

Sygn. akt KIO 3108/21

WYROK

z dnia 4 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Radex” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej w postępowaniu prowadzonym przez

Powiat Bielski z siedzibą w Bielsku-Białej przy udziale wykonawcy D.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Vejmal D.M. z siedzibą w Jaworzu zgłaszającego przystąpienie to postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Radex” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Radex” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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 (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 3108/21

Zamawiający - Powiat Bielski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację zadań związanych z zimowym utrzymaniem dróg powiatowych na terenie powiatu bielskiego w latach 2021-2024” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 158-418554. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Radex” Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej dla części I zamówienia oferty D.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Vejmal D.M., zwanej dalej „Przystępującym”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec przyjęcia wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny jednostkowej przyjętej w poz. 10 TER (tabeli elementów rozliczeniowych) „Utrzymanie chodników: praca ciągnika wraz z osprzętem o łącznej rzeczywistej masie całkowitej do 1500 kg - odśnieżanie”, podczas gdy wyjaśnienia te są nierzetelne, nie tłumaczą zaproponowanej ceny jednostkowej w kwocie 1 zł netto za m² utrzymania chodnika i jako takie wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniającymi podanej w ofercie ceny lub kosztu winny skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z ust. 6 art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec nieodrzczenia oferty Przystępującego, które jest obligatoryjne w razie, gdy ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec nieodrzczenia oferty Przystępującego, które jest obligatoryjne w razie, gdy ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaniżeniu cen jednostkowych za niektóre usługi składające się na przedmiot zamówienia znacznie poniżej kosztów ich wykonania,
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec nieodrzczenia oferty Przystępującego, które jest obligatoryjne w razie, gdy ta jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności w zakresie wymagań dotyczących zawartości oferty przetargowej określonych w punkcie VII specyfikacji warunków zamówienia pkt 1 lit. b w powiązaniu z treścią jej punktu XVI 1.4. Informacje dotyczące umowy, stanowiącej załącznik nr 9, tj. iż oferent zobowiązany jest do należytego obliczenia ceny jednostkowej ujętej w tabeli elementów rozliczeniowych TER, które to ceny będą stanowiły podstawę do rozliczenia usług, a zgodnie z umową ceny jednostkowe podane w TER mają zawierać wszystkie elementy kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, między innymi: robociznę, nadzór, nośnik sprzętu, naprawy sprzętu, montaż sprzętu na nośnikach, materiał, transport materiału, załadunek materiału do posyparki, paliwo - zgodnie z treścią projektu umowy na przedmiotowe zamówienie (§ 7 ust.2),
5. art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ pomimo wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednostkowej przez Przystępującego wyjaśnienia te nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zatem winny skutkować odrzuceniem tej oferty, wówczas oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą,
6. innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, odrzucenia oferty Przystępującego jak zawierającej rażąco niską cenę, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenie dowodu w sprawie z całości dokumentacji przetargowej,
3. uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego oraz o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisaną.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości cen jednostkowych zaoferowanych w ofertach Odwołującego i Przystępującego i wezwał do ich wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył wyjaśnienia, Zamawiający je przyjął i dokonał rozstrzygnięcia w ten sposób, iż zamówienie otrzyma właśnie ta firma. Odwołujący nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem postępowania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, zatem to Zamawiający jako profesjonalista winien umieć należycie ocenić fakt jej zaistnienia

w postępowaniu o zamówienie publiczne. Cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący, zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, miał dokonać rzetelnych wyliczeń w zakresie niskiej ceny jednostkowej przyjętej w poz. 10 TER, „Utrzymanie chodników: praca ciągnika wraz z osprzętem o łącznej rzeczywistej masie całkowitej do 1500

kg - odśnieżanie" w kwocie 1 zł netto za m². W swoim wyjaśnieniu Przystępujący nie wyjaśnił zawartości kosztów i zysku zawartych w kwocie 1 zł za m² jako cenie jednostkowej utrzymania chodnika, lecz dokonał obliczeń odnosząc się do godziny pracy ciągnika wymaganego przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienie jest nierzetelne, ponieważ nie odnosi się do ceny jednostkowej wymaganej w TER za ten zakres zamówienia i wyczerpuje tym samym dyspozycję art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z 22 września 2021 r. w żaden sposób nie odnoszą się do ceny jednostkowej wymaganej przez Zamawiającego w poz. 10 TER ani określonej w § 7 ust. 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia. Odnosi się do innej jednostki rozliczeniowej. Gdyby Zamawiający chciał rozliczać poszczególne składniki zamówienia w innej jednostce, to taką jednostkę by wskazał. Usługa utrzymania chodnika rozliczana jest za m² chodnika, a nie za godzinę pracy

sprzętu z pracownikiem.

Ponadto wyjaśnienie nie zawiera ceny piasku do utrzymania chodników wymaganego „Specyfikacją techniczną”. Jej punkt 3.15 definiuje „Utrzymanie chodnika - praca sprzętu polegająca na odśnieżaniu i posypaniu piaskiem.” W kalkulacji kosztów brak jest uwzględnienia także kosztów dojazdu z bazy na miejsce lub kosztu przerwania sprzętu. Odśnieżanie chodników (w TER wskazano 3500 m²) nie jest umiejscowione w ciągu jednej drogi, co przyjął do wyliczeń Przystępujący, lecz jest rozłożone na terenie całego zadania (4 gminy i miasto Szczyrk), którego łączna powierzchnia ma ok. 200 km², zatem trudno uznać, iż zostanie zlecone wykonanie usługi w tak dużym zakresie, jak to wylicza Przystępujący, jednorazowo. Chodzi także o cały sezon zimowego utrzymania dróg powiatowych. Dlatego istotne jest wyliczenie ceny jednostkowej dającej możliwość wykonania usługi także w marginalnym zakresie.

Dla poz. 11. TER o zakresie zbliżonym do poz. 10., tj. „Odśnieżanie parkingów, chodników, chodników na obiektach mostowych” Przystępujący zaoferował cenę jednostkową netto 10 zł za m², co jest już ceną nie noszącą znamion niskiej czy rażąco niskiej. Lektura TER oraz „Specyfikacji technicznej” pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż pozycja 10. TER jest pozycją droższą od poz. 11. TER, ponieważ nie wymaga użycia piasku do posypywania. Utrzymanie chodników jako usługa obejmuje odśnieżanie wskazanych odcinków, które z kolei jest zdefiniowane w pozycji 3.14 „Specyfikacji technicznej”: jest to usuwanie śniegu z jedni i poboczy drogi oraz obiektów towarzyszących, dopiero utrzymanie chodników, prócz odśnieżania, wymaga posypywania ich piaskiem. Wskazuje to wprost na to, iż pozycja 10. TER winna być droższą pozycją od pozycji 11. TER.

W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w TER. Zatem taki rodzaj ustalania wynagrodzenia wykonawcy co do zasady zobowiązuje Zamawiającego do badania

cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający wymaga podania cen jednostkowych i na ich podstawie obliczać będzie wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia, to wycena takich prac ma charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nadał cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie takich cen jednostkowych, określając ten model rozliczania prac zarówno we wzorze umowy jak i specyfikacji warunków zamówienia.

Nie może zatem Zamawiający przyjąć wyjaśnień w zakresie rozliczenia roboczogodziny, która nie jest wskazana jako model do określenia ceny jednostkowej na m² chodnika.

Wyjaśnienie Przystępującego powinno spowodować konsekwencje w postaci odrzucenia jej oferty na mocy art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnienia powinny być rzeczowe i konkretne, tak, by stanowiły podstawę do uzyskania przez Zamawiającego wiedzy w zakresie okoliczności właściwych danemu wykonawcy, w tym jakie oszczędności w ich wyniku wykonawca zyska. Ma to szczególne znaczenie, gdy Zamawiający ustalili rozliczenie zamówienia po cenach jednostkowych. Ceny jednostkowe dla Zamawiającego w realiach niniejszej sprawy są priorytetowe. Nie mogą ulec zmianie przez cały okres obowiązywania umowy, stanowią jedyny element kształtujący wynagrodzenie dla wykonawcy. Tymczasem Przystępujący nie wyjaśnia ceny jednostkowej, lecz dokonuje obliczeń matematycznych bez związku z tą ceną jednostkową. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, nawet gdyby Zamawiający się o nie zwrócił, byłoby niedopuszczalne, ponieważ prowadziłyby do zmiany pierwotnych wyjaśnień, ich przebudowy, zmiany znaczenia.

Skoro wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone na podstawie prac faktycznie wykonanych i cen jednostkowych wskazanych w TER, to obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie, czy w ramach zaproponowanych przez Przystępującego cen jednostkowych zakres wykonanych prac, w tym niezbędne materiały i koszty pracy ludzkiej, zostały uwzględnione w takich cenach jednostkowych. Z formularza TER jak i ze wzoru umowy wynika, że obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie w cenach jednostkowych wszelkich kosztów związanych z realizacją wycenianej części zamówienia. Cena globalna jest tylko maksymalną ceną wynikającą z cen jednostkowych przyjętych przez wykonawcę. Zaproponowana cena jednostkowa jest tak niska, że nie ma nic wspólnego z cenami rynkowymi, wątpliwa jest także opłacalność wykonania za nią usługi. Wykonawca musiałby dopłacać do jej wykonania, albo „przerzucać koszty” z innych usług, co w przedmiotowym postępowaniu jest niemożliwe, gdyż ma ono charakter zamówienia na usługi wywołaniowe. Ceny jednostkowe za przedmiotową usługę są nie tylko wyższe u Odwołującego, ale też u innego oferenta zainteresowanego postępowaniem w zakresie części II zamówienia.

Tabela elementów rozliczeniowych wskazuje na wyszczególnienie asortymentu usług. Z ich treści wynika, iż każda może być wykonana niezależnie od innych usług lub wcale, w zależności od potrzeb i wskazań Zamawiającego. Zatem każdy element stanowi odrębną usługę i wymaga odrębnej kalkulacji poprzez wskazanie wymaganych cen jednostkowych. „Specyfikacja techniczna” w punkcie 4. wskazuje, iż Zamawiający decyduje o doborze materiałów i ich ilości do zapobiegania śliskości. Natomiast jej punkt 7. określa zasady organizacji zimowego utrzymania dróg - nadzór i organizację robót prowadzi Zarząd Dróg Powiatowych, wykonawca nie może wykonać tej usługi ze wskazanego asortymentu w TER, której nie zleci Zarząd Dróg Powiatowych. Nie zostanie ona rozliczona finansowo. Lektura projektu umowy w sposób bezdyskusyjny wskazuje, że mamy do czynienia z wieloma usługami w ramach zamówienia, ich wykonanie jest zależne od woli i wskazań Zamawiającego, który będzie rozliczał je zgodnie z asortymentem wskazanym w TER i w oparciu o wynikające z niego ceny jednostkowe.

Działanie polegające na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym

przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zatem Zamawiający powinien był ofertę Przystępującego odrzucić w trybie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na treść złożonych wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu 1 zł za m² utrzymania chodnika. Wyjaśnienia nie uzasadniają zaproponowanej ceny jednostkowej, co winno skutkować odrzuceniem

oferty.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu dla części I zostały złożone 2 oferty: Odwołującego i Przystępującego. W związku z tym, iż niektóre ceny jednostkowe zaoficerowane w ofertach budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania prac zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, Zamawiający wezwał wykonawców do ich wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia. Zarówno wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, jak i wyjaśnienia Odwołującego zostały uznane przez komisję przetargową za wystarczające. Wykonawcy w swoich wyjaśnieniach dokonali szczegółowej analizy wskazanych cen jednostkowych, a dokonane przez nich wyliczenia stały się podstawą przyjęcia przez członków komisji przetargowej stanowiska, że zaoficerowane ceny jednostkowe nie są rażąco niskie i pozwalają na prawidłowe wykonanie zamówienia przy równoczesnym osiągnięciu zysku przez wykonawców.

Odwołujący w odwołaniu zarzuca Zamawiającemu brak należytej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie wyliczeń odnoszących się do ceny jednostkowej w poz.

10. TER, tj. wartości 1 zł netto za m² utrzymania chodnika (praca ciągnika wraz z osprzętem o łącznej rzeczywistej masie całkowitej do 1500 kg - odśnieżanie). Odwołujący zarzuca złożonym wyjaśnieniom brak bezpośredniego odniesienia się do jednostki miary w ww. poz.

10. TER, tj. m², uznając, że wyjaśnienia dotyczyły tylko godziny pracy ciągnika. Komisja przetargowa, po złożeniu przez Przystępującego wyjaśnień odnośnie wyceny poz. 10. TER, dokonała szczegółowej analizy, uwzględniając treść udzielonych wyjaśnień, jednak przede wszystkim mając na względzie jak najszerszą skalę oceny z punktu widzenia celu, jakim jest ustalenie możliwości wykonania danego asortymentu usług przy przyjęciu ceny jednostkowej zaoficerowanej przez wykonawcę, tj. 1 zł netto za m². Zauważono, że Przystępujący, dokonując wyliczeń, przyjął wyjątkowo niekorzystne warunki pracy (niemal nierealne i niespotykane w rzeczywistości), tzn. prędkość ciągnika 1 km/h. Według opinii jednego z członków komisji przetargowej - pracownika Zarządu Dróg Powiatowych zajmującego się od wielu lat kontrolowaniem i rozliczaniem usług zimowego utrzymania dróg, zazwyczaj prędkość ta wynosi ok. 5-7 km/h, co oznacza, że w ciągu godziny możliwe jest wykonanie nawet pięcio- czy siedmiokrotnie większej ilości m² utrzymania chodnika. Przyjmując jednak założenie Przystępującego i wskazany w wyjaśnieniach tok obliczeń, Zamawiający potwierdził ich wynik, tj. fakt, że w ciągu 1 godziny wykonana zostanie praca w zakresie 750 m² chodnika, odpowiadająca łącznej wartości 85,00 zł. W prostym matematycznym działaniu z powyższych obliczeń uzyskuje się koszt wykonania usługi dla 1 m²: 85,00 zł * 750 m² = ok. 0,11 zł/m². Komisja przetargowa, badając cenę wskazaną przez Przystępującego, przeanalizowała również koszt ewentualnego użycia piasku jako środka zwalczającego śliskość zimową, choć nie jest to czynność obowiązkowa w każdym przypadku wykonywania usługi odśnieżania. W szczególności przy ciągłych opadach śniegu nie stosuje się posypywania nawierzchni środkiem antypoślizgowym podczas każdego przejazdu sprzętem odśnieżającym. Dopiero po ustaniu opadu jest to czynność uzasadniona. W sytuacji, gdyby konieczne było użycie piasku jako materiału uszorstniającego, zgodnie z treścią ST przyjmuje się w ilościach od 50 do 150 g/m², co oznacza, że przy przyjęciu górnej granicy użycia materiału ceny piasku z oferty 60,00 zł netto/t, wartość za posypanie 1 m² chodnika nie przekroczy 0,01 zł netto (1000 kg = 60,00 zł, to cena 0,150 kg = 0,009 zł = ok. 0,01 zł). Zamawiający, analizując poprawność złożonych wyjaśnień, nie wziął pod uwagę przytoczonych w odwołaniu kosztów dojazdu z bazy na miejsce lub kosztów przerzutu sprzętu, jednakże biorąc pod uwagę niewielki, wręcz marginalny zakres tego asortymentu usług w przedmiotowym postępowaniu, a także wyliczony (po przyjęciu nierealnie niekorzystnego wariantu w aspekcie przyjętej prędkości roboczej) koszt 0,11 zł/m², w stosunku do zaoficerowanej w ofercie ceny 1 zł/m² i tak istnieje spory „zapas”, co dowodzi, że Przystępujący, kalkulując tę cenę jednostkową, nie starał się poruszać na granicy ryzyka finansowego.

KIO często podkreśla regułę wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą w momencie, gdy Zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania tej okoliczności. Aby sprostać

temu obowiązkowi wykonawca musi złożyć dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztów lub ich istotnych części składowych. Przy czym z uwagi na to, że ustawa nie zawiera katalogu dowodów, wykonawca ma dowolność w tym zakresie i powinien przedstawić każdy dowód, który może się okazać przydatny dla wykazania jego twierdzeń.

Biorąc pod uwagę obliczenie przez Przystępującego ceny jednostkowej na poziomie ok. 0,11 zł/m², przy założeniu niekorzystnych, mało prawdopodobnych warunków pracy (w których prędkość sprzętu odśnieżającego musiałaby wynosić 1 km/h), jak również rozważenie innych potencjalnych czynników mogących mieć wpływ na cenę w przypadku utrzymania chodników, Zamawiający uznał, że cena za 1 m² określona w ofercie Przystępującego nie ma znamion rażąco niskiej ceny, a niska wartość 1 zł, która początkowo wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, wynika wyłącznie z faktu, iż w rzeczywistości dotyczy bardzo małego zakresu prac (1 m² powierzchni do odśnieżenia, ewentualnie w przypadku takiej konieczności - dodatkowo posypania piaskiem).

Zamawiający wyjaśnił, że pozycja 10. TER została wprowadzona w celu umożliwienia

podjęcia odpowiednich działań w sytuacji, jeśli zajdzie taka potrzeba. Z wieloletniego doświadczenia Zamawiającego wynika, że potrzeba odśnieżania chodników zdarza się

niezwykle rzadko, gdyż w obowiązku utrzymania chodników przy drogach powiatowych Powiat Bielski jest wspierany przez gminy, odśnieżające chodniki na swoim terenie. Tylko

sporadycznie zdarza się, by zaistniała potrzeba dodatkowego podjęcia działań ze strony

Zamawiającego. Kontrolowanie całego obszaru dróg powiatowych wraz z przylegającymi

chodnikami oraz odpowiedzialność za utrzymanie odpowiednich standardów zimowego

utrzymania należy do obowiązków Zamawiającego, jednak w praktyce okazuje się, że

prowadzenie zimowego utrzymania ogranicza się do prac w rejonie nawierzchni jezdni. Na

przebiegu ostatnich 11 lat w ramach utrzymania chodników na terenie gmin objętych przedmiotowym zamówieniem wykonano te prace tylko jednokrotnie: w 2014 r. Odwołujący

jest doskonale zorientowany w powyższym temacie, gdyż ww. przypadki zaistniały właśnie

w ramach umów z nim zawartych. Powyższe okoliczności, tj. sporadyczne wykorzystywanie poz. 10. TER podczas realizacji zimowego utrzymania, było podstawą przyjęcia bardzo niewielkiej ilości dla tego asortymentu usług w TER (3500 m² na 1 sezon).

W związku z tak niewielką ilością, wartość łączna wyliczona dla tej pozycji TER nie stanowi wartości przesądzającej o cenie oferty. Niewielki zakres przyjęty przez Zamawiającego jako szacunkowy dla przedmiotowego zamówienia oznacza, że nawet gdyby przyjąć cenę jednostkową 10 zł/m² (jest to cena jednostkowa podana w ofercie Odwołującego), to wartość całej pozycji wzrosłaby o 34.020,00 zł brutto za 1 sezon. Oznacza to, że nawet przyjęcie dziesięciokrotnie wyższej ceny jednostkowej nie zmieniłoby znacząco wzajemnej relacji cenowej pomiędzy ofertą przetargową Odwołującego a ofertą Przystępującego, a zatem nie zmieniłoby rankingu ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w odwołaniu odnosi się do ceny jednostkowej określonej w poz. 11. TER, która została wyceniona przez Przystępującego na 10 zł/m². Jednak usługa, o której mowa w poz. 11. TER często wymaga pracy ręcznej z uwagi na brak możliwości użycia ciągnika, w szczególności na obiektach mostowych, gdzie z przyczyn powodowanych usytuowaniem zazwyczaj występują oblodzenia, które trzeba likwidować ręcznie. O powyższym fakcie wie Odwołujący jako doświadczony wykonawca, wykonujący w poprzednich latach usługi również na rzecz Zamawiającego. Dodatkowo użycie piasku podczas wykonywania prac objętych poz. 11. TER również staje się nieraz koniecznością.

Rozstrzygając kwestię sporną, tj. prawidłowość dokonania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są wystarczające, nawet w sytuacji pominięcia niektórych czynników cenotwórczych, o których wspomina Odwołujący. Nie ulega wątpliwości, że cena jednostkowa zaoferowana w poz. 10. TER oferty Przystępującego, budząc wstępnie wątpliwości Zamawiającego (co było spowodowane m.in. tym, że cena 1 zł kojarzona jest często z tzw. „symbolicznym ujęciem

ceny", tj. przyjęciem ceny nierealnej, dumpingowej), po rzetelnej analizie i uwzględnieniu, że dotyczy bardzo małej ilości jednostkowej usług, nie stanowi przypadku rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że wyjaśnienia były sporządzone nierzetelnie, Zamawiający podkreślił, że wprawdzie obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnienie wszelkich kosztów składających się na daną cenę jednostkową, to jednak do bezwzględnych obowiązków zamawiającego należy podjęcie ostatecznej decyzji w kwestii uznania prawidłowości treści ofert, w szczególności właściwego obliczenia ceny ofertowej.

Pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym dokonali szacowania tej pozycji na poziomie znacznie wyższym. Zdaniem Zamawiającego uzasadnieniem może być niewielka ilość tego asortymentu przyjęta przez Zamawiającego (a więc tym samym niewielki udział znaczeniowy tej pozycji w skali wyceny całości usług), jak również wspomniane już złudzenie, że cena jednostkowa 1 zł kojarzyć się może ze zbytnim zaniżeniem wartości. W kontekście powyższej analizy można raczej uznać, że ceny jednostkowe innych ofert zostały zawyżone i sztucznie wpływają na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i złożonych przez niego wyjaśnień oraz treść wezwań do wyjaśnień nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1, 3 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 oraz art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane przepisy stanowią:

Art. 224 ust. 1: Jeżeli zaofferowana 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.

Art. 224 ust. 3: Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z treści art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy on oceny ofert według ustalonych kryteriów oceny ofert. Odwołanie nie dotyczy nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny, zatem art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma

zastosowania z niniejszej sprawie.

Co do pozostałych zarzutów - jak słusznie wskazał Odwołujący w odwołaniu, dotyczą one tej samej okoliczności.

20 września 2021 r. Zamawiający, powołując się na art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie pozycji 10. tabeli elementów rozliczeniowych (TER) w związku z tym, iż jedna z części składowych ceny zaoferowanej w ofercie przetargowej, tj. pozycja nr 10 TER „Utrzymanie chodników praca ciągnika wraz z osprzętem o łącznej rzeczywistej masie całkowitej do 1500 kg - odśnieżanie” wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarówno szacowana, jak i wyceniona przez innych wykonawców wartość dla tej pozycji jest znacznie wyższa). Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia tej pozycji TER. Zaoferowana cena 1,00 zł netto/m² budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania prac zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Katalog przykładowych czynników mogących mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny zawarty jest w przepisach art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyjaśnieniach należy uwzględnić informacje na temat zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W przypadku, gdy wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wyjaśnień lub w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny, oferta ta będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na otrzymane wezwanie Przystępujący oświadczył, że podana cena w wysokości 1,00 zł/m² netto jest ceną realną dla prawidłowego wykonania zadania. Ciągniki mechaniczne Yanmar, które posiada, o masie całkowitej do 1500 kg, mogą poruszać się ze średnią prędkością do 20 km/godz. W trybie płużenia prędkość ta zależy od ilości śniegu na chodniku oraz tego, jaki ten śnieg jest. W poprzednich okresach zimowych Przystępujący utrzymywał chodniki w powiecie cieszyńskim i żywieckim i na podstawie tych robót określił cenę wykonania robót. Do podanych obliczeń przyjął warunki pogodowe, w których ciągnik w ciągu jednej godziny pokona maksymalnie 1 km. Przyjmując, że średnia szerokość chodnika wynosi 1,5 m, a ciągnik pokona dany odcinek co najmniej dwa razy, w ciągu godziny odśnieży 750 m² (1500 m² * 2), co daje 750,00 zł za godzinę pracy. Koszt pracownika wyniesie 35,00 zł/godz. Średni koszt paliwa za pokonanie 1 km w 1 godzinę to około 30,00 zł, a pozostałe koszty eksploatacyjne - 20,00 zł na godzinę. Łączny koszt odśnieżenia wyniesie zatem 85,00 zł za odśnieżenie 750,00 m² chodnika. Nawet gdyby nastąpiły ponadnormatywne opady śniegu, w których odśnieżonych zostałoby zaledwie 100 m², nadal pozostaje 15,00 zł zysku z 1 godziny pracy sprzętu. Na potwierdzenie prędkości pracy sprzętu do odśnieżania chodników Przystępujący dołączył jeden z raportów GPS z utrzymania zimowego na drogach wojewódzkich powiatu żywieckiego podanym wyżej sprzętem oraz zanimizowaną umowę o pracę celem potwierdzenia kosztów pracy.

Jak wskazał Odwołujący w swoim stanowisku procesowym: spór nie dotyczy 1 zł, ale zastosowania art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze stanowiskiem tym nie można jednak się zgodzić, gdyż w zakresie sporu o wystąpienie w ofercie danego wykonawcy rażąco niskiej ceny, nie można w nim owej ceny pominąć.

Odwołujący powołał się na dyspozycję art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z przepisu tego wynikają więc dwie sytuacje: kiedy wykonawca w ogóle nie złoży wyjaśnień (ewentualnie formalnie takie wyjaśnienia złoży, lecz z ich treści nie wynikają żadne konkretne informacje merytoryczne - wtedy wyjaśnienia takie uznaje się za niezłożone) oraz kiedy wykonawca złoży wyjaśnienia, ale nie uzasadniają one podanej w ofercie ceny.

W niniejszym postępowaniu przetargowym żadna z tych sytuacji nie nastąpiła. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie, w jakim został wezwany, tj. poz. 10. TER, która obejmowała prace związane z utrzymaniem (odśnieżaniem) chodników - praca ciągnika wraz z osprzętem o łącznej rzeczywistej masie całkowitej do 1500 kg. W swoich wyjaśnieniach Przystępujący podał metodę, którą posłużył się przy ustaleniu ceny oferty w tej pozycji, wyjaśniając godzinny koszt pracy ciągnika - w wysokości 85 złotych - w rozbiciu na koszt pracy pracownika, koszt paliwa i pozostałe koszty eksploatacyjne. Wyjaśnił też, że zgodnie z jego założeniem w ciągu godziny ciągnik taki jest w stanie odśnieżyć 750 m² chodnika, co po jego stronie spowoduje przychód według podanej ceny jednostkowej w wysokości 750 zł netto. Biorąc pod uwagę, że Przystępujący wskazał koszt w wysokości 85 zł, oznacza to z jego strony 665 złotych dochodu (750-85). Nie wiadomo, jakie konkretne koszty Przystępujący ujął w ramach „pozostałych kosztów eksploatacyjnych”, np. czy ujął piasek, ale w obliczu takiej różnicy pomiędzy założonym przychodem z tej pozycji a kosztami jest zrozumiałe, że Zamawiający uznał, że wyjaśnienia uzasadniają przyjętą cenę jednostkową w tej pozycji, nawet jeśli nie wskazują na wszystkie szczegóły.

Jeżeli Odwołujący zamierzał zakwestionować tę ocenę Zamawiającego, gdyż uznał cenę za rażąco niską, powinien był powyższe obliczenia i założenia Przystępującego merytorycznie zanegować i obalić wskazując, jakie powinny być rzeczywiście, np. nieprawidłowo założona liczba m², brak uwzględnienia czasu i kosztów dojazdu do miejsca odśnieżania, kosztu materiałów eksploatacyjnych, kosztu najmu lub amortyzacji sprzętu, jego ubezpieczenia itd. - wskazując takie koszty oraz dowody na poparcie swojego stanowiska.

Odwołujący tymczasem skupił się jedynie na fakcie, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach powyższych kosztów nie przeliczył na 1 m², ponieważ do takiej jednostki miary odnosiła się cena jednostkowa poz. 10. TER.

Jednak w ocenie Izby, podobnie jak Zamawiającego, nie jest to podstawa, by odrzucić ofertę Przystępującego, bowiem z wyjaśnień wynika, jaki jest koszt wykonania zamówienia dla

1 m². Skoro bowiem w ciągu 1 godziny Przystępujący złożył odśnieżenie 750 m² Przystępujący, dla którego złożył koszty w wysokości 85 zł, to wystarczy jedynie dokonać prostego dzielenia (co daje wynik 0,11(3), czyli 11-12 groszy kosztu za m²), a następnie porównania tej kwoty ze wskazaną ceną 1 zł.

Tym samym należy uznać, że wyjaśnienia uzasadniały podaną w ofercie cenę jednostkową dla pozycji 10. TER, Zamawiający szczegółowo wyjaśnił dokonaną przez siebie ocenę wyjaśnień Przystępującego w odpowiedzi na odwołanie i ocena ta, w opinii Izby, jest racjonalna, a Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania okoliczności przeciwnych, zaś art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie należy traktować jako narzędzia do odrzucania ofert „dla formalności”, lecz jednak w powiązaniu ze wskazaną w ofercie ceną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust.

2 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Zamawiający nie wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: