

Sygn. akt: KIO 860/18

WYROK
z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum ANATEX Sp. z o. o. i A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „ANATEX” A C w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie

przy udziale wykonawcy „INSTALBUD” Sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Stołecznemu Zarządowi Infrastruktury w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym

wezwanie wykonawcy „INSTALBUD” Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ANATEX Sp. z o.o. i A C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „ANATEX” A. C. tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ANATEX Sp. z o.o. i . C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „ANATEX” A. C. kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez powyższych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 21 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 860/18

Zamawiający Skarb Państwa - Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie z siedzibą przy Al. Jerozolimskich 97, 00 - 909 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: Przebudowa sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Żwirki i Wigury 9/13 w Warszawie”, o numerze nadanym przez zamawiającego 10/2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 026 - 055972, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 23 kwietnia 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś 2 maja 2018 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum ANATEX Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku, przy ul. Handlowej 6G, 15 - 399 Białystok i A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „ANATEX” A. C. z adresem miejsca wykonywania działalności ul. Handlowa 6G, 15 - 399 Białystok, dalej zwani jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1, ewentualnie w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6, art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów, o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie ewentualne odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę INSTALBUD

Sp. z o. o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu aby:

1. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o. o.;
3. dokonał czynności zwrócenia się do wykonawcy INSTALBUD Sp. z o. o. o udzielnie, w określonym terminie, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. dokonał czynności zwrócenia się do wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o. o złożenie brakujących dokumentów potwierdzających, że na dzień składania oferty nie podlegał wykluczeniu;
5. dokonał czynności zwrócenia się do wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o. o złożenie brakujących dokumentów potwierdzających, że na dzień składania oferty podwykonawca „ELCONT” R. C, F. R. Sp. J. nie podlegał wykluczeniu;
6. dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o.
7. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wniesienie środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje. Wykonawca INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów złożył ofertę o wartości brutto 32 945 550,00 zł. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 43 008 032,40 zł, zaś średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 43 876 354,05 zł. Zatem oferta wykonawcy wybranego przez zamawiającego jest niższa o 10 062 482,40 zł od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, co stanowi 23,40%, natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest niższa o 10 930 804,05 zł, co stanowi 24,91%.

Następnie odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny w przypadku gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia – w szczególności gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Odwołujący przypomniał, że co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o. nie został przekroczony wskazany próg, niemniej jednak zamawiający przy takiej rozbieżności powinien mieć

wątpliwości i winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, bowiem w przytoczonej normie bardzo istotne jest zwrot „w szczególności” – określenie to, według odwołującego, obligatoryjnie zobowiązuje zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień, w przypadku przekroczenia progu 30%, ale nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wezwania, w przypadku niższego poziomu. Wobec powyższego zamawiający nie może automatycznie uznać, że cena oferty nie jest rażąco niska. Szczególnie, że kolejna oferta i wszystkie pozostałe już tak znacząco nie odbiegają od kwoty zamawiającego. Kolejna oferta jest wyższa o 2 543 746,54 zł, czyli o 5,91%, a jeszcze dalsza jest wyższa o 2 802 145,95 zł. Jak widać różnica to około 17,49%. Zatem, zdaniem odwołującego, oferta spółki znacząco odbiega od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, więc powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, w zakresie rażąco niskiej ceny. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył fragment opinii Urzędu Zamówień Publicznych dot. art. 90 ust. 1 p.z.p.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, iż najważniejszym elementem, który powinien zbadać zamawiający jest badanie rażąco niskiej ceny w zakresie istotnej części składowej zamówienia, tj. w zakresie wykonania nawierzchni drogowych. Zatem, w ocenie odwołującego, zamawiający winien wezwać wykonawcę INSTALBUD Sp. z o. o. do złożenia stosownych wyjaśnień, gdyż kwota za wykonanie nowych nawierzchni, przedstawiona w tabeli elementów do fakturowania przejściowego, niewątpliwie jest rażąco niska i musi zostać poddana wyjaśnieniom. W opinii odwołującego różnica jest znacząca, bowiem kwota podana przez INSTALBUD Sp. z o.o. wynosi jedynie 583 000,00 zł netto, przy kwocie 9 697 508,90 zł - jako średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, w tym zakresie. Oznacza to, że wartość robót jest niższa aż o 94%, a wartość wszystkich robót branży budowlanej jest niższa o 43%. Odwołujący podkreślił również, że w tym przypadku nie można powiedzieć, że pewne prace, czy elementy zostały uwzględnione w innym elemencie tabeli. Przyjęta przez INSTALBUD Sp. z o.o. cena jest tak niska, że za tą kwotę wykonawca nie będzie w stanie zakupić materiału na ich wykonanie nawierzchni, tj. kostki. W ocenie odwołującego analiza przedmiotowej pozycji prowadzi również do wniosku, że w tym punkcie nie został przez wykonawcę zapewniony obligatoryjny wymóg zapewnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Ponadto odwołujący podniósł, iż ustawodawca uznał za bardzo istotny element oceny realności ceny oferty, dokonanie analizy istotnych elementów oferty, bowiem zmienił w tym zakresie art. 90 ust. 1 p.z.p. i wprost zasugerował możliwość, a nawet obowiązek, analizy poszczególnych elementów oferty, a nie tylko globalnej wartości prac. Zanim został wprowadzony znowelizowany art. 90 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiała podobne stanowisko, w zakresie możliwości badania poszczególnych elementów oferty m.in. w wyroku o sygn. akt: KIO 2368/13, którego fragment odwołujący zacytował i dodał, że

podobnie orzeczono w wyrokach o sygn. akt: KIO 289/17, KIO 72/17, KIO 661/17, KIO 2062/16, KIO 1343/16.

Odwołujący argumentował również, iż przy rozkładzie cen w tabeli INSTALBUD Sp. z o.o. zamawiający powinien mieć obawy, czy wybrany wykonawca wykona nawierzchnie drogowe. W takiej sytuacji wykonawca, w końcowym etapie budowy, może zrezygnować z wykonywania prac. Niewątpliwie ten aspekt oferty powinien być zbadany. Ustawodawca nie tylko daje możliwość zamawiającemu, ale wręcz go zobowiązuje do podjęcia działań w zakresie wyjaśnienia wszystkich niejasności. Nawet jeżeli poziom cenowy oferty nie przekracza wymienionego wprost w przepisach ustawy poziomu, może - a wręcz powinien, skorzystać z możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W weryfikowaniu poziomu cenowego niewątpliwie istotne są kolejne oferty i jak widać ta oferta odbiega od ich poziomu cenowego i co najważniejsze, ta różnica powstała przede wszystkim w związku z rażąco niską ceną zaoferowaną za nawierzchnie.

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, rażąco niska cena - w zakresie nawierzchni - przekłada się na rażąco niską globalną cenę oferty, gdyż pozostałe elementy cenowe są zbieżne z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu przetargowym. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, szczególnie w zakresie przyjętej wartości za wykonanie nawierzchni, gdyż nie jest możliwe, aby te prace zostały przez wykonawcę uwzględnione w innej części tabeli, bo przecież te kwoty wprost wynikają z kosztorysów, opracowanych na podstawie m.in. przedmiarów i odpowiedzi zamawiającego. Inaczej może wyglądać kwestia rozbieżności przy takim elemencie jak dokumentacja techniczna, która to może być częściowo uwzględniona w kosztach pośrednich poszczególnych kosztorysów.

Kolejnym istotnym elementem, który w ocenie odwołującego przemawia za rażąco niską ceną w ofercie wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o. jest stanowisko samego wykonawcy. Z informacji przesłanej do zamawiającego dnia 12.04.2018 r. o numerze IN/2018/154-KM wynika, że INSTALBUD Sp. z o.o. przyznaje, że nie uwzględnił wszystkich nawierzchni. Według odwołującego zamawiający całkowicie pominął stanowisko wykonawcy i informację pomimo, że powoduje ona wątpliwość, czy w związku z powyższym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, zaś zamawiający powinien tą wątpliwość wyjaśnić.

Odwołujący wskazał również, że z ww. informacji INSTALBUD Sp. z o.o. wynika, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, bowiem nie uwzględnia pełnego zakresu prac. Odwołujący podniósł, że jak zauważył wykonawca INSTALBUD Sp. z o.o., nie będzie możliwe złożenie przez wykonawcę kosztorysów, zgodnych z tabelką. Zaś w rozdziale XV SIWZ jest wymaganie o treści: „cena oferty musi uwzględniać obowiązującą wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokość minimalnej stawki godzinowej”, zaś biorąc pod uwagę kwotę i ilość roboczogodzin, w zakresie wykonania nawierzchni

drogowych, jest ona zdecydowanie niższa. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, oferta nie może zostać uznana za zgodną z SIWZ ani przepisami prawa, gdyż nie został zachowany obowiązek zapewnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto, w ocenie odwołującego, z przedmiotowej informacji wynika, że INSTALBUD Sp. z o.o. popełniła błąd przy obliczaniu ceny oferty - nie uwzględniła wyjaśnień SIWZ.

Następnie odwołujący przypomniał, że zamawiający pismem z dnia 30.03.2018 r. o nr 2640/18, na podstawie art. 26 ust. 2 p.z.p. wezwał wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o. do przekazania dokumentów, aktualnych na dzień otwarcia ofert i aktualnych na dzień złożenia. Zaś z odpowiedzi i załączników, dla odwołującego wynika, że brakuje zaświadczenia z urzędu skarbowego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, zatem zamawiający zaniechał czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Podobnie wygląda kwestia dokumentów podwykonawcy „ELCONT” R. C., F. R. Sp. J. - brakuje aktualnych na dzień otwarcia ofert informacji z KRK, zaświadczenia z urzędu skarbowego i zakładu ubezpieczeń społecznych, zatem zamawiający zaniechał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym przedmiocie.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „INSTALBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Boya - Żeleńskiego 6A, 35 – 105 Rzeszów, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

Zgłoszenie do przystąpienia spełniło wymogi formalne, w tym wykonawca w ocenie Izby, posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, który domagał się zbadania oferty przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., składając przy tym, na wypadek uznania jej treści za dostatecznie wyjaśnioną, zarzuty zmierzające do uznania jej za podlegającą odrzuceniu, a także zarzut zmierzający do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Zgłoszony przez zamawiającego wniosek w przedmiocie opozycji przeciwko przystąpieniu wykonawcy „INSTALBUD” Sp. z o.o., w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie. Zamawiający nie uprawdopodobnił, iż przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

W uzasadnieniu opozycji zamawiający powołał się na argumentację zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13, i podniósł, że interes o którym mowa w art. 185 p.z.p. nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej, a dopuszczenie do negocjowania własnych ofert stanowi aprobatę na działania wykonawców zmierzających do wycofania się, z różnych powodów, ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium. Zaś stanowisko przystępującego i odwołującego są w sposób oczywisty sprzeczne, skoro oba podmioty ubiegają się o udzielenie tego samego zamówienia publicznego, a zatem są względem siebie konkurentami. Nie można w tej sytuacji mówić o interesie po stronie przystępującego - ani o interesie w uzyskaniu zamówienia, ani także o interesie faktycznym.

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie interes określony w art. 185 ust. 2 p.z.p. jest interesem faktycznym lub prawnym, pozostającym w adekwatnym związku z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca chce przystąpić. Zatem jeżeli wykonawca wskazuje, że jest zainteresowany, aby wniesiony środek ochrony prawnej był rozstrzygnięty w sposób wskazany w odwołaniu, należy uznać, że posiada interes w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Nie ma podstaw do zaakceptowania stanowiska zamawiającego i powiązania, w rozpoznawanej sprawie, interesu przystępującego, który na kanwie art. 185 ust. 2 p.z.p. przejawia się uzyskaniem orzeczenia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje, z interesem określonym w art. 179 ust. 1 p.z.p., warunkującym możliwość wniesienia środka ochrony prawnej, kwalifikowanym przez pryzmat interesu w uzyskaniu danego zamówienia *sensu stricte* (tak m.in. wyrok z 17.11.2015 r. sygn. akt KIO 2412/15, z 15.02.2013 r. sygn. akt KIO 192/13, wyrok z 12.09.2014 r. sygn. akt KIO 1772/14, wyrok z 23.08.2012 r. sygn. akt KIO 1718/12 wyrok z 3.10.2012 r. sygn. akt KIO 1996/12, z 17.09.2013 r. sygn. akt KIO 2159/13, wyrok z 12.06.2015 r. sygn. akt KIO 1110/15, wyrok z 23.08.2016 r. sygn. akt KIO 1484/16).

Należy zgodzić się z zamawiającym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej, a wniesienie środka ochrony prawnej ograniczone zostało przez ustawodawcę interesem w uzyskaniu danego zamówienia, jednakże w ocenie składu orzekającego interes przystępującego, przejawiający się uzyskaniem korzystnego orzeczenia na rzecz strony, do której wykonawca przystępuje jest kategorią znacznie szerszą - ustawodawca zasadniczo, w sposób świadomy, mając na uwadze zasady zupełności i racjonalności systemu prawa, rozróżnił przesłankę materialnoprawną interesu z art. 179 ust. 1 p.z.p. i art. 185 ust. 2 p.z.p., zaś wykładnia prowsópnotowa (w zgodzie z zasadami prawa UE) stosowana przy wykładni tych przepisów w sposób stanowczy zmierza do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców

w postępowaniach odwoławczych (por. TSUE w wyrokach z 5 kwietnia 2016 r. sygn. C 689/13 oraz z 4 lipca 2013 r. sygn. C-100/12). Ma to swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, która wielokrotnie wypowiedziała się, że interes wykonawcy w rozumieniu art. 185 ust. 2 p.z.p. powinien być szeroko rozumiany (m.in. wyrok z 13.04.2016 r. sygn. akt KIO 453/16, sygn. akt: KIO 454/16, wyrok z 9.07.2014 r. sygn. akt KIO 3016/13, wyrok z 15.01.2013 r. sygn. akt KIO 2933/12, wyrok z 9.11.2012 r. sygn. akt KIO 2313/10, wyrok z 11.04.2013 r. sygn. akt KIO 712/13). Zatem w ocenie Izby nie zasługuję na aprobatę przyjęcie stanowiska zamawiającego i w rozpoznawanym stanie sprawy, dokonanie ferowanej przez niego wykładni interesu przystępującego, poprzez zawężenie go wyłącznie do interesu w wygraniu przetargu, co nie wynika również z omawianej normy. Na marginesie jedynie wypada zauważyć, że nawet gdyby interes przystępującego rozumieć w taki sposób, analiza na tym etapie postępowania odwoławczego nie prowadziłyby do wniosku, że brak jest w chwili obecnej po stronie przystępującego interesu w przystąpieniu do postępowania po stronie odwołującego, przez wskazywany przez zamawiającego pryzmat.

W ocenie składu orzekającego wykładanie interesu przystępującego w sposób wąski, jako interesu w wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, w przedmiotowym stanie faktycznym, sprzeciwia się również wykładni celowościowej i funkcjonalnej art. 185 ust. 2 p.z.p. Wykładnia interesu przystępującego winna uwzględniać cel tej instytucji procesowej – „ponieważ ustawodawca odmiennie określa interes konieczny do wniesienia odwołania oraz interes do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie można tracić przy wykładni przepisu celu obu instytucji procesowych. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być oceniane w kontekście interesu rozumianego analogicznie jak przy wniesieniu odwołania, czyli przez pryzmat sytuacji oferty przystępującego w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.” (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1.08.2012 r. sygn. akt KIO 1521/12). Natomiast w wyroku z 30.03.2016 r. o sygn. akt KIO 371/16 trafnie wskazano, że „Jakkolwiek opozycja opierała się na słusznym założeniu, że zgłaszający przystąpienie popiera decyzję zamawiającego, która *de facto* uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, tym niemniej interesu, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 p.z.p. nie można utożsamiać z interesem z art. 179 ust. 1 p.z.p. Drugi z nich skierowany jest wprost na zwycięstwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uzyskanie zamówienia), pierwszy zaś nie musi konieczne zmierzać do takiego skutku. Interes przystępującego to kategoria szersza od interesu odwołującego, wyrażająca się dążeniem do uzyskania jakiegokolwiek korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Należy również zaznaczyć, że w ocenie składu orzekającego, kluczowym dla analizy interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 p.z.p., jest moment jego badania oraz zakres

możliwych do uzyskania rozstrzygnięć, co oznacza, że interes ten należy badać mając na względzie naczelny cel strony, z perspektywy z której się go ustala, zaś do realizacji tego interesu może również prowadzić zabieganie o dokonanie przez Izbę oceny prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego, w stosunku co do treści oferty wykonawcy, w tym oferty wykonawcy, z perspektywy którego interes w przystąpieniu jest badany. Nie można przy tym tracić ze wzroku, że przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, przy badaniu czy nadać wykonawcy status uczestnika postępowania, nie można czynić hipotetycznych założeń co do dalszego biegu postępowania odwoławczego, gdyż merytoryczna ocena dokonywana jest przez Izbę na znacznie późniejszym etapie – dokonywania subsumpcji stanu faktycznego ustalonego w sprawie do znajdujących zastosowanie norm prawnych. Należy podzielić pogląd orzecznictwa, że podmiot domagający się ochrony prawnej nie może uderzać we własną ofertę, lecz nie sposób nie zauważyć, że ustalenie czy środek ochrony prawnej w tą ofertę uderza możliwe jest dopiero na tym etapie postępowania, na którym jest ono ostatecznie rozstrzygane.

Odmienna wykładnia omawianych przepisów prowadziłaby do swoistego absurdu, w którym nawet hipotetyczna możliwość pośredniego uderzenia we własną ofertę, przez przedsiębiorcę żądającego ochrony prawnej, stałaby się pretekstem do pozbawienia go możliwości poddania pod osąd Krajowej Izby Odwoławczej jego twierdzeń o wadliwych czynnościach zamawiającego i uniemożliwiła uczestnictwo w procesie, a w konsekwencji mogłaby stanowić naruszenie prawa wykonawcy do sądu. Nie można przyjąć, że na etapie postępowania odwoławczego, kiedy podejmowana jest decyzja o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu przystępującego, czyli w momencie badania jego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której zgłasza przystąpienie, w związku z tym, że na dalszym etapie postępowania istnieje hipotetyczna możliwość doprowadzenia przez tego wykonawcę do spowodowania ponownego badania i oceny jego oferty, być może odmiennej niż obecnie dokonana, może stanowić obiektywny czynnik przemawiający za wykluczeniem wykonawcy z kontroli bezprawnych działań lub zaniechań zamawiającego.

Wypada zaznaczyć, że powyższe jest szczególnie aktualne w świetle szerokiej wykładni prawa do sądu postulowanego przez orzecznictwo Izby oraz sądownictwa powszechnego i Sądu Najwyższego, wydane na gruncie rodzimych przepisów prawa. Aby dokonać możliwie najpełniejszej wykładni prawa do sądu należy sięgnąć do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 9 czerwca 1998 r. w sprawie o sygn. K 28/97 (publ. ZU 1998/4/50), w którym Trybunał wskazał, iż na konstytucyjne prawo do sądu składa się w szczególności prawo dostępu do sądu, rozumiane jako prawo uruchomienia procedury przed sądem, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej oraz prawo do wyroku, tj. uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy. W dalszym orzecznictwie Trybunał konkretyzował powyższe aspekty prawa do sądu, w tym w zakresie możliwości

ograniczenia poszczególnych gwarancji dla jednostek – w wyroku z 28 lipca 2004 r. o sygn. akt P 2/04 (publ. Dz. U z 2004 r. nr 175 poz. 1825) Trybunał wskazał, że proces sądowy musi być rzetelny, co oznacza, iż jego uczestnicy muszą mieć faktyczną możliwość prezentacji własnych racji, natomiast sąd musi je zbadać. Prawo do sprawiedliwej procedury sądowej zawiera w się obowiązek dopasowania jego zasad do określonego rodzaju spraw. Wytyczne te zostały skonkretyzowane w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 stycznia 2006 r. sygn. akt SK 30/05 (publ. OTK-A 2006, nr 1, poz. 2).

Uwzględniając powyższe wytyczne należy stwierdzić, że przyjęcie argumentacji zamawiającego uniemożliwiłoby nadanie wykonawcy statusu uczestnika postępowania odwoławczego w oparciu o to, że na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po dokonaniu czynności, które jeszcze nie miały miejsca, oferta tego podmiotu może być hipotetycznie zagrożona, co ograniczałoby jego prawo do sądu, poprzez proceduralną eliminację uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym. Nie jest możliwym do zaakceptowania skutkiem przyjęcia, że przedsiębiorcy, który chce wziąć udział w procesie, a nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, całkowite zabranie mu głosu i pozbawienie możliwości zajęcia stanowiska co do własnej oferty. Interpretacja taka nie znajduje dającego się uchwycić celu i prowadziłaby do znaczącego obniżenia transparentności postępowania. Kluczowe jest przy tym, że przystąpienie umożliwia wykonawcy uczestnictwo w czynnościach Izby i sprzeciwianie się naruszeniu prawa przez zamawiającego i zwracanie na te naruszenia uwagi organu orzeczniczego, czego nie mógłby czynić zgłaszając przystąpienie po stronie zamawiającego z uwagi na dyspozycję art. 185. ust. 5 p.z.p.

Wypada zauważyć, że wykluczenie z postępowania odwoławczego podmiotu zgłaszającego się do postępowania, jako przystępujący do jednej ze stron, wywołuje nieodwracalny skutek. Z uwagi na fakt, iż z instytucji przewidzianej w art. 380 k.p.c. w związku z treścią art. 198a ust. 2 oraz 198a ust. 1 p.z.p., skorzystać mogą jedynie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, postanowienie w przedmiocie uwzględnienia opozycji, odmawiające nadania statusu uczestnika postępowania zgłaszającemu przystąpienie, jest z jego perspektywy ostatnim orzeczeniem jakie z jego udziałem zapada w sprawie. Od orzeczenia tego nie przysługuje odrębny środek zaskarżenia, a dla podmiotu zgłaszającego przystąpienie – żaden środek zaskarżenia. (por. postanowienie SO w Warszawie z 11.06.2015 r. sygn. akt XXIII Ga 622/15 i zawarte tam orzecznictwo)

Mając powyższe na uwadze uwzględnienie opozycji w zasadzie całkowicie i nieodwracalnie zamyka takiemu podmiotowi nie tylko drogę do uzyskania rozstrzygnięcia, ale również do jakiegokolwiek formalnego udziału w postępowaniu. Z tego względu do uwzględniania opozycji, uzasadnianej prawdopodobieństwem, że wykonawca nie posiada

interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której chce przystąpić, Izba zmuszona jest podchodzić z najwyższym stopniem ostrożności.

Warto zaznaczyć, że Izba wielokrotnie dopuszczała do udziału w postępowaniu odwoławczym, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (co jest istotne, gdyż inaczej bada się interes wykonawcy przed rozstrzygnięciem postępowania np. w przypadku zaskarżenia treści SIWZ, zaś inaczej po wyborze najkorzystniejszej oferty) przystępujących po stronie odwołującego (m.in. wyrok z 10.12.2015 r. sygn. akt KIO 2575/15, wyrok z 30.12.2010 r. sygn. akt KIO 2717/10, wyrok z 14.06.2010 r. sygn. akt KIO 1000/10, wyrok z 28.04.2016 r. sygn. akt KIO 558/16, KIO 561/16, KIO 568/16, KIO 569/16, wyrok z 7.11.2008 r. sygn. akt KIO/UZO 1183/08, wyrok z 15.11.2011 r. sygn. akt KIO 2366/11, z 10.04.2013 r. sygn. akt KIO 735/13, wyrok z 2.08.2013 r. sygn. akt KIO 1745/13, z 25.06.2012 r. sygn. akt KIO 1221/12, z 7.11.2011 r. sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wyrok z 15.02.2013 r. sygn. akt KIO 192/13).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskiem przedstawionym w odwołaniu, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, zaś odwołujący podtrzymał stanowisko przedstawione pisemnie, po uwzględnieniu stanowiska przystępującego w zakresie nie stojącym w sprzeczności z oświadczeniami strony, do której przystąpił, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. i art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przez odwołującego przesłanek materialnoprawnych unormowanych w art.

179 ust. 1 p.z.p., warunkujących możliwość skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Jak podniósł odwołujący został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, z powodu naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu norm p.z.p., zaś gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to oferta odwołującego, obecnie sklasyfikowana na drugiej pozycji, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego, ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. - Izba w oparciu o okoliczności faktyczne ujęte w uwzględnionym zarzucie odwołania stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś twierdzenia podnoszone w tym przedmiocie przez zamawiającego Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez odwołującego czynności i zaniechań zamawiającego.

Konsekwencją częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy „INSTALBUD” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące niesporne okoliczności, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

- I. W postępowaniu złożono 4 oferty, zawierające poniższe ceny ofertowe brutto:
 - Przystępującego z ceną 32 945 550,00 zł;

- Odwołującego z ceną 40 464 285,86 zł;
- IDS – BUD S.A. z ceną 46 678 500,00 zł;
- Konsorcjum wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe MELIOREX Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowe PIOTREX P. P. z ceną 55 417 080,35 zł;

Pozostałe kryteria oceny ofert - w postaci terminu wykonania zamówienia oraz okresu gwarancji na wykonane roboty budowlane - były we wszystkich ofertach tożsame, tj. wykonawcy uzyskali tyle samo punktów – każdy po 40, więc w kryteriach oceny oferty różniły się wyłącznie w zakresie cen.

- II. W złożonej ofercie, będącej wypełnionym załącznikiem nr 1 do SIWZ, wykonawca „INSTALBUD” Sp. z o. o. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia postępowania za kwotę w wysokości 32 945 550, 00 zł brutto (26 785 000,00 zł netto), „wycenioną na podstawie dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz przedmiarów robót (element pomocniczy do wyceny ofertowej)”, stanowiącą wynagrodzenie w formie ryczałtowej (zgodnie z pkt 1 formularza wykonawcy).

Ponadto w złożonej ofercie wykonawca oświadczył, że zaakceptował postanowienia umowy, otrzymał konieczne informacje do przygotowania oferty, uwzględnił wysokość minimalnego wynagrodzenia, ustalonego na podstawie ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz 2016 r. poz. 1265), a także zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz uzyskał konieczne informacje i wyjaśnienia potrzebne do właściwego wykonania zamówienia (zgodnie z pkt 2 formularza wykonawcy).

- III. Składnik cenowy za wykonanie nawierzchni drogowych, zgodnie z wypełnionymi przez wykonawców załącznikami nr 11 do SIWZ, złożonymi wraz z ofertami (wg dokumentacji załącznik ten następczo stanowi załącznik nr 1 do umowy) pn. tabela elementów do fakturowania, wyceniono następująco:

- Przystępujący za cenę 583 000,00 zł;
- Odwołujący za cenę 10 705 579,24 zł;
- IDS – BUD S.A. za cenę 12 160 419,00 zł;
- Konsorcjum wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe MELIOREX Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowe PIOTREX P. P. za cenę 15 341 037,34 zł.

- IV. 1. Zgodnie z treścią SIWZ:
- a) Rozdział II - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3 - wycenę ofertową należy przygotować w oparciu o załączoną dokumentację projektową, uwzględniającą wszystkie niezbędne elementy do prawidłowej realizacji robót budowlanych

(wliczając ewentualne pozycje wykazane w dokumentacji, a nie włączone do przedmiarów);

- b) Rozdział XV Sposób obliczenia ceny oferty, pkt 1 - wykonawca cenę oferty oblicza ryczałtowo, za podstawę biorąc:
- 1) projekty wykonawcze i budowlane;
 - 2) specyfikacje techniczne odbioru i wykonania robót;
 - 3) warunki szczegółowe opisane w SIWZ i załącznikach;
 - 4) ewentualne wyjaśnienia do SIWZ;
 - 5) przedmiary robót (element pomocniczy do wyceny ofertowej).

2. Zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ, przedstawionymi na podstawie art. 38 ust. 1 p.z.p., z dnia 13.03.2018 r.:

- a) „Pytanie nr 14: Roboty drogowe. W związku z faktem, iż przedmiotowa inwestycja pod kątem wynagrodzenia ma charakter ryczałtowy, a tym samym konieczna jest weryfikacja obmiaru, chcemy zwrócić uwagę na fakt, iż pomocniczy przedmiar robót udostępniony przez zamawiającego nie pokrywa się z ilościami robót odtworzeniowych, jakie zakłada projekt wykonawczy. Według przedmiaru robót do wykonania są roboty odtworzeniowe w ilości 49 386,50 m² (nawierzchnia drogowa + chodniki) natomiast projekt wykonawczy zakłada konieczność wykonania robót odtworzeniowych w ilości 69 189,00 m² (nawierzchnia drogowa + chodniki). Prosimy o korektę przedmiaru pomocniczego.

Odpowiedź:

Rozbiórki: rozbiórka nawierzchni z trylinki wraz z podbudową – 18098 m², rozbiórka nawierzchni betonowej z podbudową – 20604 m², rozbiórka nawierzchni z płyt betonowych z podbudową – 141 m², rozebranie nawierzchni z kostki betonowej z podbudową – 4680 m², rozebranie nawierzchni asfaltowej z utylizacją – 16703 m², rozebranie krawężników betonowych z ławą – 9253 m, rozebranie nawierzchni z kostki betonowej – 8784 m², rozebranie obrzeży – 9777 m. Odtwarzanie nawierzchni: Nawierzchnia z kostki betonowej wraz z podbudową – 59497 m², krawężniki betonowe z ławą z oporem – 9253 m, chodniki z podbudową – 7821 m², obrzeża na ławie betonowej – 9777 m.

- b) Zamawiający przypomina, że cena ryczałtowa powinna zawierać koszty wykonania zakresu zamówienia określonego w SIWZ (...) Obliczenia ceny oferty należy dokonać zgodnie z opisem rozdziału XV SIWZ (przedmiar robót jest elementem pomocniczym do wyceny).”

V. Przystępujący, w trybie art. 181 ust. 1 p.z.p., pismem z 12.04.2018 r. poinformował zamawiającego o „czynności niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. uznania za najkorzystniejszą jego oferty”.

W treści wskazano „(...) składowy składamy informację o niezgodnej z prawem czynności zamawiającego – Stołecznego Zarządu Infrastruktury, polegającej na ocenie jako najkorzystniejszej naszej oferty – INSTALBUD Sp. z o.o. z ceną brutto 32 945 550,00 zł oszacowaną na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarów robót w wersji załączonej do SIWZ (...) nasza oferta nie uwzględnia pełnego zakresu przedmiotu zamówienia uzupełnionego przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 13.03.2018 r., jako taka nie odpowiada treści SIWZ (...) Nie możemy zatem złożyć kosztorysów odpowiadających pełnemu zakresowi przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. (...) pominięta w naszej ofercie różnica (...) stanowiąca kwotę prawie 3 500 000 zł netto, nasza oferta – nie uwzględnia.”

Zarzut podniesiony przez odwołującego jako naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 p.z.p., ewentualnie w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6, poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o. o udzielnie, w określonym terminie, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie ewentualne odrzucenie oferty złożonej przez INSTALBUD Sp. z o.o., ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o. o., ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, znalazł częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym sprawy, w związku z czym Izba częściowo uwzględniła twierdzenia odwołującego w tym zakresie.

U podstaw wydanego orzeczenia, w zakresie nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, legło wykazanie przez odwołującego, że stan rzeczy ustalony w postępowaniu wypełnia hipotezę art. 90 ust. 1 p.z.p., tj. w ocenie Izby zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny oferty, zgodnie z ww. normą, gdyż cena całkowita, a także istotna część składowa ceny - za wykonanie nawierzchni drogowych, zaoferowana przez przystępującego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów – w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zatem Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „INSBUD” Sp. z o.o. do

złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności, jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący skutecznie wykazał, że zamawiający poprzez zaniechanie wezwania przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. naruszył tę normę, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p., ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tę kwestię badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z 25 sierpnia 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Tym niemniej, jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, pomimo, że przepisy ustawy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku należy rozpatrywać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż skoro określenie ceny oferty jako mogącej nosić znamiona rażąco niskiej dokonywane jest w szerokopojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty, wskazanej w art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia wyjaśnienia ceny oferty, tj. „zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, jest dokonywana w okolicznościach faktycznych danego, konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów danego rynku. I pomimo, że w art. 90 ust.1 p.z.p. ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., to w przypadku zajścia okoliczności, o których

mowa w hipotezie przepisu – zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki.

W tym miejscu należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, który skupił się na procentowej różnicy wartości zamówienia i oferty przystępującego, czy też ofert innych wykonawców, że wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowej różnicy cen ofert do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Ponadto ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia zamawiającego ze zbadania czy została ona skalkulowana w sposób prawidłowy. Katalog przesłanek zastosowania trybu art. 90 ust. 1 p.z.p. jest katalogiem otwartym – dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych.

Izba wskazuje również, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości, co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną. W ocenie Izby istotną częścią składową ceny, w przedmiotowym postępowaniu, są koszty pracy, na które wskazywał odwołujący, a których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 ze zm.). Następnie fundamentalnymi składnikami ceny są pozycje z tabeli elementów do fakturowania przejściowego - należy zauważyć, że zamawiający żądał podania w ofercie ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia, a także złożenia wraz z ofertą wypełnionego załącznika nr 11 do SIWZ (rzeczony tabeli), który następnie miał stanowić załącznik do umowy, gdzie wykonawcy szczegółowo wycenili kilkanaście głównych pozycji zamówienia. Zatem, zgodnie z aktami postępowania odwoławczego, zamawiający dysponował ceną globalną za wykonanie zamówienia, wskazaną w formularzu ofertowym i pomimo, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, dysponowano również uproszczoną kalkulacją ceny całkowitej w formie ww. tabeli, z podziałem na poszczególne składniki ceny. Jest to okoliczność znamienna, gdyż w ocenie Izby pozycje załącznika nr 11 do SIWZ, wskazane przez zamawiającego - gdyż to zamawiający podzielił wynagrodzenie ryczałtowe na ważne dla niego elementy – mogą stanowić istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., w szczególności koszty nawierzchni drogowych, stanowiące w ofertach ok. 25% ceny całkowitej.

Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba, w toku orzekania, porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości czy też nie. Dokonując tej analizy, na kanwie okoliczności niniejszej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że u zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisów prawa, powinny były powstać, zaś cena całkowita oferty, a także jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie.

Skład orzekający w pełni podziela stanowisko i argumentację odwołującego, co do okoliczności, które wskazują na wypełnienie w ustalonym stanie rzeczy hipotezy art. 90 ust. 1 p.z.p.:

- Z zestawienia czterech cen ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie wynika, że oferta przystępującego o najniższej cenie w postępowaniu, w kwocie 32 945 550,00 zł, jest znacznie tańsza od kolejnych trzech ofert – od kolejnej najtańszej oferty w rankingu dzieli ją 7 518 735,86 zł.

Nadto relacja oferty przystępującego do budżetu zamawiającego 43 008 032,40 zł - rozumianego jako środki przeznaczone na realizację umowy, powiększone o należny podatek od towarów i usług - wynosi 76,6%, zatem jest niższa o 23,40% (10 062 482,40 zł) od środków zamawiającego, zaś w relacji do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert 75,09 % - jest tańsza o 24,91% (10 930 804,05 zł), *vide* pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia dla postępowania.

Zatem wskaźnik procentowy w sposób nieznaczny odbiega od pułapu, który ustawodawca uznaje za pułap obligatoryjnie generujący podejrzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej (30%), co wskazuje, że cena może nie odzwierciedlać wartości rynkowej. Należy wziąć również pod uwagę, jak istotną wytyczną są ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach i potraktować je jako odzwierciedlenie poziomu cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, jako ceny kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego. Jest to okoliczność bardzo istotna gdyż w przedmiotowym postępowaniu wszystkie złożone oferty różni jedynie cena - w pozostałych kryteriach oceny ofert wszyscy wykonawcy uzyskali po tyle samo

punktów, wobec zaoferowania tożsamyh warunków terminu wykonania robót i okresu gwarancji na wykonane prace.

- Składnik ceny, w postaci kwoty za wykonanie nawierzchni drogowych przystępującego, w sposób znaczący odbiega od cen konkurencji.

Zgodnie z dowodem złożonym przez zamawiającego w postaci „porównania części składowych tabeli elementów do fakturowania przejściowego”, przystępujący wycenił pozycję na 583 000,00 zł, zaś inni wykonawcy oszacowali ją na kwoty diametralnie wyższe – odwołując w kwocie droższej o 10 122 579,24 zł, IDS – BUD S.A. w kwocie droższej o 11 577 419 zł, konsorcjum MELIOREX PIOTREX w kwocie droższej o 14 758 037,34 zł.

Niewątpliwie wycenione pozycje przez wykonawców na średnio (uwzględniając 4 zaoferowane ceny) około 9 700 000,00 zł, stanowią istotny składnik ceny, bowiem przy ofertach na poziomie około 43 000,00 zł jest to ok. 25% ceny całkowitej złożonych ofert (*vide* pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia dla postępowania). Ponadto, jak już wcześniej Izba stwierdziła, należy mieć również na uwadze, że jest to składnik wyodrębniony przez zamawiającego w wymaganej tabeli – zamawiający wymagał informacji co do jego wysokości, uznając go za znaczący. W ocenie Izby jest to więc istotny składnik cenotwórczy, który został skalkulowany przez przystępującego na wysoce niskim poziomie i powinien zostać zweryfikowany, bowiem istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena całkowita oferty tak odbiega od innych ofert właśnie ze względu na ww. kwotę, zatem wysokość przyjętej ceny za nawierzchnie drogowe w konsekwencji powoduje wątpliwości co do realności całkowitej ceny ofertowej przystępującego.

- Na podstawie przedłożonego przez odwołującego dowodu Izba stwierdziła, że wątpliwym jest, że w cenie przystępującego zostały zawarte koszty pracy w wysokości zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, będące istotnym składnikiem ceny. Zestawienie roboczogodzin wskazuje, że koszty pracy, również wobec wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, budzą wątpliwości co do skalkulowania ich w wymaganej ustawą kwocie, a tym samym wątpliwa jest ekwiwalentność całkowitej ceny oferty przystępującego. Zamawiający zaś nie wykazał okoliczności przeciwnej, poprzestając na niczym nie popartych twierdzeniach, iż weryfikował koszty pracy w cenie przystępującego, jednakże zapewnienie takie pozostało w sferze głośnych stwierdzeń strony.

- Informacja z 12.04.2018 r. złożona przez przystępującego, powinna zostać przez zamawiającego oceniona jako dodatkowy powód, żeby powziąć wątpliwość co do realności ceny przystępującego.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że gdyby zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 p.z.p. i dokonał subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do jego dyspozycji, to wówczas musiałyby po jego stronie powstać uzasadnione wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez przystępującego może być rażąco niska, w tym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, co skutkowałooby zapoczątkowaniem procedury określonej w art. 90 p.z.p. Jednakże wobec braku, po powzięciu rzeczonych wątpliwości, działań przewidzianych w takim przypadku przez ustawę p.z.p., zaniechanie zamawiającego należy ocenić jako naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p., które spowodowało, że zostały naruszone zasady ogólne p.z.p. unormowane w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, niezgodnie z przepisami ustawy, bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący, jak już wcześniej wskazano, sformułował zarzuty związane z ceną oferty przystępującego w sposób następujący: „ewentualnie w konsekwencji” naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p. odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 p.z.p., wnosząc o odrzucenie oferty przystępującego, gdyż zawiera rażąco niską ceną, jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny - zarzuty te Izba oceniła jako bezpodstawne i zostały one przez Izbę oddalone.

Izba stwierdziła, że w stanie na dzień orzekania odwołujący nie wykazał stanowczych podstaw do jednoznacznej oceny, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, co stanowiłoby podstawę do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 2, 4 czy 6 p.z.p. poprzez zaniechanie jej odrzucenia. Dopiero przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, do którego Izba zobowiązała zamawiającego, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., spowoduje odpowiednie i ukierunkowane przez zamawiającego, a zarazem jednoznaczne ustalenie w jaki sposób przystępujący skalkulował ryczałtową cenę oferty i co zostało w niej zawarte, również czy obejmuje pełen zakres zamówienia, w tym szczegółowe wytyczne zamawiającego zawarte w dokumentacji postępowania i w powszechnie obowiązujących przepisach prawa dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Należy zauważyć, że już sam sposób sformułowania zarzutów implikuje stwierdzenie, że ocena taka również nie może zostać w sposób jednoznaczny dokonana przez samego odwołującego, który *de facto* zarzucił działaniu zamawiającego naruszenie przesłanek odrzucenia oferty, które w jakikolwiek, nawet luźny sposób, mogą zostać powiązane z ceną oferty przystępującego, jednakże przy bardzo oszczędnym sformułowaniu okoliczności

faktycznych, które Izba może ocenić w toku dokonywania subsumpcji. Odwołujący stawia zarzuty „ewentualnie w konsekwencji” naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., co wskazuje, że jest świadomy znaczenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia jednoznacznej podstawy ewentualnego odrzucenia oferty konkurencji.

Odwołujący, bazując na informacji przystępującego z dnia 12.04.2018 r., próbował wykazać, że jego oferta winna zostać odrzucona. Izba zweryfikowała treść rzeczowej informacji, w powiązaniu z okolicznościami faktycznymi podnoszonymi przez odwołującego i uznała, że odwołujący nie wykazał, a w istocie (mając na uwadze ewentualny charakter tych zarzutów) nie czynił nawet starań celem wykazania, a co najwyżej uprawdopodobnienia na wypadek negatywnej weryfikacji głównego zarzutu, zaistnienia żadnej z podnoszonych przesłanek odrzucenia z art. 89 ust. 1 p.z.p., zatem nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 czy pkt 6 p.z.p., zaś w konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Informacja przekazana zamawiającemu przez przystępującego (jak stwierdził na podstawie art. 181 ust. 1 p.z.p.) nie jest informacją złożoną w wyniku postępowania wyjaśniającego wszczętego przez zamawiającego, zatem nie mamy do czynienia z formalnym wyjaśnieniem wątpliwości zamawiającego (art. 87 ust. 1 p.z.p. czy art. 90 ust. 1 p.z.p.), gdyż pismo z 12.04.2018 r. nie jest w żaden sposób powiązane z uprawnieniami czy obowiązkami zamawiającego, określonymi w ustawie p.z.p. Jest to informacja złożona samoistnie przez wykonawcę, na którą zamawiający nie miał żadnego wpływu, w szczególności nie stanowi ona wyjaśnienia stwierdzonych przez zamawiającego okoliczności czy wątpliwości w ofercie wykonawcy, które należy uszczegółowić, uzupełnić czy wytłumaczyć.

W ocenie Izby informacja ta jest wewnętrznie sprzeczna i nie odzwierciedla w sposób rzeczywisty okoliczności faktycznych sprawy, są w niej zawarte twierdzenia przystępującego wprost wykluczające się ze sobą i niezgodne z przebiegiem postępowania, ustalonym na podstawie akt sprawy oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W treści informacji przystępujący wskazuje, że wycenił ofertę na 32 945 550,00 zł na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR) oraz przedmiaru robót, w wersji załączonej do SIWZ. Następnie przystępujący zaznacza, że nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu, uzupełnionego przez zamawiającego odpowiedzią na pytania do SIWZ z 13.03.2018 r. Jednakże, w ocenie Izby, nie ma żadnych podstaw, zawartych w dokumentacji postępowania, żeby twierdzić, że zakres zamówienia w jakikolwiek sposób - w wyniku odpowiedzi na pytania z 13.03.2018 r. - uległ zmianie. W wyjaśnieniu treści SIWZ, na które powołał się w informacji przystępujący,

będących odpowiedzią na pytanie nr 14 - kiedy jeden z wykonawców zauważył nieścisłości w przedmiarze, o charakterze wyłącznie pomocniczym, w stosunku do dokumentacji projektowej - zamawiający podał ilości z dokumentacji. Zatem nie nastąpiła żadna zmiana zakresu przedmiotu zamówienia.

Istotnym jest, że zamawiający, w sposób konsekwentny, w całej dokumentacji postępowania wskazuje, jak należy obliczyć cenę oferty – *vide* pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia dla postępowania – na podstawie projektów, STWiOR, warunków szczegółowych, ewentualnych wyjaśnień SIWZ, zaś przedmiarów, wyłącznie jako elementu pomocniczego, to samo zamawiający nawet powtarza w wyjaśnieniach z 13.03.2018 r., więc nie ma podstaw do przyjęcia, że zmiana przedmiaru prowadzi do zmiany zakresu przedmiotu postępowania. Twierdzenie takie jest również sprzeczne z oświadczeniem samego przystępującego – z jednej strony oświadcza, że cenę 32 945 550,00 zł oszacował na podstawie dokumentacji projektowej, STWiOR i przedmiaru robót (*vide* str. 1 informacji), a jednocześnie, że nie uwzględnia ona całego zakresu zamówienia, kiedy ani projekty ani STWiOR nie uległy żadnym zmianom. Zatem w informacji są zawarte dwa wykluczające się twierdzenia, że oferta jest zgodna z SIWZ, a zarazem z SIWZ niezgodna.

Izba wzięła również pod uwagę treść oferty przystępującego, w tym złożone w niej oświadczenia (*vide* pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia dla postępowania), ryczałtowy charakter wynagrodzenia, brak poparcia informacji jakimikolwiek szczegółowymi wyliczeniami, jej wykluczającą się treść, powodującą wewnętrzną sprzeczność, a także treść SIWZ i wyjaśnień z 13.03.2018 r. i stwierdziła, że wobec całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie jest to dokument wiarygodny w stopniu umożliwiającym rozstrzygnięcie okoliczności istotnych na jego podstawie.

Ponadto doświadczenie życiowe i zasady logiki wskazują, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy, w sytuacji gdy kalkuluje cenę oferty o wartości kilkudziesięciu milionów złotych powinien co najmniej zapoznać się z dokumentacją projektową, na podstawie której ma wyliczyć cenę oferty i na podstawie której realizowane będzie przyszłe zamówienie, w szczególności przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Nadto wobec braku wniosków o wyjaśnienie, czy doprecyzowanie dokumentacji postępowania zakresie podstawy i sposobu kalkulacji ceny, w szczególności co do rozdziału XV SIWZ (aczkolwiek stwierdzenia o wyłącznie pomocniczym charakterze przedmiarów są kilkakrotnie powtórzone w dokumentacji całego postępowania, wyjaśnieniach SIWZ i w treści ofert wykonawców), Izba uznała, że SIWZ nie budziła żadnych wątpliwości wykonawców, którzy jako podmioty prowadzące działalność o zawodowym charakterze, w przypadku wątpliwości jak

skalkulować cenę ofertową mają obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie pytań zamawiającemu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13).

U podstaw rozstrzygnięcia Izby, w zakresie oddalenia zarzutów w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, legła linia orzecznicza, którą podziela skład orzekający w niniejszej sprawie, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich przewidzianych prawem możliwości, zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty, w celu jednoznacznego ustalenia co do zgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania, zaś podstawa odrzucenia winna być wykazana w sposób oczywisty, co do klarownie wskazanych treści zawartych w ofercie, w powiązaniu z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku, sygn. akt. II Ca 803/10 z 24 listopada 2010 r.).

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w brzmieniu: „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę - należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10 listopada 2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22 maja 2017 r. sygn. akt III Ca 452/17).

W ocenianym stanie faktycznym twierdzenia odwołującego, że oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ, bowiem nie zawiera pełnego zakresu prac nie znalazły potwierdzenia. Odwołujący oparł zarzut na treści informacji przystępującego z 13.03. 2018 r., gdzie przystępujący złożył dwa wykluczające się oświadczenia, że oferta jest zgodna z SIWZ i jest z SIWZ niezgodna. Brak jest tu klarownego wykazania niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca, z zakresem wynikającym z SIWZ, tym bardziej, że nie potwierdziły się stwierdzenia o jakiegokolwiek

zmianie zakresu zamówienia. Zaś argument co do przyszłej niemożliwości przedłożenia przez przystępującego kosztorysów zgodnych z rozdziałem XV SIWZ pozostaje w sferze insynuacji odwołującego i dopóki te kosztorysy, na wyraźną podstawę wynikającą z wezwania do ich złożenia zamawiającemu, nie zostaną mu przedłożone, nie można klarownie stwierdzić, czy cena całkowita, bądź elementy z tabeli (wypełniony załącznik nr 11 do SIWZ), zawierają całokształt wymagań zamawiającego. Cena jest określona kwotą ryczałtu i dopóki przystępujący nie ustosunkuje się w sposób jednoznaczny jak ją wyliczył, na jakiej podstawie oraz co jest w niej zawarte, z samych kwot nie jest możliwe ustalenie czy zaoferowano właściwą wartość, wobec wymogu zachowania minimalnych stawek wynagrodzenia za pracę, czy ilości m² co do nawierzchni drogowej.

Mając na uwadze powyższą argumentację brak jest również podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. o treści „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu” i uwzględnienia argumentacji odwołującego, iż w ofercie przystępującego jest błąd, gdyż nie uwzględnił on wyjaśnień treści SIWZ, skoro wyjaśnienia nie zmieniły zakresu zamówienia, a informacja przystępującego, jak wyżej wywiedziono, w stanie na dzień wyrokowania, nie może stanowić podstawy do jednoznacznego stwierdzenia błędu w ofercie przystępującego.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”, z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p., określającego postępowanie wyjaśniające w przedmiocie sposobu kalkulacji ceny, powinno być dokonane w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, gdyż zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy, wymaga ustalenia tego faktu w sposób niebudzący wątpliwości.(por. wyrok z 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 466/17). Zatem odrzucenie oferty winno być poprzedzone właściwym postępowaniem wyjaśniającym, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. i z aprobatą należy odnieść się do ukształtowanej linii orzecniczej oraz stanowiska doktryny, nakazującego przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w przypadku podejrzenia, że cena może być w sposób nieuzasadniony zaniżona, nie uwzględniająca wymogów zamawiającego, co wyklucza jakikolwiek automatyzm przy stwierdzaniu istnienia rażąco niskiej ceny (tak m.in. Izba w wyrokach z 21 października 2015 r. sygn. akt KIO 2200/15, z 20 maja 2016 r. KIO sygn. akt 750/16, z 5 maja 2017 r. sygn. akt KIO 1940/17, z 31 maja 2017 r. sygn. akt KIO 1001/17, z 8 lutego 2018 r. sygn. akt 152/18; por. wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88).

Postępowanie wyjaśniające umożliwia wezwanemu wykonawcy wykazanie, że prawidłowo skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, zaś zamawiającemu oraz konkurencji poznanie i zweryfikowanie sposobu kalkulacji ceny oferty,

co umożliwia, znajdującą merytoryczne podstawy, uzasadnioną analizę w przedmiocie tego, czy w toku składania ofert nie zostały naruszone przepisy prawa. Brak wyjaśnienia wątpliwości w sytuacji, w której takowe pojawiłyby się po stronie racjonalnie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego, skutkuje wytrąceniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego i zostanie spełniony jego cel. Z uwagi na to, zbyt pochopne lub nieuzasadnione zaniechanie czynności wyjaśniających, prowadzi do zaburzenia prawidłowego badania i oceny ofert oraz naruszenia prawa, a także niesie ze sobą ryzyko, że środki publiczne nie będą wydatkowane poprawnie, a realizacja zamówienia napotka przeszkody, których – w przypadku prawidłowego i pełnego badania ofert – można byłoby z łatwością uniknąć.

Konkludując powyższe rozważania, w ocenie Izby, w stanie ustalonym w sprawie, nie można obecnie zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 p.z.p., gdyż dyspozycja normy wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta podlega odrzuceniu, co nie zostało wykazane przez odwołującego.

Ponadto, Izba stwierdziła, że dowód przedłożony przez przystępującego w postaci kalkulacji jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia postępowania, gdyż oceniając działania i zaniechania zamawiającego Izba weryfikuje prawidłowość czynności w oparciu o dokumentację, którą zamawiający posiadał, zaś kalkulacje, przedłożone dopiero na rozprawie, w postępowaniu przed zamawiającym nie istniały i nie stanowiły podstawy dla jego czynności. Postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności działań i zaniechań zamawiającego, a pisma składane w toku postępowania odwoławczego nie powinny stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p.

Izba oddaliła zarzut sformułowany przez odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „INSTALBUD” Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

W okolicznościach faktycznych uzasadniających, według odwołującego, zasadność zarzutu odwołujący podniósł, że wobec braku dokumentów w postaci zaświadczenia z urzędu skarbowego przystępującego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, a także wobec braku aktualnych - na dzień otwarcia ofert - informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia z urzędu skarbowego i zakładu ubezpieczeń społecznych podwykonawcy, wskazanego w ofercie przystępującego „ELCONT” R. C., F. R. Sp. J., zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia ww. dokumentów.

Izba ustaliła, że w aktach postępowania odwoławczego znajdują się:

1. zaświadczenie Naczelnika Podkarpackiego Urzędu Skarbowego z 29.03.2018 r., potwierdzające, że „INSTALBUD” Sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem podatków,
2. informacje z Krajowego Rejestru Karnego:
 - a) podmiotu zbiorowego – „ELCONT” R. C., F. R. Sp. J. z 03.04.2018 r.,
 - b) wspólników ww. podmiotu – obie z 03.04.2018 r.,
3. zaświadczenie Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego z 29.03.2018 r., potwierdzające, że „ELCONT” R. C., F. R. Sp. J. nie zalega z opłacaniem podatków,
4. zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych – oddział w Rzeszowie, o niezaleganiu w opłacaniu składek:
 - a) płatnika - „ELCONT” R. C., F. R. Sp. J. z 29.03.2018 r.,
 - b) wspólników ww. podmiotu – oba z 29.03.2018 r.,

złożone przez przystępującego, na wezwanie zamawiającego z 30.03.2018 r.

Z okoliczności faktycznych zarzutu wynika, że odwołujący upatruje naruszenia prawa uważając, że ww. dokumenty są nieaktualne na dzień otwarcia ofert, tj. zostały wystawione z datami późniejszymi niż 21.03.2018 r.

Takie twierdzenia nie znajdują oparcia w przepisach prawa – w wyniku wejścia w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustawy (Dz. U. poz. 1020), zasadą stało się, iż wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenia określone w art. 25 a ust. 1 i 2 p.z.p., zaś oświadczenia i dokumenty inne, niż wskazane w art. 25 a p.z.p., powinny być złożone na wezwanie zamawiającego, wystosowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 p.z.p., jak miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie, jak wynika z art. 26 ust. 1 p.z.p., mającego zastosowanie do spornych dokumentów, dokumenty składane przez wykonawcę winny być „aktualne na dzień złożenia”, nie zaś na datę otwarcia ofert.

Ponadto, zgodnie z art. 25 ust. 2 p.z.p., w § 5 pkt 1, 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), dalej zwanego jako „rozporządzenie”, ustawodawca określił okres ważności przedmiotowych dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia dokument w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego winien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, zaś na podstawie § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego i zaświadczenie terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, powinno być wystawione nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że we wskazanych normach nie ma ograniczenia, że sporne dokumenty muszą być wystawione przed upływem terminu na składanie ofert, zaś wystawione już po tym terminie są wadliwe, jak chciałby tego odwołujący. Zasady wprowadzone nowelizacją p.z.p. oznaczają, iż w odpowiedzi na wezwanie wykonawca może złożyć dokumenty zgodnie z okresem ich ważności wynikającym z przepisów rozporządzenia, o ile są nadal aktualne na dzień ich złożenia zamawiającemu, pod warunkiem zachowania, iż nie są starsze – wystawione z datą wcześniejszą, niż odpowiednio 3 lub 6 miesięcy, jak wynika to z § 5 rozporządzenia. Zatem ograniczenie do wymagania dokumentów wystawionych na dzień 21.03.2018 r., wyznaczony jako termin składania ofert, nie zaś na dzień ich przedłożenia zamawiającemu, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 p.z.p., nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu ww. norm. Ponadto jeżeli wykonawca miałby obowiązek posiadania spornych dokumentów już w dniu przypadającym na termin złożenia ofert, zaś dopiero później przedstawiania ich zamawiającemu, oznaczałoby to *de facto* brak jakichkolwiek zmian w stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji.

W ocenie Izby wszystkie wyżej wskazane dokumenty w sposób prawidłowy potwierdzają, że przystępujący i podmiot, który został przez niego wskazany jako podwykonawca, wykazali brak podstaw do wykluczenia z postępowania, zaś odwołujący nie wykazał, że sporne dokumenty nie odzwierciedlają stanu aktualnego w sytuacji danego podmiotu na dzień ich złożenia, zaś twierdzenia o wymogu aktualności dokumentów na dzień otwarcia ofert, a nie na dzień ich złożenia zamawiającemu, nie mają odzwierciedlenia w przepisach p.z.p., zatem zarzut jako bezpodstawny został przez Izbę oddalony.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności i zaniechania zamawiającego miały bezpośredni wpływ na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania Izba wydała na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....