Sygn. akt: KIO 3750/21

WYROK

z dnia 18 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk
Członkowie: Piotr Kozłowski, Emil Kuriata
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 14 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale wykonawcy ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

   tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złoty zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 3750/21

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we Wrocławiu, zwany dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „Całoroczne utrzymanie autostrady A4 zarządzanej prze GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu", nr postępowania: O.WR.D- 3.2413.12.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 105-276726.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 17 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P. Ż. Sp. j. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwani dalej „Odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tych przepisów i uznanie, że Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz rażąco niską ceną dla elementów zamówienia określonych w pozycjach kosztorysowych nr:

a) Grupa prac 1 poz. w tabeli 1.1 Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni do 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm - łaty do 5 m2 oraz pozostałe prace z Grupy 1 - bez szczegółowego uzasadnienia dla tej czynności;

b) Grupa prac 6 poz. 1.1 Wymiana/zamontowanie kompletnych znaków drogowych (słupek + tarcza) oraz 2.1 Wymiana/zamontowanie kompletnych tablic o powierzchni od 0,5 m2 do 1,1 m2 (z konstrukcją) oraz 2.3 Wymiana/zamontowanie tablic o powierzchni powyżej 1,2 m2 - za każdy dalszy 1 m2 powierzchni (bez konstrukcji);

c) Grupa prac 10b Zimowe utrzymanie dróg; podczas gdy prace dla powyższych elementów cząstkowych zamówienia zostały wycenione należycie, a Zamawiający otrzymał od Odwołującego stosowne i dokładne wyjaśnienia z podziałem na szczegółowe część kosztów realizacji tych szczegółowych elementów;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tych przepisów i uznanie, że Odwołujący nie złożył prawidłowych i dostatecznie wyczerpujących i wiarygodnych wyjaśnień dla pozycji kosztorysu wskazanych w pkt 1) lit. a)-c), podczas gdy Odwołujący, stosując akceptowany przez

Zamawiającego standard odpowiedzi na wezwanie dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny, złożył Zamawiającego wyczerpujące wyjaśnienia - dokładnie zgodnie z wezwaniem Zamawiającego i też zgodnie z akceptowanym przez Zamawiającego w licznych innych postępowaniach przetargowych standardem i szczegółowością

wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

3) art. 224 ust. 1 oraz 5 i 6 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechaniem przez Zamawiającego wyjaśnienia wątpliwości, jakie wyartykułował w piśmie z dnia 17.12.2021 r. odnośnie mało znaczących kwotowo części prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz stosowanie niekonkurencyjnych metod oceny rażąco niskiej ceny w zależności od tego, który podmiot-wykonawca składa ofertę, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego dyrektywy wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp, aby postępowanie Zamawiający zorganizował i przeprowadził z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, w sposób przejrzysty i proporcjonalny wobec każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu; ponadto nie może być akceptowane w ocenie Odwołującego, aby zamawiający uznawał cząstkowe ceny z oferty wykonawcy za rażąco niskie tylko na podstawie uśrednionych cen z innych postępowań mających za przedmiot podobne usługi, bez analizy tych cen w konkretnym postępowaniu oraz za niedopuszczalną uznać należy sytuację, gdy decyzja zamawiającego ustalająca rażąco niską cenę nie zawiera rzeczowego uzasadnienia, jak w przypadku czynności Zamawiającego z 17.12.2021 r, gdyż takie działanie obciążać winno zamawiającego, a nie wykonawcę i winno być odczytywane jako bezpodstawne przerzucenie ciężaru dowodu w postępowaniu przed KIO na wykonawcę i generowanie niepotrzebnych odwołań;

4) art. 239 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że Odwołujący zaoferował najkorzystniejsze warunki wykonania zamówienia i w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;

5) art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZABERD S.A. pomimo, że oferta złożona przez ten podmiot nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Zaberd S.A. oraz dokonania ponownego badania ofert i podjęcia nowej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, uznał bowiem, że Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia, gdyż wg Zamawiającego Odwołujący skalkulował kilka pozycji kosztorysowych poniżej kosztów ich wykonania - jakie subiektywnie i gołosłownie zakładał Zamawiający i jakie sobie ustalił na podstawie rzekomo średnich cen z ofert z innych postępowań, zupełnie niemiarodajnych dla nn. postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, obliczenia, itd. podważającego kalkulację tych kilku pozycji kosztorysu ofertowego dokonanej przez Odwołującego. Jedyną kalkulację, jaką w piśmie z 17.12.2021 r. prezentował Zamawiający jest kalkulacja średnich cen z innych postępowań, przy czym Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień tych pozycji kosztorysu, jakie przedstawił na jego wezwanie Odwołujący. Dalej Odwołujący wskazał, że ustalenia Zamawiającego opierają się tylko na matematycznych uśrednieniach różnych kwot cząstkowych z ofert różnych wykonawców z innych zupełnie postępowań, które nie mają żadnego znaczenia dla oceny tego, czy Odwołujący prawidłowo skalkulował swoją ofertę dla kilku mało znaczących pozycji kosztorysu ofertowego.

Odnosząc się do błędnych ustaleń Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny dla prac z Grupy prac 1 poz. w tabeli 1.1 Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni do 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm - łaty do 5 m2 oraz pozostałych prac z Grupy 1, Odwołujący zarzucił przede wszystkim, że uznanie Zamawiającego jest w tym zakresie zupełnie błędne, a ponadto nie zawiera merytorycznego uzasadnienia. W pierwszym rzędzie Odwołujący zarzucił, że niedopuszczalne jest, aby ocena w zakresie rażąco niskiej ceny, skutkująca najdalej idącym skutkiem tj. odrzuceniem oferty w postępowaniu była merytorycznie uzasadniana w sposób,

jaki uczynił to Zamawiający. Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzasadnił swoją wątpliwą kalkulacją średnich cen z przedmiotowego postępowania tylko swoją ocenę odnośnie pkt 1.1 Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni do 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm - łaty do 5 m2, zaś odnośnie pozostałych wskazał tylko, że „Analogicznie przedstawiają się pozostałe pozycje grupy 1 remonty nawierzchni". Odwołujący uznał, że Zamawiający, mimo rzetelnych wyjaśnień Odwołującego się odnośnie poz. prac z Grupy 1, swoją decyzję oparł na analizie średnich cen za wykonanie 1 m2 prac z poz. 1.1. Grupy 1 prac. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie polemizuje z wyjaśnieniami Odwołującego się odnoście poz. 1.1. i następnych Grupy 1 prac. Zamawiający zupełnie też gołosłownie ustalił, że do wymiany 1 m2 warstwy asfaltu konieczna jest jednoczesna praca 4 pracowników oraz, że cena rynkowa materiału na 1 łatę nawierzchni o pow. 1m2 to 100zł netto. Zupełnie nielogiczne jest też przeliczenie kosztów realizacji 1m2 remontu nawierzchni i wyciąganie z

tego wniosku o rażąco niskiej cenie dla całego zamówienia, tak jakby przedmiotem zamówienia było tylko naprawienie określonej ilości m2 nawierzchni (i to określonej tylko potencjalnie, gdyż Zamawiający nie wskazał w postępowaniu, a nadto odmówił odpowiedzi na zadawane w tym zakresie pytania wykonawców złożone w przedmiotowym postępowaniu, ile dokładnie m2 nawierzchni zostanie zlecone przez Zamawiającego do wymiany). Odwołujący zakładał, że na wszystkich pozycjach wchodzących w skład przedmiotu zamówienia zarobi ok. 8-10 mln zł, więc nawet jeśli na wymianie nawierzchni zarobiłby mniej niż na innych pracach, to na pozostałych pozycjach ryczałtowych (płatnych co miesiąc w ramach ryczałtu) uzyska godziwe i oczekiwane oraz rynkowe wynagrodzenie. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przekazał żadnego przedmiaru prac związanych z wymianą nawierzchni, nigdy nie określił w żaden sposób ile m2 wymiany nawierzchni rzeczywiście zleci do realizacji w trakcie realizacji zamówienia, zatem oczywistym jest, że dla Odwołującego w zakresie tych prac ich zlecenie przy składaniu oferty było niewiadomą, tak więc nie było wiadome jaki zysk kwotowo ostatecznie uzyska na tych pracach, niemniej Odwołujący skalkulował koszty jakie musi ponieść, aby te prace wykonać i również zysk jaki osiągnie. Odwołujący wskazał, że planuje wykonać prace wskazane w poz. 1.1. Grupy prac 1 własnymi siłami, stąd nie planował ponosić kosztów związanych z zatrudnieniem podwykonawcy. Z uwagi na zmienność cen materiałów i robocizny Odwołujący podał, że skalkulował ofertę na podstawie średnich cen materiałów i robocizny z daty złożenia oferty w postępowaniu, nie wie też jakie ceny wziął pod uwagę Zamawiający wskazując, że koszt materiału na wymianę 1m2 nawierzchni wynosi 100 zł, jest to zupełnie gołosłowne ustalenie Zamawiającego i Odwołujący zaprzeczył temu, jeżeli Zamawiający również tę cenę ustalił jako średnią z bliżej nieznanych ofert z postepowań to Odwołujący wskazał, że nie jest to rzetelna ocena realności kosztów realizacji cząstki zmówienia w tym zakresie, gdyż każdy z wykonawców ma swoją strategię kształtowania cen jednostkowych, inną wiedzę, doświadczenie i wynikające z nich oceny ryzyka i potencjalnych zysków. Tak jak to czyni Zamawiający, w ocenie Odwołującego, nie można badać rażąco niskiej ceny, gdyż taki sposób ustaleń daje zupełnie niemiarodajny, abstrakcyjny wynik.

Odnosząc się do ustaleń Zamawiającego odnośnie Grupy prac 6 poz. 1.1 Wymiana/ zamontowanie kompletnych znaków drogowych (słupek + tarcza), Odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawca może wykonać przedmiotowe prace (poz. 1.1. Grupa 6) stosują znaki wykonane z folii 1 lub 2 generacji lub pryzmatyczne. Jeżeli Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia popełnił błąd i omyłkowo nie narzucił wykonawcom, jaką generację folii mogą skalkulować do oferty, to błąd ten nie może obciążać Odwołującego, który zastosował się do wytycznych Zamawiającego. Zgodnie z pkt 2.2. Szczegółowej Specyfikacji Robót (SST) - Materiały do wykonywania robót - do

realizacji zdania przewiduje się m.in.: a) folie odblaskowe typ 1, b) folie odblaskowe typ 2; c)

folie pryzmatyczna. Wykonawca kalkulując ofertę stosował wytyczne zawarte w ww. SST
6

jakie narzucił Zamawiający. Ponadto, gdyby Zamawiający zrealizował poprawnie swój obowiązek wynikający z ustawy rzetelnego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wezwał Odwołującego do dalszych wyjaśnień w tym zakresie (a wytyczne takie można wyczytać m.in. z wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1121/14, oraz KIO w sprawie sygn. akt: KIO 148/15)

- orzecznictwo wyżej wskazane pozostaje aktualne na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp), to Odwołujący mógłby wykazać iż jest w stanie kupić znaki w cenach przyjętych do kalkulacji oferty. Zamawiający nie dał Odwołującemu możliwości złożenia takich wyjaśnień, a fakt ten winien obciążać Zamawiającego, a nie Odwołującego który nie może antycypować jakie dalsze wątpliwości może mieć Zamawiający po złożeniu rzetelnych kalkulacji szczegółowych przez Odwołującego. Te same zarzuty podnosił Odwołujący w zakresie ustaleń rażąco niskiej ceny dot. poz. 2.1 Wymiana/zamontowanie kompletnych tablic o powierzchni od 0,5 m2 do 1,1 m2 (z konstrukcją) i 2.3 Wymiana/zamontowanie tablic o powierzchni powyżej 1,2 m2 - za każdy dalszy 1 m2 powierzchni (bez konstrukcji). Zamawiający w przypadku tych dwóch pozycji wskazał tylko, że Odwołujący nie przedstawił dokumentów/ofert zakupu materiałów w cenach jego oferty. Nie jest jedyną metodą wykazania braku rażąco niskiej ceny przedstawienie ofert zakupu, gdyż wykonawcy w przetargu zakupy robią dopiero po zawarciu umowy na realizację zamówienia, a ponadto gdyby Zamawiający prawidłowo działał i wezwał Odwołującego do przedstawienia dalszych dowodów, np. tego typy ofert, to Odwołujący miałby możliwość takie oferty przedstawić lub w inny sposób udowodnić rynkowość zaoferowanych cen jednostkowych. Odwołujący stwierdził, że nie może antycypować jakie dalsze wątpliwości będzie miał Zamawiający.

Odnośnie Grupy prac 10b Zimowe utrzymanie dróg Odwołujący zarzucał, że również te prace dla powyższych elementów cząstkowych zamówienia zostały wycenione należycie, a Zamawiający otrzymał od Odwołującego stosowne i dokładne wyjaśnienia z podziałem na szczegółowe część kosztów realizacji tych szczegółowych elementów. Odwołujący zarzucał, że Zimowe utrzymanie dróg zostało skalkulowane w cenach rynkowych i wziął też po uwagę wszystkie postanowienia SST w zakresie standardu utrzymania dróg w zimie. Obliczenia jakie zawarł Zamawiający w tabeli na stronie 5 pisma z 17.12.2021 r. są dowolnymi kalkulacjami Zamawiającego, nie popartymi żadnym konkretnym postanowieniem zawartym w dokumentacji przetargowej. Zamawiający w piśmie z 17.12.2021 r. powołuje się na pkt 7 Obmiar Robót z SST 66.01.00, zaś wg. treść tego postanowienia obmiar robót będzie określać faktyczny zakres wykonywanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i SST, w jednostkach ustalonych w kosztorysie, zaś jednostkami obmiarowymi są jednostki wymienione w kosztorysie ofertowym. Odwołujący stwierdził, że obliczenia jakie prezentuje Zamawiający nie wynikają w żaden sposób z postanowień zawartych w SST, zatem uznać należy, że Zamawiający nie miał i nie wykazał podstaw do uznania, że cena na prace z

Grupy prac 10b zostały wycenione poniżej kosztów ich realizacji. Odwołujący podnosił
7

ponownie, że prace w zakresie odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości są pracami zależnymi stricte od pogody, ich częstotliwość w zimie w ciągu kolejnych 4 lat była zupełnie niewiadoma w lipcu 2021, kiedy wykonawcy złożyli swoje oferty w postępowaniu, dlatego zapewne Zamawiający nie określił takiej częstotliwości tych prac w okresie realizacji zamówienia. Z pisma Zamawiającego nie wynika zupełnie, jaką częstotliwość wyjazdów maszyn Zamawiający zakładał w swoich obliczeniach, Zamawiający odesłał tylko do SST, którego treść została przytoczona powyżej i nie można z niej właściwie wywnioskować tego, co skonstatował Zamawiający w piśmie z 17.12.2021 r. Zupełnie wbrew logice i doświadczeniu życiowemu jest założenie Zamawiającego, że można w następnych latach przewidzieć ile dokładnie soli drogowej i w jakiej cenie zużyje wykonawca prac z Grupy prac

10b - Zimowe utrzymanie dróg. Odwołujący zarzucał, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest sposób procedowania i rozumowania Zamawiającego, który zaniechał doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prac z Grupy 10b, a na obecnym etapie próbuje na własne potrzeby dopisywać treści do Specyfikacji Warunków Zamówienia, których ta Specyfikacja nie zawierała.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię tych przepisów i uznanie, że Odwołujący nie złożył dostatecznie wyczerpujących i wiarygodnych wyjaśnień dla pozycji kosztorysu wskazanych w pkt 1) lit. a)-c) nn. odwołanie, podczas gdy Odwołujący - stosując akceptowany przez Zamawiającego standard odpowiedzi na wezwanie dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny - złożył Zamawiającego wyczerpujące wyjaśnienia, dokładnie zgodnie z wezwaniem Zamawiającego i też zgodnie z akceptowanym przez Zamawiającego w licznych innych postępowaniach przetargowych standardem i szczegółowością wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyraźnie wskazał Zamawiającemu, powołując się na ugruntowane orzecznictwo KIO (zaprezentowane też w nn. odwołaniu), że udzieli dalszych koniecznych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający jednak bezpodstawnie i bezprawnie - bo sprzecznie z przepisami Pzp - zaniechał rzetelnego wyjaśnienia jego dalszych (choć niezasadnych) wątpliwości, uniemożliwiając realizację zasady uczciwej konkurencji w nn. postępowaniu.

Dalej Odwołujący zarzucał, że Zamawiający realizuje postępowania sprzecznie z przepisem art. 224 ust. 1 oraz 5 i 6 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i zaniechał wyjaśnienia swoich wątpliwości, jakie wyartykułował w piśmie z dnia 17.12.2021 r. odnośnie mało znaczących kwotowo części prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, których ilość nie została skwantyfikowana przez Zamawiającego w SWZ. Odwołujący zarzucał, że Zamawiający stosuje niekonkurencyjne metody oceny rażąco niskiej ceny w zależności od tego, który podmiot-wykonawca składa ofertę w postępowaniu. Stanowi to rażące naruszenie przez Zamawiającego dyrektywy wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp, aby postępowanie Zamawiający zorganizował i przeprowadził z zachowaniem zasady uczciwej

konkurencji, w sposób przejrzysty i proporcjonalny wobec każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Odwołujący podał, że Zamawiający w innych postępowaniach, których Odwołujący brał udział akceptował wyjaśnienia w szczegółowości oraz formacie, w jakim przedstawił to Odwołujący w nn. postępowaniu. Dotyczy to m.in. postępowania, jakie zostało przeprowadzone przed KIO pod sygn. akt: KIO 3203/21, gdzie Zamawiający bronił w tamtej sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakie złożyła firma ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą w Tyńcu nad Ślęzą w postępowaniu pn. „Bieżą ce utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2021 - 2024 z podziałem na zadania: Zadanie 1 Roboty na nawierzchniach bitumicznych Zadanie 2 Roboty na chodnikach, ciągach pieszo rowerowych o powierzchniach zabrukowanych Zadanie 3 Prace związane z bezpieczeństwem ruchu drogowego Zadanie 4 Prace utrzymaniowe Zadanie 5 Roboty elektro energetyczne, nr postępowania O.WR.D 3.2412.48.2021”. Zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia ww. wykonawcy złożone w stopniu szczegółowości i formacie takim jaki zastosował Odwołujący wyjaśniając cenę swojej oferty. Odwołujący stwierdził, że o nierównym traktowaniu Odwołującego i dyskryminowaniu go świadczy również fakt, że wykonawca - firma Zaberd S.A. wyjaśniając rażąco niską cenę również przedstawiała swoje wyjaśnienie w stopniu szczegółowości podobnym jak Odwołujący i wtedy Zamawiający nie miał wątpliwości, co do cen/kwot tamże prezentowanych i rzetelności tych wyjaśnień. W realizowanych przez siebie postępowaniach Zamawiający wielokrotnie ponownie wzywał wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tam gdzie miał jej podejrzenie, stąd dziwi, że w tym przypadku nie dał Odwołującemu nawet szansy na złożenie dalszych wyjaśnień w stosunku do mało znaczących dla wyceny przedmiotu zamówienia prac, mających też charakter incydentalny (niepewne jest w ogóle ich zlecenie przez Zamawiającego, czy ilość zleceń).

Odwołujący ocenił, że rażącym błędem Zamawiającego przy podjęciu zaskarżonej czynności było to, że nie może być akceptowane w ocenie Odwołującego sytuacja, gdy zamawiający uznaje, jak w nn. sprawie, cząstkowe ceny z oferty wykonawcy za rażąco niskie tylko na podstawie uśrednionych cen z innych postępowań mających za przedmiot podobne usługi, bez analizy tych cen w konkretnym postępowaniu oraz za niedopuszczalną uznać należy sytuację, gdy decyzja zamawiającego ustalająca rażąco niską cenę nie zawiera rzeczowego

uzasadnienia, jak w przypadku czynności Zamawiającego z 17.12.2021 r., gdyż takie działanie obciążać winno zamawiającego, a nie wykonawcę i winno być odczytywane, jako bezpodstawne przerzucenie ciężaru dowodu w postępowaniu przed KIO na wykonawcę i generowanie niepotrzebnych odwołań.

Odwołujący zarzucał ponadto, że oferta Zaberd S.A. nie może być uznana za

najkorzystniejszą, gdyż niezgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał wyboru

oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że Odwołujący zaoferował

najkorzystniejsze warunki wykonania zamówienia i w świetle ustanowionych kryteriów oceny

ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z tych względów Zamawiający naruszył przepis art. 239 ustawy Pzp, dokonując wyboru oferty wykonawcy ZABERD S.A. pomimo, że oferta złożona przez ten podmiot nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Zaberd sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej Przystępujący lub Zaberd). Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. Całoroczne utrzymanie autostrady A4 zarządzanej prze GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu, nr postępowania: O.WR.D-

3.2413.12.2021.

Zgodnie z pkt 6.2. SWZ „Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie III

SWZ."

Zamawiający w pkt 17 SWZ ustalił następujący sposób obliczenia ceny oferty:

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy, tj. Tabela Elementów Rozliczeniowych Grupa Prac 1-12, Zbiorcze zestawienie Kosztów, sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.

17.2. Formularz cenowy (Tabela Elementów Rozliczeniowych Grupa Prac 1-12, Zbiorcze zestawienie Kosztów), o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe

netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w

Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

17.4. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym (Zbiorczym Zestawieniu Kosztów) limitów spowoduje odrzucenie oferty.

17.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych.

17.6. Wartości netto wyliczone w Tabelach elementów rozliczeniowych poszczególnych grup prac Wykonawca przeniesie do Zbiorczego zestawienia Kosztów i w tym formularzu wyliczy wartość netto, podatek VAT oraz wartość brutto. Wartość całkowitą wyliczoną w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Wykonawca przeniesie do Formularza „Oferta" zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW.

17.7. Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego oraz cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

17.8. Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Tom II SWZ.

W projektowanych postanowieniach umowy stanowiących element Tomu II SWZ Zamawiający określił zasady rozliczania wykonanych prac. Zgodnie z § 4 ust. 2 ww. dokumentu Rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w Tabelach Elementów Rozliczeniowych, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem §7 ust. 5. Ponadto w ust. 6 tegoż paragrafu Zamawiający ustalił, że Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 5, § 6 i § 7 niniejszej Umowy. W kolejnych paragrafach szczegółowo ustalono zasady rozliczania prac przynależnych do poszczególnych grup.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 47 753 148,01 PLN.

W postępowaniu zostało złożonych 7 oferty w tym oferta Odwołującego z ceną brutto 37 388 380,60 PLN.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej ceny.

W dniu 2 grudnia 2021 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, złożył pismo wraz z załącznikami które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 9 grudnia 2021 r. Zamawiający w całości odtajnił złożone w dniu 2 grudnia 2021 r. pismo wraz z załącznikami.

W dniu 17 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu i jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując za jej podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz przedstawiając uzasadnienie faktyczne dla tej czynności.

Dodatkowe ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach omówienia stanowiska Izby w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby, odrzucając ofertę

Odwołującego, Zamawiający nie naruszyłustawy Pzp w zw. z
ustawy Pzp.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Zgodnie zustawy Pzp 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. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, 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, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia 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 2018 r.oraz z 2019 r. poz. 1564) 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. W świetle ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu 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.

W ramach uwag ogólnych należy wskazać, że ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego - jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wyjaśnień również istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu. W rozpoznawanej sprawie wobec przyjętego sposobu rozliczania tj. część pozycji rozliczana ryczałtowo, a część kosztorysowo, zasadne było badanie pozycji rozliczanych kosztorysowo jako istotnych części składowych, gdyż to one samodzielnie będą stanowiły podstawę rozliczenia, a ilość zleconych prac będzie uzależniona od potrzeb Zamawiającego.

W niniejszej sprawie wezwaniem z dnia 2 grudnia 2021 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do przedstawienia wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na wymienione ceny jednostkowe. Dalej Zamawiający wskazał, iż ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na

celu ustalenie, czy istotne dla prawidłowej realizacji zadania składowe ceny skalkulowane

były rzetelnie i czy w związku z tym wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Ponadto Zamawiający stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanych w ofercie kwot, za które wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający w wezwaniu zamieścił zestawienie rodzajów

prac w poszczególnych Grupach prac odnośnie których prosił o szczegółowe przedstawienie kalkulacji cen jednostkowych. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach dla każdej z wyjaśnianych pozycji (za wyjątkiem prac z Grupy 10b) wskaż łączne koszty robocizny, amortyzacji sprzętu, materiałów, utylizacji oraz zysk. Jednakże złożone wyjaśnienia nie zawierają danych szczegółowych, umożliwiających Zamawiającemu zweryfikowanie przyjętych przez Odwołującego kwot. Brak w przedłożonych wyjaśnieniach, pomimo żądania Zamawiającego, szczegółowego i wyczerpującego przedstawienia wyliczenia zaoferowanych cen i założeń jakie Odwołujący przyjął do ich wyliczenia. Dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący w każdej pozycji wskazał sumarycznie koszty robocizny nie wyjaśniając w jaki sposób zostały one wyliczone - brak wskazania przyjętej pracochłonności czy też stawek jakie Odwołujący przyjął do wyliczenia przyjętej kwoty. Podobnie rzecz ma się z kosztami amortyzacji sprzętu, materiałów, utylizacji. W wyjaśnieniach tych pozycji Odwołujący podał wyłącznie ogólne kwoty bez wykazania jakie elementy stanowią podstawę ich wyliczenia, np. koszty amortyzacji jakiego sprzętu i w jakiej ilości stosownego do realizacji zamówienia Odwołujący przyjął, czy też jakie materiały i w jakiej ilości ujął w wyliczonej kwocie. Jednocześnie Odwołujący załączył do wyjaśnień dowody, których nie powiązał z treścią wyjaśnień. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż brak tych danych uniemożliwia Zamawiającemu stwierdzenie, że pozycje kosztorysowe zostały skalkulowane w sposób rzetelny i niebudzący wątpliwości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby wskazać należy, iż 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. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. wyrok KIO z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 600/21). Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż przedstawione przez Odwołującego nie odpowiadają żądaniu Zamawiającego co do przedstawienia wyjaśnień wyczerpujących i szczegółowych, a tym samym właściwe było odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego.

Ze względu na lakoniczność złożonych wyjaśnień i brak podania przez Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach, weryfikowalnych danych, za bezpodstawną należy uznać polemikę Odwołującego z wyliczeniami przedstawionymi w uzasadnieniu odrzucenia. W szczególności Izba uznaje, że Zamawiający prawidłowo zidentyfikował nieadekwatność wyceny pozycji nr 6.1. z Grupy 6 prac oraz Grupy prac 10b do opisu przedmiotu zamówienia. Izba nie dostrzegła, podnoszonej przez Odwołującego wadliwości opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych znaków. W ocenie Izby prawidłowym jest opis poprzez odesłanie do powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które są właściwe dla materii postępowania. Jednocześnie wycena prac z Grupy 10b winna uwzględnić wymaganą przez Zamawiającego minimalną krotność wyjazdu, co nie znalazło odzwierciedlenia w wyjaśnieniach przedłożonych przez Odwołującego. Ponadto za spóźnione należy uznać dowody z kalkulacji podmiotów w którymi Odwołujący współpracuje, dowody te jako nie przedstawione Zamawiającemu w toku wyjaśnień ceny nie mogą stanowić podstawy do oceny zaoferowanej ceny przed Izbą. Zauważyć także należy, iż dla oceny wyjaśnień ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu bez znaczenia jest kwota za jaką dotychczas świadczył usługi inny wykonawca, czy też opis przedmiotu w innym postępowaniu - istotnymi są wymagania Zamawiającego ustalone dlatego postępowania i ich korelacja z zaoferowaną przez wykonawcę ceną.

Odnośnie zarzutu i argumentacji Odwołującego związanej z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania go do dodatkowych wyjaśnień zaoferowanej ceny, wskazać należy, że tylko pierwotne złożenie wyjaśnień konkretnych, rzetelnych, odpowiadających na treść wezwania zamawiającego, a nadto popartych dowodami, umożliwia Zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie uzupełniających wyjaśnień. Jeśli rzetelne pierwotne wyjaśnienia ceny w jakimś aspekcie wymagają przedstawienia przez wykonawcę dodatkowych informacji, wówczas Zamawiający może zwrócić się o doprecyzowanie poprzednio złożonych wyjaśnień. Wykonawca składając wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie może zakładać, iż Zamawiający wystosuje wobec niego kolejne wezwanie, lecz winien dążyć do złożenia wyjaśnień pełnych i popartych dowodami. Jak już wskazano powyżej, za wyjaśnienia uzasadniające ponowne wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanych cen nie mogą być uznane wyjaśnienia nierzetelne, a za takie Izba uznała przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia cen poszczególnych pozycji. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił danych umożliwiających Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności wyliczeń cen poszczególnych pozycji. Powyższe prowadzi do stwierdzenia niezasadności podnoszonego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 oraz 5 i 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp.

Zarzuty związane z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp jako wynikowe wobec

niepotwierdzenia się zarzutów powyższych również podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....