

Sygn. akt: KIO 2452/22

Sygn. akt: KIO 2453/22

WYROK

z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez odwołujących:

A. R. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROJEKT-BRUK R. K.,
Łubowo 92B, 62-260 Łubowo (KIO 2452/22),

B. L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo
Transportowo-Usługowo-Handlowe L. K., Łubowo 92B, 62-260 Łubowo (KIO 2453/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg
Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BADER-DROG
sp. z o.o. sp.k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo oraz T. B. prowadzący działalność
gospodarczą pod firmą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., Dałachów
354, 46-325 Rudniki, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn.
akt KIO 2453/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołania o sygn. akt KIO 2452/22 i KIO 2453/22 w zakresie zarzutu
dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez
niezasadne wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny usług
z poz. 18 Formularza cenowego,

2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 2452/22 i KIO 2453/22
i nakazuje zamawiającemu w części nr II i w części nr VI postępowania: unieważnienie
czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty
wykonawcy R. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROJEKT-BRUK R.
K., unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy L. K., prowadzący
działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe
L. K. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. częściach postępowania,

3. w sprawie KIO 2452/22 kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wielkopolski
Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie:
piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od
odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, na rzecz odwołującego: R. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROJEKT-BRUK R. K., Łubowo 92B, 62-260 Łubowo, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

4. w sprawie KIO 2453/22 kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, na rzecz odwołującego: L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe L. K., Łubowo 92B, 62-260 Łubowo, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania i 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. z 2022 r. poz. 1710) 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 2452/22

Sygn. akt: KIO 2453/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg na terenie 9-u Rejonów Dróg Wojewódzkich”, numer referencyjny: WZP.271-55/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.05.2022 r., nr 2022/S 093-255401.

W dniu 19.09.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

A. R. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROJEKT-BRUK R. K., Łubowo 92B, 62-260 Łubowo (zwany dalej: „odwołujący R. K.”) - KIO 2452/22,

B. Leszek Kowalczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe L. K., Łubowo 92B, 62-260 Łubowo (zwany dalej: „odwołujący L. K.”) - KIO 2453/22.

Obaj odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, iż zdaniem zamawiającego, oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo że odwołujący złożył wyjaśnienia, których zamawiający nie zakwestionował i nie zbadał wpływu poz. 18 Formularza ofertowego odwołującego na zaoferowaną cenę,

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podstaw do żądania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do usług z poz. 18 Formularza cenowego odwołującego, bowiem rzeczony usługi nie stanowią istotnych części składowych zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego

traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

Odwołujący zawarł w odwołaniach niemal identyczne uzasadnienie, wskazując w szczególności, co następuje (cytat z odwołania odwołującego R. K.).

„(...) W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że „w świetle art. 224 ust. 1 PZP wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Redakcja: H. Nowak, M. Winiarz). (...) W ocenie Odwołującego, powołana przesłanka nie zaktualizowała się w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny istotności części składowych ceny oferty wykonawcy w odniesieniu do poz. 18 Formularza cenowego. Podkreślenia bowiem wymaga, że istotność części składowych może być oceniana wyłącznie w odniesieniu do ceny oferty konkretnego wykonawcy.

W niniejszej sprawie relacja ceny z poz. 18 Formularza cenowego do ceny oferty Odwołującego kształtuje się na poziomie poniżej 1%, a zatem o żadnej istotności tej części składowej nie może być mowy. Gdyby nawet przyjąć, przeciwko czemu Odwołujący oponuje, że owa istotność winna być oceniana w szerszym aspekcie, np. na tle ofert konkurencyjnych, to wyniki tego porównania potwierdzają tezę Odwołującego, a mianowicie, że przedmiotowa istotność w odniesieniu do rozważanej pozycji cenowej nie istnieje, bowiem analogicznie relacja ta kształtuje się w ofercie konkurencyjnej. Udział wartości poz. 18 Formularza cenowego oferty konkurencyjnej w cenie całkowitej również wynosi poniżej 1%. Dalej, gdyby dla oceny istotności spornej pozycji cenowej wziąć również szacunek wykonany przez Zamawiającego, to również relacja ceny z poz. 18 Formularza cenowego do całkowitej wartości przedmiotu zamówienia kształtuje się na poziomie poniżej 1%.

Z ostrożności procesowej wskazać należy, że Wykonawca nie deprecjonuje wskazanej pozycji cenowej, ale nie można również pomijać, że zakres prac objętych OPZ w odniesieniu do sprzętu pomocniczego (ciężkiego) został przez Zamawiającego określony następująco: (...) Z powyższego zatem wynika, że sporna pozycja dotyczy usług pomocniczych, a nie podstawowych, a zatem z faktu akcesoryjności tych usług nie sposób wywieść twierdzenia, że są one istotne skoro sam Zamawiający nie używa w stosunku do nich określenia podstawowe, a więc za takie O ich nie uznaje.

Ponadto, nie sposób pominąć, że wycena owej spornej pozycji dotyczy użycia sprzętu w warunkach, jak wynika z cytowanego wyżej zakresu robót, skrajnie niekorzystnych, a więc w sytuacji, w której sprzęt lekki, podstawowy jest niewystarczający. Dotyczy to zaś na tyle intensywnych opadów śniegu, że użycie sprzętu podstawowego nie przyniosłoby oczekiwanego rezultatu. Doświadczenie wskazuje, że tego rodzaju opady mają charakter incydentalny, a zatem użycie sprzętu ciężkiego również ma ten charakter, a zatem z incydentalności wykonywania tego rodzaju usług nie sposób wywieść wniosku o istotności tego elementu składowego w cenie oferty nawet, gdyby przyjąć, iż dla oceny istotności może mieć znaczenie rodzaj usługi, przeciwko czemu Odwołujący oponuje, z przyczyn, o których była mowa powyżej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zatem nie miał podstaw, na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia ceny z poz. 18 Formularza cenowego, a skoro tak, to nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o wyjaśnienia, których żądanie było niezgodne z prawem.

Przy tym nie można pomijać, że pierwsze wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień miało oparcie w przepisie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, a zatem w ogóle nie wskazywało na badanie ceny w kierunku rażąco niskiej, a zatem nie mogą być z powyższego wyciągane negatywne konsekwencje dla Wykonawcy, który nie ma obowiązku domniemywać i interpretować czynności Zamawiającego, a zatem należy uznać, że wyjaśnienia te w ogóle nie mogą być brane pod uwagę. (...)

Już powyższe, zdaniem Odwołującego, powoduje, że czynność Zamawiającego obarczona jest wadą. Zamawiający nie badał bowiem wpływu rzekomo istotnych części składowych ceny na cenę całkowitą, zatem nie miał podstaw do przyjęcia, że cena oferty Odwołującego, jak to wskazał w swojej decyzji, nie jest uzasadniona.

Tymczasem nie można pominąć, że cena oferty Odwołującego kształtuje się na poziomie 10.000.713,60 zł, zaś cena oferty konkurencyjnej wynosi 11.397.672,00 zł, a więc cena oferty Odwołującego jest niższa od oferty konkurencyjnej nieco ponad 1 mln zł, a więc jest tańsza o niewiele powyżej 10%. To proste porównanie bez przeprowadzania nawet dokładnej analizy wskazuje, że tak niewielka różnica pomiędzy cenami ofert mieści się

kategorii konkurencji cenowej. Poza tym, nie można tracić z pola widzenia, że cena oferty konkurencyjnej została ustalona przez Wykonawcę, który nie ma nawet siedziby w województwie wielkopolskim, a zatem koszty wykonania tej usługi już z tej przyczyny muszą być niższe. (...)

Przechodząc do uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazać należy, że Zamawiający podważa realność stawek kosztów pracowników wycenionych przez Wykonawcę. Kontrargumentem zaś, świadczącym rzekomo o braku rynkowości tych stawek jest Załącznik nr 1 z programu do kosztorysowania ORGBUD.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności wskazać należy, że to Wykonawca składa wyjaśnienia, uwzględniając możliwości i okoliczności, które dotyczą Wykonawcy. Zamawiający ma więc obowiązek ocenić wyjaśnienia Wykonawcy jedynie w oparciu o okoliczności tam podane. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił. W odniesieniu do kosztów pracy pracowników Zamawiający nie zakwestionował kalkulacji Odwołującego, co zdaniem Wykonawcy, jest konieczne dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny, a czego normatywną podstawę stanowi art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Tylko bowiem, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy nie uzasadniają zaoferowanej ceny możemy mówić o cenie rażąco niskiej.

Po drugie, Zamawiający zakwestionował wycenione przez Odwołującego koszty pracownicze w oparciu o ceny znajdujące się w jakimś Załączniku nr 1 ORGBUD. Zamawiający oparł się więc nie na wyjaśnieniach Wykonawcy, a na źródle pochodzącym od podmiotu zewnętrznego. Ponadto, nie podał w ogóle, czym jest rzeczony ORGBUD. Odwołujący nie miał obowiązku opierać się i znać to źródło, a informacje z niego wynikające nie należą do faktów notoryjnych, a zatem uzasadnienie faktyczne Zamawiającego jest nie tylko nieadekwatne, ale i nieweryfikowalne.

Z ostrożności procesowej Odwołujący nabył to wydawnictwo, a jest nim Informacyjny zestaw cen czynników produkcji budowlanej dla III kwartału 2022 r., publikowany przez ORGBUD Serwis. Podmiot ten jest również twórcą programu do kosztorysowania robót budowlanych, który uwzględnia rzeczzone źródło. Analiza przedmiotowego wydawnictwa pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający, niezależnie od tego, że nie był uprawniony do oceny spornej ceny, zaoferowanej przez Odwołującego, przez pryzmat innych źródeł niż tylko wyjaśnienia Odwołującego, to również dopuścił się manipulacji.

Po pierwsze bowiem, Zamawiający przyjął jako kontrdowód dla oceny kalkulacji poz. 18 Formularza ofertowego Wykonawcy stawki robocizny obowiązujące na rynku robót budowlanych. Z doświadczenia życiowego zaś wynika, że rynek usług budowlanych, a więc usług specjalistycznych jest rynkiem bardziej kosztownym niż rynek usług, w tym usług utrzymania dróg. Wynika to z faktu, że pracownicy budowlani wykonują roboty specjalistyczne, podczas gdy pracownik świadczący sporne usługi wykonuje prace proste, które nie wymagają specjalistycznego wykształcenia. Stąd też porównanie stawek robocizny z tych dwóch rynków należy uznać za adekwatne.

Zaś za manipulację należy uznać fakt, że Zamawiający posłużył się cenami średnimi dla powoływanych robót budowlanych, żeby stworzyć wrażenie nieadekwatności stawek zaoferowanych przez Odwołującego. Tymczasem powołane wydawnictwo zawiera również ceny stawek minimalnych, których to Zamawiający już nie przytoczył i kształtują się one na poziomie ok. 21 zł i taką stawkę Odwołujący zaoferował. Zatem, stawka zaproponowana przez Odwołującego mieści się nie tylko w ustawowych minimalnych progach, ale również mieści się w przedziale stawek dla robocizny w sektorze usług budowlanych. (...)

Jeśli zaś chodzi o zakwestionowane koszty pracy sprzętu, to sytuacja wygląda analogicznie, jak w przypadku oceny kosztów pracowników. Jeśli idzie o sprzęt Zamawiający znowu nie dokonał wyjaśnień Odwołującego, a do zakwestionowania realności pracy sprzętu oparł się jedynie na wspomnianym wyżej wydawnictwie, porównując roboty budowlane z usługami. Zamawiający przyjął bowiem do weryfikacji cenę pracy sprzętu wykonującego roboty odpajania i przemieszczania gruntu, a więc w warunkach budowy.

Poza tym i tym razem Zamawiający dopuścił się manipulacji, bowiem nie wziął pod uwagę nawet cen minimalnych rzeczonych robót, niezależnie, że są nieadekwatne, tylko ceny średnie, żeby spowodować wrażenie nierealności ceny zaoferowanej w tym zakresie przez Odwołującego.

Tymczasem analiza cen minimalnych z powołanego wydawnictwa pozwala na stwierdzenie, że ceny minimalne kształtują się również na poziomie niższym niż 100 zł. W przypadku zaś ceny najmu ceny te są jeszcze niższe. Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie, biorąc pod uwagę, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazywał na fakt

użyczenia sprzętu i co więcej, warunki tego użyczenia, czego Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę. (...)

Co do kosztów napraw i eksploatacji, to Odwołujący zna sprzęt, jakim się posługuje i tylko on jest w stanie ocenić, czy takie koszty napraw wystąpią, biorąc tym bardziej pod uwagę wskazywane wyżej incydentalne użycie spornego sprzętu dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Tylko z faktu, że Zamawiającemu wydaje się, iż winien te koszty wliczyć, Odwołujący nie będzie ich sztucznie zawyżał.

Nie sposób również pominąć, że zakres prac objętych OPZ w odniesieniu do sprzętu pomocniczego (ciężkiego) nie przystaje do postanowienia Zamawiającego zawartego w pkt 17.3 Instrukcji dla Wykonawców, stąd też należy wyciągnąć wniosek, że Zamawiający poza przytoczeniem powołanego postanowienia Instrukcji wątku tego nie eksplorował, a więc nie wskazał, że określony koszt z kosztów tam wymienionych nie został ujęty w kalkulacji Odwołującego, co tylko potwierdza, że Zamawiający skutecznie nie podważył wyceny Odwołującego.

Jeśli idzie o argument powołany przez Zamawiającego, a związany z możliwością zmiany wynagrodzenia wykonawcy w toku realizacji zamówienia to jest on irrelevantny dla sprawy, bowiem nie ma obowiązku z obowiązkiem dokonania oceny wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Odwołujący z ostrożności procesowej podkreśla, że Izba jest uprawniona do oceny czynności Zamawiającego jedynie w świetle powołanego uzasadnienia faktycznego, a więc podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego. Te z kolei koncentrują się nie na ocenie wyjaśnień i zawartej w nich kalkulacji spornego elementu ceny oraz dołączonych dowodów, a jedynie na powołaniu alternatywnego źródła do oceny ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Tymczasem ustawa Pzp nie zna innego źródła dla oceny ceny zaoferowanej przez wykonawcę jak jego wyjaśnienia. Idąc dalej, skoro Zamawiający nie zakwestionował kalkulacji ceny i dowodów przedłożonych przez Odwołującego, to tym samym oferta Wykonawcy nie może być uznana za zawierającą cenę rażąco niską. Nawet, gdyby uznać, że Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień Odwołującego, to Izba nie może go w tym wyřęczać i dokonywać oceny w istocie za Zamawiającego, poddając analizie wyjaśnienia Odwołującego, stąd też, w opinii Odwołującego, decyzja Zamawiającego nie może się ostać.

W ocenie Odwołującego, powołane powyższej naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego stanowią wystarczający powód, aby uznać czynność odrzucenia oferty Odwołującego za niezgodną z prawem. Zamawiający po pierwsze bowiem, nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, po drugie zaś, Zamawiający nie badał, czy i ewentualnie, w jaki sposób, przy uznaniu przez Zamawiającego, że cena za świadczenie usług z poz. 18 Formularza cenowego jest rażąco niska, rzeczona cena ma wpływ na cenę całkowitą oferty. Nadto, co istotne nie podważył kalkulacji i dowodów Odwołującego, a zatem należy uznać, że wyjaśnienia te były wystarczające (...).

W związku z tym odwołujący R. K. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZABERD sp. z o.o.,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Z kolei odwołujący L. K. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: BADER-DROG sp. z o.o. sp.k. oraz „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 22.09.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BADER-DROG sp. z o.o. sp.k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., Dalachów 354, 46-325 Rudniki (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2453/22 po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21.09.2022 r. wykonawca ZABERD sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2452/22 po stronie zamawiającego. Wykonawca zgłaszając przystąpienie Prezesowi Izby nie

dołączył dowodów przekazania kopii przystąpienia stronom. W trakcie posiedzenia Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia nie zostało przesłane odwołującemu na właściwy, podany w odwołaniu adres pełnomocnika. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że przystąpienie nie zostało dokonane skutecznie i nie dopuściła wykonawcy ZABERD sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika.

Pismem z dnia 29.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o ich odrzucenie, ewentualnie o ich oddalenie. Pismem z dnia 29.09.2022 r. również przystępujący ustosunkował się do treści odwołania w sprawie 2453/22, wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg na terenie 9-u Rejonów Dróg Wojewódzkich, które obejmuje: odśnieżanie, zwalczanie śliskości zimowej, patrolowanie, utrzymanie chodników oraz wywóz śniegu. Przedmiot zamówienia został podzielony na 9 części. Odwołanie R. K. dotyczy części nr VI (RDW w Nowym Tomyślu), zaś odwołanie L. K.

- części nr II (RDW w Gnieźnie).

W pkt 17.3. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe oferowane przez wykonawcę powinny zawierać:

- koszt efektywnego odśnieżania i posypania 1 km drogi,
- koszt zakupu wszystkich niezbędnych materiałów do prac ZUD,
- koszt dojazdu na wyznaczone miejsce rozpoczęcia pracy,
- koszt prowadzenia dyżurów,
- koszt objazdu dróg przez Dyżurnego Wykonawcy samochodem osobowym,
- koszty związane z całością systemu GPS:
 - a) koszt zakupu, montażu i serwisu urządzeń GPS,
 - b) koszt zakupu i obsługi systemu monitoringu GPS,
 - c) koszt abonamentu za przesyłanie danych w systemie monitoringu GPS/GRPS,
 - d) koszt szkolenie z obsługi systemu GPS,
- koszty zakupu, montażu i serwisu kamer z kartami pamięci do kabin kierowców sprzętu ZUD,
- koszt wynajęcia składowiska materiałów ZUD,
- koszt usuwania pojazdów blokujących drogi.

Wartość szacunkowa zamówienia w części II postępowania wynosi 10.626.563,56 zł netto, co stanowi 11.476.688,64 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 9.793.893,60 zł brutto. Odwołujący L. K. złożył ofertę z ceną całkowitą 9.662.587,20 zł brutto. Cena całkowita oferty odwołującego jest więc niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT o 15,81% oraz od średniej arytmetycznej ofert o 1,35%.

Wartość szacunkowa zamówienia w części VI postępowania wynosi 10.236.629,96 zł netto, co stanowi 11.055.560,36 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 10.699.192,80 zł brutto. Odwołujący R. K. złożył ofertę z ceną całkowitą 10.000.713,60 zł brutto. Cena całkowita oferty odwołującego jest więc niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT o 9,55% oraz od średniej arytmetycznej ofert o 6,53%.

W formularzach cenowych zarówno dla części II, jak i dla części VI, w pozycji 18 „ZUD - sprzęt ciężki” obydwaj odwołujący wskazali cenę jednostkową w wysokości 10 zł

netto.

Korespondencja z odwołującym R. K.:

Pismem z dnia 20.07.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego R. K., na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny na sprzęt ciężki przy zimowym utrzymaniu dróg. Prosimy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oraz przedłożenie dowodów, że za zadeklarowaną przez Państwa cenę jest możliwe zrealizowanie zamówienia z użyciem sprzętu ciężkiego”. Ponadto zamawiający poprosił odwołującego R. K. o ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w piśmie przystępującego ZABERD.

Pismem z dnia 24.07.2022 r. odwołujący R. K. udzielił wyjaśnień, w ramach których powołał się m.in. na: zapis w OPZ, zgodnie z którym nawet w razie niewykonania w miesiącu żadnej czynności ZUD wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie w wysokości 35.000 zł, na dużą ilość sprzętu objętego monitoringiem GPS, co pozwoliło na duże rabaty i na najem placu (wszystko w oparciu o umowy ustne), na nabywanie soli i piasku na przełomie lata i jesieni, co pozwala uzyskać korzystniejsze ceny, na samozatrudnienie odwołującego, co pozwala wykonywać mu prace osobiście i generuje niższe koszty, a ponadto zakwestionował dopuszczalność badania rażąco niskiej ceny w zakresie prac przy użyciu ciężkiego sprzętu, gdyż nie są to prace kluczowe lub wyżej punktowane.

W tym samym piśmie odwołujący R. K. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa „informacje w całości zawarte w piśmie co do wyjaśnień kalkulacji cenowej”.

Pismem z dnia 03.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego R. K. „ponownie do przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej dla pozycji nr 18 „ZUD -sprzęt ciężki”. W ocenie Zamawiającego ta część zamówienia jest istotnym elementem oferty, gdyż priorytetowym zadaniem realizowanym przez Zarządcę drogi jest utrzymanie drożności dróg. W warunkach pogodowych, kiedy to zachodzi potrzeba użycia sprzętu ciężkiego, kluczowym jest, aby wszystkie drogi wojewódzkie były przejezdne i zadanie zostało zrealizowane zgodnie z OPZ”.

Pismem z dnia 08.08.2022 r. odwołujący R. K. udzielił wyjaśnień, w których wskazał m.in.:

- „To dana firma kierując się własną polityką decyduje o kalkulacji zysków oraz strat tak aby przy wykonaniu całego zadania było rentowne dla firmy”, a także wskazał, że podczas przygotowywania kosztorysu całe zadanie potraktował globalnie,

- „W związku z możliwościami oferowanymi przez PUP w Gnieźnie istnieje możliwość skorzystania z atrakcyjnych form zatrudnienia osoby bezrobotnej. Zatrudnianie bezrobotnego z urzędu pracy to atrakcyjna oferta dla pracodawców. Pozwala m.in. na obniżenie kosztów dzięki środkom z Funduszu Pracy, uzyskanie dofinansowania wyposażenia miejsca pracy czy otrzymanie refundacji składek na ubezpieczenie społeczne opłacane za zatrudnionych”.

- „Faktem jest, że pracownicy muszą być przygotowani na podjęcie pracy przy ZUD z wykorzystaniem sprzętu ciężkiego w trybie natychmiastowym niemniej jednak z analizy kilku ostatnich lat jasno wynika, że prace takie nie były wykonywane. W związku z czym (...) osoby te będą skierowane (w momencie gdy nie będzie pracy przy ZUD) do innych prac przynoszących firmie zyski. Przy takim podejściu łatwo jest wyliczyć, że pracownik taki nie będzie tylko kosztem a zyskiem w związku z czym można przyjąć, że koszt pracy człowieka związany z obsługą sprzętu ciężkiego będzie znikomy bądź też zerowy”.

- „W ramach wieloletniej współpracy z firmami podpisałem listy intencyjne o zamiarze zawarcia umowy barterowej, która polega na umieszczeniu na sprzęcie do ZUD reklam kilku podmiotów gospodarczych. W zamian za umieszczenie tych reklam firmy zobowiązują się do pokrycia 100% kosztów paliwa danego sprzętu ciężkiego wykorzystywanego przy ZUD. Dzięki takiej umowie w bardzo łatwy sposób zminimalizowałem koszty paliwa do 0zł/h co w sposób oczywisty wpłynęło na cenę zawartą w kosztorysie”.

- „kondycja finansowa mojej firmy umożliwia mi zakup w dowolnym momencie dowolnego sprzętu ciężkiego co dodatkowo obniży koszt związany z jego wykorzystaniem. Niemniej jednak wstrzymuje się z taką decyzją ze względu na minimalny w mojej opinii zakres prac na

taki sprzęt”.

- „Część zadania powierzona jest podwykonawcy, z którym mam ustalone i zagwarantowane ceny nie generujące dodatkowych kosztów, które wpłynęły na kalkulację cenową dla sprzętu ciężkiego”.
- „posiadane doświadczenie przy zimowym utrzymaniu dróg oraz znajomość topografii dróg znajdujących się w obwodzie Nowego Tomyśla umożliwiło mi optymalizację tras oraz podzielenie ich pomiędzy składowiska w taki sposób by nie było pustych przejazdów a trasy były wykorzystane efektywnie co dla mojej firmy stanowi oszczędności przy wykonywaniu zamówienia”.
- „jeden z udostępnionych placów jest własnością członka mojej rodziny i został mi udostępniony nieodpłatnie co nie generuje dla mnie dodatkowego kosztu a wręcz zmniejsza je w stosunku do firm”.
- „Spora część wymaganego przez zamawiającego sprzętu jest w moim posiadaniu (...) Fakt, iż sam wykonuje pracę jest kolejnym argumentem, iż nie generuje dodatkowych kosztów kolejnego pracownika”.
- „Zamawiający na podstawie SWZ wymaga od wykonawcy zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę natomiast nie wymaga ani konkretnej ilości osób nie wytycza rodzaju zatrudnienia umowy i nie wskazał obowiązkowego wymiaru czasu pracy, a koszty zatrudnienia w zależności od powyższych czynników wpływają na koszt jednostkowy cen zaoferowanych w formularzu ofertowym. Przy własnych założeniach ilości osób i uwzględnieniu kosztów jakie będę musiał ponieść przy zatrudnieniu zgodnie z adekwatnym i obowiązującym wynagrodzeniem mogłem pozwolić sobie na zaoferowanie takiej właśnie ceny dla sprzętu ciężkiego”.
- „obecny klimat, wpływ ocieplenia klimatycznego, zmieniające się warunki atmosferyczne oraz analizę ostatnich lat wszystko to wpłynęło na moją kalkulację cenową dla pozycji 18 ZUD sprzęt ciężki. Z posiadanej wiedzy wiem, iż w latach ubiegłych nie był on w ogóle używany co spowodowane jest ociepleniem w naszym kraju”.
- „posiadanie na stanie 300 ton soli z poprzedniego okresu zimowego oraz zakup soli drogowej po bardzo korzystnych cenach, gdyż poza sezonem zimowym jest dużo niższe zapotrzebowanie co pozwala na otrzymanie od sprzedawcy dużych rabatów i wpływa na niższe koszty dla zadania ZUD a w konsekwencji czego pozwala obniżyć ceny w tym dla sprzętu ciężkiego”.

Do wyjaśnień nie dołączono żadnych wyliczeń ani dowodów. W tym samym piśmie odwołujący R. K. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa „informacje w całości zawarte w piśmie co do wyjaśnień kalkulacji cenowej”.

Pismem z dnia 10.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego R. K. „ponownie do przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej dla pozycji nr 18 „ZUD-sprzęt ciężki” oraz dowodów, w szczególności:

- a) nazw firm oraz podpisanych listów intencyjnych, potwierdzających zamiar zawarcia umów barterowych, które polegają na umieszczeniu na sprzęcie do ZUD reklam kilku podmiotów gospodarczych i zobowiązania tych podmiotów do pokrycia 100% kosztów paliwa danego sprzętu ciężkiego wykorzystywanego przy ZUD;
- b) kopii umowy z PUP pozwalającej na korzystnych warunkach zatrudnienie osób bezrobotnych;
- c) kopii zawartych umów użyczenia / najmu sprzętu ciężkiego;
- d) kopii umowy z podwykonawcą, z której wynikają ceny mające wpływ na badany koszt;
- e) dokument potwierdzający nieodpłatne udostępnienie placów składowania sprzętu.”

Pismem z dnia 16.08.2022 r. odwołujący R. K. udzielił wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i do których dołączył:

„1. Listy intencyjne,

2. Kopie zawartych umów użyczenia/ najmu sprzętu ciężkiego,

3. Kopie umów z podwykonawcą,
4. Dokument potwierdzający nieodpłatne udostępnienie placu składowania sprzętu.
5. Formy zatrudnienia osób bezrobotnych z PUP w Gnieźnie."

W wyjaśnieniach odwołujący Rafał Kowalczyk wskazał informacje dotyczące m.in. kosztów pracowników - 21,57 zł/godzinę, kosztów sprzętu - 4,17 zł miesięcznie i kosztów najmu ładowarki - 50 zł rocznie, przy czym pozostały sprzęt został użyczony nieodpłatnie (kwoty te zostały ujawnione przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty).

Korespondencja z odwołującym L. K.:

Pismem z dnia 20.07.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego L. K., na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny na sprzęt ciężki przy zimowym utrzymaniu dróg. Prosimy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oraz przedłożenie dowodów, że za zadeklarowaną przez Państwa cenę jest możliwe zrealizowanie zamówienia z użyciem sprzętu ciężkiego”. Ponadto zamawiający poprosił odwołującego L. K. o ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w piśmie przystępującego ZABERD oraz przystępującego konsorcjum BADER-DROG.

Pismem z dnia 23.07.2022 r. odwołujący L. K. udzielił wyjaśnień, w których m.in.: zakwestionował zasadność zarzutów stawianych przez ww. dwóch wykonawców, wskazał na możliwość pozostawiania przez nich w zmwowie przetargowej, powołał się na fakt, że w latach ubiegłych używane były głównie solarki i pługi lekkie i średnie, co oznacza, że sprzęt ciężki nie jest kluczowym elementem zadania, wskazał na niewielką różnicę ceny jego oferty od wartości szacunkowej powiększonej o VAT i średniej arytmetycznej ofert, powołał się na 30-letnie istnienie firmy na rynku oraz wynikający z tego dostęp do atrakcyjnych cen dla materiałów ZUD czy systemu monitoringu GPS, na długoletnią współpracę z podwykonawcami i osobami zatrudnianymi oraz na „szerszą gamę czynników wpływających na cenę”, co pozwoliło na klarowną kalkulację ceny oferty.

W tym samym piśmie odwołujący L. K. zastrzegł treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 03.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego L. K. „ponownie do przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej dla pozycji nr 18 „ZUD -sprzęt ciężki”. W ocenie Zamawiającego ta część zamówienia jest istotnym elementem oferty, gdyż priorytetowym zadaniem realizowanym przez Zarządcę drogi jest utrzymanie drożności dróg. W warunkach pogodowych, kiedy to zachodzi potrzeba użycia sprzętu ciężkiego, kluczowym jest, aby wszystkie drogi wojewódzkie były przejezdne i zadanie zostało zrealizowane OPZ”.

Pismem z dnia 08.08.2022 r. odwołujący L. K. udzielił wyjaśnień, w których wskazał m.in.:

- „konkurencyjne firmy postawiły na większy zysk przy ZUD niż moja firma”,
- „firma moja jest firmą rodzinną z 30 letnim doświadczeniem przy ZUD pozwala na oferowanie cen za usługi które z całą stanowczością i odpowiedzialnością wykonam bez zastrzeżeń zgodnie do OPZ”,
- „Nasze prace wykonujemy własnymi środkami transportowymi oraz maszynami i urządzeniami które należą do mojej firmy. ponad to jestem właścicielem gruntu 0.760ha na którym znajduje się siedziba mojej firmy”,
- „Wzięliśmy pod uwagę klimat w którym obecnie się znajdujemy który uległ diametralnemu ociepleniu gdzie przez ostatnie 16 lat ani jeden raz sprzęt ciężki nie został użyty przy ZUD, co nie przesądza o fakcie nie użycia go w latach przyszłych”,
- „posiadam na własność na zabezpieczenie zadań II i VIII wymaganych SWZ - solarki - 100%, pługi 90% nośniki solarek i pługów-90% koparki ładowarki 70% pozostały sprzęt 50%”,
- „dysponuję własnym terenem na składowisko soli/piasku wraz z budynkiem biurowym. Na obecną chwilę mamy zapasu soli ok 800 ton oraz zapewnienie firm o dalszych dostawach

w korzystnych cenach wynegocjowanych poprzez wieloletnie kontrakty”,

- „Przy założeniu obecnego zatrudnienia pracowniczego oraz samozatrudnienia i zaangażowaniu rodziny oraz środków pieniężnych wypracowanych przez lata pracy wykonam wszystkie powierzone zadania bez uszczerbku na realizacji powierzonych zadań”,
- „założyłem zysk na poziomie ok 30%-40%”
- „gwarantowane kwoty miesięczne przez WZDW dodatkowo wzmacniają pozycję firmy i pozwalają na większą swobodę działania”
- „w warunkach pogodowych, kiedy zachodzi potrzeba użycie sprzętu ciężkiego zapewniam iż na polecenie RDW zostanie użyty sprzęt zgodnie do zapisu OPZ by zachować drożność i przejezdnosć dróg”.

Do wyjaśnień nie dołączono żadnych wyliczeń ani dowodów. W tym samym piśmie odwołujący L. K. zastrzegł treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 10.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego L. K. „ponownie do przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej dla pozycji nr 18 „ZUD-sprzęt ciężki” oraz „dowodów potwierdzających własność sprzętu ciężkiego przeznaczonego do realizacji przedmiotowej części, m.in. w postaci zaksięgowania na środki trwałe, ewidencji środków trwałych, tabel amortyzacyjnych oraz dowodów potwierdzających, że dysponują Państwo własnym terenem na składowisko soli / piasku”.

Pismem z dnia 16.08.2022 r. odwołujący L. K. udzielił wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i do których dołączył:

„- akt notarialny własności działki

- decyzja z Wójt Gminy Łubowo- podatek od nieruchomości
- umowa użyczenia (siedem umów)
- Fakt-Plan amortyzacji środka trwałego_06_2022
- Fakt-Wykaz środków trwałych_06_2022”

W wyjaśnieniach odwołujący L. K. wskazał informacje dotyczące m.in. kosztów pracowników (21,57 zł/godzinę) oraz kosztów pracy ładowarek własnych: 29,00 zł/godz, przy czym pozostały sprzęt został użyczony nieodpłatnie (kwoty te zostały ujawnione przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty).

Zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego, tylko ostatnie wyjaśnienia odwołujących z dnia 16.08.2022 r. pozostają utajnione.

Pismem z dnia 09.09.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych w części nr II i w części nr VI postępowania, a także o odrzuceniu ofert obu odwołujących odpowiednio w ww. częściach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego L. K. zamawiający wskazał:

„(.) Zaproponowana przez Wykonawcę cena jednostkowa w poz. 18 formularza cenowego „ZUD-sprzęt ciężki”, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ (10 zł za 1 motogodzinę) budziła wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości rzetelnego wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego ta część zamówienia jest istotnym elementem ceny oferty, gdyż priorytetowym zadaniem zarządcy dróg jest utrzymanie drożności dróg. W warunkach pogodowych, kiedy zachodzi potrzeba użycia sprzętu ciężkiego, kluczowym jest, aby wszystkie drogi wojewódzkie były przejezdne i zadanie zostało zrealizowane zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wskazuje przy tym iż przed wszczęciem postępowania oszacował wartość w poz. 18 „ZUD-sprzęt ciężki” dla części II RDW Gniezno w wysokości 249,17 zł za 1 motogodzinę.

(.) W swoich wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał Zamawiającemu,

iż oszacowanie kosztów pracy sprzętu ciężkiego przy zimowym utrzymaniu dróg uwzględnia wszystkie przewidziane koszty. W szczególności wskazana stawka kosztów pracownika 21,57 zł/godz. jest niewspółmierna do rzeczywistych kosztów pracy na rynku. Zgodnie z załącznikiem nr 1 - stawki wg ORGBUD są znacząco wyższe niż wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy (24,76 zł - 26,13 zł), natomiast ostatnie analizy rynku cenowego wykonawców wskazują iż rzeczywiste koszty pracowników, przy utrzymującej się wysokiej inflacji, są jeszcze ok. 30% wyższe od kosztorysowych. (.)

Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na zapytania wykonawców do treści swz z dnia 14.06.2022r. (odpowiedź na pytanie nr 1) zmodyfikował zapis §4 Projektowanych postanowień umowy (PPU) w zakresie przewidywanych zmian umowy i procedury określenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w cenie jednostkowej należy określić zestawienie wynagrodzeń, w tym:

a) zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę) osób bezpośrednio zaangażowanych w realizację przedmiotu umowy wraz z określeniem zakresu (części etatu/ilość godzin), w jakim wykonują one prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a;

b) pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne) osób bezpośrednio zaangażowanych w realizację przedmiotu umowy wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu/ilość godzin), w jakim wykonują one prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. b,

c) pisemne zestawienie wynagrodzeń osób bezpośrednio zaangażowanych w realizację przedmiotu umowy - wraz z określeniem zakresu (części etatu/ilość godzin), w jakim wykonują one prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - wraz z wysokości wpłaty podstawowej (i ewentualnie wpłaty dodatkowej) dokonywanej przez Wykonawcę na pracownicze plany kapitałowe - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. c.

Z powyższego w sposób niezaprzeczalny wynika, że koszty pracy muszą być w pełnym zakresie uwzględnione w cenie jednostkowej. Skalkulowanie przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L. K. ceny jednostkowej na poziomie 10 zł nie uwzględnia wszystkich kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem osób na umowę o pracę.

W przypadku kosztów pracy sprzętu Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach stawkę 29 zł za 1 godz. pracy sprzętu (przy założeniu nieodpłatnego użyczenia lub własności), wskazując przy tym tylko koszt paliwa bez kosztów ewentualnych napraw i eksploatacji.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 według stawek ORGBUD - koszt pracy każdego sprzętu wymaganego przy realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi powyżej 100 zł za 1 motogodzinę pracy sprzętu. (.)

Praca ciężkiego sprzętu przy zimowym utrzymaniu dróg stanowi kluczowy element dla prawidłowego wykonania zadania. W sytuacjach nagłych, nadzwyczajnych i ekstremalnych warunkach pogodowych, należy zapewnić działanie sprzętu ciężkiego w celu przywrócenia przejeźdźności dróg. Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L. K. zaproponował wykonanie tej usługi na poziomie nierynkowym, rażąco niskim

1 w ocenie Zamawiającego, niemożliwym do realizacji. Średnia cen innych, przykładowych ofert w ramach postępowania została określona na poziomie 183 zł/m-g. Zaproponowana przez Wykonawcę cena jest niemal 20 - krotnie niższa od średniej cen ofert złożonych w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego cena jednostkowa w poz.18 formularza cenowego „ZUD - sprzęt ciężki” Wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L. K. jest ceną rażąco niską i niewystarczającą do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Przy przedstawionej stawce za pracę sprzętu ciężkiego, w ciągu następnych sezonów ZUD, koszty będą rosły”.

Analogicznie zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego R. K., z różnicą we fragmencie: „W przypadku kosztów pracy sprzętu Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach

stawkę 4,17 zł przy nieodpłatnym użyczeniu sprzętu (3 równiarek, 2 spycharek, 3 ciągników, 2 ładowarek) oraz kosztów najmu 1 ładowarki w wysokości 50 zł rocznie".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów dotyczących art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu dotyczącego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zachodzi przesłanka odrzucenia obu odwołań. Należy zwrócić uwagę, że obaj odwołujący byli wzywani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w dniach 03.08.2022 r. i 10.08.2022 r., co oznacza, że w celu zakwestionowania prawidłowości tejże czynności zamawiającego, powinni byli wnieść odwołania w terminie 10 dni od ww. dat, czyli do 16.08.2022 r. i do 22.08.2022 r. (art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp). Wniesienie odwołania na czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dopiero w dniu 19.09.2022 r. skutkuje koniecznością uznania, że odwołania te zostały wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a zatem podlegają odrzuceniu w zakresie ww. zarzutu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionego w obu odwołaniach zarzutu dotyczącego odrzucenia ofert odwołujących, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 473 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza, zwana dalej "Izbą", jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513. W tymże art. 513 pkt 1 ustawy Pzp wskazano, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą m.in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że Izba bada kwestionowaną „czynność” zamawiającego w takim zakresie, w jakim została ona dokonana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykraczając przy tym poza zarzuty zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie „czynnością” zamawiającego kwestionowaną w odwołaniach jest odrzucenie ofert obu odwołujących, przy czym czynność ta ma swój ściśle określony zakres wynikający z pisma z dnia 09.09.2022 r. informującego o odrzuceniu. Z ww. pisma wynika bowiem, czyje oferty zostały odrzucone, na jakiej podstawie prawnej zostały odrzucone i w oparciu o jakie okoliczności faktyczne zostały odrzucone. W piśmie tym zamawiający, w przypadku oferty odwołującego L. K. podniósł argument dotyczący stawki kosztów pracownika w wysokości 21,57 zł/godz oraz argument dotyczący stawki 29 zł/godz pracy sprzętu, natomiast w przypadku oferty odwołującego R. K. - ten sam argument dotyczący kosztów pracownika oraz argument dotyczący stawki „4,17 zł przy nieodpłatnym użyczeniu sprzętu (3 równiarek, 2 spycharek, 3 ciągników, 2 ładowarek) oraz kosztów najmu 1 ładowarki w wysokości 50 zł rocznie”. W przypadku obu rodzajów argumentów zamawiający porównał stawki odwołujących ze stawkami wynikającymi z informacji cenowych ORGBUD. Taka argumentacja zamawiającego stała się podstawą dokonania czynności odrzucenia ofert odwołujących, co oznacza, że wyłącznie w zakresie tej właśnie argumentacji Izba może ocenić prawidłowość kwestionowanej w odwołaniach czynności.

Tym samym Izba nie może rozpoznać odwołań z uwzględnieniem okoliczności faktycznych powoływanych dopiero w postępowaniu odwoławczym, takich jak brak pokazania struktury budowania ceny w poz. 18, brak wskazania przez odwołujących kosztów ubezpieczenia, wskazanie stawek za godzinę zamiast za motogodzinę, wątpliwości zamawiającego co do załączonych umów użyczenia, czy bagatelizowanie przez odwołujących konieczności użycia sprzętu ciężkiego. Skoro zamawiający nie powołał takiej argumentacji w piśmie informującym o odrzuceniu obu ofert, to argumentacja taka nie może być przedmiotem oceny przez Izbę w postępowaniu odwoławczym, gdyż wykracza ona poza czynność dokonaną przez zamawiającego w postępowaniu.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.07.2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11, w którym Sąd stwierdził: „Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstaw faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych”. Ww. wyrok został wydany w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z dnia 29.01.2004 r. i dotyczy czynności wykluczenia, ale nie ma to znaczenia dla omawianej kwestii i związanej z nią uniwersalnej zasady równości stron w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym, z której to zasady wynika brak dopuszczalności rozszerzania podstaw faktycznych odrzucenia oferty dopiero w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba w przedmiotowej sprawie dokonała oceny prawidłowości czynności odrzucenia ofert obu odwołujących wyłącznie w zakresie okoliczności faktycznych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 09.09.2022 r.

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia w niniejszej sprawie jest to, w jakim zakresie powinny zostać ocenione wyjaśnienia złożone przez obu odwołujących w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Z uwagi na powyższy przepis Izba nie mogła poprzestać na ocenie, złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień odwołujących z dnia 08.08.2022 r., ale musiała uwzględnić fakt, że po uzyskaniu ww. wyjaśnień zamawiający nie odrzucił ich ofert, lecz wezwał obu odwołujących do złożenia kolejnych wyjaśnień, w tym konkretnych wyszczególnionych dowodów. Ustalony przez Izbę stan rzeczy jest więc taki, że w odpowiedzi na drugie wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwanie z dnia 10.08.2022 r., odwołujący złożyli nowe wyjaśnienia, tym razem również z dowodami (nieodtajnione przez zamawiającego). Dlatego też Izba zobowiązana była dokonać oceny wszystkich wyjaśnień odwołujących udzielonych w trybie ww. przepisu, w tym także wyjaśnień z dnia 16.08.2022 r. (przy czym ocena ta, jak wskazano już wyżej, może być dokonywana wyłącznie w świetle okoliczności faktycznych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 09.09.2022 r.).

Przechodząc zatem do meritum niniejszej sprawy, czyli do zarzutu dotyczącego odrzucenia ofert odwołujących, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

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 powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

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

W tym miejscu ponownie należy przypomnieć, że w piśmie z dnia 09.09.2022 r. zamawiający, w stosunku do obu ofert podniósł argument dotyczący stawki kosztów pracownika w wysokości 21,57 zł/godz, a ponadto w przypadku oferty odwołującego L. K. podniósł argument dotyczący stawki 29 zł/godz pracy sprzętu, natomiast w przypadku oferty odwołującego R. K. - argument dotyczący stawki „4,17 zł przy nieodpłatnym użyczeniu sprzętu (3 równiarek, 2 spycharek, 3 ciągników, 2 ładowarek) oraz kosztów najmu 1 ładowarki w wysokości 50 zł rocznie”. Ww. stawki zamawiający porównał do stawek wynikających z informacji cenowej ORGBUD, a ponadto zacytował w ww. piśmie określone postanowienia swz.

Co do kosztów robocizny, słusznie odwołujący zwrócili uwagę, że stawki podawane przez ORGBUD odnoszą się do branży budowlanej, nie zaś do usług utrzymaniowych, zatem ich wysokość nie musi być adekwatna do kosztów wykonania niniejszego zamówienia. Przede wszystkim jednak, jak wynika z dowodu dołączonego do odwołania, podane w piśmie z dnia 09.09.2022 r. stawki ORGBUD są stawkami średnimi, natomiast zamawiający nie uwzględnił stawek minimalnych, których wysokość jest zbliżona do kosztów podanych przez odwołujących. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że stawki ORGBUD dowodzą, że „wskazana stawka kosztów pracownika 21,57 zł/godz. jest niewspółmierna do rzeczywistych kosztów pracy na rynku”.

Co do kosztów pracy sprzętu, ponownie należy zauważyć, że jak wynika z dowodu dołączonego do odwołania, podane w piśmie z dnia 09.09.2022 r. stawki ORGBUD są stawkami średnimi, natomiast zamawiający nie uwzględnił stawek minimalnych. Ponadto zamawiający nie dokonał oceny dowodów złożonych przez obu odwołujących w postaci wykazu środków trwałych, planu amortyzacji środków trwałych, umów użyczenia sprzętu, umowy najmu, listów intencyjnych. Zamawiający oparł swoją argumentację w piśmie z dnia 09.09.2022 r. na stawkach ORGBUD, natomiast nie odniósł się do ww. dowodów, co świadczy o tym, że dokonał oceny wyjaśnień odwołujących w oderwaniu od złożonych przez nich dowodów. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że same stawki ORGBUD, bez uwzględnienia tego, co wynika z dowodów dołączonych do wyjaśnień, dowodzą nierealności kosztów pracy sprzętu.

W tym miejscu należy wskazać, że nie jest wystarczające uzasadnienie odrzucenia oferty sprowadzające się do wskazania, że wykonawca nie wykazał realności ceny oferty. Zamawiający musi wskazać przykładowo: czego w złożonych wyjaśnieniach brakuje, jakich elementów zamówienia lub wyliczeń nie uwzględniono, dla jakich informacji nie przedstawiono dowodów, które wyliczenia są nierzetelne i dlaczego, które informacje lub dowody są niewiarygodne i dlaczego, które informacje są niespójne, które są niezgodne z postanowieniami swz. Dopiero wskazanie konkretnych okoliczności świadczących o nierzetelności kalkulacji ceny lub o niewystarczających wyjaśnieniach w tym zakresie, daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8

lub o art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który złożył ofertę z kwestionowaną ceną, nie zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku przedstawienia uzasadnienia wskazującego na zasadność odrzucenia oferty. Nie oznacza to przerzucania na zamawiającego obowiązku wykazania realności ceny oferty, ale wręcz przeciwnie - stanowi o obowiązku wykazania nierealności ceny tej oferty lub obowiązku wykazania wadliwości wyjaśnień wykonawcy. W sytuacji, gdy zamawiający - jak w niniejszej sprawie - pomija w swojej ocenie złożone dowody i ogranicza się do dokonania nie całkiem adekwatnych porównań w zakresie kosztów, nie można uznać, że wykazał on wadliwość złożonych wyjaśnień i że miał podstawę do odrzucenia ofert z powodu rażąco niskiej ceny.

Dlatego Izba, w świetle uzasadnienia pisma z dnia 09.09.2022 r., a także respektując wymogi formalne wynikające z art. 473 ust. 1 pkt 1, art. 513 pkt 1 oraz art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia 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

KIO 2452/22 i KIO 2453/22