

WYROK
z dnia 13 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 lipca 2021 r.
przez odwołującego: Rotomat Sp. z o.o. 54-062 Wrocław ul. Stabłowicka 134 w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Poznaniu 60-763 Poznań ul. Siemiradzkiego 5 a

przy udziale przystępującego: Konsorcjum Spectare Sp. z o.o. (lider) i MBW Sp. z o.o. (partner) 01-494 Warszawa ul. Obrońców Tobruku 25/144 **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dyspozycji osób kierujących ruchem w pozostałym zakresie to jest zarzutów rażąco niskiej ceny oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Rotomat Sp. z o.o. 54-062 Wrocław ul. Stabłowicka 134 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Rotomat Sp. z o.o. 54-062 Wrocław ul. Stabłowicka 134 tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie

Określenie przedmiotu zamówienia: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddział w Poznaniu w podziale na 6 części zamówienia — część 2 obejmująca bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz oraz część 3 obejmująca bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kępno”. (nr postępowania: O.PO.D-3.2412.06.2021)

Numer ogłoszenia, w Biuletynie Zamówień Publicznych rok: 2021 Nr pozycji: 00027616/01

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy: na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 i 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa PZP”) odwołanie wobec:

1. czynności wyboru dla części 2 obejmującej bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm Spectare sp. z o.o. — Lider Konsorcjum oraz MBW sp. z o.o. Partner Konsorcjum (dalej: Spectare) pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

2. czynności wyboru dla części 3 obejmującej bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kępno jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Składając odwołanie zarzuca Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum dla części 2 zamówienia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;

2. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ) dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym poprzez wskazanie innych osób niż te wykazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, i osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 3 zamówienia co jest sprzeczne z SWZ;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum dla części 3 zamówienia

spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący dolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;

4. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie części 3 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt, 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym poprzez wskazanie innych osób niż te wskazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, iż osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 2 zamówienia co jest sprzeczne z wymaganiami SWZ;

5. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 2 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum;

6. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów tj. istotnych części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

7. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 3 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum;

8. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji tj. istotnych części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

9. art. 16 pkt 1) i2) ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i ustawie PZP.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Podnosząc w/w zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum dla części 2 jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum dla części 3 jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;
4. odrzucenia oferty Konsorcjum dla części 2 i części 3 zamówienia jako zawierającej rażąco niską cenę ponadto wnoszę o:
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu przedstawionego na rozprawie.

Wniosek o uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego. Jednocześnie mając na uwadze treść postawionych zarzutów, oraz okoliczności faktycznych sprawy wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości przez Zamawiającego.

Powyższe jest uzasadnione punktu widzenia ekonomiki postępowania w kontekście czasu trwania postępowania, jak również dodatkowych kosztów jakie będą się wiązały w przypadku przegrania przez Zamawiającego sprawy na skutek niniejszego odwołania co w okolicznościach przywołanych w treści uzasadnienia wydaje się być wysoce prawdopodobne.

Termin na wniesienie odwołania Odwołujący otrzymał informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum w dniu 16.07.2021 r. stąd też 5 dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu 21.07.2021 r.

Interes Odwołującego do wniesienia odwołania w myśl art. 505 ust. 1 nowej ustawy PZPNaruszenie przez Zamawiającego przywołanych w petitum niniejszego odwołania przepisów ustawy PZP spowodowało, iż oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza dla części 2 i części 3 zamówienia w sytuacji w której to oferta Odwołującego gdyby nie zaniechania ze strony Zamawiającego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert zarówno dla części 2 jak też części 3 zamówienia. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący został narażony na poniesienie kosztów związanych ze złożeniem ofert oraz utratą możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia dla dwóch części, a w konsekwencji osiągnięcia spodziewanych zysków oraz doświadczenia przy realizacji przedmiotowych robót.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie: doprowadziło do nieprawidłowej oceny złożonych przez tego wykonawcę ofert na kwestionowane części zamówienia.

Dotyczy spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla części 2 i 3 zamówienia. Odnosząc się w pierwszej kolejności do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt b SWZ, który to warunek był identyczny dla wszystkich 6 części zamówienia w tym również dla części 2 i 3, Odwołujący wskazuje, iż każdy z wykonawców winien dysponować personelem spełniającym następujące kryteria: Powyższe oznacza nie mniej niż więcej jak to że dla każdej z części zamówienia na które została złożona oferta przez danego wykonawcę winien on wskazać personel, który nie będzie brał udziału przy realizacji innych części zamówienia dla których oferta danego wykonawcy okazała się najkorzystniejsza. Zwrócić należy uwagę, iż wymóg ten został wprowadzony do treści SWZ na skutek modyfikacji SWZ dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 19.04.2021 r. Zamawiający w sposób wyraźny doprecyzował warunek poprzez wprowadzenie fragmentu wskazującego na kategorię zakaz wskazywania jednej osoby do pełnienia funkcji na różnych częściach zamówienia już na etapie postępowania przetargowego. Odwołujący po przeanalizowaniu oferty Konsorcjum na części 1, 2 i 3, na których to częściach oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza stwierdził, iż Konsorcjum dla wszystkich tych części w formularzu 3.5 do pełnienia funkcji kierujących ruchem wskazało po 3 te same osoby. Powyższe zostało zweryfikowane w oparciu o udostępniony przez Zamawiającego protokół postępowania wraz z załącznikami dla części 1 i 3 co znajduje potwierdzenie w dokumentach przedmiotowego postępowania. Mając powyższe na uwadze, Konsorcjum wskazując na część 1 w/w osoby, dla części nr 2 i 3 winno wskazać nowy personel. Tym samym Odwołujący stwierdza, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu wykonawcy nie został spełniony. Zamawiający w przedmiotowej sytuacji winien co najmniej dokonać wezwania Konsorcjum zarówno dla części 2 jak też 3 do wskazania nowych osób nie wykazanych do realizacji innej części zamówienia, na której to części oferta Odwołującego również została oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający w tym zakresie dopuścił się zaniechań, a tym samym potraktował w sposób nierówny wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Dotyczy zarzutu rażąco niskiej ceny istotnych części zamówienia — część 2 zamówienia obejmująca utrzymanie obiektów inżynierskich rejon Kalisz oraz część 3 zamówienia obejmująca utrzymanie obiektów inżynierskich rejon Kępno

Odwołujący po przeanalizowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum w zakresie części 2 i 3 Zamówienia stwierdził, iż ceny jednostkowe dotyczące istotnych części zadania zostały przez Konsorcjum zaoferowane na poziomie nie pozwalającym na należyte zrealizowanie przedmiotowych zadań. Odnosząc się w pierwszej kolejności do części 2 zamówienia obejmującej bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz Odwołujący dokonał porównania kosztorysu ofertowego Konsorcjum do zaoferowanych przez siebie cen na tę część zamówienia oraz cen zaoferowanych przez Konsorcjum na część 6 zamówienia, w której to części Konsorcjum składało wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny na wezwanie Zamawiającego. Abstrahując już od kwestii iż pomiędzy cenami jednostkowymi dla poszczególnych elementów zamówienia wskazanych w kosztorysie ofertowym Konsorcjum a Odwołującego występują znaczne dysproporcje to porównanie cen jednostkowych zaoferowanych za te same asortymenty prac przez Konsorcjum na części 6 w kontekście złożonych wyjaśnień wskazują, iż zaoferowana przez Konsorcjum cena za istotne elementy zamówienia na części 2 jest ceną rażąco niską nie pozwalającą na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, a w szczególności nie pozwalającą na osiągnięcie Konsorcjum jakiegokolwiek zysku za wykonanie tych prac. Odwołujący w tabeli I dokonał zestawienia cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum i Rotomat dla części 2 oraz cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum na część nr 6. Tabela I Powyższe zestawienie w sposób ewidentny pokazuje, iż ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum za wykonanie poszczególnych asortymentów robót są niższe od średniej arytmetycznej złożonych na tę część ofert o więcej niż 30%. Co więcej biorąc pod uwagę ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum na część 6 należy stwierdzić, iż wykonawcza ten zaoferował ceny wykonania poszczególnych asortymentów znacznie poniżej kosztów ich wykonania. Po przeanalizowaniu złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień dla części 6 oraz przedstawionych dowodów a w szczególności kalkulacji szczegółowych poszczególnych cen w sposób ewidentny można dostrzec, iż ceny jednostkowe zaoferowane dla istotnych części zamówienia nr 2 nie pokrywają nawet kosztów zakupu materiałów robocizny oraz sprzętu.

Dowód: Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum dla części 6 wraz z załącznikami.

Identyczna sytuacja dotyczy części 3 zamówienia.

Odwołujący podobnie jak dla części 2 dokonał w tabeli II poniżej zestawienia istotnych elementów zamówienia mających wpływ na cenę oferty porównując poszczególne pozycje kosztorysu Konsorcjum i Rotomat dla części 3 i kosztorysu Konsorcjum dla części 6 dla której były składane przez Konsorcjum wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Tabela II Odwołujący dla przykładu wskazuje choćby na pozycję obejmującą wymianę dylatacji bitumicznej (wraz z materiałem). W przedstawionej dla części 6 kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, Konsorcjum wskazało na następujące czynniki cenotwórcze:

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, iż koszty robocizny, materiałów i sprzętu dwukrotnie przewyższają wartość jaką zaoferowało Konsorcjum w części 2 i 3 dla tego samego zakresu prac. Tym samym już choćby przez pryzmat rozbitcia ceny jednostkowej wskazanej przez Odwołującego można i należy stwierdzić iż zaoferowana przez Odwołującego cena jest nierealna i nie pozwala na wykonanie zamówienia w sposób należyty. Powyższe odnosi się również do pozostałych cen jednostkowych wskazanych w tabeli I oraz II. Tym samym istotna część zamówienia zawiera ceny niepozwalające chociażby na pokrycie kosztów koniecznych do wykonania prac danego rodzaju.

Zamawiający mając możliwość zweryfikowania powyższego zaniechał podjęcia niezbędnych działań w tym zakresie tj. nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie uzasadnionego podejrzenia, iż istotne elementy oferty Konsorcjum zawierają rażąco niską cenę.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż każda część zamówienia była podzielona w zbiorczym zestawieniu elementów rozliczeniowych na: bieżące utrzymanie czystości oraz roboty konserwacyjne. Prace obejmujące utrzymanie czystości zgodnie OPZ będą rozliczane w okresach miesięcznych według ryczałtowego miesięcznego wynagrodzenia. Wartość robót konserwacyjnych została natomiast ustalona w oparciu o zestawienie koniecznych do wykonania prac oraz zaoferowanych cen jednostkowych. Analiza przedstawiona w tabeli I i II dotyczy robót konserwacyjnych. Nie ulega

wątpliwości, iż jest to istotna część zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż po dokonaniu analizy zaofferowanej ceny przez Konsorcjum dla części II odnośnie robót konserwacyjnych po podstawieniu cen jednostkowych z części 6 tylko dla elementów wyszczególnionych w tabeli I to wartość tej części zamówienia została zaniżona o około 200 000 PLN. Powyższe potwierdza, iż cena Konsorcjum za tę część zamówienia jest niższa o 30% od kosztów jej wykonania.

Odwołujący nie odwołuje się w tym miejscu do innych cen i czynników cenotwórczych niż te które zostały przedstawione przez Konsorcjum w ich własnych wyjaśnieniach. W ocenie Odwołującego nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające tak znaczne obniżenie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia w kontekście tych samych zakresów prac. W odniesieniu do części 3 zamówienia Odwołujący stwierdza, iż po podstawieniu cen jednostkowych z części 6 oferty Konsorcjum, cena za część 3 zamówienia w zakresie robót konserwacyjnych została zaniżona o około 300 000 PLN poniżej kosztów wykonania tych pozycji czyli jest niższa o około 35% od kosztów jej wykonania. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zaofferowana przez Konsorcjum cena za istotną część zamówienia jest ceną rażąco niską nie pozwalającą na pokrycie choćby koniecznych kosztów wykonania robót objętych zamówieniem. Z tych też względów Zamawiający winien będąc w posiadaniu danych o czynnikach cenotwórczych odrzucić ofertę Konsorcjum, a przynajmniej wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Tego typu zaniechania prowadzą do powstanie nierównych warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca pozbawiony jakiegokolwiek kontroli ze strony Zamawiającego podejmuje działania stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie prowadzenia inżynierii cenowej pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia czy też pozycjami kosztorysu ofertowego co ma istotny wpływ na zachwianie konkurencji na rynku. Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Odpowiedź na odwołanie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) przekazuje stanowisko Zamawiającego odnośnie przedmiotowego odwołania.

W dniu 21.07.2021r. wykonawca ROTOMAT Sp. z o.o. wniósł odwołanie (dalej także „Odwołanie”), w którym zarzuca Zamawiającemu:

1)nieprawidłowy wybór dla Części 2 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm Spectare sp. z o.o. lider konsorcjum oraz MBW sp. z o.o. - partner konsorcjum (dalej: Konsorcjum) pomimo, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

2) nieprawidłowy wybór dla Części 3 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum dla części 2 zamówienia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;

2. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym poprzez wskazanie innych osób niż te wskazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, iż osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 3 zamówienia co jest sprzeczne z wymaganiami-SWZ-;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP poprzez uznanie, iż oferta Konsorcjum dla części 3 zamówienia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;

4. art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie części 3 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym poprzez wskazanie innych osób niż te wskazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, iż osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 2 zamówienia co jest sprzeczne z wymaganiami SWZ;

5. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 2 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum;

6. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaofferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów tj. istotnych

części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

7. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 3 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum;

8. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji tj. istotnych części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

9. art. 16 pkt 1 i 2) ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i ustawie PZP.

Odwolujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum dla części 2 jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum dla części 3 jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

4) odrzucenia oferty Konsorcjum dla - części 2 i części 3 zamówienia jako zawierającej rażąco niską cenę

Zamawiający wnosi o:

1) oddalenie Odwołania w zakresie punktów 1 oraz 4 wskazanych powyżej, 2) uznania Odwołania w zakresie punktów 2 i 3 wskazanych powyżej.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

1. Odnośnie zarzutów dotyczących braku spełniania przez ofertę Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu odnośnie osób do kierowania ruchem.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty dla Części 2 oraz Części 3 postępowania dnia 28.07.2021r. Zostały też wystosowane pisma do Konsorcjum wzywające do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie osób kierujących ruchem. Konsorcjum dla Części 2 i Części 3 złożyło w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dokumenty potwierdzające posiadanie osób kierujących ruchem, zgodnie z zapisami SWZ. Wszystkie wymienione powyżej dokumenty znajdują się w załączeniu do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. W związku z powyższym staje się nieaktualny zarzut Odwołującego, dotyczący braku spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego personelu (w ilości trzech osób kierujących ruchem dla każdej z części zamówienia). W związku z tym, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części 2 i Części 3, oraz wykonał ponowne badanie i ocenę ofert, uznaje Odwołanie w tym zakresie.

II. Odnośnie zarzutów dotyczących wystąpienia w ofercie Konsorcjum rażąco niskiej ceny.

Na wstępie należy zauważyć, że Odwołujący dokonał w swoim uzasadnieniu do Odwołania, całkowicie nielogicznego założenia, że wyjaśnienia jakich udzieliło Konsorcjum odnośnie rażąco niskiej ceny dla części zamówienia nie będącej przedmiotem Odwołania (Część 6 obejmująca bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Środa Wielkopolska), oraz zaoferowane dla tej części zamówienia ceny jednostkowe stanowią dowód na to, że w Części 2 i Części 3 Konsorcjum złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Jest to założenie błędne, nie poparte żadnymi dowodami. Na dodatek wyjaśnienia Konsorcjum dla Części 6 zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczające na potwierdzenie, że oferta Konsorcjum dla tej części nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ponadto warunki lokalne, podwykonawcy, dostawcy materiału, czy inne czynniki mogą być całkowicie różne w każdej części zamówienia, albowiem obejmują zupełnie inne części województwa wielkopolskiego. Wnioskowanie na podstawie cen jednostkowych i wyjaśnień dla jednej z części zamówienia, odnośnie innych części zamówienia jest błędne i nie powinno zostać uznane za wystarczający dowód dla uzasadnienia odwołania.

Następnie należy zauważyć, że porównanie, jakiego dokonuje Odwołujący w celu udowodnienia, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę to zestawienie nie zawierające żadnych obiektywnych danych. Jest to po prostu zestawienie cen Konsorcjum dla danych pozycji kosztorysowych z cenami Odwołującego dla tych pozycji. Stwierdzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tylko dlatego, że jest tańsza od oferty Odwołującego w wykazanych pozycjach nie zawiera obiektywnej wartości, jest tylko subiektywną opinią Odwołującego.

Ponadto przesłanki wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny są określone w art. 224 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Ustęp pierwszy wskazanego artykułu formułuje dwie: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia” lub „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, Są one łącznie faktycznie wystarczające dla wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny. Również w przypadku jak wskazano w ust. 2 przywołanego artykułu „gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (...)” dokonuje się badania rażąco niskiej ceny. Dla Części 2 cena oferty Konsorcjum jest

niższa o niecałe 21% od wartości zamówienia powiększonej należny podatek od towarów i usług, oraz o 11,5% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla danej części zamówienia. Dla Części 3 cena oferty Konsorcjum jest niższa o 22% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oraz o niecałe 13% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla danej części zamówienia. Skoro więc w niniejszej sytuacji przekroczenie wskazanego w ustawie progu nie zachodzi, należy badać wyłącznie istnienie przesłanek z art. 224 ust. 1. ustawy Pzp i dopiero w momencie stwierdzenia zaistnienia takich przesłanek można mówić o powinności zamawiającego do działania. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że cena lub części składowe ceny wydają się rażąco niskie, nie było też czynników budzących wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Przesłanki prowadzenia procedury badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny zostały określone w art. 224 ustawy Pzp, a w okolicznościach niniejszej sprawy, jak Zamawiający wykazał, przesłanki te nie wystąpiły.

Podsumowanie:

Biorąc po uwagę całokształt okoliczności sprawy Zamawiający uważa że postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 8, art. 224 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2) ustawy Pzp są bezzasadne. Natomiast naruszenie przepisów art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zostało przez Zamawiającego naprawione.

Wszystkie czynności Zamawiającego przeprowadzone w postępowaniu zostały wykonane zgodnie z zachowaniem uczciwej konkurencji z zapewnieniem równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający prowadzi postępowanie zgodnie z prawem i w jego granicach, a także z należyłą starannością. Jeżeli istnieją omyłki w procedurze, wynikające ze zwykłych ludzkich pomyłek, Zamawiający spiesz się skorygować.

W związku z powyższym odwołanie należy oddalić, w części która wyżej została wskazana przez Zamawiającego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Stanowisko Przystępującego z dnia 7 września 2021r.

Działając w imieniu Przystępującego (pełnomocnictwo w aktach sprawy), podtrzymujemy dotychczasowe stanowisko i, jak w przystąpieniu, wnosimy o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadnienie

Ad. Zarzuty naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm., dalej: zwanej „Ustawą”) w zakresie części 2 i 3

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego potwierdzenia przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2 pkt 4 ppkt b SWZ, Przystępujący wskazuje, że w dn. 28.07.2021 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3, przychylając się w tym względzie do wniosku Odwołującego. Jednocześnie, Zamawiający wystosował do Przystępującego odpowiednie wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia przez niego spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu. Przystępujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, uzupełniając prawidłowe podmiotowe środki dowodowe w wyznaczonym terminie, tym samym potwierdzając spełnienie warunków udziału w zakresie dysponowania odpowiednią ilością osób kierujących ruchem dla części 2 i 3 zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dn. 19.08.2021 r. wskazał na powyższe okoliczności, oświadczając dodatkowo, iż w zakresie powyższych zarzutów, uznał odwołanie za zasadne co potwierdził przeprowadzonymi czynnościami.

Przystępujący stoi na stanowisku, iż przedmiotowe zarzuty nie uwzględniają stanu rzeczy zaistniałego w toku Postępowania i z tego względu są nieaktualne. W związku z powyższym, odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Ad. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zakresie części 2 i 3

Niezależnie od powyższego, niezasadne są również zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferty Przystępującego w zakresie części 2 i 3 zamówienia zawierają rażąco niskie ceny jednostkowe dla istotnych części zadania obejmującego bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz i w Rejonie Kępno.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Odwołujący dąży do tego, aby Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Natomiast stan faktyczny sprawy jest taki, iż w odniesieniu do oferty Przystępującego nie występują przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Ponadto, art. 224 ust. 2 Ustawy stanowi, iż w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zasadniczo więc zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy:

cena, koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

gdy cena całkowita oferty danego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości wskazanych w art. 224 ust. 2 Ustawy.

Jeżeli chodzi o drugi z wyżej opisanych przypadków, to należy wskazać, że cena oferty Przystępującego nie wypełnia przesłanek do skierowania do niego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ:

w części 2 cena oferty Przystępującego jest:

niższa o 20,66% od ceny oferty Odwołującego, niższa o 11,54% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, niższa o 20,98% od budżetu Zamawiającego.

w części 3 cena oferty Przystępującego jest:

niższa o 22,95% od ceny oferty Odwołującego, niższa o 12,97% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, niższa o 22,03% od budżetu Zamawiającego.

Tym samym, Zamawiający nie jest zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 224 ust. 2 Ustawy w stosunku do Przystępującego.

Natomiast, w odniesieniu do wyjaśniania istotnych części składowych ceny, ustawodawca w art. 224 ust. 1 Ustawy nie określił tak szczegółowo progów wartości, poniżej których aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W związku z powyższym, jedyną dyrektywą, jaką powinien kierować się w tym względzie zamawiający jest jego własna ocena, czy istotne części składowe ceny wydają się mu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami. Innymi słowy, to od wyniku indywidualnej oceny zamawiającego zależy, czy występują podstawy do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Argument Odwołującego w tym względzie jest tym bardziej chybiony, że biorąc pod uwagę ceny jednostkowe Rotomat i odnosząc je do cen uśrednionych złożonych w niniejszym postępowaniu to zarówno w przypadku Rejonu 2 jak i 3 co najmniej kilkanaście pozycji w kosztorysie Odwołującego jest niższych o ponad 30% od cen średnich. W konsekwencji przyznanie racji Odwołującemu oznaczałoby w rzeczywistości konieczność odrzucenia oferty Rotomat jako niewłaściwie skalkulowanej z cenami rażąco niskimi (sic!).

Dowód: zestawienie cen Konsorcjum i Rotomat w odniesieniu do cen uśrednionych dla Części 2 i 3 postępowania

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dn. 19.08.2021 r. wynika jednoznacznie, iż ceny ofert Przystępującego, jak również wskazane istotne części składowe tych cen nie wzbudziły u niego żadnych wątpliwości co do prawidłowego ich skalkulowania. Jak stwierdził Zamawiający: „Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że cena lub części składowe ceny wydają się rażąco niskie, nie było też czynników budzących wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia” (s. 4 odpowiedzi na odwołanie).

Należy w tym miejscu podkreślić, że na zamawiającym nie spoczywa obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli nie stwierdzi on wystąpienia przesłanek wymienionych w art. 224 ust. 1 Ustawy. Tak stwierdziła również KIO m.in. w wyroku z dnia 17 marca 2021 r., KIO 477/21: „Jeżeli zamawiającemu zaferowane ceny lub ich istotne części składowe, nie wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i zaferowane ceny nie wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, to zamawiający nie jest niczym obowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych aktualnie art. 224 ust. 1 Ustawy — przyp. Przystępującego). Z doświadczenia życiowego wynika, że natykając się na tak wielką różnicę między ceną szacunkową zamawiającego oraz między samymi ofertami - zamawiający może nie wdrażać procedury wyjaśniania poziomu cen ofert zgodnie z omawianą normą” (teza Legalis 2570211).

Tym samym, w niniejszej sprawie, Zamawiający nie miał obowiązku skierowania do Przystępującego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, jeżeli w ocenie Odwołującego, wskazane przez niego istotne elementy składowe ceny ofert Przystępującego wydają się na tyle rażąco zaniżone lub budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami, że konieczne jest skierowanie stosownego wezwania w tym względzie do Przystępującego, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w argumentacji odwołania.

Przystępujący wskazuje, że zasadą w postępowaniu odwoławczym jest ponoszenie ciężaru dowodu przez tę stronę lub uczestnika postępowania, która z danego faktu chce wywodzić określone skutki prawne (art. 534 ust. 1 Ustawy). Zasada ta w praktyce wiąże się najczęściej z koniecznością udowodnienia swoich twierdzeń przede wszystkim przez odwołującego, który jest inicjatorem postępowania odwoławczego i to właśnie jego żądania nadają kierunek całemu postępowaniu.

Rozkładu ciężaru dowodu w niniejszej sprawie nie modyfikuje art. 537 Ustawy, który przewiduje specyficzne zasady w zakresie obowiązków dowodowych w przypadku, gdy postępowanie dotyczy oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zgodnie z tym przepisem, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wskazany przepis nie znajduje jednak zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ nie mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę, ani z ofertą wobec której występuje domniemanie rażącego zaniżenia ceny. Należy w tym miejscu wskazać, że art. 537 Ustawy jest ściśle skorelowany z art. 224 ust. 5 Ustawy, z którego wynika, iż to na wykonawcy, w stosunku do którego zostało wystosowane wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, spoczywa obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub istotnej części składowej ceny lub kosztu. W doktrynie i orzecznictwie wykształcił się pogląd, iż skierowanie przez zamawiającego wezwania do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy, statuuje swoiste „domniemanie” wystąpienia rażąco niskiej ceny (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., KIO 1856/20). Jeżeli wykonawca pragnie uniknąć odrzucenia swojej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, powinien podjąć stosowne działania w celu wzruszenia tego domniemania, poprzez przedstawienie odpowiednich wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Przystępujący stoi na stanowisku, iż skoro w niniejszej sprawie, Zamawiający nie stwierdził wystąpienia przesłanek zastosowania art. 224 ust. 1 Ustawy względem jego oferty i tym samym nie wystosował wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w związku z tym, nie występuje w niniejszej sprawie domniemanie rażącego zaniżenia cen ofert Przystępującego i jednocześnie nie dochodzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 537 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Przystępującego, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, iż w stosunku do ofert Przystępującego występują przesłanki zastosowania art. 224 ust. 1 Ustawy. Prawidłowość oceny Przystępującego potwierdza wyrok KIO z dnia 1 marca 2021 r., KIO 261/21: „Wobec brzmienia ww. przepisu dla stwierdzenia, że Zamawiający winien był wezwać Przystępującego do wyjaśnień, koniecznym było wykazanie ziszczenia się określonych w nim przesłanek. Odwołujący powinien udowodnić lub choćby uprawdopodobnić, że zaoferowana cena nie daje gwarancji realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ lub przepisami prawa. Odwołujący nie wykazywał, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia. Odwołujący nie wskazał, jak brak dysponowania licencją, dostępem do kodu źródłowego wpływa na cenę oferty.

Zaznaczyć należy, że dopiero po powzięciu przez Zamawiającego takich wątpliwości i wystosowaniu wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, następuje odwrócenie ciężaru dowodu (art. 537 pkt 1 PrZamPubl) i aktualizuje się obowiązek wykazania realności ceny przez Przystępującego. Jak Izba wskazała powyżej, Przystępujący udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w zakresie uwzględnienia kosztów integracji w cenie oferty, Odwołujący powinien był zatem skutecznie podważyć tę odpowiedź bądź też wskazać na inne okoliczności uzasadniające powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny o których mowa w art. 90 ust. 1 ZamPubl/U (aktualnie art. 224 ust. 1 Ustawy — przyp. Przystępującego), czego nie uczynił”.

Podobnie stwierdziła Izba w wyroku z dn. 2 lutego 2021 r., KIO 3462/20 : „Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ZamPublJ nie zwalnia Odwołującego z ciężaru dowodowego. Wymaga podkreślenia, że przepisy ZamPublJ posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do «wątpliwości zamawiającego», czy wskazują, że «cena wydaje się rażąco niska». Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. Odwołujący 1 nie wskazał zaś żadnych dodatkowych, czy innych obiektywnych okoliczności faktycznych. (vide: wyrok Izby z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1935/19). Odwołujący 1 nie jest zwolniony z obowiązku dowiedzenia też w zakresie zarzutów odwołania, tylko dlatego, że to Zamawiający w trybie art. 90 ZamPublU faktycznie art. 224 ust. 1 Ustawy — przyp. Przystępującego) ma przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Jeżeli Odwołujący 1 uważa, że takie postępowanie winno być przeprowadzone, to w tym zakresie powinien przeprowadzić rzeczową argumentację, której zabrakło. Nie jest w ocenie Izby wystarczające jedynie proste wskazanie, że do podanych kwot D. winien doliczyć odpowiednią marżę, dającą możliwość osiągnięcia zysku. Nie przytoczono, choćby fragmentarycznie, istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowych wymogów dotyczących realizacji tego zamówienia i nie wskazano w jaki sposób przekładają się one na koszty realizacji zamówienia. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). (...). Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący 1 nie wykazał, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ZamPublU aktualnie art. 224 ust. 1 i art. 16 Ustawy — przyp. Przystępującego”.

Tym samym, na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia, że wskazane istotne części składowe cen ofert Przystępującego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami.

Analiza odwołania wskazuje, iż Odwołujący nie sprostął temu zadaniu.

Po pierwsze, należy wątpić, czy rzeczywiście mamy do czynienia z zaniżeniem istotnych elementów składowych ceny. Warto zwrócić uwagę, że Odwołujący stwierdził rozbieżności w cenach w zakresie części 2 w odniesieniu do 15 z 74 wszystkich pozycji kosztorysu, a w części 3 tylko do 7 ze wszystkich 44 pozycji. Jednocześnie, niektóre z tych pozycji są obmiarowo drobne, albo różnice w cenach w przypadku niektórych z nich nie są znaczące, w związku z tym nie można stwierdzić, iż mamy do czynienia z zaniżeniem istotnych elementów składowych ceny.

Po drugie, na co również zwrócił uwagę Zamawiający, jedyna argumentacja, o którą opiera swoje twierdzenia Odwołujący, to procentowe zestawienie poszczególnych pozycji cenowych zaproponowanych przez Odwołującego i Przystępującego w Postępowaniu. Należy w tym miejscu wskazać, że po pierwsze, samo procentowe porównanie poszczególnych cen jednostkowych nie obrazuje w żaden sposób prawidłowości, czy też nieprawidłowości w dokonaniu ich kalkulacji. Po drugie, nie można uznać, że ceny jednostkowe Odwołującego są referencyjnymi w stosunku do cen

jednostkowych zaproponowanych przez Przystępującego i poprzez ich proste porównanie można przesądzić o ich realności, bądź rynkowości. Odwołujący pominał zupełnie fakt, iż ceny jednostkowe oraz ceny ofert każdy z wykonawców kalkuluje uwzględniając indywidualne czynniki i to one w głównej mierze decydują o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco zaniżoną, czy też nie. W związku z powyższym, gdyby Odwołujący chciał skutecznie kwestionować ceny jednostkowe Przystępującego, winien był wykazać, że Przystępujący nie działa w warunkach na tyle korzystnych, które pozwalałyby mu na obliczenie cen na niższym, niż Odwołujący poziomie. Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny i jego argumentowania wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r., KIO 66/20, gdzie skład orzekający stwierdził, iż: „Zauważyć należy, że Odwołujący zarzucał rażąco niską cenę oferty Przystępującego w porównaniu do cen rynkowych, które Odwołujący określił na podstawie kosztów ponoszonych przez jego firmę przy realizacji podobnych prac. Odwołujący wskazywał na różnicę w cenie oferty Przystępującego i Odwołującego, która nie może stanowić dowodu na rażąco niską cenę innego wykonawcy. Zarzut bowiem rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnych warunków dostępnych danemu wykonawcy, oferującemu określoną cenę i oceniać w oparciu o indywidualną sytuację tego wykonawcy”

Ostatecznie również błędna jest argumentacja Odwołującego, który próbuje wywodzić rażące zaniżenie cen jednostkowych w zakresie części 2 i 3 zamówienia bazując na jednej pozycji cenowej (Wymianę dylatacji bitumicznej wraz z materiałem) zaproponowanej przez Przystępującego w ramach części 6.

Na podstawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w odniesieniu do części 6, Odwołujący stwierdził, iż: „koszty robocizny, materiałów i sprzętu dwukrotnie przewyższają wartość jaką zaoferowało Konsorcjum w części 2 i 3 dla tego samego zakresu prac”. Idąc dalej, Odwołujący w uzasadnieniu wskazuje, że podstawą wartości z wyceny Przystępującego przyjętej w ramach części 6 do cen jednostkowych w części 2 i 3 i na podstawie tak dokonanych wyliczeń uznał, że „Powyższe potwierdza, iż cena Konsorcjum za tę część zamówienia jest niższa o 30% od kosztów jej wykonania” oraz „W ocenie Odwołującego nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające tak znaczne obniżenie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia w kontekście tych samych zakresów prac. W odniesieniu do części 3 zamówienia Odwołujący stwierdza, iż po podstawieniu cen jednostkowych z części 6 oferty Konsorcjum, cena za część 3 zamówienia w zakresie robót konserwacyjnych została zaniżona o około 300 000 PLN poniżej kosztów wykonania tych pozycji czyli jest niższa o około 35% od kosztów jej wykonania”.

Uzasadnienie podniesionego zarzutu w tym zakresie jest zupełnie błędne i pozbawione podstaw, a nade wszystko niezwykle ogólnikowe. Przede wszystkim, Odwołujący w żaden sposób nie próbuje udowodnić, ani nawet uprawdopodobnić, że pomiędzy częściami 2, 3 i 6 nie występują różnice, które uzasadniałyby odmienną kalkulację cen jednostkowych. Jedynie ogranicza się do stwierdzenia, że „nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające tak znaczne obniżenie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia”. Po drugie, Odwołujący błędnie założył, iż prace realizowane w ramach poszczególnych części zamówienia powinny być kalkulowane w sposób identyczny. Należy zaznaczyć, że niniejsze zamówienie zostało podzielone terytorialnie (na rejon), co w przypadku robót konserwacyjnych i prac polegających na bieżącym utrzymaniu obiektów inżynierskich ma znaczenie dla ustalenia poziomu kosztów. Przystępujący dokonywał kalkulacji uwzględniając czynniki właściwe dla danej części zamówienia, biorąc pod uwagę rzeczywiste koszty ich realizacji, co, należy podkreślić, w żaden sposób nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

Ponadto proces kształtowania cen jest różny dla każdego rejonu i uzależniony od obiektywnych kryteriów i czynników. W przypadku oferty Przystępującego, przed przystąpieniem do wyceny i kalkulacji ceny ofertowej, przedstawiciel wykonawcy - w osobie kierownika robót objechał poszczególne obiekty i ocenił ich stan, przewidywany nakład pracy oraz oszacował ewentualne koszty logistyki sprzętu. Analizując ceny jednostkowe przedstawione dla części 6 należy podkreślić, iż gros wyspecyfikowanych kosztów to konieczność dojazdu pracowników konserwujących z innych rejonów jak również koszty lokalnego wynajmu sprzętu tj. koparek, koparko — ładowarek oraz podnośnika. W przypadku rejonu 2 i 3 te koszty kształtują się inaczej gdyż zakładają wykorzystanie zasobów własnych.

Kolejnym aspektem uzasadniającym różnice w cenach jest właśnie wzięcie pod uwagę faktu wykonywania pracy samodzielnie czy też poprzez podwykonawców. Firma Rotomat jest w większości jedynie pośrednikiem w oferowanych usługach. W przeciwieństwie do Konsorcjum, w formularzu ofertowym, wskazała, że praktycznie w pełnym zakresie przedmiotowym (czyli zarówno w części utrzymaniowej jak i konserwatorskiej) zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom. Już samo to decyduje o tym, że oferta Odwołującego musi być droższa. Szczęólnego podkreślenia wymaga, iż zarówno w estetyce jak i konserwacji obiektów Odwołujący polega na firmach podwykonawczych, co od razu powoduje wzrost kosztów o ponad 45% w stosunku do kosztów ponoszonych w ramach własnej firmy (czyli tak jak zamierza realizować zamówienie Przystępujący). Dużo precyzyjniejszym byłoby w tym przypadku porównywanie cen podwykonawców firmy Rotomat do cennika firmy Spectare. Jednak takiego cennika firma Rotomat nie przedstawiła z wiadomych względów.

A zatem - w przypadku części rejonów Przystępujący będzie polegał tylko na swoich zasobach, zlokalizowanych już w ramach danego rejonu. Dla części rejonów natomiast zlokalizowanie tam swoich pracowników nie ma uzasadnienia biznesowego. Należy przy tym zaznaczyć, że w przypadku rejonu Kępno jedynie 35% kosztów mogło wynikać z estetyki a przeszło 65% z prac konserwacyjnych. W takim przypadku uzasadnione jest lokalizowanie pracowników mających kompetencje zarówno w pracach utrzymaniowych jak i konserwacyjnych w jednym miejscu, co dodatkowo obniża koszty realizacji zamówienia w tej części. Dla innych rejonów takiego uzasadnienia nie ma. Stąd wyższe koszty pracownicze i sprzętu, m.in. w części 6.

Tym samym, argumentacja Odwołującego nie uzasadnia podniesionych przez niego zarzutów, ani żądań. Jak wynika z oceny Zamawiającego, w stosunku do oferty Przystępującego nie występują przesłanki określone w art. 224 ust. 1 Ustawy.

W konsekwencji, niezasadny jest również zarzut dalej idący, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, ponieważ oba wskazane przepisy aktualizują się dopiero wówczas, gdy zamawiający wystosuje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś wykonawca albo nie udzieli wyjaśnień w terminie, albo złoży wyjaśnienia ogólnikowe, albo jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skoro Zamawiający w niniejszej sprawie nie miał jeszcze podstaw do wzywania Przystępującego na podstawie

art. 224 ust. 1 Ustawy, to żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy jest nie tylko przedwczesne, ale i bezpodstawne. Mając na uwadze powyższe, przystępujący wnosi jak we wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotem zamówienia, w którym wniesiono odwołanie jest bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddział w Poznaniu, podzielone na 6 części zamówienia.

Odwołanie dotyczy dwóch części — część 2 obejmująca bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz oraz część 3 obejmująca bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kępno. Zamawiający nadał postępowaniu numer: O.PO.D-3.2412.06.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych rok: 2021 Nr pozycji: 00027616/01.

Na posiedzeniu Izby nie zgłoszono wniosków co do nieskuteczności jak i opozycji, co do przystąpienia po stronie zamawiającego. Izba dopuściła do udziału w sprawie zgłaszającego po stronie zamawiającego/wykonawcę wybranego.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, jak również nie zgłoszono takiego wniosku na posiedzeniu. Termin na wniesienie odwołania - Odwołujący otrzymał informację o czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum w dniu 16.07.2021 r. stąd też 5 dniowy termin na złożenie odwołania upływał w dniu 21.07.2021 r.

Interes odwołującego do wniesienia odwołania w myśl art. 505 ust. 1 nowej ustawy PZP Naruszenie przez zamawiającego przywołanych w petitum niniejszego odwołania przepisów ustawy PZP spowodowało, iż oferta konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza dla części 2 i części 3 zamówienia w sytuacji w której to oferta odwołującego gdyby nie zaniechania ze strony zamawiającego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert zarówno dla części 2 jak też części 3 zamówienia. W związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący został narażony na poniesienie kosztów związanych ze złożeniem ofert oraz utratą możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia dla dwóch części, a w konsekwencji osiągnięcia spodziewanych zysków oraz doświadczenia przy realizacji przedmiotowych robót. Tym samym Izba stwierdza interes prawny odwołującego do wniesienia odwołania.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 i 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa PZP”).

Odwołanie dotyczy czynności i zaniechania czynności:

1. wyboru dla części 2 obejmującej bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę wybranego/ przystępującego po stronie zamawiającego/przystępującego/ konsorcjum pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
2. również czynności wyboru dla części 3 obejmującej bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kępno jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę co do istotnych części składowych zamówienia oraz z uwagi, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując naruszenia ustawy PZP dla obydwu części Rejon Kalisz (2) i Rejon Kępno (3) sprowadzają się do dwóch zbieżnych stanów to jest nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do osób przeznaczonych do kierowania ruchem to jest pierwszy zarzut oraz drugi do zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na istotne elementy zamówienia.

Odwołujący składając odwołanie zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP przez uznanie, iż oferta konsorcjum dla części 2 zamówienia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;
2. art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ) dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym przez wskazanie innych osób niż te wykazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, że osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 3 zamówienia co jest sprzeczne z SWZ;
3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP przez uznanie, iż oferta Konsorcjum dla części 3 zamówienia spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym;
4. art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie części 3 zamówienia do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 8.2 pkt. 4 ppkt. b SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. 3 osób do kierowania ruchem posiadających aktualne szkolenia w zakresie kierowania ruchem drogowym przez wskazanie innych osób niż te wskazane w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (formularz 3.5) z uwagi, iż osoby te zostały już wskazane do pełnienia tożsamyh funkcji w części 1 i części 3 zamówienia co jest sprzeczne z wymaganiami SWZ;
5. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 2 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum

w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez konsorcjum;

6. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów tj. istotnych części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

7. art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum dla części 3 z racji rażąco niskiej ceny (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh elementów, tj. istotnych części składowych co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum;

8. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum w zakresie oferty złożonej dla części 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania ceny dotyczącej istotnych części składowych oferty, pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji tj. istotnych części składowych co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

9. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy PZP przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i ustawie PZP.

Podsumowując Izba stwierdza, po pierwsze, jak już powyżej zaznaczono, że odwołujący kwestionuje czynności zamawiającego do części 2 i części 3, czyli rejonów Kalisz i Kępno, gdzie zamawiający, w ocenie odwołującego dopuścił się nieprawidłowości w badaniu i ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nieprawidłowość dotyczy dysponowania trzyosobowymi zespołami osób wyznaczonymi do kierowania ruchem, a to przez użycie tych samych osób we wszystkich wskazanych częściach zamówienia, na które konsorcjum złożyło oferty. Natomiast wymóg SWZ już na etapie składania ofert wymagał aby trzyosobowe zespoły, jeżeli wykonawca składa oferty na więcej niż jedną część, dysponował na każdą część odrębną grupą osób do każdej części zamówienia.

Zarzut odwołującego w tym zakresie okazał się uprawniony, a co potwierdza stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie (powyżej w uzasadnieniu), w którym zamawiający ten zarzut uznał i unieważnił z tego powodu wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum. Swoje stanowisko zamawiający skwitował w odpowiedzi na odwołanie następująco:

1. Odnosnie zarzutów dotyczących braku spełniania przez ofertę Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu odnośnie osób do kierowania ruchem.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty dla Części 2 oraz Części 3 postępowania dnia 28.07.2021r. Zostały też wystosowane pisma do Konsorcjum wzywające do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie osób kierujących ruchem. Konsorcjum dla Części 2 i Części 3 złożyło w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dokumenty potwierdzające posiadanie osób kierujących ruchem, zgodnie z zapisami SWZ. Wszystkie wymienione powyżej dokumenty znajdują się w załączeniu do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. W związku z powyższym staje się nieaktualny zarzut Odwołującego, dotyczący braku spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego personelu (w ilości trzech osób kierujących ruchem dla każdej z części zamówienia). W związku z tym, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części 2 i Części 3, oraz wykonał ponowne badanie i ocenę ofert, uznaje Odwołanie w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba rozstrzygając zawisły spór orzekła w przedmiocie zarzutu dysponowania osobami do kierowania ruchem o umorzeniu postępowania, z uwagi na uznanie zarzutu przez zamawiającego i nie zgłoszenie w tym zakresie sprzeciwu przez przystępującego na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego po stronie zamawiającego.

Natomiast drugi zarzut odwołania, dotyczący nie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny to jest istotnych elementów zadania, Izba rozpoznała na rozprawie.

Odwołujący już w odwołaniu jak i na rozprawie przedstawił szereg tabel obrazujących różnice cenowe wybranych elementów wynagrodzenia, powołując się na ich istotność. Zestawienia porównawcze dotyczyły oferty odwołującego, przystępującego zarówno w części 2 i 3 zamówienia, ale również części 6 zamówienia oferty przystępującego. W ocenie odwołującego znaczące różnice cenowe wskazują na rażące zaniżenie istotnych elementów kosztotwórczych zamówienia w ofercie przystępującego/wykonawcy wybranego, a w szczególności w zakresie kosztotwórczej dylatacji bitumicznej. Zasadniczym też argumentem odwołującego był fakt, że wycena przystępującego w części 6 zamówienia znacznie odbiega od tożsamyh elementów wyceny zadania w części 2 i 3 zamówienia w ofercie przystępującego, jest znacznie wyższa od wyceny w częściach drugiej i trzeciej. Już ten sam fakt świadczy zdaniem odwołującego, że elementy cenowe w części 2 i 3 oferty przystępującego zostały zaniżone, a zamawiający w związku z tym powinien wezwać do wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny przystępującego/wykonawcę wybranego. Izba ustaliła, czego zresztą nie kwestionował odwołujący, że nie nastąpiło ustawowe przekroczenie różnic cenowych poziomu 30 % czy to do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek vat, czy to do średniej arytmetycznej złożonych ofert. Stanowiska odwołującego, to jest co do żądania wezwania do wyjaśnień przystępującego, nie podzielił zarówno zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie/wykonawca wybrany. Przystępujący na posiedzeniu złożył oprócz stanowiska merytorycznego (pismo powyżej w uzasadnieniu), także tabele porównawcze wskazujące również na

zaniżenie z kolei innych elementów wynagrodzenia w ofercie odwołującego, które znacząco odbiegają poniżej wyceny przystępującego, a co idąc tokiem argumentacji odwołującego świadczyć może z kolei o zaniżeniu cenowym elementów wyceny w ofercie odwołującego. Przede wszystkim w ocenie przystępującego, odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu co do podniesionych zarzutów, które jego obciążają w związku z sytuacją, że zamawiający nie znajduje podstaw do wyjaśnień ceny przez przystępującego, ponieważ nie ma wątpliwości co do prawidłowej wyceny, jak i z powodu braku obiektywnych przesłanek do wezwania przystępującego. Przede wszystkim przystępujący wywodził, że proste porównanie wyceny poszczególnych elementów zadania w częściach 2 i 3 zamówienia, jak również części 6 zamówienia, nie daje podstaw do wniosku odwołującego o zaniżeniu cen w ofercie przystępującego. Bowiem przepis ustawy PZP wymaga wykazania, że oferowana cena nie gwarantuje wykonania zadania w tym zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Natomiast różnice cenowe między poszczególnymi ofertami wynikają z wielu powodów i tak warunków działania wykonawcy technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych, czy finansowych, a przez to organizacji wykonywania zamówienia, sposobu dysponowania osobami wykonującymi prace, dysponowania sprzętem, który może być wynajęty albo może stanowić własność wykonawcy, dostępu do materiałów, czy też odległości bazy wykonawcy od miejsca świadczenia pracy. Wszystko to są czynniki mające wpływ na warunki wykonywania zamówienia, które w efekcie rodzą różne koszty po stronie wykonawców, na to samo zadanie. Natomiast ograniczenie się do porównania efektu końcowego jakim jest cena i porównanie jej z ceną oferty odwołującego i przystępującego, czy też ofertą przystępującego w różnych częściach zamówienia, nie może stanowić dowodu na zaniżenie którejkolwiek z nich. Reasumując stanowisko przystępującego sprowadza się do twierdzenia, że proste porównanie elementów wyceny w ofercie odwołującego z wyceną przystępującego, również cenami przystępującego w innych częściach zamówienia (6 część zamówienia), nie może rodzić obowiązku po stronie zamawiającego wezwania do wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny, do momentu nie osiągnięcia pułapu różnicy cen na poziomie 30 procent.

Podsumowując Izba podzieliła argumentację przystępującego w zakresie nie podolania obowiązkowi dowodowemu odwołującego co do wykazania, że oferowane ceny przystępującego uniemożliwiają wykonanie zadania w tym z wymogami zamawiającego, w sytuacji gdy obowiązek dowodowy obciąża odwołującego, a nie przystępującego, czy też zamawiającego.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przystępującego, przedstawioną powyżej w niniejszym uzasadnieniu (pismo z 7 września 2021r.), w szczególności jak poniżej.

„Ad. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zakresie części 2 i 3

Niezależnie od powyższego, niezasadne są również zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferty Przystępującego w zakresie części 2 i 3 zamówienia zawierają rażąco niskie ceny jednostkowe dla istotnych części zadania obejmującego bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich w Rejonie Kalisz i w Rejonie Kępno.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Odwołujący dąży do tego, aby Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Natomiast stan faktyczny sprawy jest taki, iż w odniesieniu do oferty Przystępującego nie występują przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Ponadto, art. 224 ust. 2 Ustawy stanowi, iż w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zasadniczo więc zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy:

cena, koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, gdy cena całkowita oferty danego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości wskazanych w art. 224 ust. 2 Ustawy.

Jeżeli chodzi o drugi z wyżej opisanych przypadków, to należy wskazać, że cena oferty Przystępującego nie wypełnia przesłanek do skierowania do niego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ:

w części 2 cena oferty Przystępującego jest:

niższa o 20,66% od ceny oferty Odwołującego, niższa o 11,54% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, niższa o 20,98% od budżetu Zamawiającego.

w części 3 cena oferty Przystępującego jest:

niższa o 22,95% od ceny oferty Odwołującego, niższa o 12,97% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, niższa o 22,03% od budżetu Zamawiającego.

Tym samym, Zamawiający nie jest zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 224 ust. 2 Ustawy w stosunku do Przystępującego.

Natomiast, w odniesieniu do wyjaśniania istotnych części składowych ceny, ustawodawca w art. 224 ust. 1 Ustawy nie określił tak szczegółowo progów wartości, poniżej których aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W związku z powyższym, jedyną dyrektywą, jaką powinien kierować się w tym względzie zamawiający jest jego własna ocena, czy istotne części składowe ceny wydają się mu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami. Innymi słowy, to od wyniku indywidualnej oceny zamawiającego zależy, czy występują podstawy do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dowód: zestawienie cen Konsorcjum i Rotomat w odniesieniu do cen uśrednionych dla Części 2 i 3 postępowania

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dn. 19.08.2021 r. wynika jednoznacznie, iż ceny ofert Przystępującego, jak również wskazane istotne części składowe tych cen nie wzbudziły u niego żadnych wątpliwości co do prawidłowego ich skalkulowania. Jak stwierdził Zamawiający: „Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że cena lub części składowe ceny wydają się rażąco niskie, nie było też czynników budzących wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia” (s. 4 odpowiedzi na odwołanie).

Tym samym, w niniejszej sprawie, Zamawiający nie miał obowiązku skierowania do Przystępującego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący wskazuje, że zasadą w postępowaniu odwoławczym jest ponoszenie ciężaru dowodu przez tę stronę lub uczestnika postępowania, która z danego faktu chce wywodzić określone skutki prawne (art. 534 ust. 1 Ustawy).

Rozkładu ciężaru dowodu w niniejszej sprawie nie modyfikuje art. 537 Ustawy, który przewiduje specyficzne zasady w zakresie obowiązków dowodowych w przypadku, gdy postępowanie dotyczy oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zgodnie z tym przepisem, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wskazany przepis nie znajduje jednak zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ nie mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę, ani z ofertą wobec której występuje domniemanie rażącego zaniżenia ceny. Należy w tym miejscu wskazać, że art. 537 Ustawy jest ściśle skorelowany z art. 224 ust. 5 Ustawy, z którego wynika, iż to na wykonawcy, w stosunku do którego zostało wystosowane wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, spoczywa obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub istotnej części składowej ceny lub kosztu. Przystępujący stoi na stanowisku, iż skoro w niniejszej sprawie, Zamawiający nie stwierdził wystąpienia przesłanek zastosowania art. 224 ust. 1 Ustawy względem jego oferty i tym samym nie wystosował wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w związku z tym, nie występuje w niniejszej sprawie domniemanie rażącego zaniżenia cen ofert Przystępującego i jednocześnie nie dochodzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 537 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Przystępującego, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, iż w stosunku do ofert Przystępującego występują przesłanki zastosowania art. 224 ust. 1 Ustawy.

Tym samym, na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia, że wskazane istotne części składowe cen ofert Przystępującego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami.

Po pierwsze, należy wątpić, czy rzeczywiście mamy do czynienia z zaniżeniem istotnych elementów składowych ceny. Warto zwrócić uwagę, że Odwołujący stwierdził rozbieżności w cenach w zakresie części 2 w odniesieniu do 15 z 74 wszystkich pozycji kosztorysu, a w części 3 tylko do 7 ze wszystkich 44 pozycji. Jednocześnie, niektóre z tych pozycji są obmiarowo drobne, albo różnice w cenach w przypadku niektórych z nich nie są znaczące, w związku z tym nie można stwierdzić, iż mamy do czynienia z zaniżeniem istotnych elementów składowych ceny.

Po drugie, na co również zwrócił uwagę Zamawiający, jedyna argumentacja, o którą opiera swoje twierdzenia Odwołujący, to procentowe zestawienie poszczególnych pozycji cenowych zaproponowanych przez Odwołującego i Przystępującego w Postępowaniu. Należy w tym miejscu wskazać, że po pierwsze, samo procentowe porównanie poszczególnych cen jednostkowych nie obrazuje w żaden sposób prawidłowości, czy też nieprawidłowości w dokonaniu ich kalkulacji. Po drugie, nie można uznać, że ceny jednostkowe Odwołującego są referencyjnymi w stosunku do cen jednostkowych zaproponowanych przez Przystępującego i poprzez ich proste porównanie można przesądzić o ich realności, bądź rynkowości. Odwołujący pominął zupełnie fakt, iż ceny jednostkowe oraz ceny ofert każdy z wykonawców kalkuluje uwzględniając indywidualne czynniki i to one w głównej mierze decydują o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco zaniżoną, czy też nie. W związku z powyższym, gdyby Odwołujący chciał skutecznie kwestionować ceny jednostkowe Przystępującego, winien był wykazać, że Przystępujący nie działa w warunkach na tyle korzystnych, które pozwalałyby mu na obliczenie cen na niższym, niż Odwołujący poziomie.

Zarzut bowiem rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnych warunków dostępnych danemu wykonawcy, oferującemu określoną cenę i oceniać w oparciu o indywidualną sytuację tego wykonawcy.

Ostatecznie również błędna jest argumentacja Odwołującego, który próbuje wywodzić rażące zaniżenie cen jednostkowych w zakresie części 2 i 3 zamówienia bazując na jednej pozycji cenowej (Wymianę dylatacji bitumicznej wraz z materiałem) zaproponowanej przez Przystępującego w ramach części 6.

Na podstawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w odniesieniu do części 6, Odwołujący stwierdził, iż: „koszty robocizny, materiałów i sprzętu dwukrotnie przewyższają wartość jaką zaoferowało Konsorcjum w części 2 i 3 dla tego samego zakresu prac”. Idąc dalej, Odwołujący w uzasadnieniu wskazuje, że podstawą wartości z wyceny Przystępującego przyjętej w ramach części 6 do cen jednostkowych w części 2 i 3 i na

podstawie tak dokonanych wyliczeń uznał, że „Powyższe potwierdza, iż cena Konsorcjum za tę część zamówienia jest niższa o 30% od kosztów jej wykonania” oraz „W ocenie Odwołującego nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające tak znaczne obniżenie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia w kontekście tych samych zakresów prac. W odniesieniu do części 3 zamówienia Odwołujący stwierdza, iż po podstawieniu cen jednostkowych z części 6 oferty Konsorcjum, cena za część 3 zamówienia w zakresie robót konserwacyjnych została zaniżona o około 300 000 PLN poniżej kosztów wykonania tych pozycji czyli jest niższa o około 35% od kosztów jej wykonania”.

Uzasadnienie podniesionego zarzutu w tym zakresie jest zupełnie błędne i pozbawione podstaw, a nade wszystko niezwykle ogólnikowe. Przede wszystkim, Odwołujący w żaden sposób nie próbuje udowodnić, ani nawet uprawdopodobnić, że pomiędzy częściami 2, 3 i 6 nie występują różnice, które uzasadniałyby odmienną kalkulację cen jednostkowych. Jedynie ogranicza się do stwierdzenia, że „nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające tak znaczne obniżenie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia”. Po drugie, Odwołujący błędnie założył, iż prace realizowane w ramach poszczególnych części zamówienia powinny być kalkulowane w sposób identyczny. Należy zaznaczyć, że niniejsze zamówienie zostało podzielone terytorialnie (na rejon), co w przypadku robót konserwacyjnych i prac polegających na bieżącym utrzymaniu obiektów inżynierskich ma znaczenie dla ustalenia poziomu kosztów. Przystępujący dokonywał kalkulacji uwzględniając czynniki właściwe dla danej części zamówienia, biorąc pod uwagę rzeczywiste koszty ich realizacji, co, należy podkreślić, w żaden sposób nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

Ponadto proces kształtowania cen jest różny dla każdego rejonu i uzależniony od obiektywnych kryteriów i czynników. W przypadku oferty Przystępującego, przed przystąpieniem do wyceny i kalkulacji ceny ofertowej, przedstawiciel wykonawcy - w osobie kierownika robót objechał poszczególne obiekty i ocenił ich stan, przewidywany nakład pracy oraz oszacował ewentualne koszty logistyki sprzętu. Analizując ceny jednostkowe przedstawione dla części 6 należy podkreślić, iż gros wyspecyfikowanych kosztów to konieczność dojazdu pracowników konserwujących z innych rejonów jak również koszty lokalnego wynajmu sprzętu tj. koparek, koparko — ładowarek oraz podnośnika. W przypadku rejonu 2 i 3 te koszty kształtują się inaczej gdyż zakładają wykorzystanie zasobów własnych.

A zatem - w przypadku części rejonów Przystępujący będzie polegał tylko na swoich zasobach, zlokalizowanych już w ramach danego rejonu. Dla części rejonów natomiast zlokalizowanie tam swoich pracowników nie ma uzasadnienia biznesowego. Należy przy tym zaznaczyć, że w przypadku rejonu Kępno jedynie 35% kosztów mogło wynikać z estetyki a przeszło 65% z prac konserwacyjnych. W takim przypadku uzasadnione jest lokalizowanie pracowników mających kompetencje zarówno w pracach utrzymaniowych jak i konserwacyjnych w jednym miejscu, co dodatkowo obniża koszty realizacji zamówienia w tej części. Dla innych rejonów takiego uzasadnienia nie ma. Stąd wyższe koszty pracownicze i sprzętu, m.in. w części 6.

Tym samym, argumentacja Odwołującego nie uzasadnia podniesionych przez niego zarzutów, ani żądań. Jak wynika z oceny Zamawiającego, w stosunku do oferty Przystępującego nie występują przesłanki określone w art. 224 ust. 1 Ustawy.

W konsekwencji, niezasadny jest również zarzut dalej idący, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, ponieważ oba wskazane przepisy aktualizują się dopiero wówczas, gdy zamawiający wystosuje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś wykonawca albo nie udzieli wyjaśnień w terminie, albo złoży wyjaśnienia ogólnikowe, albo jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skoro Zamawiający w niniejszej sprawie nie miał jeszcze podstaw do wzywania Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy, to żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy jest nie tylko przedwczesne, ale i bezpodstawne. Mając na uwadze powyższe, przystępujący wnosi jak we wstępie.”

Izba cytując powyżej fragmentarycznie argumentację i wyjaśnienia przystępującego zawartą w piśmie z dnia 7 września 2021r. (pismo powyżej w uzasadnieniu) w pełni ją podziela i przyjmuje za własną, a co przekłada się na stwierdzenie Izby, że odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Stąd odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych.

Przewodniczący:.....

.....

.....