Sygn. akt KIO 3190/21

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2021 r. przez wykonawcę K. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł. z siedzibą w Pniewo-Czeruchy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie

przy udziale wykonawcy C. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZROMID C. K. z siedzibą w Myszyńcu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę K. Ł. prowadzącą

działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł.a

z siedzibą w Pniewo-Czeruchy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. Ł.

prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł. z siedzibą w

Pniewo-Czeruchy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy K. Ł. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł. z siedzibą w Pniewo-Czeruchy na rzecz Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3190/21

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług przy zimowym utrzymaniu dróg wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego, w sezonie zimowym 2021/2022, z podziałem na 30 części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 139-370119.

W dniu 28 października 2021 r. wykonawca K. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PHU ZAK K. Ł. z siedzibą w Pniewo-Czeruchy, dalej „Odwołujący”, wniosła odwołanie w zakresie części 9, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia;

2) art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w szczególności w wyniku błędnego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty wykonawcy C. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZROMID C. K. z siedzibą w Myszyńcu, dalej „ZROMID”, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZROMID oraz wykonawcy A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe A. B. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, dalej „A. B.”, i tym samym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZROMID oraz oferty A. B., pomimo że zawierają błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na nie uwzględnieniu w cenie jednostkowej jednej godziny pracy sprzętu kosztów wszystkich czynności wymienionych w ustaleniach organizacyjnych i w zakresie usług ZUD obciążających Wykonawcę oraz kosztów dojazdów i powrotów z miejsca stacjonowania sprzętu do miejsca wykonywania pracy;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZROMID oraz oferty A. B., pomimo że ich treść wskazuje, że wykonawcy dokonali wyceny, jak i przewidzieli realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp;

5) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty ZROMID oraz oferty A. B., pomimo że złożenie tych oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZROMID, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

7) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. B., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

8) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. poz. 1596) i rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. poz. 1690), polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty A. B. oraz oferty ZROMID, pomimo że zawierają ceny, które są niezgodne z ustawą, gdyż zawierają wynagrodzenie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę;

9) względnie naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ZROMID do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych oraz zaniechanie wezwania A. B. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania odrzucenia ofert złożonych przez ZROMID oraz A. B.; dokonania ponownego badania i oceny ofert; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania ZROMID i A. B. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen lub kosztów lub ich istotnych części składowych; a także nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w dniu 31 października 2021 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca C. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZROMID C. K. z siedzibą w Myszyńcu, dalej również „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 listopada 2021 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przy zimowym utrzymaniu dróg wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego w sezonie zimowym 2021/2022.

Zgodnie z Rozdziałem XIV Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ", 1. Obliczenia ceny oferty należy dokonać zgodnie z kosztorysem ofertowym dla każdej składanej części zamówienia. Wykonawca określi cenę netto za 1 km, 1 m^3 albo 1 godz. wykonywania danej usługi będącej przedmiotem Zamówienia w danej Części. Następnie Wykonawca pomnoży cenę netto za 1 km lub 1 m^3 lub 1 godz. wykonywania usługi przez liczbę km lub m^3 lub 1 godz. (wskazanych przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym) dla danej usługi w danej Części. Na tej podstawie Wykonawca określi cenę łączną netto dla danej usługi w danej Części. W przypadku, kiedy na daną część przypada więcej niż 1 usługa Wykonawca zsumuje ceny netto podając kwotę netto oferty za wszystkie wskazane usługi w danej Części. W ten sposób otrzymaną cenę netto oferty na daną część przemnoży przez podatek VAT i tym samym otrzyma kwotę brutto (cenę ofertową) za daną część. 2. Cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu niniejszego zamówienia. Wykonawca określa cenę na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i specyfikacji technicznej zawartych w części IV SWZ. 3. Ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę zostaną ustalone na czas umowy i nie będą podlegały zmianom, za wyjątkiem ustawowej zmiany stawki podatku VAT. Wskazana przez Wykonawcę w druku oferty cena łączna (netto, VAT, brutto) za wykonanie danej części zamówienia ma służyć jedynie dla porównania i oceny ofert. Natomiast rozliczenie umowy będzie się odbywać na podstawie cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym.

Kosztorys ofertowy składał się z dziewięciu pozycji, w tym z pozycji nr 6 pn. Likwidacja zasp śnieżnych, gdzie jednostką rozliczeniową była 1 godzina pracy sprzętu.

W pkt 3 rozdziału III Załączniku 1 OPZ wskazano, że W cenie jednostkowej usługi jednorazowego posypywania (zwalczania gołoledzi, lodowicy i śliskości pośniegowej) jednego km drogi (jezdni), w cenie jednostkowej jednorazowego odśnieżania jednego km drogi (jezdni), w cenie jednostkowej jednego m^3 załadowanego i 'wywiezionego śniegu, w cenie jednostkowej jednej godziny pracy sprzętu, w cenie jednostkowej jednorazowego odśnieżania jednego km drogi rowerowej, w cenie jednostkowej usługi jednorazowego posypywania jednego km drogi rowerowej oraz w cenie jednostkowej jednego km sprzątania pozimowego wkalkulowane są koszty wszystkich czynności wymienionych w ustaleniach

organizacyjnych i w zakresie usług ZUD obciążających Wykonawcę oraz koszty dojazdów i powrotów z miejsca stacjonowania sprzętu do miejsca wykonywania pracy.

Stosownie do rozdziału IV pkt 6 SWZ Zamawiający wymagał zgodnie z art. 95 ust 1 ustawy Pzp zatrudnienia przez wykonawcę, podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, w rozumieniu ustawy z dnia 26.06.1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320) - osób wykonujących czynności zimowego utrzymania dróg wojewódzkich. Powyższy wymóg znalazł także odzwierciedlenie w § 4 ust. 1 wzoru umowy.

Stosownie do § 1 ust. 2 wzoru umowy Kwota określona w ust. 1 zawiera wszelkie koszty, łącznie z kosztami ogólnymi oraz koszty wynikające z: odpowiednich standardów utrzymania dróg, przygotowania i załadunku materiałów uszorstniających, załadunku i montażu sprzętu, dojazdu, przeglądów i napraw sprzętu, jak również nie ujęte w Specyfikacji technicznej, a niezbędne do wykonania zadania. W ust. 1 miały znaleźć się kwoty określone w kosztorysach ofertowych jako ceny jednostkowe świadczonych usług.

Do upływu terminu składania ofert, oferty w zakresie części nr 9 złożyło czterech wykonawców, tj. Odwołujący z ceną całkowitą 665.693,64 zł oraz ceną za likwidację zasp śnieżnych w wysokości 30 zł; Przystępujący z ceną całkowitą 496.324,80 zł oraz ceną za likwidację zasp śnieżnych w wysokości 10 zł; Abramss Sp. z o.o. z ceną całkowitą 479.740,32 zł oraz ceną za likwidację zasp śnieżnych w wysokości 9 zł oraz A. B. z ceną całkowitą 509.414,40 zł oraz ceną za likwidację zasp śnieżnych w wysokości 3 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zakresie części nr 9 kwotę

600.166,80 zł brutto.

Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień poz. 6 z Kosztorysu ofertowego dotyczącego części nr 9 zamówienia, podnosząc, że w ww. kosztorysie jako stawkę godzinową podano 10 zł/godz. Kwota ta budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dn. 15.09.2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. W wyjaśnieniach należy uwzględnić elementy wskazane w art. 224 ust. 3 i ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący przedłożył w wymaganym terminie wyjaśnienia wskazując, że stawka godzinowa w wysokości 10 zł/h stanowi jedynie składową oferowanej ceny za wykonanie całej usługi zimowego utrzymania dróg i powinna być

rozpatrywana w całości z innymi kwotami, które stanowią zysk, jaki zostanie osiągnięty w

przypadku wykonywania niniejszej usługi (...) Zastosowana w kosztorysie stawka za przedmiotową usługę podyktowana jest również wieloletnim doświadczeniem oraz znajomością terenu, z których wynika, że w ostatnich latach nie występowały na tyle ciężkie warunki atmosferyczne, które mogłyby powodować powstawanie dużych zasp śnieżnych, a w przypadku ich wystąpienia, podana stawka wkalkulowana jest w ryzyko firmy. Należy nadmienić również fakt, że proponowana stawka za przedmiotową czynność nie jest związana z utrzymaniem pracowników i kosztami pracy, a stanowi jedynie zysk jaki przewiduję uzyskać z wykonania danej czynności, który jak wspomniano wcześniej stanowi jedynie część składowa zysku wykonywanej usługi. Koszty jakie ponosi nasza firma związane z utrzymaniem pracowników, tj. ubezpieczenie, wynagrodzenie czy też inne koszty związane z utrzymaniem firmy i pracowników, ponoszone są niezależnie od wykonywania usługi zimowego utrzymania. Są to koszty stałe ponoszone całorocznie w ramach prowadzonej działalności i nie są uzależnione jedynie od wykonywania usługi zimowego utrzymania dróg. (.) stawka podana w poz. 6 kosztorysu na usługę zimowego utrzymania dróg nie rzutuje na sytuacji zatrudnionych pracowników, gdyż jako właściciel firmy ZROMiD C. K. będę samodzielnie wykonywał czynności opisane w poz. 6 kosztorysu ofertowego dotyczącej części nr 9 przedmiotowego zamówienia.

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części nr 9 zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których

stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz wykonawcy A. B. jako zawierających błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na nie uwzględnieniu w cenie jednostkowej jednej godziny pracy sprzętu kosztów wszystkich czynności wymienionych w ustaleniach organizacyjnych i w zakresie usług ZUD obciążających Wykonawcę oraz kosztów dojazdów i powrotów z miejsca stacjonowania sprzętu do miejsca wykonywania pracy.

W konsekwencji nie potwierdziły się też zarzuty: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawców jako przewidujących realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. poz. 1596) i rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. poz. 1690), przez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców, pomimo że zawierają ceny, które są niezgodne z ustawą, gdyż zawierają wynagrodzenie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Izba wskazuje, że spór koncentrował się na kwestii związanej z jedną pozycją z kosztorysu, tj. likwidacją zasp śnieżnych - 1 godzina pracy sprzętu. Odwołujący podnosił, że w godzinę pracy sprzętu, przy pomocy którego wykonawca będzie wykonywał likwidację zasp śnieżnych, należy wliczyć oprócz kosztów pracy maszyny, do których z pewnością można zaliczyć koszt spalonego paliwa, również wynagrodzenie kierowcy/operatora maszyny użytej do likwidacji zasp śnieżnych. Wskazywał, że od 1 stycznia 2022 r. minimalna stawka godzinowa będzie wynosić 19,70 zł i winna zostać uwzględniona w cenie 1 godziny świadczenia usługi likwidacji zasp śnieżnych. Nadto, w cenie 1 godziny pracy usługi winien zostać również wkalkulowany co najmniej koszt paliwa spalonego przez sprzęt wykorzystany przy świadczeniu usługi, który został skalkulowany przez Odwołującego na poziomie 25,50 zł.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustalając wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej, co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym.

W ocenie składu orzekającego Przystępujący oraz wykonawca A. B. dokonali kalkulacji pozycji dotyczącej likwidacji zasp śnieżnych we własnym zakresie, a w specyfikacji nie narzucano wykonawcom sposobu kalkulacji ceny, podkreślając tylko, że cena całkowita oferty będzie obejmować wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Jeśli zaś chodzi o postanowienie z pkt 3 rozdziału III załącznika 1 OPZ, to można je czytać nie tylko tak, jakby tego życzył sobie Odwołujący, tj. że w każdą pozycję kosztorysu należało wkalkulować koszty wszystkich czynności wymienionych w ustaleniach organizacyjnych i w zakresie usług ZUD obciążających wykonawcę oraz koszty dojazdów i powrotów z miejsca stacjonowania sprzętu do miejsca wykonywania pracy. Zamawiający wymienił jedynie poszczególne ceny jednostkowe wskazując, że w ich zakres wkalkulowane są wszystkie koszty, niemniej nie doprecyzował czy koszty te mają być uwzględnione w

każdej pozycji kosztorysu osobno, czy też łącznie. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nawet nieprecyzyjnych postanowień SWZ, a tym bardziej Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który z przyznanej mu specyfikacją dowolności skorzystał.

W odniesieniu zaś do argumentu Odwołującego o obowiązku uwzględnienia w cenie 1 godziny pracy kosztu paliwa spalanego przez sprzęt wykorzystywany przy świadczeniu usługi, należy wskazać, że postanowienia SWZ nie precyzują czy i z jakiego sprzętu ma korzystać wykonawca przy likwidacji zasp śnieżnych. Zamawiający rzeczywiście wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej konkretnego sprzętu. Uszło jednak uwadze Odwołującego, iż wymóg ten dotyczył sprzętu niezbędnego do świadczenia kompleksowego przedmiotu zamówienia, czyli świadczenia usług przy zimowym utrzymaniu dróg wojewódzkich, a nie sprzętu dedykowanego jedynie do likwidacji zasp śnieżnych. Równocześnie Zamawiający wyjaśnił, że ostatni raz za likwidację zasp śnieżnych zapłacił wykonawcy w lutym 2014 r.

Odnosząc się do grupy zarzutów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, Izba wskazuje, że osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą lub też wspólnicy spółki prawa handlowego zamierzający realizować zamówienie osobiście nie mogą pozostawać w stosunku pracy „samego ze sobą". W sytuacji gdy wykonawca będąc przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą i zatrudniającym pracowników będzie samodzielnie świadczył pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego (zgodnie z oświadczeniem Przystępującego znajdującym się w złożonych wyjaśnieniach), brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takiej osoby na umowę o pracę. Tym samym do wykonywanych przez niego osobiście czynności nie mają zastosowania przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Równocześnie wymaga podkreślenia, że to cena oferty winna uwzględnić minimalne wynagrodzenie za pracę, a nie każda pozycja realizowana w ramach zadania będącego przedmiotem zamówienia. Postanowienia art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp odnoszą się do kosztów pracy (nie stawki roboczogodziny), których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zresztą gdyby uznać argumentację Odwołującego za słuszną, to także jego cena (5 zł) w pozycji nr 5 Kosztorysu ofertowego zawiera wynagrodzenie niższe od minimalnej stawki godzinowej.

Ponadto, gdyby uznać stanowisko Odwołującego za prawidłowe, niewątpliwie również

jego oferta winna podlegać odrzuceniu, bowiem wskazana przez niego cena za likwidację

zasp śnieżnych, tj. 30 zł, nie obejmuje łącznie minimalnej stawki godzinowej, tj. 19,70 zł oraz kosztu paliwa dla jednej godziny pracy maszyny, tj. 25,50. Koszty te wynoszą łącznie 45,20 zł, zatem przewyższają znacznie stawkę godzinową przyjętą przez Odwołującego. Dodatkowo, sam Odwołujący w części nr 4 przedmiotowego postępowania wycenił usługę

likwidacji zasp śnieżnych na 9 zł (taka sama stawka została wskazana przez

Przystępującego w części nr 9).

Tym samym powyższe zarzuty podnoszone przez Odwołującego są bezzasadne.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZROMID oraz wykonawcę A. B. .

Odwołujący podnosił, że ww. wykonawcy zaoferowali ceny dumpingowe, niemożliwe do wynegocjowania w normalnych stosunkach gospodarczych, a ich oferty nie uwzględniają w cenie usługi przynajmniej kosztów paliwa zużytego przez sprzęt, przy pomocy którego będzie świadczona usługa, jak również wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zostały więc złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i z tego względu winny podlegać odrzuceniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności winien udowodnić, że oferta zawiera cenę dumpingową. Tymczasem

Odwołujący, całą swoją argumentację kieruje w stronę jednej pozycji kosztorysu, kwestionując jej wysokość, nie biorąc pod uwagę okoliczności, że to cena oferty musi nosić znamiona czy też musi być ceną dumpingową, a nie elementy składające się na jej wysokość. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę cenę całkowitą oferty Przystępującego w porównaniu do cen innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie różnią się znacząco, pomijając ofertę Odwołującego, która przekracza budżet Zamawiającego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy dookreślono, iż 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.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2028/17, Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU wymaga, aby określony przedsiębiorca

podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie „utrudnianie") oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.

W ocenie Izby, Odwołujący stawiając zarzut dumpingu cenowego w żaden sposób nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, tj. nie udowodnił, że cena ryczałtowa oferty jest poniżej kosztów własnych, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Tym bardziej, że pod ocenę może być brana tylko cena całkowita oferty, a nie jej wybrane elementy. Samo zaniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia, nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność, iż cena całkowita oferty Przystępującego jest porównywalna do cen innych ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta zawiera cenę dumpingową. Nie ma też możliwości, aby stwierdzić, że oferta została złożona w celu wyeliminowania konkurencji, albowiem w ocenie Izby, stanowi jedynie o fakcie odmiennego skalkulowania kosztów takiej usługi - odmiennie niż Odwołujący. Izba wskazuje również na istotny element, mający wpływ na ocenę zasadności stawianych zarzutów, a mianowicie na fakt, iż Zamawiający wyjaśnił, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że ostatni raz za likwidację zasp śnieżnych Zamawiający zapłacił w 2014 r.

Izba uznała również za bezpodstawne zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. B., pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę.

Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z art. 224 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowania Przystępujący był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 6 z Kosztorysu ofertowego. Niemniej w ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym po stronie Zamawiającego nie powinny powstać wątpliwości co do pozycji dotyczącej zasp śnieżnych w ofercie Przystępującego oraz wykonawcy A. B. .

Co do zasady pozycje ujęte w kosztorysie ofertowym mogą być przedmiotem badania pod kątem rzetelności ich wyceny. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza bowiem badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które 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. W takiej sytuacji

zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej, aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu udział procentowy wartości likwidacji zasp w odniesieniu do całkowitej ceny Przystępującego nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej, a zatem jej ewentualne zaniżenie nie powinno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzuceniem oferty. Niezależnie od powyższych ustaleń, należy podkreślić, że porównanie wartościowe udziału kwot podanych przez wykonawców w pozycji 6 kosztorysów ofertowych do ceny całkowitej wskazuje, iż jest to rząd (w kolejności ofert w rankingu): 0,60%; 0,65%, 0,19% i 1,46% u Odwołującego.

Ponadto, Zamawiający wskazywał, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że usługi te nie będą zlecane. Odwołujący zaś ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy, nie podjął nawet próby wykazania, że objęte zarzutami składniki ceny mają w jakimkolwiek znaczeniu charakter istotny. Uwzględniając więc powyższe stanowisko Izba stwierdziła, że usługi likwidacji zasp śnieżnych nie mogą wpłynąć na to, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest zagrożona i może skutkować dla wykonawcy stratą. W konsekwencji Izba nie znalazła podstawy do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego oraz wykonawcę A. B. do wyjaśnień dotyczących poz. 6 z Kosztorysu ofertowego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że cena łączna ofert ww. wykonawców nie jest kwestionowana w odwołaniu, a tylko wysokość jednego ze składników cenotwórczych, którą to argumentację, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, Izba uznała za niezasadną.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba również uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 i 17 ustawy Pzp. Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: .....