrahując od tego, czy biegły o takiej specjalności jest właściwy) na okoliczność ustalenia, czy przy

uwzględnieniu niezbędnych kosztów wykonania zlecenia (przy czym odwołujący nie wskazał, jakie według jego doświadczenia i wiedzy koszty wykonania należy uznać za niezbędne), w tym ewentualnej konieczności wykonania dodatkowych robót w związku z udzieloną gwarancją, cena zaproponowana przez przystępującego umożliwia wykonanie robót, ponieważ opinia miałyby pomijać wyjaśnienia, jakie składał przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, co jest kluczowe.

Odwołujący zarzucił nadto zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednak nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych oraz jakiegokolwiek argumentacji toteż skład orzekający Izby uznał, że zamawiającemu nie można przypisać żadnego naruszenia w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

Członkowie

.....