Sygn. akt: KIO 1903/21

WYROK
z dnia 28 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Stołeczną Policji, ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty ROKOM Sp. z o.o., pomimo że złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej,

- zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty ROKOM Sp. z o.o.,

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 oraz 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ROKOM Sp. z o.o. do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień
i kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty,

- zarzutu naruszenia art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

i nakazuje zamawiającemu Komendzie Stołecznej Policji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy ROKOM Sp. z o.o. na podstawie art. 224 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej części składowych,

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Stołeczną Policji i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ROKOM Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę ROKOM Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od Komendy Stołecznej Policji na rzecz wykonawcy ROKOM Sp. z o.o. kwotę 13 600 zł 0gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

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

Sygn. akt: KIO 1903/21

U z a s a d n i e n i e

Komenda Stołeczna Policji (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odtworzenie i remont dróg, chodników oraz oznakowania wraz z odwodnieniem i realizacją prac towarzyszących na terenie OPP w Warszawie". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 maja 2021 r. pod pozycją 2021/BZP 00050421/01.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu uznania, że zawiera rażąco niską cenę
a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, przy jednoczesnym zaniechaniu przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- zaniechaniu kontynuowania procedury wyjaśnienia ceny oferty w przypadku, gdyby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny wraz z dowodami faktycznie budziły wątpliwości Zamawiającego, względnie wymagały uszczegółowienia lub doprecyzowania,

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej Konsorcjum: EL-BUD S. B. - Modanta
Sp. z o.o. z ostrożności

- w odniesieniu do odrzuconej oferty wykonawcy PRO-FORM Sp. z o.o. - zaniechaniu odrzucenia z postępowania z powodu dodatkowej przesłanki odrzucenia - braku udziału
w wymaganej wizji lokalnej (zarzut podnoszony z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby wykonawca PRO-FORM Sp. z o.o. wnosił wobec decyzji Zamawiającego o odrzuceniu
z powodu rażąco niskiej ceny własne odwołanie do KIO),

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej, przy jednoczesnym naruszeniu art. 253 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. ewentualnie naruszenie art. 16 pkt 1 oraz 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień i kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty,

3. w odniesieniu do odrzuconej oferty wykonawcy PRO-FORM Sp. z o. o. - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania, pomimo że została złożona bez odbycia wizji lokalnej w sytuacji, gdy Zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia (w przypadku niewniesienia przez PRO-FORM Sp. z o.o. odwołania wobec odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny zarzut zostanie wycofany jako bezprzedmiotowy),

4. naruszenie art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,

3.ewentualne nakazanie Zamawiającemu kontynuowania wobec Odwołującego procedury wyjaśnień ceny,

4.odrzucenia oferty PRO-FORM Sp. z o.o. z powodu złożenia jej bez odbycia wizji lokalnej,

5.powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ, zarówno cena ofertowa, jak również wynagrodzenie wykonawcy, mają charakter ryczałtowy. Zamawiający oczekiwał od wykonawców na etapie ofertowania wyłącznie wypełnienia Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ) podając w jego treści cenę ofertową w podziale na:

-opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wymaganych przepisami uzgodnień, opinii, pozwoleń, zgłoszeń, decyzji administracyjnych (wartość brutto dokumentacji projektowej nie może przekraczać 5% wartość brutto za wykonanie robót budowlanych)

-wykonanie robót budowlanych.

Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu przyjęto dla potrzeb rozliczenia robót metodę rozliczenia ryczałtowego i konsekwentnie na potrzeby oferty obowiązkiem wykonawców była prezentacja łącznej ceny ofertowej z podziałem na koszty projektowe oraz robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ceny, a jej wartość brutto odpowiada 86,01% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i stanowiła 62,4% szacowanej wartości zamówienia. W ocenie Odwołującego, to właśnie odniesienie do pozostałych ofert, ich rankingu i średniej arytmetycznej wartości złożonych jest rzeczywistym wyznacznikiem prawidłowej wyceny Odwołującego w odniesieniu do aktualnych cen na rynku budowlanym. Ponadto, jak podkreślił Odwołujący, wartości pierwszych dwóch złożonych ofert mieszczą się w przedziale od 60,1% do 62,4% szacowanej wartości zamówienia i tylko ostatnia oferta znacznie zbliżyła się do tej wartości - 95,2% szacowanej wartości zamówienia, w znacznym stopniu jako jedyna bardzo odstająca od wycen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu (jej cena stanowi 131,17% średniej arytmetycznej). Zdaniem Odwołującego, nastąpiło przeszacowanie wartości zamówienia w stosunku do jego wartości rynkowej. Odwołujący zauważył, że analogicznie prezentował swoje stanowisko w wyjaśnieniach ceny wykonawca PRO-FORM Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił też uwagę na wartość przedmiotowego zamówienia, jaką wskazał Zamawiający w planie postępowań, tj. kwotę 3 252 032,52 zł, co po ubruttowieniu stanowi 3 999 999 zł.

Odwołujący stwierdził, że złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia, które są konkretne, wyczerpujące, zawierają oczekiwane przez Zamawiającego informacje, a także cały zestaw dowodów (łącznie 12 załączników). Odwołujący przed złożeniem oferty zapoznał się z dokumentacją zamówienia, jak również był uczestnikiem wymaganej przez Zamawiającego w SWZ wizji lokalnej na placu budowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienie ceny zawiera w szczególności poza potwierdzeniem uwzględnienia w cenie ofertowej całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia także:

- potwierdzenie wysokości kosztów pracy - dla spełnienia wymogu dotyczącego realizacji zamówienia przy uwzględnieniu personelu zatrudnionego na podstawie umów o pracę. Potwierdzeniem zgodności wynagrodzenia personelu z obowiązującymi przepisami były załączone przez wykonawcę przykładowe umowy o pracę obowiązujące w roku 2021 i wcześniej (załącznik nr 1) dodatkowo wykonawca przedstawił także poziom wynagrodzenia personelu kierowniczego - Kierownika robót drogowych oraz Kierownika robót sanitarnych.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, koszty powyższe nie są kwestionowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że kluczowym elementem wezwania do wyjaśnień ceny miało być wykazanie, że wycena ofertowa wykonawcy obejmuje metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i wskazania zgodności z wymaganiami Zamawiającego, które winny uwzględniać osiągnięcie oczekiwanego rezultatu, jakim jest m. in. uzyskanie właściwych parametrów technicznych nawierzchni (WT-2 2016). W przypadku dróg i powierzchni utwardzonych oraz chodników należało wskazać podstawowe parametry oraz charakterystykę zastosowanych materiałów i kalkulację tych kosztów.

Zgodnie z wezwaniem, przedstawiona charakterystyka powinna uwzględniać wymagania Zamawiającego, w szczególności takie jak nośność (115kN) dla dróg i innych powierzchni utwardzonych - ruch pojazdów ciężkich. Minimalne parametry techniczne nawierzchni i podbudowy chodników z uwagi na charakter zadania powinny uwzględniać możliwość ruchu pojazdów o DMC do 3,5t. W przypadku przecinania się z ciągami komunikacyjnymi przeznaczonymi do ruchu pojazdów ciężkich - również ten rodzaj obciążeń (statycznych i dynamicznych). W przedstawionej charakterystyce i kalkulacji należy również uwzględnić metodę i rodzaj montowanych obrzeży, które winny być dostosowane do dużych obciążeń od kół pojazdów w miejscach ich ewentualnego ruchu.

Powyższe, jak zauważył Odwołujący, było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia oraz rodzajem ruchu i pojazdów na obiekcie będącym przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podał, że w celu jednoznacznego potwierdzenia spełnienia oczekiwań Zamawiającego złożył dla wykazania, że kalkulacja ofertowa obejmuje rozwiązanie, technologie i materiały, które spełniają wszystkie wymagania

Zamawiającego:

-szczegółową kalkulację materiałów wraz z ich identyfikacją w postaci zestawienia „KALKULACJA KOSZTÓW DRÓG I POWIERZCHNI UTWARDZONYCH ORAZ CHODNIKÓW"

dodatkowo celem udokumentowania uzyskania za pomocą skalkulowanych materiałów właściwych parametrów technicznych nawierzchni (WT-2 2016):

-Opinię Projektanta (załącznik nr 7) w zakresie spełnienia wymogów nośności dla przewidywanych konstrukcji nawierzchni dla dróg i innych powierzchni utwardzonych (ruch pojazdów ciężkich) oraz dla przewidywanych konstrukcji nawierzchni i podbudów chodników (możliwość ruchu pojazdów o DMC do 3,5t). Wykonawca dodatkowo wskazał, że w kalkulacji ceny uwzględniono rodzaj krawężników tzw. ciężkich, tj. o wymiarach ponadstandardowych 20x30x100 cm na ławie betonowej - dostosowanych do dużych obciążeń od kół pojazdów w miejscach ich ewentualnego ruchu. Kalkulacja wykonania obrzeży na ciągach pieszych uwzględnia wzmocnienie posadowienia w postaci dodatkowej ławy betonowej.

W ocenie Odwołującego, powyższe wyjaśnienia wprost odpowiadały oczekiwaniu Zamawiającego zaprezentowania w treści wyjaśnień szczegółów przyjętych w wycenie kalkulacji robót związanych z nawierzchniami utwardzonymi, drogami oraz chodnikami.

Odwołujący podkreślił, że powyższy zakres rzeczowy stanowi zakres zasadniczy objęty zadaniem, co znajduje potwierdzenie także w przyjętych kosztach realizacji powyższych robót zawartych w wyjaśnieniach ceny na poziomie 4 852 425,00 zł netto (brutto 5 968 482 zł).

Jak wskazał Odwołujący, poza kalkulacją Odwołujący złożył także, celem wykazania rynkowego charakteru przyjętych do złożonej kalkulacji cen materiałów, także szereg konkretnych ofert materiałowych. Wycenę robót bitumicznych oparto na ofercie dostawy mieszanek mineralno-bitumicznych (załącznik nr 4). Koszt dostaw kruszyw naturalnych oraz podbudów tłuczniowych na podstawie oferty Załącznik nr 2). Koszt dostaw materiałów brukarskich oraz mieszanek betonowych i mieszanek stabilizowanych cementem (załącznik nr 6). Koszt dostaw pozostałych elementów (m.in. geowłókniny separacyjno- wzmacniającej, geokraty, elementów małej architektury) (załącznik nr 5). W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Odwołujący złożył zgodnie z wyraźnym oczekiwaniem Zamawiającego - konkretne, obszerne i precyzyjne wyjaśnienia sposobu kalkulacji i wykazał realny i rynkowy poziom źródeł kosztów w postaci ofert materiałowych.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia potwierdzają poziom wyceny prac projektowych i zawierają dedykowaną na potrzeby przedmiotowego postępowania ofertę biura projektowego, która także nie jest kwestionowana przez Zamawiającego.

W odniesieniu do kolejnego z zakresów rzeczowych jakich wykazania oczekiwał Zamawiający - wynikającego z wymagań ochrony środowiska, w szczególności dotyczącego zagospodarowania odpadów m. in. po rozbiórce utwardzonych nawierzchni (w tym kart przekazania odpadów) - Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że cena oferty uwzględnia wymagania w zakresie ochrony środowiska, w szczególności dotyczące zagospodarowania odpadami, jak również uwzględnia koszty wywozu materiałów z rozbiórek i robót ziemnych oraz koszty utylizacji gruzu i innych odpadów.

Jednocześnie, jak podał Odwołujący, w celu wykazania powyższego wykonawca przedłożył wraz z wyjaśnieniami karty przekazania odpadów na prowadzonej aktualnie budowie potwierdzając, że realizuje obowiązki związane z ochroną środowiska i posługuje się w celu wykonania obowiązków w tym zakresie specjalistycznym podmiotem, który realizuje te obowiązki w rynkowych i zgodnych z obowiązującymi przepisami kosztach. Ponadto, Odwołujący powołał się i opisał dodatkowe czynniki mające wpływ na optymalizację kosztów, takie jak równoległa realizacja kilku inwestycji drogowych oraz sanitarnych w tym na zlecenie MPWiK, m.in. robót przy ul. Północnej, ul. Przykoszarowej, ul. Polarnej czy posiadanie własnych doświadczonych brygad w robotach drogowych i sanitarnych, własnego oznakowania tymczasowego, niezbędnego do realizacji własnego sprzętu budowlanego, transportu. Odwołujący wykazał ponadto posiadany sprzęt budowlany, który zamierza przeznaczyć do wykonania zamówienia wraz z dowodami o posiadaniu tego sprzętu.

Odwołujący potwierdził jednocześnie pełną gotowość złożenia wszelkich koniecznych ewentualnych dodatkowych wyjaśnień oraz informacji w zakresie sposobu kalkulacji ceny, jeśli tylko okazały się konieczne.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego:

-wyjaśnienia mają charakter konkretny, weryfikowalny i zawierają, poza obliczeniami, także dowody potwierdzające przyjęty poziom źródeł kosztów,

-wyjaśnienie kalkulacji ceny zostało dokonane w sposób odpowiadający wezwaniu Zamawiającego i potwierdza, że kluczowa technologia wykonania robót związana z robotami drogowymi została uwzględniona w wycenie,

-elementy wyceny objęte oczekiwaniem Zamawiającego zostały szczegółowo zaprezentowane,

-Odwołujący nie poprzestał na gołosłownych deklaracjach, ale przedstawił oczekiwane przez Zamawiającego obliczenia i informacje.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, uznać należy, że złożone wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią wykazanie, że cena ofertowa nie ma znamion rażąco niskiej.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący „zaniżył w ofercie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia" Odwołujący stwierdził, że ustalenie to jest gołosłowne i nie pozwala na rzeczowe i konkretne odniesienie się do stanowiska Zamawiającego.
W szczególności, Zamawiający nie wskazuje, o jakie obniżenie i jakich konkretnie kosztów chodzi. Brak precyzji zarzutu uniemożliwia polemikę i ocenę zasadności zastrzeżenia. Odwołujący potwierdził, że wycena, jakiej dokonał na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, uwzględnia wszystkie konieczne koszty bezpośrednie i pośrednie i umożliwia realizację zamówienia z dodatnim wynikiem finansowym.

W zakresie zarzutu Zamawiającego, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał „zaniżone ceny materiałów w oparciu o oferty dostawców z marca bez terminów ważności ofert (kruszywo) lub możliwe do odwołania w każdym momencie - masy asfaltowe, albo do wyczerpania zapasów - kostka brukowa" Odwołujący wskazał, że powyższe ustalenia Zamawiającego są oczywiście wadliwe - celem złożonych dowodów było wykazanie, że ceny materiałów, jakie zostały przyjęte w przedłożonej wraz z wyjaśnieniami ofercie, mają rynkowy charakter i w ocenie Odwołującego tak właśnie jest, a dokumenty zaprezentowane w wyjaśnieniach za taki dowód mogą służyć.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta dotyczącą kruszyw datowana jest na 19 maja br. - wg Zamawiającego z uzasadnienia odrzucenia - z marca, co nie odpowiada faktom.

W zakresie wyceny mas asfaltowych Odwołujący zaznaczył, że złożono wraz z wyjaśnieniami aktualną ofertę na ten materiał, która potwierdza rynkowy charakter przyjętej w ofercie przez Odwołującego wyceny.

W odniesieniu do wyceny kostki brukowej Odwołujący wskazał, że firma produkująca materiały brukarskie na bieżąco je uzupełnia, a w swoich ofertach standardowo zawiera zapisy, jak w złożonej ofercie, co nie podważa rynkowego charakteru wyceny.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, że przyjęte na potrzeby kalkulacji przez Odwołującego koszty materiałów są zaniżone czy też nierynkowe bądź nieracjonalne.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaprezentowania w złożonym dowodzie cen dostawców dotyczących materiałów bez właściwego określenia parametrów technicznych (np. kruszywa) - Odwołujący stwierdził, że powołana przez Zamawiającego oferta materiałowa dotyczy wprost bieżącego zadania inwestycyjnego i zawiera podstawowe dane odnośnie rodzaju materiału i ceny dostawy.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego, że Odwołujący określił w wyjaśnieniach ryzyko związane ze wzrostem cen na poziomie 5% jako zbyt niskim, przy założeniu terminu realizacji na koniec listopada, a według Zamawiającego kalkulację oparto na cenach z marca Odwołujący stwierdził, że założony w wyjaśnieniach wzrost kosztów jest realny i stosowany w praktyce kalkulacyjnej robót. Odwołujący podniósł, że nie jest wiadomym, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że 5% na ryzyko z tytułu wzrostu cen materiałów jest niewystarczające - nie wiadomo także, jaki poziom wzrostu Zamawiający uznawałby za właściwy. Można założyć, zdaniem Odwołującego, że bez względu na poziom zaprezentowany przez wykonawcę, Zamawiający arbitralnie mógłby uznać, że jest zbyt niski.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że błędne i nie znajdujące potwierdzenia w złożonych dowodach są ustalenia faktyczne Zamawiającego odnośnie terminów dla ofert materiałowych. Jak zauważył Odwołujący, wyłącznie w odniesieniu do cennika mas asfaltowych zaprezentowano cennik marcowy, bowiem na dzień składania oferty był to ostatni i jednocześnie aktualny cennik z tej firmy na masy bitumiczne, pozostałe oferty cenowe złożone przy wyjaśnieniach pochodzą sprzed kilku dni przed dniem złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, stąd trudno mówić o ich braku aktualności względem dokonanej kalkulacji ofertowej.

Odnośnie zarzutu Zamawiającego dotyczącego zaniżonej ceny za wywóz i utylizację odpadów ze wskazaniem, że cena urzędowa za korzystanie ze środowiska 20,82 zł/t, a co za tym idzie, zaniżoną ceną za rozbiórkę nawierzchni i podbudowy oraz korytowanie wraz z wywózką i składowanie odpadów drogowych Odwołujący wskazał, że ustalenie Zamawiającego jest całkowicie niezrozumiałe, a co najważniejsze, nie znajdujące oparcia w faktycznie przedstawionych przez wykonawcę kosztach w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że koszty jakie przyjął w tym zakresie wynoszą 50 zł/m³, co znajduje wprost potwierdzenie w złożonej kalkulacji.

Odnośnie zastrzeżenia dotyczącego odwodnienia, w tym rozwiązań szczegółowych i wyceny - Odwołujący zauważył, że wyjaśnienie potwierdza fakt ujęcia w kalkulacji ceny ofertowej powyższego zakresu rzeczowego prac. Jak podkreślił Odwołujący, w przeciwieństwie do zakresu odnoszącego się do części drogowej, w przypadku odwodnienia nie była w wezwaniu wymagana zarówno kalkulacja kosztów, jak ich nie było wymagane wskazanie parametrów i charakterystyki zastosowanych materiałów. Zdaniem Odwołującego, proste zestawienie ceny ofertowej względem kosztów związanych z nawierzchniami dowodzi, że przyjęty koszt na poziomie 60% jest realny i nie ma znamion zaniżenia.

Odwołujący stwierdził, że ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można uznać za rażąco niską, skoro:

-nie odbiega w znaczny sposób od ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę w tym postępowaniu,

-uwzględnia ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy,

-nie jest ceną symboliczną, ani ceną ukształtowaną poniżej kosztów wytworzenia, co znalazło uzasadnienie w szczegółowych wyjaśnieniach ceny.

W ocenie Odwołującego, przepisy Pzp, uwzględniając cel procedury wyjaśniającej cenę oferty, nie stoją na przeszkodzie, aby Zamawiający uzupełniająco kierował do wykonawcy dodatkowe wezwania co do wątpliwości, jakie ewentualnie powstały w związku z przedłożonymi wyjaśnieniami ceny i dowodami. Odwołujący podkreślił, że złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień zarówno konkretne wyjaśnienia, jak i wymagane obliczenia, a ponadto dowody w postaci ofert zakupowych materiałów oraz opinii Projektanta. Nie ma zatem mowy o przypadku, gdy wykonawca bagatelizuje wezwanie, składa wyjaśnienia lakoniczne, zdawkowe czy niezawierające koniecznych dowodów.

W ocenie Odwołującego, przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jak i 224 ust. 6 Pzp należy jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne - wykładać w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający.

Kluczowe w sprawie, w ocenie Odwołującego, jest, że Zamawiający dysponował na etapie oceny wyjaśnień ceny następującymi informacjami:

•potwierdzeniem i udokumentowaniem, że wycena uwzględnia wymaganą technologię wykonania zasadniczych robót składających się na przedmiot zamówienia,

•konkretnymi wyjaśnieniami ceny, a w jej ramach jednocześnie:

-wyceną uszczegółowioną referującą do objętych wezwaniem pozycji z kosztorysu ofertowego,

-dowodami cen zakupu kluczowych pozycji materiałowych.

Odwołujący podniósł również, że złożone wyjaśnienia nie zawierają błędów - ani błędów obliczeniowych, ani

związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie odrzucenia oferty odnosi się do jakichś bliżej niezdefiniowanych błędów. Odwołujący zaznaczył przy tym, że nie jest rolą wykonawcy domyślać się, jakie inne ewentualne „błędy" mają zawierać wyjaśnienia, a na etapie po wniesieniu odwołania do Izby ewentualne uzupełnienia uzasadnienia faktycznego czynności nie są dozwolone, bowiem wykonawca odnosi się w treści odwołania wyłącznie do tych podstaw odrzucenia, które powołał Zamawiający w decyzji. W ocenie Odwołującego, treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty zawiera szczątkowe uzasadnienie faktyczne i powyższe samo w sobie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego Pzp, która obliguje do przedstawienia konkretnego i jasnego oraz wyczerpującego uzasadnienia, zarówno faktycznego jak i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty. Odwołujący stwierdził, że nie są mu znane jakiekolwiek błędy i braki wyjaśnień, zaś uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty na takie nie wskazuje poza podniesionymi powyżej.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy faktycznie złożone wyjaśnienia ceny budziły dodatkowe wątpliwości Zamawiającego czy też potrzebne byłoby dodatkowe uszczegółowienie złożonych wyjaśnień lub ich doprecyzowanie, działanie takie jest w pełni uzasadnione, możliwe i zgodne z Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że okolicznością notoryjną jest, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

Zdaniem Odwołującego, sankcja odrzucenia oferty Odwołującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że Zamawiający nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano ceny rażąco niskie.

Podsumowując Odwołujący podkreślił, że:

-złożone wyjaśnienia i dowody stanowią wystarczający i adekwatny do treści wezwania środek wyjaśniający wycenę oferty,

-oferta Odwołującego została skalkulowana w sposób rynkowy i pełny, a złożone wyjaśnienia obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty,

-uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest lakoniczne, gołosłowne i niezgodne z faktyczną treścią złożonych wyjaśnień,

-o ile faktycznie złożone wyjaśnienia wymagają dla Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień lub doprecyzowania, nic nie stoi na przeszkodzie, aby procedurę tą zastosować
i po jej przeprowadzeniu dokonać ponownej oceny podstaw odrzucenia oferty.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-FORM Sp. z o. o., pomimo że została złożona bez odbycia wizji lokalnej. Odwołujący stwierdził, że skoro dokumenty zamówienia wymagają udziału wykonawcy w wizji lokalnej, brak udziału w niej obliguje do odrzucenia oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-FORM Sp. z o. o., pomimo że została złożona bez odbycia wizji lokalnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła
i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie na zasadach określonych w systemie zaprojektuj i wybuduj zamówienia pn.: „Odtworzenie i remont dróg, chodników oraz oznakowania wraz z odwodnieniem i realizacją prac towarzyszących na terenie OPP
w Warszawie". Przedmiot zamówienia obejmuje: opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wymaganych przepisami uzgodnień, opinii, pozwoleń, zgłoszeń, decyzji administracyjnych na wykonanie przebudowy i remontu obiektów, a także wykonanie robót budowlanych na podstawie zatwierdzonej dokumentacji projektowej.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

- Pro-Form Sp. z o.o. z ceną 9 432 882,20 zł,

- Rokom Sp. z o.o. z ceną 9 795 720,00 zł,

- Konsorcjum: EL-BUD S. B. - Modanta Sp. z o.o. z ceną 14 940 000,00 zł.

Pismem z dnia 26 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących ceny złożonej oferty, w szczególności
w zakresie:

„1)wycenianej przez oferentów metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i wskazania zgodności z wymaganiami Zamawiającego, które winny uwzględniać osiągnięcie oczekiwanego rezultatu jakim jest m. in. uzyskanie właściwych parametrów technicznych nawierzchni (WT-2 2016) i odwodnienia. W przypadku dróg i powierzchni utwardzonych oraz chodników należy wskazać podstawowe parametry wraz charakterystyką zastosowanych materiałów i kalkulacją kosztów.

Przedstawiona charakterystyka powinna uwzględniać wymagania Zamawiającego

w szczególności takie jak nośność (115kN) dla dróg i innych powierzchni utwardzonych - ruch pojazdów ciężkich. Minimalne parametry techniczne nawierzchni i podbudowy chodników z uwagi na charakter zadania powinny uwzględniać możliwość ruchu pojazdów o DMC do 3,5t. W przypadku przecinania się z ciągami komunikacyjnymi przeznaczonymi do ruchu pojazdów ciężkich - również ten rodzaj obciążeń (statycznych i dynamicznych).

W przedstawionej charakterystyce i kalkulacji należy również uwzględnić metodę i rodzaj montowanych obrzeży, które winny być dostosowane do dużych obciążeń od kół pojazdów
w miejscach ich ewentualnego ruchu. Przedstawiona kalkulacja powinna obejmować również pozostałe wymagania Zamawiającego;

2)wynikającym z wymagań ochrony środowiska, w szczególności dotyczące zagospodarowania odpadów m. in. po rozbiórce utwardzonych nawierzchni (w tym kart przekazania odpadów etc.).”.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 31 maja 2021 r.

Pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in.
o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: EL-BUD S. B. i Modanta
Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw.
z art. 224 ust. 6 Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający poinformował, że w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach Zamawiający stwierdził następujące błędy i braki:

„- wykonawca zaniżył w ofercie koszty bezpośrednie i pośrednie jakie poniesie z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia;

- zaniżone ceny materiałów w oparciu o oferty z marca bez terminów ważności ofert (Futra-kruszywo) lub możliwe do odwołania w każdym momencie Porr – masy asfaltowe, albo do wyczerpania zapasów – Certus kostka brukowa;

- ceny ofertowe dostawców dotyczące materiałów bez właściwego określenia parametrów technicznych (np. kruszywa z formy Futura);

- określenie ryzyka związanego ze wzrostem cen na poziomie 5% jest zbyt niskie przy założeniu terminu realizacji na koniec listopada. Kalkulację oparto na cena z marca;

- zaniżona cena za wywóz i utylizację odpadów – cena urzędowa za korzystanie za środowiska 20,82zł/t a co za tym idzie zaniżona cena za rozbiórkę nawierzchni i podbudowy oraz korytowanie wraz z wywózką i składowanie odpadów drogowych;

- brak wymaganych informacji dotyczących odwodnienia w tym rozwiązań szczegółowych
i ceny.”.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz dowodów przedstawionych w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Izba zważyła, że w piśmie z dnia 31 maja 2021 r. Odwołujący w sposób opisowy wskazał, które elementy zamówienia zostały uwzględnione w wycenie. Odwołujący, pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, złożył szczegółową kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne temu wykonawcy (str. 7 i 8 wyjaśnień). Za najistotniejszy element wyjaśnień Izba uznała załączone do nich dowody w postaci m.in. umów o pracę, zestawienia sprzętu, jakim dysponuje Odwołujący, oferty obejmującej koszt dostaw kruszyw naturalnych oraz kruszyw kamiennych na podbudowy drogowe, (Załącznik nr 2), oferty na dostawę mieszanek mineralno – bitumicznych (Załącznik nr 4), oferty na dostawę geowłókniny separacyjno-wzmacniającej, geokraty, pojemników na piasek i sól, koszy na śmieci, ławek i luster (Załącznik nr 5), oferty na dostawę materiałów brukarskich oraz mieszanek betonowych i mieszanek stabilizowanych cementem (Załącznik nr 6). Oferty te skierowane są bezpośrednio do Odwołującego, są dedykowane dla tego konkretnego przedmiotu zamówienia, stąd Izba nie znalazła podstaw do ich kwestionowania. Za istotny dowód w zakresie parametrów technicznych nawierzchni WT-2 2016 Izba uznała załączoną do wyjaśnień Opinię techniczną potwierdzającą prawidłowość przyjętych przez Odwołującego założeń (Załącznik nr 8). Staranność Odwołującego w przygotowaniu do realizacji zamówienia potwierdza także nawiązanie współpracy z biurem projektowym JPPC Polska Sp. z o.o. potwierdzonej złożoną ofertą cenową (Załącznik nr 7). Potwierdzenie realności przyjętych przez Odwołującego założeń stanowią złożone na rozprawie uzupełnienie oferty Certus Technologie Budowlane Sp. z o.o. z 26 lipca 2021 r., oraz oświadczenia Fetra Sp. z o.o. z 26 lipca 2021 r. i Strabag Sp. z o.o. z 12 lipca 2021 r. Ponadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał, na jakim poziomie Odwołujący powinien określić ryzyko wzrostu cen mając na względzie 20 tygodniowy okres realizacji zamówienia. Nie wskazują na to jednoznacznie także załączone do odpowiedzi na odwołanie Załączniki 3-6.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują na zaoferowanie ceny niewiarygodnej, całkowicie oderwanej od realiów rynkowych.

Izba uznała jednakże, że w sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do kalkulacji danego elementu zamówienia, jest uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w budzącym wątpliwości zakresie. Takie wątpliwości może ewentualnie budzić kwestia wyceny odwodnienia, a także zagospodarowania odpadów. Załączone do wyjaśnień karty przekazania odpadów (Załącznik nr 9) same w sobie nie wskazują na założony przez Odwołującego sposób postępowania. Dokonanie ponownego wezwania jest w przedmiotowej sprawie zasadne wobec staranności, jaką wykazał Odwołujący przy składaniu pierwotnych wyjaśnień w zakresie ceny.

Za zasadny Izba uznała także zarzut dotyczący zaniechania przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Izba miała na uwadze, że w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał na zaniżenie kosztów bezpośrednich i pośrednich nie wskazując, których kosztów dotyczy stwierdzone zaniżenie. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poszczególne pozycję tabeli, której, w jego ocenie, nie odpowiadają realnym kosztom. Podobnie, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na dodatkowe uchybienia, jakie dostrzegł w dowodach załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień, na które nie wskazywał w informacji o odrzuceniu oferty. Informacja o podstawach odrzucenia oferty ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania. Ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia podejmowanej czynności, co pozwala wykonawcom na poznanie podstaw czynności zamawiającego i ich weryfikację. Z uwagi na okoliczność, że podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznawania środków ochrony prawnej, zamawiający powinien wyczerpująco zobrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, aby

wykonawca, który nie zgadza się z oceną zamawiającego, mógł należycie bronić swoich interesów. Podkreślić także należy, że możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy ROKOM Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej części składowych.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-FORM Sp. z o. o., jako że Odwołujący zrezygnował z jego popierania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania, na które składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł – łącznie 13 600 zł.

Przewodniczący:……...