

Sygn. akt: KIO 1230/22

WYROK

z dnia 26 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Rafał Malinowski
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie ROKOM Sp. z o.o., POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. Karnickiej 22, 03-162 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53 00-874 Warszawa,**

A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum w składzie Plus Inwest P. Ż. sp. jawna, Gnom sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. Kolejowa 11 a 55-010 Żerniki Wrocławskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1230/22 po stronie odwołującego,

B. przy udziale wykonawcy: **BUDiA-Standard Spółka z o.o., ul. Lwowska 31 lok.101 56-400 Oleśnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1230/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych,**

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum w składzie ROKOM Sp. z o.o., POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. Karnickiej 22, 03-162 Warszawa, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie ROKOM Sp. z o.o., POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. Karnickiej 22, 03-162 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, na realizację zadania pn: „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S8 na odcinku od węzła Syców do węzła Wieluń wraz z obwodnicą m. Kępno (S11)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 213-562116 w dniu 3 listopada 2021r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum, w składzie: ROKOM Sp. z o.o. POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie na podstawie art. 513 pkt 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy BUDI-A-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy zwanego dalej „BUDI-A”),
2. zaniechania wezwania wykonawcy BUDI-A do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy cena ofertowa tego wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz obowiązującymi przepisami.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDI-A do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i z obowiązującymi przepisami, przy naruszeniu 224 ust 2 pkt 2 Pzp – poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp, poprzez wadliwy oraz przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy BUDiA do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25.04.2022 r. uplasowała się na drugiej pozycji rankingowej, zatem uwzględnienie odwołania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na całorocznym kompleksowym (letnie i zimowe) utrzymaniu drogi ekspresowej S8 na odcinku: od węzła Syców (km 93+505) do węzła Wieluń (km 129+630) oraz odcinka drogi ekspresowej S11 stanowiącego obwodnicę Kępna od skrzyżowania „rondo Przybyszów” (km 0+000) do węzła Baranów (km 11+133). Zgodnie z SWZ, termin realizacji zamówienia to 48 miesięcy od zawarcia umowy. Usługi objęte zamówieniem rozliczane będą w zasadniczej części w formule wynagrodzenia obmiarowego na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie wykonawcy. Specyfika sposobu realizacji zamówienia polega na braku zagwarantowania przez Zamawiającego (poza pozycjami o charakterze ryczałtowym, jak Zarządzanie kontraktem) znaczących wolumenów czynności utrzymaniowych (*vide* pytanie nr 24 – do 10% wartości łącznej umowy). Tym bardziej zatem uznać należy, że poszczególne wyceny usług, jako stanowiące podstawę rozliczeń, muszą mieć samodzielnie charakter rynkowy i realny.

Dane odnośnie ilości poszczególnych czynności zawarte w SWZ, na podstawie których wykonawcy dokonywali wyliczeń poszczególnych cen elementów składowych i łącznej ceny oferty, zostały podane przez Zamawiającego w celu oceny i porównania ofert, bowiem faktyczne wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia będzie miało źródło w rzeczywistych ilościach usług. Jest to kontrakt długoterminowy, realizowany w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym – i niespotykanym rynkowo poziomie inflacji oraz wzroście cen podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, jak ceny paliw (w samym marcu wzrost o 28% miesiąc do miesiąca), energii, stali i rosnących kosztów pracy. Dodatkowo Umowa przewiduje wręcz symboliczną waloryzację kontraktu (do 5%), co powoduje, że wyceny ofertowe muszą uwzględniać wysokie ryzyko kalkulacyjne dla zagwarantowania choćby minimalnej rentowności kontraktu.

Jak wynika z udostępnionego przez Zamawiającego protokołu postępowania (Druk ZP-PN) wycena wartości zamówienia została dokonana według cen z października 2021r., podczas gdy ofertowanie nastąpiło 30.03.2022r. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert w dniu 30.03.2022r., Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto: 74 989 507,17 zł. W oparciu o dane opublikowane przez Zamawiającego w trakcie otwarcia ofert, relacje pomiędzy wartością

zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, a cenami ofert innych wykonawców potwierdzają, że w przypadku wykonawcy BUDiA występuje marginalna różnica procentowa w stosunku do obydwu wskaźników obligujących Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień ceny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pomimo, że w trakcie trwania postępowania zaistniały okoliczności, które nastąpiły już po wszczęciu postępowania, w szczególności istotne zmiany cen rynkowych nie dokonał aktualizacji wartości zamówienia, pomimo powinności wynikającej z art. 224 ust 2 pkt 2 Pzp. W ocenie Odwołującego, zaniechanie dokonania przez Zamawiającego aktualizacji wartości zamówienia przy wystąpieniu okoliczności związanych z wojną na Ukrainie nastąpiło w okolicznościach sprawy z naruszeniem art. 224 ust 2 pkt 2 Pzp. Zmiany cen rynkowych pomiędzy 24.02.br. a datą rozstrzygnięcia postępowania (25.04.br.) mają charakter zmian wręcz drastycznych i nienotowanych uprzednio chociażby przy okazji zmian inflacyjnych czy też związanych z pandemią COVID. Nie ulega wątpliwości, że gdyby Zamawiający dokonał aktualizacji, to wezwanie BUDiA do wyjaśnień ceny stałoby się obligatoryjne na podstawie wskaźnika, o którym mowa w art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp. Mając na względzie oszacowaną przez Zamawiającego wartość zamówienia, jej aktualizacja z uwzględnieniem drastycznego wzrostu cen z uwagi na konflikt zbrojny na Ukrainie obligowałaby Zamawiającego do wezwania wykonawcy BUDiA do wyjaśnień ceny – spodziewać się można, że w wyniku aktualizacji o chociażby 10% - relacja wartości zamówienia w stosunku do ceny ofertowej wykonawcy BUDiA wynosiłaby ponad 40%.

Powyższe dowodzi, że mamy do czynienia z ceną oferty wykonawcy BUDiA, która zarówno w relacji do niezaktualizowanej, w stosunku do okoliczności rynkowych, wartości zamówienia, pozostaje na poziomie wręcz marginalnie poniżej wskaźnika obligującego do wyjaśnień ceny (70,5%) a tym bardziej w sytuacji, gdyby Zamawiający dokonał koniecznej, zdaniem Odwołującego, aktualizacji wartości zamówienia, wezwanie do wyjaśnień ceny byłoby konieczne.

Ponadto, o zaniżeniu ceny oferty BUDiA świadczy także jej relacja do średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu na poziomie minimalnie niższym od wskaźnika 30% obligującego do wezwania do wyjaśnień ceny.

W tej sytuacji zarówno relacja do wartości zamówienia jak również do średniej arytmetycznej ofert stanowią dowód, że procedura wezwania do wyjaśnień ceny stała się konieczna przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał się na dane prezentowane przez GDDKiA, odnoszące się do zmian podstawowych czynników kosztotwórczych, przy czym szczególne znaczenie ma wzrost cen paliw – wg danych GUS w kwietniu miesiąc do miesiąca doszło do wzrostu na niespotykaną skalę 28%. Odwołujący przywołał aktualne dane GUS w zakresie wskaźnika

inflacji oraz wskazał, że Zamawiający przewiduje bardzo ograniczone możliwości waloryzowania kontraktu – zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy - maksymalny poziom waloryzacji to tylko 5% wynagrodzenia, co oznacza, że to cena oferty musi zawierać kalkulację ryzyk. Dodatkowo, w trakcie trwania postępowania na wniosek jednego z uczestników postępowania o dokonanie podwyższenia limitu waloryzacyjnego do 10% - Zamawiający wprost odmówił wprowadzenia takiej zmiany:

W przypadku oferty BUDiA mamy do czynienia zarówno z zaniżeniem ceny na poziomie ceny całkowitej (zarówno w relacji do wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej), jak również na poziomie istotnych elementów cenotwórczych tej oferty.

Istotne znaczenie w sprawie ma przyjęty dla potrzeb realizacji zamówienia sposób rozliczenia prac – mamy do czynienia z kontraktem zasadniczo obmiarowym – rozliczanym według faktycznych ilości wykonanych czynności, po cenach jednostkowych zawartych w ofercie (zatem każda z nich musi zapewniać faktycznie możliwość realizacji zamówienia i być realna i rynkowa). Wyjątkiem jest wycena Grupy 11 (Zarządzania Kontraktem), której wartość nie może wynosić więcej niż 12% łącznych cen netto Grup 1 do 10 i Grupy 12 (pkt 17.1., 17.8 SWZ, § 4 ust. 2, ust. 5 PPU), zgodnie z SWZ pkt 17.9. Procentowe ograniczenie kosztów Zarządzania Kontraktem w relacji do wartości wyceny łącznej powoduje, że im mniejsza wycena ofertowa tym niższe koszty Zarządzania. Zamawiający w trakcie postępowania wskazał również, że gwarantowany zakres prac to tylko 10% wartości wynagrodzenia umownego.

Wykonawca BUDiA w ofercie, której wartość netto opiewa na 42 961 406,00 zł. wskazał koszty zarządzania kontraktem wraz z patrołowaniem i podejmowaniem działań interwencyjnych na poziomie 4 560 000,00 PLN netto – co stanowi 10,61% łącznej wartości robót dla Grup od 1 do 10 oraz 12.

Kwota ta stanowi 70,34% wartości wskazanej przez GDDKiA jako wartość Grupy prac nr 11 w kosztorysie inwestorskim. Biorąc pod uwagę długość dróg będących przedmiotem postępowania, zapisy SST oraz PPU, kwota zawarta w ofercie BUDiA jest to kwota nie dająca możliwości wykonania zakresu prac zgodnie z SWZ oraz SST. Odwołujący przedstawił wyliczenia na okoliczność, że minimalny koszt zarządzania kontraktem oparty jedynie na podstawowych kosztach wymienionych w SWZ SST przy minimalnych nakładach wskazanych powyżej wynosi:

Minimalne koszty składające się na cenę jednostkową Zarządzanie kontraktem wraz z patrołowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych	
1.	Koszty pracy
	3 774 580,64 zł

2.	Koszt utrzymania POK	
2.a	czynsz najmu	72 000,00 zł
2.b	koszty mediów na POK	408 000,00 zł
2.c	wyposażenie POK/naprawa, utrzymanie	20 000,00 zł
5.	paliwo patrolu	241 176,43 zł
6.	wyposażenie patrolu	10 000,00 zł
7.	paliwo brygad interwencyjnych	241 176,39 zł
8.	wyposażenie brygad interwencyjnych	20 000,00 zł
9.	koszt zakupu niezbędnych pojazdów	60 000,00 zł
		4 846 933,50 zł

Wycena oferty BUDiA Standard dla Zarządzania Kontraktem wynosi jedynie 4 560 000,00 PLN

Odwołujący podkreślił, że w przedstawionym wyliczeniu nie ujęto wielu dodatkowych kosztów i ryzyk, jakie niesie ze sobą realizacja kontraktu, w tym nie uwzględniono wzrostu kosztów pracy. Dodatkowo, przyjęta dla potrzeb powyższych obliczeń cena paliwa na poziomie 4,80 zł/litr, jak wiadomo, nie odzwierciedla od końca lutego br. realiów rynkowych. Uwzględnienie cen stacyjnych paliwa z dnia dzisiejszego powoduje wyłącznie kolejny znaczący wzrost kosztów realizacji usług przez wykonawcę.

Odwołujący, w oparciu o dane jakie pozyskał od Zamawiającego z kosztorysu inwestorskiego dokonał także zestawienia cen poszczególnych cen w ofercie BUDiA w relacji do wartości Zamawiającego (Załącznik nr 1 do odwołania). Zdaniem Odwołującego, ilość pozycji, których dotyczy zniżenie, jak również ich wartość łączna potwierdzają konieczność wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień ceny oferty.

Ponadto, oferta wykonawcy BUDiA zawiera rażąco niskie ceny istotnych elementów składowych zamówienia i winna podlegać odrzuceniu z powyższej przyczyny po wezwaniu przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień przed dokonaniem tej czynności. W ocenie Odwołującego, na gruncie niniejszej sprawy zaszyły przesłanki zastosowania względem BUDiA dyspozycji przepisu art. 224 ust. 1 Pzp.

Zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, tworzy *de facto* domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Powstanie tego domniemanie skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp - jeżeli chce je obalić - musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe

i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalili się jednolity w tym zakresie poglądy, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki jest cały czas aktualny świetle nowo obowiązującej ustawy Pzp.

Istotny charakter i znaczenie kwestionowanych pozycji a także udział w wartości zamówienia oraz rażąco poziom zaniżenia wyceny potwierdzają, że wezwanie do wyjaśnień wskazanych istotnych elementów wyceny stało się obligatoryjne.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wykonawca BUDiA w postępowaniu na sąsiadujący odcinek trasy objętej aktualnie przedmiotem zamówienia i tożsamy zakres prac, potwierdził (wybór w dniu 4.03.2022r.), że zaoferowana przez niego cena była rażąco niska. Wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny wykonawca BUDiA złożył wyjaśnienia z których wynikało, że cena jaką zaoferował była rażąco niska - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu – droga ekspresowa S8 Numer referencyjny: O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr” prowadzone przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu Oddział w Łodzi - ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 października 2021 r. numer 2021/S 211-553851.

Odwołujący dokonał na potrzeby aktualnego odwołania, zestawienia cen oferty BUDiA z postępowania, o którym mowa powyżej, z aktualnym. Zestawienie to (Załącznik nr 3 do odwołania) potwierdza, zdaniem Odwołującego, że pomimo, że złożenie oferty w aktualnym przetargu miało miejsce już po rozpoczęciu wojny w Ukrainie, to ceny oferty BUDiA zamiast wzrosnąć wręcz uległy obniżeniu – co jedynie potwierdza, że wycena została dokonana wadliwie.

Jak wynika z zawartego w odwołaniu zestawienia porównawczego cen całkowitych ofert złożonych w postępowaniu, także w tym przypadku mamy do czynienia z zaniżeniem wyceny oferty BUDiA na poziomie minimalnie poniżej wskaźnika obligującego do wyjaśnień.

Odwołujący dokonał zestawienia wyceny poszczególnych grup robót objętych przedmiotem zamówienia przez Zamawiającego i w ofertach – Załącznik nr 2 do odwołania. Zestawienie to potwierdza, w ocenie Odwołującego, że globalnie zaniżona wycena oferty BUDiA ma ścisły związek z zaniżoną wyceną poszczególnych istotnych grup prac. Jak wynika z zaprezentowanych danych, wycena rynkowa zamówienia dokonana przez pozostałych wykonawców, ale również przez Zamawiającego, zgodnie potwierdzają, że cena oferty BUDiA ma znamiona rażąco niskiej i nierynkowej. Sam fakt, że nie został osiągnięty wskaźnik, o którym mowa w art. 224 ust 2 Pzp, nie oznacza braku obowiązku wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO i podkreślił, że zawsze kiedy Zamawiający nabędzie stosownych wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, będzie on zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

W załączeniu do odwołania Odwołujący przedstawił następujące zestawienia:

Załącznik nr 1 – Zestawienie porównawcze cen – porównanie wartości Zamawiającego z kosztorysu inwestorskiego w relacji do oferty BUDiA,

Załącznik nr 2 – Zestawienie porównawcze cen grup robót pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu (w tym BUDiA) oraz wyceną Zamawiającego,

Załącznik nr 3 – Zestawienie porównawcze cen BUDiA w aktualnym postępowaniu w relacji do cen BUDiA w postępowaniu „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu – droga ekspresowa S8 Numer referencyjny: O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum: Plus Inwest P. Ż. spółka jawna, Gnom sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca BUDiA-Standard Spółka z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 24 maja 2022 r. wykonawca BUDiA-Standard Spółka z o. o. przedstawił swoje stanowisko wobec treści odwołania. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania albowiem w zakresie podniesionego zarzutu odnosi się do braku rzekomej aktualizacji wartości zamówienia, której Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego dokonał, a co istotne która to wartość jest znana od 30 marca 2022 r., a tym samym odwołanie czyniąc zarzut wobec rzekomego zaniechania określenia wartości zamówienia powinno zostać wniesione w dniu 11 kwietnia 2022 r., a zatem jest spóźnione — toteż na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp powinno zostać odrzucone; ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący podniósł, że odwołanie winno zostać odrzucone z uwagi na oparcie się w nim na zarzucie, który jest spóźniony. Wskazał, że w odwołaniu sformułowano de facto jeden zarzut w postaci rzekomego naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z 16 pkt 1 i 2 Pzp przy naruszeniu 224 ust 2 pkt 2 Pzp — błędnie wskazując termin na wniesienie odwołania. Odwołujący zdaje się pomijać, iż czynność oszacowania wartości zamówienia jest odrębną czynnością w postępowaniu, niemogącą wpływać na ocenę, czy cena przedstawiona w ofercie nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Nadto, odwołanie zostało skonstruowane

wadliwie z uwagi na to, treść zarzutu nie tylko w przeważającej części nie koresponduje z okolicznościami uzasadnienia, ale jego treść nie odnosi się do oferty wykonawcy i okoliczności z nią związanych, ale do szacunków Zamawiającego.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający zaktualizował wartość zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania (zaktualizowany kosztorys inwestorski z dnia 29.03.2022 r.), w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych i podał ją do wiadomości wszystkich uczestników przetargu. Czynność wyboru oferty Odwołującego została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i brak jest podstaw do jej zmiany.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, przy naruszeniu art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia — odnosząc się wprost do czynności oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, tymczasem przy uzasadnieniu zachowania terminu, błędnie wskazuje na datę zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (tj. 25 kwietnia 2022 r.) — co czyni przedmiotowy zarzut spóźnionym. Informacja o wartości szacunkowej zamówienia była znana już w dniu 30 marca 2022 r. Wynikała z protokołu z postępowania, gdzie wskazano zaktualizowaną wartość na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 29.03.2022 r. Na etapie badania ofert, po ich otwarciu, Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący, założył że wartość szacunkowa została zaniżona. Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1311/21, LEX nr 3233123.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący podkreślił, że w myśl art. 555 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu — nie może przy dokonywaniu rozstrzygnięcia brać pod uwagę okoliczności nie objętych zarzutami odwołania. Odwołujący nie wskazuje w zgłoszonym zarzucie, jakich rzekomo danych Zamawiający miałby nie uwzględnić, dokonując oszacowania wartości zamówienia — formułując zarzut w sposób ocenny i lakoniczny. Powołując się na orzecznictwo i doktrynę Przystępujący podniósł, że wyłącznie treść sformułowanego zarzutu wyznacza zakres rozpoznania — nie mogą być brane pod uwagę jakiegokolwiek inne okoliczności, które nie zostały wyraźnie wyartykułowane. Wobec powołania się w zarzucie na okoliczność rzekomego zaniechania aktualizacji wyceny przez Zamawiającego — jako podstawy do rzekomych dalszych czynności Zamawiającego (tut. wezwania do wyjaśnienia) — odwołanie jest nie tylko spóźnione — ale wobec braku potwierdzenia tego zarzutu — nie może prowadzić do abstrakcyjnego, hipotetycznego badania oferty wykonawcy względem zmiennych rynkowych i adekwatności ich w czasie.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut jest wadliwy także z tego względu, iż obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty nie może być uzasadniony poprzez zarzut niewłaściwego oszacowania wartości zamówienia. Tymczasem Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej cen — przy naruszeniu 224 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia przez Zamawiającego, a co czyni zarzut skonstruowanym wadliwie.

Zgodnie z orzecnictwem, czynność oszacowania wartości zamówienia Jest bowiem odrębną czynnością w postępowaniu nie mogącą wpływać na ocenę, czy cena przedstawiona w ofercie nosi znamiona ceny rażąco niskie. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., pozwala zamawiającemu, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócić się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. Powyższe oznacza, że przedmiotem wyjaśnień mogą być wątpliwości zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej odnoszącej się do przedmiotu zamówienia rozumianego jako przedmiotu opisanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok KIO z 3.06.2014 r., KIO 981/14, LEX nr 1477567). Powyższe potwierdza również wcześniejsze orzecznictwo (przykładowo: wyrok KIO z 6.05.2010 r., KIO/UZP 632/10, LEX nr 598468).

Abstrahując od wyżej przywołanych okoliczności, nie można zgodzić się z wnioskiem Odwołującego, by Zamawiający nie dokonał aktualizacji wartości zamówienia, a co miałyby prowadzić do tego, że przedstawiona w ofercie BUDiA Standard sp. z o.o. cena jest rażąco niska na zasadzie art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Przedstawione przez Odwołującego zestawienie wszystkich złożonych ofert pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty BUDiA Standard sp. z o.o. Takie zestawienie nie ukazuje żadnych okoliczności, które by miały rzekomo świadczyć o rażąco niskiej cenie — stanowiąc jedynie proste zestawienie złożonych ofert. Ceny wykonawców z uwagi na istniejące różnice mogą różnić się pomiędzy sobą w sposób znaczący, jednocześnie nie uwzględniając przy tym sposobu kształtowania ceny i wypracowanych warunków, które mogą różnić się pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Tak samo jeśli chodzi o dołączony do odwołania dowód w postaci Załącznika nr 2 — zestawienie porównawcze cen grup robót pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu.

Jeśli Odwołujący chciał przeprowadzić taki dowód, to winien wziąć pod uwagę wyłącznie oferty, których ceny są zbliżone do siebie — nie zaś jak to uczynił, wszystkie złożone oferty. W takiej sytuacji przedłożone zestawienie nie stanowi o żadnych istotnych dla rozstrzygnięcia faktach. Odwołujący mógłby wziąć pod uwagę oferty: FBSerwis S.A., Konsorcjum ROKOM Sp. z o.o. i POL-DRÓG, a to daje zupełnie odmienne wyniki niż przedstawione przez Odwołującego. Wówczas to otrzymana średnia jest znacznie niższa —

a to prowadzi do przeciwnych wniosków niż formułowane przez Odwołującego, potwierdzając brak spełniania przesłanek mających świadczyć o rażąco niskiej cenie. Średnia arytmetyczna cen wskazanych ofert wynosi 63 578 060,96 zł, a więc jest różni się od ceny zaoferowanej przez Przystępującego o ok. 20 % - a zatem nie ulega wątpliwości, że nie został przekroczony próg 30 %.

Co więcej, porównując zaoferowaną kwotę do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, również nie został przekroczony próg 30 %, o którym mowa w art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Na marginesie Przystępujący wskazał, że przedstawiona w odwołaniu tabela zawiera błąd w wyliczeniach — zamiast średnią arytmetyczną (jak wskazuje w tabeli „średnia ofert”) wskazuje sumę cen złożonych ofert (660 562 863,52 zł), a co świadczy nie tylko o braku rzetelności, ale również braku przydatności takiego zestawienia.

Odwołując się do powyższego zestawienia tabelarycznego i wskazanej średniej, wskazać można, że zaoferowana cena przez Spółkę nie różni się w rażący sposób od innych. Taka różnica między cenami jest zjawiskiem często występującym w postępowaniach.

W przywołanym postępowaniu przetargowym na utrzymanie dróg krajowych przedłożone oferty odbiegały nawet w większym stopniu od wartości zamówienia w niniejszej sprawie. Nadto, umowa również była obarczona znacznym ryzykiem —jednak została ona zrealizowana należycie. Wobec tego wystąpienie zjawiska przywołanej różnicy jest częstą i normalną sytuacją, występująca w trakcie prowadzenia procedury przetargowej.

Jednocześnie, Przystępujący wskazał, że zaoferowana przez niego cena w zakresie grupy prac 11, tj. zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych — wbrew twierdzeniom Odwołującego, uwzględnia aktualne warunki rynkowe, a co znajduje potwierdzenie przy porównaniu proponowanych cen jednostkowych przez wykonawców na tle innego postępowania. Przystępujący przedstawił tabelę, która obrazuje przykładowe zestawienie cen w ramach przedmiotowych prac w postępowaniu pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie w podziale na 2 części”, nr ref. O/LU.D-3.2421.1.2022.12.ak — z której wynika, że przyjęta przez Przystępującego cena w ramach niniejszego postępowania jest porównywalna do cen wykonawców w innym, aktualnie toczącym się postępowaniu.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący powołuje się wprost w treści odwołania na przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako mający rzekomo uzasadnić obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Tymczasem zgodnie z tym przepisem, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od

towarów i usług — a którego to progu oferta Przystępującego BUDiA Standard Sp. z o.o. nie przekroczyła. Odwołujący uzasadnia rzekomy obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień właśnie z powołaniem się na przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp — stanowiący o obowiązku złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30%. Przedmiotowy próg 30% nie został przekroczony, a co oznacza brak spełnienia przesłanki stanowiącej o obowiązku wezwania do wyjaśnień — na którym to Odwołujący oparł swoje odwołanie, zakreślając w ten sposób zakres rozpoznania.

Dodatkowo, Odwołujący nie obejmuje zakresem zarzutu poszczególnych cen jednostkowych, obejmując zakresem zarzutu wyłącznie całościową cenę. Z uwagi na fakt, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczone przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów — poza zakresem rozpoznania pozostaje analiza poszczególnych składników składających się na cenę,

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami, by rzekomo Zamawiający zaniechał aktualizacji wartości zamówienia czy też nie uwzględnił aktualnej sytuacji na rynku, przy wystąpieniu okoliczności związanych z wojną na Ukrainie oraz pandemią zostało dokonane z naruszeniem art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący w sposób ocenny dokonuje analizy stanu faktycznego, nie uwzględniając przy tym doświadczenia Zamawiającego i Przystępującego oraz istnienia mechanizmu waloryzacji.

Przystępujący podkreślił, że wartość zamówienia została ustalona realistycznie, w oparciu o doświadczenie Zamawiającego i z uwzględnieniem aktualnej sytuacji na rynku. Analogiczne do przedmiotowego zamówienia Zamawiający realizuje już od 2016 r. Jediną różnicą jest objęcie zakresem kontraktu obwodnicy Kępna sl 1 — długość odcinka około 11 km. Zamówienie publiczne pn.: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła)— Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 — km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami”, nr przetargu: O.PO.D-3.2413.61.2015, zgodnie z załączoną informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z 12 stycznia 2016 r., wykonywane jest przez konsorcjum firm: Budia Standard sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe LARIX sp. z o.o. , B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.. Oferta została wówczas wyceniona przez wykonawcę na kwotę 27 952 622,32 zł. Postępowanie to zostało przeprowadzone przez tego samego Zamawiającego, co potwierdza, iż ma on rozeznanie i świadomość dokonania właściwego oszacowania wartości zamówienia. Przystępujący podkreślił, że umowa została należycie wykonana.

Z uwagi na fakt, że wykonawcą przedmiotowego zamówienia jest Spółka, która to wchodziła w skład podmiotów dotychczas realizujących analogiczne zamówienie z 2016 r., przyjęć należy, że BUDiA - Standard Spółka z o.o. posiada wiedzę o stanie technicznym

drogi, uwarunkowaniach lokalnych i może przez to precyzyjniej oszacować zakres prac do wykonania.

Kolejno, na wypadek okoliczności, które to mogą wpłynąć na dalsze wykonywanie umowy (jeśli hipotetyczne przyjąć pogorszenie się sytuacji w trakcie realizacji zamówienia), przewidziana została klauzula waloryzacyjna. Zamawiający przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o zmieniające się wskaźniki GUS dla poszczególnych koszyków waloryzacyjnych obejmujących wskazane asortymenty. W kontrakcie wskazano na 5 %, co przy uwzględnieniu faktu, że Zamawiający — wbrew twierdzeniom Odwołującego — uwzględnił ryzyko rynkowe, jest z pewnością wystarczające.

Nadto, trzeba mieć na względzie, że waloryzacja umowna, nie wyłącza waloryzacji sądowej. Waloryzacji sądowej nie wyłącza ani zamieszczenie w umowie klauzuli waloryzacyjnej, ani też wcześniej już dokonana waloryzacja sądowa — dopuszcza się wielokrotną waloryzację sądową (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX]el. 2022, art. 439).

Dodatkowo, Odwołujący zdaje się pomijać fakt, iż nie do przewidzenia są w istocie skutki związane z wystąpieniem wojny, a co z tym idzie — mogą one wpłynąć zarówno negatywnie, jak i pozytywnie na gospodarkę. Na dzień dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. 25 kwietnia 2022 r.), nie były (i nadal nie są) znane konsekwencje dla rynku, jakie wiążą się z wojną na Ukrainie. Podaje się, że obywatele Ukrainy stali się istotnym wsparciem dla wielu naszych sektorów działalności gospodarczej, jak transport, budownictwo, usługi czy produkcja (<https://www.rp.pl/pracaemerytury-i-renty/art36018461-ukraincy-na-polskim-ryнку-pracy-sa-najnowsze-dane>) — a co wbrew twierdzeniom Odwołującego winno wpłynąć pozytywnie na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z uwagi na krótki okres od czasu wybuchu wojny — aktualnie nie jest jeszcze możliwe do przewidzenia, jakie konkretne skutki na rynku wywoła konflikt zbrojny na Ukrainie, a co za tym idzie — brak jest w istocie możliwości uwzględnienia jej skutków w oszacowaniu ceny. Nie można na tej podstawie może kwestionować adekwatności złożonych ofert czy też wymagać zainicjowania procedury składania wyjaśnień.

Nadto, Odwołujący w zaskakujący sposób dokonuje interpretacji wpływu pandemii na gospodarkę i możliwość przewidzenia sytuacji na rynku. Pandemia koronawirusa trawa już od ponad 2 lat, zatem nie sposób przyjąć, by Zamawiający nie uwzględnił jej wystąpienia.

Przystępujący wskazał, że złożona oferta uwzględnia aktualny poziom cen, w tym wskazywanych przez Odwołującego paliw, stali, czy też kosztów pracy niezbędnych do wykonania zamówienia. Przyjęte przez Przystępującego ceny są oparte na wyliczeniach i długotrwałym procesie sporządzania oferty, która to bazuje na doświadczeniu i aktualnej

analizie rynku. Powyższe znajduje potwierdzenie przy porównaniu przyjmowanych cen przez wykonawców również w innych postępowaniach, o analogicznym przedmiocie.

Odwołujący wskazał w argumentacji dotyczącej nieadekwatności wybranej oferty do aktualnych poziomów cen zwiększenie m.in. poziomu stali. Tymczasem wzrost cen stali nie musi mieć wpływu na rentowność umowy. Wykorzystanie stali stanowi marginalną część całego zamówienia wobec całościowej kalkulacji, a zatem stal nie determinuje w istocie wysokości kosztorysu. Niemniej jednak, przyjęte przez Spółkę wartości nie odbiegają od tych, jakie wykonawcy przyjmują na tle innych zamówień — w których również oferty zostały sporządzone już po wybuchu wojny na Ukrainie. Przystępujący wskazał, że przykładowo, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie w podziale na 2 części”, nr ref. O/LU.D-3.2421.1.2022.12.ak, wykonawca FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, dokonując wyceny poszczególnych prac z uwzględnieniem stali, wskazał porównywalne — a nawet korzystniejsze — wartości. Przystępujący przedstawił Tabelę nr 4 — porównanie cen jednostkowych (dot. stali)

Analogicznie w przypadku cen paliwa — Odwołujący nie uwzględnił, że pojazdy mogą mieć różne źródło zasilania — nie tylko wskazywane przez niego paliwo. Niemniej jednak, podkreślenia wymaga, że BUDI Standard jest podmiotem z długoletnim doświadczeniem, mającą swoich partnerów, a dzięki długoletniej współpracy — otrzymuje niejednokrotnie korzystniejsze oferty od kontrahentów niż konkurenci na rynku.

W nawiązaniu do powyższego należy zwrócić uwagę na fakt, iż skala działalności spółki BUDI Standard sp. z o.o., w tym ilość nabywanego paliwa — zarówno w perspektywie każdego miesiąca jak i roku — pozwala na negocjowanie jego ceny z uwagi na charakter odbiorcy hurtowego, a nie detalicznego. W ocenie Przystępującego powyższe należy uzasadnia możliwość zaoferowania średniej ceny paliwa — w okresie realizacji zamówienia — na poziomie przyjętym w ofercie, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż punktem odniesienia przy jej szacowaniu przez oferenta jakkolwiek nie powinny, a wręcz nie mogą, być ceny oleju napędowego przy sprzedaży detalicznej.

Uwzględniając nawet cenę jednostkową paliwa w sprzedaży detalicznej, należy wskazać, że analiza rynku — na przestrzeni kilkunastu ostatnich lat — pozwala dojść do wniosku, iż każdy wzrost ceny za litr paliwa w efekcie przekłada się na spadek tejże ceny w przyszłości. Przystępujący przedstawił wykres obejmujący uśrednioną cenę paliwa — zarówno Pb95 jak i oleju napędowego — w okresie od 2005 r. do 2021 r.

Przystępujący wskazał również na występowanie znacznych różnic w cenie oleju napędowego w okresie przypadającym na kilka miesięcy w obrębie jednego roku. Nie sposób pominąć faktu, iż cena baryłki ropy począwszy od września 2021 r. sukcesywnie

wzrastała, osiągając szczyt w listopadzie 2021 r., aby w pierwszym tygodniu grudnia 2021 r. osiągnąć cenę nieznacznie wyższą aniżeli cena z września 2021 r. Przystępujący stoi na stanowisku, że aktualny wzrost ceny paliw — w związku z zaburzeniem dotychczasowych stosunków dyplomatycznych na arenie międzynarodowej w wyniku nieoczekiwanego wybuchu wojny w Ukrainie — nie może stanowić asumptu do zakwalifikowania zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej, bowiem wahania na rynku cen paliw są zjawiskiem całkowicie naturalnym, które występowało już wielokrotnie w perspektywie kilkunastu ostatnich lat. Powyższe pozwala stwierdzić, iż tak nieprzewidywalny wzrost aktualnych cen paliw i innych surowców przyjmie w końcu tendencję spadkową doprowadzając do zmiany źródeł dostaw, co winno umożliwić utrzymanie średniej ceny za litr paliwa na poziomie wynikającym ze złożonej uprzednio oferty.

Przystępujący podkreślił, że nie sposób zgodzić się z wnioskowaniem Odwołującego, by rzekomo w postępowaniu na sąsiadujący odcinek trasy objętej aktualnie przedmiotem zamówienia i tożsamy zakres prac, potwierdził (wybór w dniu 4.03.2022r.), że zaoferowana przez nią cena była rażąco niska. BUDA Standard sp. z o.o. przystąpiła do postępowania pn.: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych 22 zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu — droga ekspresowa S8”, numer referencyjny: O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr” prowadzonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu Oddział w Łodzi - ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 października 2021 r. numer 2021/S 211-553851. Nie sposób jednak wnioskować na podstawie braku sprzeciwu, by wykonawca „potwierdził” rażąco niską cenę. Skutkiem umorzenia postępowania w sprawach KIO 705/22 727/22 729/22 powinna być ponowna czynność badania ofert, z uwzględnieniem oferty BUDiA - Standard Spółka z o.o. Uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania, jak i brak wniesienia sprzeciwu ze strony wykonawcy nie zwalniał bowiem Zamawiającego z obowiązku wnikliwego badania ofert i możliwości ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia w zakresie cen zaproponowanych przez wykonawcę.

Konieczności żądania wyjaśnień przez zamawiającego nie można rozumieć w ten sposób, że pojawia się ona każdorazowo wobec najkorzystniejszej cenowo (lub kosztowo) oferty przed dokonaniem jej wyboru. W doktrynie wprost wskazuje się, że wykładnia celowościowa tego przepisu ma bowiem zmierzać do eliminowania ofert, w których zaoferowano cenę lub koszt uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia, a nie wszczynanie procedury wyjaśniania każdorazowo wobec oferty z najniższą ceną lub kosztem (A Matusiak (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak). Jeśli chodzi o przepis art. 224 ust. 1 Pzp, to posługuje się on pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi odwołując się do "wątpliwości zamawiającego", jak też wskazuje na przypadki gdy "cena wydaje się rażąco niska", co oznacza, że zamawiający nie jest w

każdym przypadku zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty (wyrok KIO z 16.09.2021 r., KIO 2202/21, LEX nr 3248354).

Tymczasem Odwołujący niejako automatycznie uznaje, że skoro oferta Przystępującego była najkorzystniejsza, to zasadnym jest wezwanie do wyjaśnień i pomijając istotne okoliczności, które wpływają na możliwość wykonania zamówienia przez BUDiA Standard Sp. z o.o. Zasadność wezwania powinna być analizowana każdorazowo w zależności od przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na danym rynku. Brak jest tym samym podstaw do odrzucenia oferty o co wniósł Odwołujący.

Odwołujący zdaje się błędnie interpretować sam cel przywołanej regulacji, zmierzając do nieuzasadnionego wyeliminowania oferty BUDiA Standard sp. z o.o. Nieuprawnione jest bowiem nakładanie na Zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną — przeciwnie rozumowanie byłoby sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego w zakresie naruszenia art. 224 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA-Standard Spółka z o.o. do przedstawienia wyjaśnień - w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej tego wykonawcy jako rażąco niskiej.

W ocenie Zamawiającego, z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez wykonawcę BUDiA-Standard Spółka z o.o. obiektywnie nie można zrealizować zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Podniósł, że ocena zaistnienia takich przesłanek musi uwzględniać charakter konkretnego przedmiotu zamówienia oraz specyfikę rynku. Podejrzenie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp powstaje obowiązkowo, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 (z uwagi na złożenie po terminie) i pkt 10 (zawierających błędy w obliczeniu ceny lub kosztu).

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zaktualizował wartość przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych i podał ją do wiadomości wszystkich uczestników przetargu. Zmiana/aktualizacja ta nie była jednak tak oczywista, jak oczekiwałby tego Odwołujący i wprost odnotowana w treści Protokołu. Zamawiający wyjaśnił,

że w przesłanym do wykonawców, na ich wezwanie, pliku, stanowiącym jednocześnie kosztorys inwestorski, widnieje data 29.03.2022r., co oznacza, że Zamawiający przed samym ujawnieniem wartości zamówienia, które miało miejsce bezpośrednio przed otwarciem złożonych ofert w dniu 30.03.2022 r., dokonał sprawdzenia cen oraz stawek ujętych w zamówieniu i urealnił je na moment otwarcia ofert.

Zamawiający przyznał, że w Protokole z postępowania wpisano wartość zamówienia bez stosownej wzmianki, że jest to wartość zaktualizowana. Nie ma to jednak znaczenia dla rzetelności czynności przeprowadzonych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego, albowiem fakt zaktualizowania wartości zamówienia wynika z całokształtu dokumentów zgromadzonych w postępowaniu. Dla potwierdzenia Zamawiający załączył kosztorys inwestorski z dnia 28.10.2021 r., jak i zaktualizowany z dnia 29.03.2022 r. Z zestawienia obu dokumentów wprost wynika wysokość różnicy wartości zamówienia, która nastąpiła w związku z zastosowaniem przez Zamawiającego art. 224 ust. 2 Pzp.

Zamawiający podniósł, że aktualizacja została dokonana należycie, co potwierdza także fakt, że wartość 5 ofert z 9 złożonych ofert mieści się w wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Również średnia wartość ze wszystkich złożonych ofert mieści się w wartości ustalonej przez Zamawiającego. Znakomita większość wykonawców złożyła zatem oferty nieprzekraczające szacunku Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający po przeanalizowaniu zaktualizowanej wartości zamówienia nie miał podstaw do stwierdzenia faktu przekroczenia obligatoryjnego progu badania rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach.

W ocenie Zamawiającego, argumentacja Odwołującego w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny ma wyłącznie charakter polemiczny, a wskazane argumenty na ich poparcie mają charakter arbitralny i subiektywny.

Nie jest sporne między stronami postępowania, że cena wybranej oferty nie jest niższa o ponad 30% ani od wartości szacunkowej zamówienia, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Zauważyć należy, że dwie pierwsze oferty cenowo wysuwają się naprzód w stosunku do pozostałych robót. Wykonawcy składający te oferty mają siedziby zlokalizowane w niedalekiej (PBD KALISZ) lub bezpośredniej bliskości (BUDiA-Standard Spółka z o.o. - Oleśnica) przedmiotu zamówienia (drogi S8). W związku z takim stanem rzeczy potencjał ludzki i baza materiałowo – sprzętowa jest na miejscu, co znacząco obniża koszty organizacyjne i realizacji zamówienia rzeczowego kontraktu.

Zamawiający wskazał, że wykonawca BUDiA-Standard Spółka z o.o. realizował dotychczas (zakończenie kontraktu nastąpiło 12.05.2022 r.) umowę na „całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła) – Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 – km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami (O.PO.D-3.2413.61.2015). Natomiast PBD

Kalisz realizuje umowę na całoroczne kompleksowe utrzymanie w systemie "Utrzymaj Standard" autostrady A2 na odcinku Modła-Dąbie od km 257+560 do km 303+145 wraz ze wszystkimi jej elementami (O.PO.D-3.2413.02.2016). Taka sytuacja powoduje, że wykonawcy mają możliwość zaproponowania ofert skalkulowanych w sposób najbardziej ekonomiczny, uwzględniający rzeczywiste koszty realizacji zadania, bardziej konkurencyjnych od innych ofert.

Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia została ustalona realistycznie, w oparciu o doświadczenie Zamawiającego w tym zakresie oraz z uwzględnieniem tendencji związanej ze zwiększaniem się wynagrodzenia za realizację tego typu prac. W postępowaniach przetargowych z 2015 i 2016 r. na utrzymanie dróg krajowych wybrane oferty także odbiegały o około 30% wartości zamówienia, jest to zatem zwykła sytuacja, jaka ma miejsce w trakcie prowadzenia procedury przetargowej. Biorąc pod uwagę powyższe, takie ukształtowanie cen ofertowych nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty wybranej. Zamawiający nie miał prawnego obowiązku żądania wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny jedynie z uwagi na „niewielką” różnicę między złożoną ofertą, a progiem ustawowym, od którego taki obowiązek powstaje. Wystąpienie wyłącznie takiej okoliczności w sytuacji, kiedy żadne inne okoliczności nie dają podstaw do uznania oferty za skonstruowaną w sposób nierzetelny nie stanowi podstawy do wystosowania przez Zamawiającego wezwania do włożenia wyjaśnień. Złożone oferty były na poziomie akceptowalnym. Odwołujący wskazał jednocześnie na poparcie wysuwanych przez siebie argumentów jedynie własne wnioski, obliczenia i twierdzenia o optymistycznie (w jego ocenie) skonstruowanej i zaniżonej cenowo ofercie konkurenta.

Zamawiający podkreślił, że ma obowiązek podjąć działania na podstawie obiektywnej wiedzy i nie powinien opierać się na sferze domniemań i przypuszczeń. Wybiórczo przedstawione przez Odwołującego obliczenia, po części zapewne prawidłowe, nie przedstawiają realnej sytuacji możliwości należytego wykonania umowy. Wykonanie umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego składa się z bardzo wielu czynności. Poza sferą uprawnień Zamawiającego jest weryfikacja okoliczności, w jakim zakresie wykonawca zamierza osiągnąć zysk. Oczywiście jest, że jedne z usług obciążone są większą marżą niż inne i jest to indywidualna decyzja businessowa wykonawcy. Wobec tego wrywkowe obliczenia, przypadkowo dobranych usług nie stanowią, w ocenie Zamawiającego, rzeczowego argumentu, przekonującego do podważenia dokonanego wyboru.

Zamawiający podkreślił także, że dokonał z należytą starannością oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w oparciu o doświadczenie w zakresie prowadzenia analogicznych zadań zakresu kompleksowego utrzymania dróg ekspresowych, powołując się na przykładowy kontrakt pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej na

odcinku od węzła Syców Wschód (bez węzła) do węzła Wieluń (bez węzła), od km 83+505 do km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami” realizowany przez konsorcjum firm: Budia Standard sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe LARIX sp. z o.o. , B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. był realizowany w systemie utrzymaj standard przez okres 72 miesiące, a koszt całkowity kontraktu wyniósł niespełna 31,2 mln zł. (pierwotnie wg umowy 27.952.623,20 zł brutto). Poniesione koszty kontraktu w ostatnich latach wyniosły:

- 2022: kwota ok 2,56 mln (styczeń – maj) – jeszcze w trakcie rozliczania
- 2021: kwota 5,44 mln
- 2020: kwota 5,45 mln
- 2019: kwota 5,37 mln
- 2018: kwota 4,94 mln
- 2017: kwota 4,85 mln
- 2016: kwota ok 2,54 mln (maj – grudzień)

Zamawiający wskazał przy tym, że kontrakt nie obejmował utrzymania obwodnicy Kępna czyli S11f (ok. 11km). Wartość kontraktu była waloryzowana w oparciu o wskaźnik wynikający z ustawy budżetowej oraz zwiększana na skutek zmian stawek minimalnego wynagrodzenia. Kontrakt był również obciążony sporym ryzykiem, które wykonawca musiał uwzględnić w swojej ofercie ryczałtowej. Mimo tego umowa została zrealizowana należycie.

Obecnie złożone oferty bezsprzecznie uwzględniają zwiększenie kosztów realizacji zadania. Oferta BUDIA-Standard została bowiem wyceniona na 52.870,204,38 zł i uwzględnia również utrzymanie drogi S11f. Roboty są zlecane wg potrzeb bieżących i po ich zrealizowaniu rozliczane obmiarowo, stąd ryzyko gospodarcze po stronie wykonawcy jest w dużej mierze ograniczone. Pozwala to również precyzyjniej wycenić prace do złożenia oferty. Ponadto, jako dotychczasowy i wieloletni wykonawca utrzymania dla tego odcinka - zna on lokalne uwarunkowania rynkowe, stan techniczny drogi i może precyzyjniej oszacować zakres prac, które będzie musiał wykonać w trakcie 4-letniego kontraktu.

Zamawiający wskazał, że zwyżka cen zaistniała w szczególnych okolicznościach gospodarczych, jakie miały miejsce w stosunkowo krótkim okresie czasu w porównaniu do długości realizacji kontraktu. Zwiększenie cen, nawet znaczne, w krótkim okresie, jaki upłynął od szacowania wartości zamówienia do terminu składania ofert, nie stanowi jeszcze stałej tendencji i trudno na obecnym etapie zakładać, że przyjęte w złożonych ofertach ceny będą znacząco odbiegać od takich cen w przyszłości. Jest to element, który wymyka się obecnie rzetelnej analizie i jako taki nie może stanowić podstawy do kwestionowania adekwatności złożonych ofert i w konsekwencji zainicjowania przez Zamawiającego procedury składania wyjaśnień ujętej w art. 224 Pzp. Wzrost cen stali nie musi mieć wpływu na rentowność umowy utrzymaniowej, albowiem asortymenty obejmujące produkty stalowe (wymiana barier

czy znaków drogowych) stanowią margines w skali całego kosztorysu, nie są to zatem produkty, które determinują wysokość wynagrodzenia. Wahania tych cen nie mają większego znaczenia dla wyceny usług. Podobnie przytoczone przez Odwołującego stanowisko GDDKiA zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 175 nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Informacje internetowe o zmianie wysokości wskaźnika waloryzacyjnego z 5% do 10% dotyczyły wyłącznie umów inwestycyjnych, a zatem na roboty budowlane, a w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia jest wyłącznie świadczenie usług. W tym zakresie przez GDDKiA nie są przewidywane zmiany w zakresie współczynników waloryzacji, nie zostały także ogłoszone komunikaty w tej sprawie.

Odnosząc się do przykładowych wyliczeń Odwołującego obejmujących doświadczenie w zakresie kosztów wynajmu pomieszczeń analogicznych jak niezbędnych do realizacji niniejszego zadania – Zamawiający wskazał, że nie podano szczegółowych danych umożliwiających ich weryfikację. Nadto, obiekt ten jest położony poza województwem wielkopolskim i z uwagi na indywidualne cechy nieruchomości argumenty o zaniżeniu lub zawyżeniu kosztów związanych z opłatami za media (zależnych np. od indywidualnych uchwał lokalnych samorządów) i najmem nieruchomości są chybione.

Podobnie bez znaczenia dla sprawy są przedstawione przez Odwołującego jego poglądy o nierzetelnym założeniu zużycia paliwa przez pojazdy wykonawcy - wyliczenia oparte są na uśrednionych założeniach samego Odwołującego, który nie uwzględnia faktu, że pojazdy mogą mieć inne źródło zasilania – elektryczne, hybryda, LPG, mogą mieć upusty itp. tj. że występują okoliczności zmniejszające ilość zużytego paliwa. Przedstawiona argumentacja stanowi zatem jedyne przedstawienie poglądów Odwołującego na tę kwestię.

Zamawiający wyjaśnił, że w akcie umowy uwzględnił możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności skutkujących taką potrzebą (§ 24 Aktu Umowy, Tom II SWZ) oraz przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia (§ 7 Aktu Umowy, Tom II SWZ) w oparciu o zmieniające się wskaźniki GUS dla poszczególnych koszyków waloryzacyjnych obejmujących wskazane asortymenty. W ocenie Zamawiającego, opartej na dotychczasowym doświadczeniu, w zakresie udzielania zamówień na realizację zadań utrzymaniowych takie zabezpieczenie w zakresie możliwości korekty wynagrodzenia należnego wykonawcom jest wystarczające, także wobec zaistniałych zmian w zakresie otoczenia gospodarczego. Potencjalne możliwości zmian umowy, włącznie z art. 455 ustawy Pzp i wynikający z nich zakres ewentualnej zmiany wartości zamówienia był Odwołującemu znany na etapie składania ofert, stąd też składając ofertę miał na równi z pozostałymi uczestnikami przetargu możliwość ich uwzględnienia i zminimalizowania części kosztów ponoszonego ryzyka.

Zamawiający, w związku z własnymi szacunkami kosztu realizacji zamówienia, wiedzą praktyczną o faktycznych warunkach zamówienia, uznał, że nie zachodzą po jego

stronie wątpliwości co do realności i rzetelności ceny oferty wykonawcy, a jest to konieczna przesłanka dla zastosowania art. 224 Pzp i wszczęcia procedury złożenia wyjaśnień ceny konkretnego wykonawcy. Nie zachodziły zatem przesłanki obligatoryjnego żądania wyjaśnień i z tej przyczyny zarzut należy uznać za chybiony. Warunkiem uznania takiego zarzutu za zasadny przez Izbę jest udowodnienie zaistnienia przesłanek z art. 224 Pzp. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym, gdyż to on wywodzi skutki prawne z określonych faktów. Odwołujący nie wykazał jednak, aby poziom ceny przyjętej w ofercie Przystępującego był poniżej poziomu, który czyniłby niemożliwym wykonanie świadczenia.

W ocenie Zamawiającego, z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, sposób obliczenia ceny, warunki realizacji zadania oraz odnotowane różnice cenowe między ofertami, zaktualizowaną wartość szacunkową zamówienia, nie było uzasadnienia dla powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego, co do realności ceny oferty BUDiA-Standard Spółka z o.o. i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami SWZ. Biorąc po uwagę całokształt okoliczności sprawy Zamawiający uważa, że postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp są bezzasadne.

W dniu 25 maja 2022 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględniając wniesione odwołanie oraz mając na uwadze:

- odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 19.05.2022r.,
- pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego z dnia 24.05.2022r.,

uwzględniając treść informacji dotyczących aktualizacji szacunków zawartych w odpowiedzi na odwołanie oraz złożonego przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie załącznika pn. „1. Kosztorys inwestorski z 28.10.2021 r.” wycofuje jako bezprzedmiotowy w tej sytuacji zarzut naruszenia art. 224 ust 2 pkt 2 Pzp – poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w odniesieniu do tego zarzutu.

Odwołujący wyjaśnił, że udostępniony mu Protokół postępowania Druk ZP/PN, co przyznaje Zamawiający, zawiera informacje nt. oszacowanej wartości zamówienia jako kwoty 60 967 079 zł netto z adnotacją o dacie dokonania tego oszacowania jako 27.10.2021r. – okoliczność bezsporna. Dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przekazał zarówno kosztorys inwestorski z daty 27.10.2021r. na kwotę inną niż w protokole tj. 58 374 282,20 zł netto, jak i kosztorys, jaki otrzymał Odwołujący na etapie przed wniesieniem odwołania zawierający odręczny dopisek „aktualizacja” z datą na stronie tytułowej 29.03.2022r. który zawiera wyceną na kwotę tożsamą z zawartą w protokole tj. 60 967 079 zł netto. Zestawienie wartości szacunkowej z Protokołu na kwotę 60 967 079 zł netto oraz daty

tego oszacowania 27.10.2021r. z wartością z kosztorysu z 29.03.2022r. na tą samą kwotę sugerowały że pomimo adnotacji sama oszacowana wartość nie uległa zmianie.

Odwołujący oświadczył jednocześnie, że podtrzymuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień zaofertowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, wnosząc o jego uwzględnienie.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego BUDiA o odrzucenie odwołania z pisma procesowego z dnia 24.05.br. Odwołujący wniósł o jego oddalenie. Podniósł, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień zaofertowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, jest zarzutem samodzielnym i niezależnym w stosunku do drugiego z zarzutów tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią odwołania, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny Przystępującego pomimo, że cena jego oferty charakteryzuje się marginalną różnicą procentową w stosunku do obydwu wskaźników obligujących Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień ceny tj. wartości zamówienia i średniej arytmetycznej ofert. Odwołanie wskazuje wprost, że zarzut naruszenia art. 224 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp został powołany bowiem poza relacją do wartości zamówienia (brakujące 0,5% do wskaźnika 30 % w stosunku do wartości zamówienia) o zaniżeniu ceny oferty BUDiA świadczy także jej relacja do średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu (również na poziomie minimalnie niższym od wskaźnika 30% obligującego do wezwania do wyjaśnień ceny (brakujące 2,5%). Jak wskazuje odwołanie, w tej sytuacji zarówno relacja do wartości zamówienia, jak również do średniej arytmetycznej złożonych ofert stanowią potwierdzenie, że procedura wezwania do wyjaśnień ceny stała się konieczna.

Odwołujący podkreślił, że art. 224 ust 1 i art. 224 ust 2 Pzp stanowią niezależne i odmienne podstawy wezwania do wyjaśnień ceny i konsekwentnie zostały odrębnie zakwestionowane w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionuje w odwołaniu faktu, że wartość wskaźnikowa nie została osiągnięta, gdyby była, zarzut naruszenia art. 224 ust 1 byłby zbędny ponieważ

Zamawiający miałby obowiązek wezwania do wyjaśnień ceny. Odwołujący w odwołaniu oraz prezentowanej argumentacji i załącznikach dokonał zestawienia poszczególnych cen Przystępującego wyłącznie ze znaną mu wartością zamówienia (z udostępnionego przez Zamawiającego kosztorysu – aktualizacja) a także cenami złożonych w postępowaniu ofert. Odwołanie nie zawiera konsekwentnie żadnych dowodów dotyczących relacji do podwyższonej w stosunku do znanej Odwołującemu wartości zamówienia i jego elementów składowych, ponieważ wartości takie nie były Odwołującemu znane. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika natomiast potwierdzenie, że obliczenia, jakie są zawarte w odwołaniu, i wnioski, jakie są w nim formułowane w odniesieniu do relacji ceny BUDiA, zarówno do ceny łącznej jak i wycen grup prac, zostały dokonane poprawnie w stosunku do wartości zaktualizowanej przez Zamawiającego. W konsekwencji wciąż w pełni aktualny jest zarzut zaniechania wezwania wykonawcy BUDiA do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Zarzut ten został bez wątpliwości podniesiony we właściwym terminie, tj. w stosunku do rozstrzygnięcia postępowania i zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień ceny i nie ma żadnych podstaw do jego odrzucenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestników tego postępowania wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia zarówno po stronie Odwołującego, jak i Zamawiającego, tj. Konsorcjum w składzie: Plus Inwest P. Ż. spółka jawna, Gnom sp. z o.o. oraz wykonawcę BUDiA Standard Sp. z o.o. Przystąpienia zostały zgłoszone zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia 224 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu

postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na cofnięcie przez Odwołującego tego zarzutu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 pkt 3 Pzp, tj. jako wniesionego po upływie ustawowego terminu. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że wniesione odwołanie obejmuje zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp sformułowany w powiązaniu z zarzutem naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie aktualizacji wartości zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Pomimo jednak, że Odwołujący sformułował w odwołaniu powyższe zarzuty w jednym akapicie, to nie sposób przyjąć, że jest to jeden zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego aktualizacji wartości zamówienia. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp został podniesiony wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy BUDiA do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty. Czynność wezwania do wyjaśnień jest dokonywana w ramach badania i oceny ofert, zatem o zaniechaniu tej czynności można mówić po zakończeniu przez Zamawiającego badania i oceny ofert, czego wynikiem jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe, termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień biegnie od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ma zatem podstaw by uznać, że odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Fakt, że ustawowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie był w niniejszej sprawie kwestionowany przez strony i uczestników postępowania.

Uwzględniając powyższe, rozpoznaniu na rozprawie podlegało odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp, poprzez wadliwy oraz przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut jest niezasadny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na całorocznym kompleksowym (letnim i zimowym) utrzymaniu drogi ekspresowej S8 na odcinku: od węzła Syców (km 93+505) do węzła Wieluń (km 129+630) oraz odcinka drogi ekspresowej S11 stanowiącego

obwodnicę Kępna od skrzyżowania „rondo Przybyszów” (km 0+000) do węzła Baranów (km 11+133).

Zgodnie z postanowieniami SWZ, usługi objęte zamówieniem rozliczane będą w zasadniczej części w formule wynagrodzenia obmiarowego na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie. Zamawiający zawarł w SWZ dane dotyczące ilości poszczególnych usług, na podstawie których to danych wykonawcy mieli dokonać wyliczenia cen elementów składowych i łącznej ceny oferty. Tak wyliczona cena oferty służyła ocenie i porównaniu ofert. Faktyczne wynagrodzenie wykonawcy będzie odnosiło się do rzeczywistych ilości wykonanych usług. Projekt umowy za wykonanie zamówienia przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy na poziomie do 5%. Zamawiający Akcie Umowy uwzględnił możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności skutkujących taką potrzebą (§ 24 Aktu Umowy, Tom II SWZ) oraz przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia (§ 7 Aktu Umowy, Tom II SWZ) w oparciu o zmieniające się wskaźniki GUS dla poszczególnych koszyków waloryzacyjnych obejmujących wskazane asortymenty. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 74 989 507,17 zł.

Oferta złożona przez wykonawcę BUDiA zawiera cenę, która jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o mniej niż 30%. Wskaźnik 30% nie został też osiągnięty, biorąc pod uwagę porównanie tej ceny do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Zatem, w odniesieniu do ceny oferty wykonawcy BUDiA nie wystąpiły wskaźniki procentowe obligujące Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień ceny oferty, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Okoliczność powyższa została potwierdzona zgodnie przez strony postępowania.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu dotyczącego zaniechania aktualizacji wartości zamówienia przez Zamawiającego w związku z drastycznym wzrostem cen oraz przyznaniem, że taka aktualizacja została faktycznie dokonana przez Zamawiającego, obszerna argumentacja przedstawiona w odwołaniu, że gdyby Zamawiający dokonał aktualizacji wezwania BUDiA do wyjaśnień ceny stałoby się obligatoryjne na podstawie wskaźnika, o którym mowa w art. 224 ust 2 pkt 1 Pzp , całkowicie straciła swoją aktualność jako uzasadnienie rozpoznawanego zarzutu.

Uzasadnienie zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty BUDiA zawarte w odwołaniu zawiera szereg stwierdzeń, które wyrażają subiektywny jedynie pogląd Odwołującego. Twierdzenie, że w przypadku oferty BUDiA mamy do czynienia zarówno z zaniżeniem ceny na poziomie ceny całkowitej (zarówno w relacji do wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej) jak również na poziomie istotnych elementów cenotwórczych tej oferty, zostało oparte wyłącznie na porównaniu cen zawartych w tej ofercie do cen zawartych w ofertach innych wykonawców. Pojęcie „zaniżenia

ceny” nie zostało przez Odwołującego sprecyzowane, a nie jest to pojęcie równoznaczne z określeniem ceny poniżej kosztów wykonawcy pozwalających na prawidłową realizację zamówienia. Podkreślić należy, że samo arytmetyczne porównanie cen różnych wykonawców nie dowodzi jeszcze podejrzenia rażąco niskiej ceny. W tym zakresie, w szczególności co do okoliczności, że cena oferty lub ceny poszczególnych elementów oferty zawarte w ofercie BUDiA są zaniżone w stosunku do realnych kosztów realizacji zamówienia, nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób wykazane.

Nie można przyznać racji Odwołującemu, że o „zaniżeniu ceny” oferty BUDiA świadczy także jej relacja do średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu na poziomie minimalnie niższym od wskaźnika 30% obligującego do wezwania do wyjaśnień ceny. Nie jest to okoliczność, którą można uznać samą w sobie za wystarczającą do uruchomienia procedury wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Cena niższa bowiem od cen innych ofert jest ceną rynkową dopóty dopóki pokrywa koszty realizacji zamówienia i nie naraża wykonawcy na straty finansowe z tego tytułu. Dowód na przeciwną okoliczność nie został przez Odwołującego przeprowadzony.

Jeśli chodzi o wycenę Grupy 11 (Zarządzania Kontraktem), której wartość nie może wynosić więcej niż 12% łącznych cen netto Grup 1 do 10 i Grupy 12 (pkt 17.1., 17.8 SWZ, § 4 ust. 2, ust. 5 PPU) to nie budzi wątpliwości fakt, że została dokonana w ofercie BUDiA zgodnie z wymogami SWZ pkt 17.9. tj. *„Wartość netto dla Grupy 11 (Zarządzania Kontraktem) nie może wynosić więcej niż 12% łącznych cen netto Grup 1 do 10 i Grupy 12. Jeśli wartość ta zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci ofertę, jako niezgodną z warunkami zamówienia.”* Odwołujący potwierdził, że wycena tego elementu w ofercie BUDiA została dokonana na poziomie 10,61% łącznej wartości robót dla Grup od 1 do 10 oraz 12, a zatem zgodnie z regulacją narzuconą przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący podnosił, że *„Biorąc pod uwagę długość dróg będących przedmiotem postępowania, zapisy SST oraz PPU, kwota zawarta w ofercie BUDiA jest to kwota nie dająca możliwości wykonania zakresu prac zgodnie z SWZ oraz SST.”* Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił własne wyliczenia minimalnego kosztu zarządzania kontraktem, jednak nie wykazał, że wyliczenia te zostały oparte na realnych i obiektywnych założeniach, które odnoszą się przede wszystkim do kosztów ponoszonych przez wykonawcę BUDiA.

Ponadto, pogląd Odwołującego, że ilość pozycji, których dotyczy zaniżenie w stosunku do kosztorysu inwestorskiego, jak również ich wartość łączna, potwierdzają konieczność wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień ceny oferty, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w sposób bezpodstawny przyjął, że *„oferta wykonawcy BUDiA zawiera rażąco niskie ceny istotnych elementów składowych zamówienia*

i w jego ocenie winna podlegać odrzuceniu z powyższej przyczyny po wezwaniu przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień przed dokonaniem tej czynności.” również nie został poparty obiektywnymi dowodami. W świetle argumentacji Odwołującego należało przyjąć, że całkowicie arbitralnie Odwołujący zakłada, iż wyjaśnienia, które miałby złożyć wykonawca BUDiA nie będą skuteczne i przekonujące, choć do przyjęcia takiego założenia na obecnym etapie, tj. przed złożeniem i oceną wyjaśnień przez Zamawiającego nie ma żadnych podstaw.

Izba wyraża pogląd, że w świetle art. 224 ust. 1 Pzp, okoliczności i ocena oferty danego wykonawcy w innym postępowaniu nie może wprost wpływać na sposób oceny oferty złożonej w danym aktualnym postępowaniu. Nie sposób też przyjąć, że oferty składane w różnych postępowaniach powinny być skalkulowane w oparciu o tożsame ceny jednostkowe. Wykonawca zawsze ma prawo i możliwość kalkulowania oferty indywidualnie, uwzględniając zarówno specyfikę i warunki danego zamówienia, jak i warunki dostępne samemu wykonawcy w danym czasie. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał w niniejszej sprawie, aby zmniejszenie niektórych cen jednostkowych w stosunku do oferty we wskazanym postępowaniu miało być wynikiem zaniżenia oferty w stosunku do realnych kosztów realizacji zamówienia. Powyższe nie dowodzi również „*wadliwości dokonanej wyceny oferty przez wykonawcę BUDiA*”.

Podnoszone przez Odwołującego okoliczności odnośnie wzrostu cen na skutek wojny na Ukrainie z pewnością powodują także zmiany m.in. na rynku usług, jednak w ocenie Izby słuszne jest w tym zakresie także stanowisko Przystępującego, iż aktualnie nie jest jeszcze w pełni możliwe do przewidzenia przez wykonawców, jakie konkretne skutki na tym rynku wywoła konflikt zbrojny na Ukrainie, biorąc pod uwagę w szczególności termin realizacji zamówienia. Brak jest zatem jasnych przesłanek co do skutków długofalowych, które wykonawca miałby uwzględnić przy szacowaniu ceny oferty w niniejszym postępowaniu. Nie można tym samym na tej podstawie kwestionować adekwatności złożonych ofert. Przykłady wzrostu cen przywołane przez Odwołującego w odwołaniu nie zostały konkretnie odniesione do specyfiki przedmiotu zamówienia oraz konkretnych warunków realizacji zamówienia dostępnych danemu wykonawcy. W przypadku cen paliwa — Odwołujący nie uwzględnił, że faktycznie pojazdy mogą mieć różne źródło zasilania — nie tylko wskazywane przez Odwołującego paliwo. Podobnie, niewielkie znaczenie dowodowe w niniejszej sprawie ma powoływany przez Odwołującego wzrost cen stali - z uwagi na zakres wykorzystania tego materiału dla realizacji zamówienia.

Podsumowując, należało stwierdzić, że z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty wykonawcy BUDiA obiektywnie nie można zrealizować zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Na uwagę zasługuje przy tym argumentacja Zamawiającego, który wskazał, że wykonawca BUDiA realizował dotychczas (zakończenie kontraktu nastąpiło

12.05.2022 r.) umowę na „całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła) – Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 – km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami (O.PO.D-3.2413.61.2015). Wykonawca ten, podobnie jak wykonawca PBD Kalisz, który realizuje umowę na całoroczne kompleksowe utrzymanie w systemie "Utrzymaj Standard" autostrady A2 na odcinku Modła-Dąbie od km 257+560 do km 303+145 wraz ze wszystkimi jej elementami (O.PO.D-3.2413.02.2016), ma możliwość zaproponowania oferty skalkulowanej w sposób najbardziej ekonomiczny, bowiem uwzględniający rzeczywiste koszty realizacji zadania, bardziej konkurencyjne od innych ofert. Jak zauważył Zamawiający, złożona oferta uwzględnia zwiększenie kosztów realizacji zadania. Oferta BUDiA została bowiem wyceniona na kwotę 52.870,204,38 zł i uwzględnia również utrzymanie drogi S11f. Wykonawca ten, jako wieloletni wykonawca utrzymania dla tego odcinka, zna lokalne uwarunkowania rynkowe, stan techniczny drogi i może precyzyjniej oszacować i wycenić zakres prac, które będzie musiał wykonać w trakcie 4-letniego kontraktu.

Zauważyć także należy, że różnica w cenach ofert różnych wykonawców jest naturalnym zjawiskiem gry rynkowej. Jak wyjaśnił Zamawiający różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, jaka miała miejsce w trakcie prowadzenia procedury przetargowej w ubiegłych latach. W związku z tym nie daje ona Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty wybranej. Uzasadnione wątpliwości muszą bowiem wynikać z konkretnych okoliczności wskazujących na zaniżenie ceny w stosunku do obiektywnych kosztów realizacji zamówienia. Jak słusznie zauważył Zamawiający, nie miał on prawnego obowiązku żądania wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wyłącznie z uwagi na „marginalną” różnicę między ceną oferty, a progiem ustawowym, od którego powstaje ten obowiązek, zwłaszcza w sytuacji, gdy żadne inne okoliczności nie dają podstaw do podejrzenia, że cena danej oferty została skalkulowana w sposób nierzetelny. Na tej podstawie Zamawiający, biorąc pod uwagę własne szacunki kosztów realizacji zamówienia, a także wiedzą praktyczną o faktycznych warunkach realizacji zamówienia, uznał, że nie zachodzą wątpliwości co do realności i rzetelności ceny oferty wykonawcy BUDiA, co jest konieczną przesłanką do wszczęcia procedury złożenia wyjaśnień ceny oferty w świetle art. 224 ust. 1 Pzp. Brak słuszności tego stanowiska Zamawiającego nie został przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego w żaden obiektywny sposób podważony.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało uznać, że z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, sposób obliczenia ceny, warunki realizacji zadania oraz odnotowane różnice cenowe między ofertami, zaktualizowaną wartość szacunkową zamówienia, nie było uzasadnienia dla powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego, co możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę BUDiA-Standard Spółka z o.o. cenę zgodnie z wymaganiami SWZ. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDiA do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, a tym samym naruszenia art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....