Sygn. akt KIO 2864/22

WYROK

z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Joanna Gawdzik-Zawalska
Jolanta Markowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 10 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2022 r.

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi

[„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738 (nr O/ŁO.D-3.2421.3.2022.vk)

prowadzonym przez zamawiającego: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi

[„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GNOM sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

   1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi {dalej: „GDKiA" lub „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp" lub „Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738 (nr O/ŁO.D-3.2421.3.2022.vk).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 lutego 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_038 pod poz. 098583.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

21 października 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez GNOM sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach {dalej: „Konsorcjum Gnom" lub „Przystępujący"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez ROKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, D.S. SZADEK z siedzibą w Łodzi {dalej: „Konsorcjum Rokom" lub „Przystępujący"}.

31 października 2022 r. Konsorcjum Rokom wniosło odwołanie od takiego rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 - przez bezpodstawne odrzucenie oferty

Konsorcjum Rokom, pomimo że ani cena tej oferty, ani jej istotne elementy składowe, które były objęte wezwaniem do wyjaśnienia, nie mają znamion rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwiają realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ"}, co znalazło potwierdzenie w złożonych wyjaśnieniach (w tym obliczeniach) i załączonych do nich dowodach.

2. Art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 - przez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Gnom zamiast oferty Konsorcjum Rokom, na

skutek czynności objętej pierwszym zarzutem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum Rokom.

3. Powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, co winno skutkować

uznaniem za taką oferty Konsorcjum Rokom.

W ramach uzasadnienia odwołania w pierwszej kolejności Odwołujący zrelacjonował [patrz str. 4-.14. odwołania] dotychczasowy przebieg postępowania co do: 1) opisu przedmiotu opcjonalnego zakresu zamówienia, 2) zestawienia cen złożonych ofert w podziale na zakres podstawowy i opcjonalny, 3) wyboru oferty Konsorcjum Rokom jako najkorzystniejszej, 4) zwięzłego przedstawienia zarzutów w odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum Gnom, 5) treści odpowiedzi na to odwołanie, 6) sentencji wyroku Izby z 8 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1556/22 w zakresie rozstrzygnięcia o uwzględnieniu tego odwołania i fragmentu uzasadnienia tego wyroku, 7) wezwania do wyjaśnienia ceny oferty, które w ramach wykonania tego wyroku Zamawiający wystosował do Konsorcjum Rokom, 8) złożenia przez Konsorcjum Rokom wyjaśnień wraz z dowodami w całości zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa 9) uznania za skuteczne tego zastrzeżenia przez Zamawiającego w ramach uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum

Rokom.

Powyższe okoliczności - w takim zakresie, w jakim Izba uznała je za istotne i znajdujące odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego - znalazły odzwierciedlenie w ramach ustalenia stanu faktycznego sprawy [przy czym Izba przy jego prezentacji musiała wziąć pod uwagę, że szczegółowe odniesienie się do uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, zawarte w załączniku nr 1 do odwołania - w całości objęte przez Konsorcjum Rokom tajemnicą przedsiębiorstwa].

Z jawnej części uzasadnienia odwołania wynika jednak, że Odwołujący uważa następujące okoliczności za istotne dla niniejszej sprawy w kontekście oceny przez Zamawiającego złożonych przez Konsorcjum Rokom wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty.

Po pierwsze, oparcie przez Konsorcjum Rokom wyceny zimowego utrzymania dróg bezpośrednio na uzyskanych od Zamawiającego historycznych danych dotyczących zużycia materiałów na odcinku objętym podstawowym zakresem zamówienia, które - skoro opcja może dotyczyć tego samego lub sąsiednich odcinków autostrad - należy uznać za adekwatne.

Po drugie, posiadanie przewagi technologicznej wynikającej z tego, że w skład Konsorcjum Rokom wchodzą wyłącznie przedsiębiorcy, którzy prowadzą działalność zarówno w sferze utrzymana dróg, jaki i przedsięwzięć inwestycyjnych. Stąd posiadają wymagany sprzęt, pojazdy czy urządzenia, które mogą w razie potrzeby odpowiednio zmodyfikować i przeznaczyć na wyposażenie ekip patrolowych i interwencyjnych na potrzeby realizacji tego zamówienia.

Po trzecie, stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1843/22 - jako adekwatne z racji tego, że dotyczyło analogicznego postępowania na utrzymanie drogi ekspresowej S14, w którym obowiązywały tożsame szczegółowe specyfikacje techniczne odnośnie sposobu realizacji usług.

Po czwarte, stanowisko Zamawiającego w sprawach prowadzonych łącznie pod sygn. akt KIO 3730/21 i KIO 3732/21 - jako tym bardziej adekwatne, bo dotyczące analogicznego postępowania na utrzymanie odcinka autostrady A2 objętego obecnie zakresem opcjonalnym, przy tożsamości zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowych specyfikacji technicznych odnośnie sposobu realizacji usług.

Po piąte, wybór pierwotnie oferty Konsorcjum Rokom a następnie bronienie tej czynności przez Zamawiającego w poprzedniej sprawie odwoławczej (prowadzonej pod sygn. akt KIO 1556/22) - jako potwierdzenie, że złożone na skutek wykonania przez Zamawiającego zapadłego 8 lipca 2022 r. wyroku w tamtej sprawie wyjaśnienia i dowody wykazały brak rażącego zaniżenia ceny tej oferty.

Z powyższych względów według Odwołującego cenę oferty złożonej przez Konsorcjum Rokom, w tym jej istotne części składowe w pozycjach zakwestionowanych przez Zamawiającego, należało uznać za zgodną z SWZ, realną, rzetelną, rynkową i umożliwiającą realizację zamówienia z zyskiem.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 9 listopada 2022 r. wniósł o jego oddalenie, przy czym z jawnej części tego pisma wynika, że Zamawiający uważa następujące okoliczności za istotne dla niniejszej sprawy w kontekście części uzasadnienia odwołania nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, jakkolwiek Zamawiający w poprzedniej sprawie odwoławczej stał na stanowisku braku podstaw do wezwania Konsorcjum Rokom do wyjaśnienia ceny jego oferty - co siłą rzeczy mogło się opierać jedynie na doświadczeniach z innych postępowań tego typu i domniemywanych założeniach kalkulacyjnych ówczesnego Przystępującego - Izba uwzględniając odwołanie Konsorcjum Gnom przesądziła, że Zamawiający nie miał racji.

Po drugie, że uwzględnienie odwołania Konsorcjum Gnom oznacza, że również argumentacja Konsorcjum Rokom prezentowana w poprzedniej sprawie, w tym odnośnie kwestii zużycia soli niezbędnej do realizacji prac w ramach zimowego utrzymania dróg (włącznie ze zgłoszonym w tamtej sprawie dowodem oznaczonym nr 3), została uznana za chybioną, co skutkowało nakazaniem przez Izbę wezwania do wyjaśnienia prawidłowości

wyceny m.in. w tym zakresie.

Po trzecie, z kolei Konsorcjum Rokom nie mogło już w odpowiedzi na to wezwanie wskazywać na odmienne założenia kalkulacyjne niż te zaprezentowane przez nie w toku

poprzedniej sprawy odwoławczej, gdyż z góry należałoby uznać takie wyjaśnienia za niewiarygodne.

Zamawiający podsumował, że szczegółowa analiza złożonych przez Konsorcjum Rokom wyjaśnień doprowadziła go do stwierdzenia rażąco niskiej ceny jego oferty, co

szczegółowo omówił w utajnionej części odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący w piśmie z 9 listopada 2022 r. również wniósł o oddalenie odwołania,

przedstawiając argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

W szczególności Przystępujący podniósł, że odrzucenie oferty Konsorcjum Rokom wynikało z negatywnej oceny wyjaśnień dotyczących wyceny zimowego utrzymania drogi, zarządzania kontraktem oraz utrzymania miejsc obsługi podróżnych, które stanowią istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny opcjonalnego zakresu zamówienia. Przy czym wezwanie do wyjaśnienia ceny zostało nakazane wyrokiem Izby z 8 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1556/22. Izba dostrzegła konieczność wyjaśnienia ceny nie tylko pod kątem realności poszczególnych stawek, ale i przyczyn tak dużych różnic między takimi samymi pozycjami w ramach zamówienia podstawowego i opcji. Izba zwróciła również uwagę na fakt, że cena oferty Konsorcjum Rokom dla zakresu podstawowego jest o 8,4 mln zł droższa od następnej w kolejności, a w konsekwencji wybierając ją, w razie nieskorzystania z opcji, Zamawiający aż o tyle więcej wydatkuje. Izba podzieliła również argumentację Konsorcjum Gnopm jako odwołującego co do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a zarazem nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do braku wykazania naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy pzp.

Okoliczności faktyczne podniesione w odpowiedzi na odwołanie i piśmie Przystępującego - w takim zakresie, w jakim Izba uznała je za istotne i znajdujące odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego -

znalazły odzwierciedlenie w ramach ustalenia stanu faktycznego sprawy, przy uwzględnieniu konieczności respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Rokom. Zaznaczyć przy tym należy, choć Zamawiający niepatrzenie udostępnił Przystępującemu załącznik nr 1 do

odwołania w ramach przekazania kopii wniesionego odwołania, do zamknięcia rozprawy ani

Zamawiający nie podjął decyzji o odtajnieniu wyjaśnień dotyczących ceny, ani Konsorcjum Rokom nie uchyliło poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że pozostało ono w mocy.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z odrzuceniem jego oferty może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Specyfikacja warunków tego zamówienia (dalej: „SWZ" lub „specyfikacja") składa się z czterech tomów: I - Instrukcji dla wykonawców (dalej: „IDW" lub instrukcja) wraz z formularzami , II - Istotnych postanowień umowy, czyli tzw. Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU"), III - Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ"), IV - Formularza cenowego: dla zamówienia podstawowego - Załącznika nr 2 - Tabel elementów rozliczeniowych, Zbiorczego zestawienia kosztów; dla zamówienia opcjonalnego - Załącznika nr 2a - Tabel elementów rozliczeniowych, Zbiorczego zestawienia kosztów.

Przedmiot tego zamówienia obejmuje:

• całoroczne i kompleksowe utrzymanie dróg, czyli wykonywanie usług i robót budowalnych wyszczególnionych jako pozycje kosztorysowe w Tabelach elementów rozliczeniowych (tzw. „TER") dla kilkunastu Grup prac (1. - Nawierzchnia, 2. - Pobocza i pasy rozdziału,

3. - Korpus drogi, 4. - Odwodnienie, 5. - Chodniki, ścieżki rowerowe, 6. - Oznakowanie, 7. - Urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego, 8. - Estetyka, 9. - Urządzenia wspomagające, 10. a-c - Zimowe utrzymanie dróg, 11. - Zarządzanie kontraktem, 12. - Czystość na obiektach inżynierskich, 13. - Prace pomocnicze);

• zakres podstawowy i opcjonalny - oba dotyczą wykonywania takich samych czynności, dla których wymagania zawarte w OPZ i PPU są wspólne, a zasadnicza różnica przejawia się w tym, że ten drugi może wystąpić w całości, części lub nie zostać wykorzystany w ogóle - w zależności od faktycznych potrzeb Zamawiającego;

• 41-kilometrowy [w zaokrągleniu] odcinek autostrady A1 (km 295+850- 335+937,65, w tym S8e - węzeł Łódź-Południe km 231+659-232+738 km), wraz z węzłami, miejscami obsługi podróżnych (tzw. „MOP"), drogami serwisowymi i poprzecznymi, a opcjonalnie ten sam odcinek, ewentualnie któryś z trzech 56-kilometrowych [w zaokrągleniu] innych odcinków autostrady A1 lub A2 (A2 km 362+700- 411+466 z węzłem Łódź-Północ; A1 km 244+300-293+00, A2 km 303+145-362+700 i A1 km 335+937-399+743);

• maksymalnie 47-miesięczny okres realizacji, tj. 35-miesięczny okres od 01.08.2022 r., ale nie dłużej niż do 30.06.2025 r., a opcjonalnie nie więcej niż przez kolejne 12 miesięcy od tej daty (łącznie maksymalnie 47 miesięcy).

W postępowaniu obowiązują następujące kryteria oceny ofert: 1) Cena zamówienia podstawowego (Cp) - waga 40%, 2) Cena zamówienia z prawa opcji (Co) - waga 20%, 3) Emisja spalin - waga 30%, 4) Kwalifikacje zawodowe personelu - waga 10%. Przy czym o ile w cenowych kryteriach oceny ofert maksymalną liczbę punktów może uzyskać oferta z najniższą ceną (a pozostałe proporcjonalnie mniej), o tyle w pozacenowych kryteriach każda z ofert mogła uzyskać maksymalną liczbę punktów, co też faktycznie nastąpiło.

Zamawiający wymagał wypełnienia odrębnych dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego formularzy cenowych obejmujących TER dla każdej z Grupy prac, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, przez wyliczenie poszczególnych cen jednostkowych netto metodą kalkulacji uproszczonej. Przy czym każda cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce rozliczenia czasu lub ilości.

W ramach wyjaśnień treści SWZ, na liczne pytania wykonawców dotyczące prawa opcji, o którym mowa w pkt 6.8 IDW, Zamawiający konsekwentne potwierdzał, że - tak jak można to było również wyczytać wprost lub pośrednio ze stosownych postanowień OPZ i PPU - w zależności od jego potrzeb, które na tym etapie nie są znane, możliwe są różne kombinacje rzeczowo-ilościowo-terytorialno-czasowe wykorzystania opcjonalnego zakresu zamówienia.

W szczególności Zamawiający wyjaśnił, że:

• zgodnie z brzmieniem § 27 ust. 2 PPU: Zamawiający jest uprawniony lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji, przy czym opcja udzielona na podstawie Załącznika nr 2a do Umowy nie może zostać powierzona w tym samym okresie czasu na więcej niż jednym odcinku drogi wskazanym w Załączniku Nr

2a. Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne roszczenia,

w szczególności roszczenia odszkodowawcze, z tytułu skorzystania lub nieskorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego. [odpowiedź na pytania nr 137 i 138]

- Uruchamiając prawo opcji dla odcinka podstawowego lub odcinków określonych w Załączniku 2a, Zamawiający będzie zlecał wykonanie konkretnych pozycji TER lub pełnego zakresu w zależności od potrzeb. [odpowiedź na pytanie nr 141]

- Zamawiający przewiduje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji (na innym odcinku drogi niż autostrada A1 od km 295+850 do km 335+937,65) również po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11 Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2. [odpowiedź na pytanie nr 167]

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia: zakres podstawowy - 69.004.108,66 zł, zakres opcjonalny - 35.545 582,36 zł.

Zamawiający przewidywał zatem potrzebę zabezpieczenia niemal dwa razy większej kwoty na sukcesywne wykonywanie tych samych prac, co prawda na odcinku drogi niemal 1/3 dłuższym, ale w okresie niemal trzykrotnie krótszym. Z jednej strony jest to przejaw ostrożności Zamawiającego związanej z faktem, że jest to pierwsze zamówienie na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg, w którym GDDKiA zdecydowała się na przewidzenie takiego opcjonalnego zakresu. Z drugiej strony wydaje się, że w ten sposób Zamawiający uwzględnił specyfikę tego prawa opcji [patrz powyżej], w szczególności wyrażającą się w uprawnieniu do zlecania utrzymania dróg naprzemiennie na trzech różnych odcinkach w potencjalnie dodatkowym 12-miesięcznym okresie, która nakazywała liczyć się z ponoszeniem przez wykonawców relatywnie większych kosztów stałych i zmiennych, a nie ich zmniejszenia dzięki równoległemu wykonywaniu takich samych prac w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego.

W szczególności Zamawiający wyjaśnił wykonawcom następująco treść SWZ:

- Różnica w procentowym udziale Zarządzania kontraktem oraz Gotowości do zimowego utrzymania pomiędzy zamówieniem podstawowym, a prawem opcji wynika z różnicy przedmiaru zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach prawa opcji realizowanego w ramach Załącznika 2a. Koszty Gotowości do ZUD i koszty Zarządzania kontraktem w zamówieniu podstawowym i opcji odnoszą się odpowiednio do wartości zamówienia podstawowego i wartości zamówienia w ramach prawa opcji według Załącznika 2a oraz są ich częścią. Mniejsza wartość kosztorysu z prawa opcji, pomniejsza wartość gotowości do ZUD i wartość Zarządzania kontraktem, przy stosunkowo wysokich i stałych kosztach Wykonawcy (kosztach utrzymania operatorów sprzętu do zud, członków grup patrolowych i interwencyjnych itp.). Zwiększenie procentowego udziału Gotowości do zud i Zarządzania kontraktem w Załączniku 2a - Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny ma na celu ich wyrównanie. (...) [odpowiedź na pytanie nr 26]

- (...) Dla utrzymania odcinków dróg zleconych w ramach prawa opcji w pełnym (kompleksowym) zakresie wymaga się zabezpieczenia odrębnych brygad patrolowych i interwencyjnych w ilościach takich samych co w zamówieniu podstawowym. [odpowiedź na pytanie nr 66]

W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, w tym:

- oferta Konsorcjum Rokom z cenami: 68.874.811,77 zł - zamówienie podstawowe, 9.430.955,79 zł - zamówienie opcjonalne, co daje w sumie 78.305.767,56 zł,

- oferta Konsorcjum Gnom z cenami: 60.433.737,78 zł - zamówienie podstawowe, 12.869.015,38 zł - zamówienie opcjonalne, co daje w sumie 73.302.753,16 zł.

W konsekwencji pierwotnie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę

Konsorcjum Rokom, która w kryteriach cenowych uzyskała łącznie 55,10 pkt (w tym Co - 20 pkt), podczas gdy oferta Konsorcjum Gnom w tych kryteriach otrzymała 54,66 pkt (w tym Co - 14,66 pkt), pomimo że jej globalna cena była niższa o 5 mln zł.

Od takiego rozstrzygnięcia odwołało się Konsorcjum Rokom, zarzucając

Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Rokom, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w uzasadnieniu odwołania wskazano na art. 3 ust. 1

i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji);

2) art. 224 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień, w tym

złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, pomimo iż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 i 2 - przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami Konsorcjum Rokom wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Rokom jako najkorzystniejszej;

2) powtórzenia badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum Rokom albo - w przypadku uznania, że nie ma do tego podstaw - wezwania go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.

Wyrokiem z 8 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1556/22 Izba uwzględniła w całości powyższe odwołanie i nakazała Zamawiającemu (którego w całości obciążyła kosztami postępowania odwoławczego): unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie badania i oceny ofert, po uprzednim wezwaniu Konsorcjum Rokom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.

Izba w poprzedniej sprawie nie tylko wzięła pod uwagę m.in. te same okoliczności, które w sposób zwięzły zostały ponownie przywołane powyżej (opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, ceny ofert) i poniżej (zestawienie cen dla takich samych pozycji TER dla zakresu zasadniczego i opcjonalnego w ofercie Konsorcjum Rokom)3, ale wręcz podzieliła całość argumentacji odwołania Konsorcjum Gnom, w tym odnośnie następująco opisanych faktów i wywiedzionych z nich wniosków:

Okolicznością nie wymagającą dowodu jest fakt, że Zamawiający (najprawdopodobniej niezamierzenie) dokonując podziału wagi kryterium „Ceny" na odpowiednio 40 % dla zamówienia podstawowego i 20 % dla opcji wygenerował sytuację, w której „opłacało się" zaniżyć cenę opcji i zaoferować drożej zamówienie podstawowe. Zamawiający przyjął najpewniej, że skoro wartość opcji wynosi ok. połowę wartości zamówienia podstawowego, to w taki sam sposób powinny być rozłożone wagi. Nic bardziej mylnego. Strata punktowa w przypadku podniesienia ceny podstawy była istotnie mniejsza, niż korzyści wynikające z zaoferowania najniższej ceny opcji. Potwierdzają to w sposób przejrzysty niekwestionowane wyliczenia samego Zamawiającego w ramach oceny ofert, zawarte w zawiadomieniu z dnia 31.05.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty: (...)

Tak więc Rokom uzyskał względem Odwołującego przewagę punktową na opcji wynoszącą 5,34 pkt kosztem ok. 3,4 min zł, a zarazem stracił tylko 4,9 pkt w ramach zamówienia podstawowego, choć jest droższy o ponad 8,4 min zł. W rezultacie, pomimo

łącznej ceny wyższej o ok. 5 min zł (!) wygrał punktację w kryterium ceny. (...) Manipulacja kwotami wystąpiła przede wszystkim na dwóch pozycjach: Zarządzanie Kontraktem i ZUD.

Jak wynika z oferty Rokom w ramach opcji wykonawca wycenił pozycję Zarządzanie Kontraktem na kwotę 125 000 zł miesięcznie, czyli 1,5 min zł w ciągu 12 miesięcy. Dla porównania usługa podstawowa w takim samym zakresie została zaoferowana za 282 000 zł miesięcznie (3,384 min zł rocznie). Generalnie nie może dziwić fakt, że po realizacji zamówienia podstawowego i poniesieniu wydatków inwestycyjnych (np. na pojazdy, wyposażenie brygad itd.), w czwartym roku zarządzanie kontraktem może kosztować mniej. Jednakże specyfika tego świadczenia wymaga ponoszenia wysokich kosztów bieżących,

które miesięcznie są istotnie wyższe niż wspomniane 125 000 zł [str. 55. wyroku z uzasadnieniem].

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba w szczególności zważyła, że SWZ daje wykonawcom możliwość odrębnej wyceny zamówienia podstawowego i opcjonalnego, nie ustanawiając jednocześnie żadnych ograniczeń co do relacji między Cp a Co. Według Izby pozostawienie wykonawcom takiej swobody przypomina sytuację w zamówieniach sprzed kilkunastu lat, gdy kryterium gwarancji bywało wykorzystywane w nieuczciwy sposób przez wykonawców, którzy proponowali np. 99-letnie okresy gwarancji [str. 57. wyroku z uzasadnieniem].

Według Izby jej zadaniem w rozpoznawanej sprawie było stwierdzenie, czy takie zachowania oferentów związane z odmienną wyceną opcji w stosunku do zamówienia podstawowego, literalnie dozwolone wg SWZ, można kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Izba uwzględniając odwołanie, podzieliła tu argumentację odwołującego Konsorcjum Gnom co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wycena przez Konsorcjum Rokom zamówienia opcjonalnego, przy obowiązujących kryteriach oceny ofert (Cp - 40% i Co - 20%), spowodowała bowiem, że pomimo złożenia de facto tańszej oferty Konsorcjum Gnom nie mogło uzyskać zamówienia. Jednocześnie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie co do braku wykazania przez odwołującego Konsorcjum Gnom naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [por. str. 45. i 57. wyroku z uzasadnieniem].

Izba krytycznie oceniła również argumentację przystępującego Konsorcjum Rokom - skupiającą się na wzajemnym zarzucaniu odwołującemu manipulacji cenowych, względnie na kształtowaniu się kosztów prac w innych postępowaniach na podobny przedmiot zamówienia - jako nieodnoszącą się do zarzucanych mu zaniżeń wyceny zamówienia opcjonalnego, zarówno w stosunku do wyceny przez niego zamówienia podstawowego, jak i wyceny Zamawiającego (stosunek wyceny opcji do zamówienia podstawowego na poziomie 50%) [por. str. 46. wyroku z uzasadnieniem].

Z uwagi na powyższe Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie Konsorcjum Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych elementów oferty, które wyznaczają poszczególne pozycje TER w zakresie wyceny zamówienia opcjonalnego. Jak to wyraziła Izba, Zamawiający winien wezwać do całkowitego wyjaśnienia kosztów zamówienia opcjonalnego, które zdecydowało o przewadze oferty Konsorcjum Rokom w konkurencji ofert i wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej według obowiązujących kryteriów oceny ofert [por. str. 46. i 57. wyroku z uzasadnieniem].

Izba wskazała Zamawiającemu, ze w ramach wykonania wyroku powinien uzyskać od Konsorcjum Rokom odpowiedź, dlaczego powstały tak duże różnice w tych samych według TER pozycjach kosztorysowych dotyczących usług lub robót pomiędzy zamówieniem podstawowym a zakresem opcjonalnym. Przy czym, ponieważ różnice między Cp a Co nie mogą być skutkiem przerzucania kosztów do innych (tzn. niedotyczących wyceny danego zakresu prac) pozycji, Konsorcjum Rokom powinno wyjaśnić, a jednocześnie udowodnić pokrycie kosztów w danej pozycji TER zakresu opcjonalnego zamówienia [por. str. 46. i 58 wyroku z uzasadnieniem].

Wreszcie Izba stwierdziła, że Zamawiający przy ocenie wyjaśnień powinien mieć na uwadze treść SWZ, w tym pkt 6.8. regulujący prawo opcji, ale przede wszystkim treść udzielonych przez siebie odpowiedzi na pytania potencjalnych oferentów odnośnie zakresu zastosowania prawa opcji (które zacytowane zostały w tamtym odwołaniu, a także powyżej). Zamawiający winien również dokonać oceny tych wyjaśnień pod kątem uczciwych praktyk wykonawców w uzyskaniu zamówienia, z uwzględnieniem faktu, że w sytuacji niezastosowania opcji, np. ze względów finansowych, wybierając ofertę Konsorcjum Rokom zaoszczędzi 8.441.073,99 zł [por. str. 46. i 58 wyroku z uzasadnieniem].

Reasumując, rozstrzygnięcie zapadłe w poprzedniej sprawie odwoławczej należy tak rozumieć, że Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum Rokom i wezwanie go do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny opcjonalnej części zamówienia, z odniesieniem się do wyceny analogicznych pozycji zamówienia podstawowego, aby dać temu wykonawcy możliwość wzruszenia domniemania rażącego zaniżenia wyceny opcjonalnego zakresu zamówienia, będącego dodatkowo przejawem nieuczciwej konkurencji w stosunku do Konsorcjum Gnom i zarazem działaniem na niekorzyść Zamawiającego.

Powyższy wyrok nie został zaskarżony.

Natomiast w ramach jego wykonania Zamawiający pismem z 25 sierpnia 2022 r. wezwał Konsorcjum Rokom do wyjaśnienia kalkulacji cen opcjonalnego zakresu zamówienia m.in. w zakresie następujących grup i pozycji kosztorysowych z Załącznika nr 2a:

1) Grupa prac nr 8 - Estetyka - poz. nr 6.1 Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO), MOP o wyposażeniu jak dla MOP kategorii I;

2) Grupa prac nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg - wszystkie pozycje (z uwzględnieniem kosztów zakupu soli, paliwa, chlorku wapnia itd.);

3) Grupa prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem - wszystkie składniki cenotwórcze (w tym koszty organizacji POK, koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych wg wymagań jak dla zamówienia podstawowego).

Przy czym Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że oczekuje w szczególności wyjaśnienia odnośnie znacznych różnic w tych samych pozycjach kosztowych TER pomiędzy zamówieniem podstawowym a zakresem opcjonalnym.

W odniesieniu do powyższych pozycji objętych wezwaniem wycena zakresu podstawowego („ZP") do zakresu opcjonalnego („ZO") w ofercie Konsorcjum Rokom prezentuje się następująco (poniżej zestawiono ceny jednostkowe netto):

1) Grupa prac nr 8 - Estetyka - poz. nr 6.1 Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO), MOP o wyposażeniu jak dla MOP kategorii I - za obiekt miesięcznie: 77.400,00 zł do 20.000,00 zł;

2) Grupa prac nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg (wszystkie pozycje z uwzględnieniem kosztów zakupu soli, paliwa, chlorku wapnia itd.) - za dobę czynności na danym odcinku, 41-kilometrowego dla ZP albo 56-kilometrowego dla ZO, w tym:

- Gotowość do ZUD -11.320,93 zł do 5.983,33 zł,
- Zapobieganie śliskości -19.142,66 zł do 13.644,24 zł,
- Usuwanie śliskości - 21.983,18 zł do 14.259,35 zł,
- Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - 22.230,18 zł do 15.825,08 zł,

3) Grupa prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych - za miesiąc czynności dotyczących danego odcinka, 41-kilometrowego dla ZP albo 56-kilometrowego dla ZO): 282.000,00 zł do 125.000,00 zł.

Przy czym przy przeliczeniu cen jednostkowych z pkt 2) i 3) powyżej na km różnica w wycenie tych samych czynności pomiędzy ZP a ZO istotnie się zwiększa.

Konsorcjum Rokom w swoim piśmie z 6 września 2022 r. nie odniosło się konkretnie do kwestii zaniżenia wyceny analogicznych pozycji w TER załącznika nr 2a (ZO) w stosunku do załącznika nr 2 (ZP), pomimo że wezwanie w tym zakresie stanowiło sposób wykonania tej czynności zgodny z powyżej opisanymi wytycznymi, które Izba dała Zamawiającemu w ramach uzasadnienia wyroku w poprzedniej sprawie odwoławczej.

Zaniechanie udzielenia w tym zakresie wyjaśnień należy uznać za okoliczność przyznaną przez Odwołującego, gdyż pomimo jej wskazania w jawnej części uzasadnienia odrzucenia (co nie zostało również pomięte przy jego przytaczaniu w jawnej części odwołania), Odwołujący nie odniósł się do niej ani w jawnej, ani w utajnionej części odwołania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający oferty generalnie trafnie zidentyfikował na czym polega zaniżenie wyceny w każdym z powyższych trzech zakresów rzeczowych opcjonalnej części zamówienia (ZUD - Usuwanie śliskości i Odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości; Zarządzanie kontraktem - brygady patrolowe i brygady interwencyjne; utrzymanie MOP-ów - chemia gospodarcza i materiały toaletowe), co odpowiednio wyłuszczył w ramach przekazanej wyłącznie Konsorcjum Rokom szczegółowej części uzasadniania decyzji o

odrzuceniu jego oferty.

W szczególności przy szacowaniu kosztów soli na potrzeby ZUD Konsorcjum Rokom, zamiast kierować się wymaganiami wynikającymi z właściwej szczegółowej specyfikacji technicznej opisu przedmiotu zamówienia, oparło się wyłącznie na danych co do globalnego zużycia soli w poprzednich sezonach, które Zamawiający podał jedynie orientacyjnie w ramach procedury wyjaśnień treści SWZ, na wyraźne życzenie niektórych wykonawców. Umknęło jednak uwadze Konsorcjum Rokom, że dotychczasowe zamówienia były realizowane w systemie miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za utrzymanie wymaganego standardu, stąd nie wiadomo, z jakiej liczby przeprowadzonych akcji ZUD wynikło takie zużycie, które na przestrzeni kilku sezonów ulegało dużym wahaniom. Tymczasem w przedmiotowym zamówieniu ZUD ma być rozliczane w formule wynagrodzenia kosztorysowego, stąd - odmiennie niż w poprzednim systemie - Zamawiający podał w TER przewidywaną liczbę dni występowania zagrożenia śliskością (wymagającego jednokrotnego posypywania), śliskości czy opadów śniegu z nią połączonych (wymagających co najmniej dwukrotnego posypywania), a podstawą rozliczenia będzie cena jednostkowa wykonawcy za dobowe wykonywanie czynności ZUD dla utrzymania wymaganego standardu. Innymi słowy nieuprawnione było przyjęcie przez Konsorcjum Rokom założenia, że uśrednione zużycie soli w poprzednich latach odpowiadało co najmniej takiej samej krotności posypywania, jak podana w tym postępowaniu.

Z kolei w odniesieniu do kosztów zapewnienia brygad patrolowych i interwencyjnych

Konsorcjum Rokom zaniżenie wyceny wynika m.in. niewykazania, że osoby wchodzące w skład tych brygad, poza zakresem przypisanych im obowiązków związanych z regularnym patrolowaniem autostrad i interwencjami, przy wymaganej dyspozycyjności (dojazd do każdego miejsca w czasie nie dłuższym niż 30 minut), będą miały możliwość wykonywania innych czynności. Tym samym co najmniej częściowo koszty zatrudnienia tych osób zostały przerzucone do innych pozycji TER, jednak nie wiadomo, do których i w jakiej wysokości, co czyni wyjaśnienia nieweryfikowalnymi.

Wyjaśnienia w odniesieniu do kosztów utrzymania MOP-ów związanych z kosztami zakupu środków chemii gospodarczej i materiałów toaletowych są również nieweryfikowalne, gdyż sprowadzają się do podania łącznej kwoty, bez opisania przyjętych założeń co do ich zużycia i załączenia dowodów potwierdzających ceny jednostkowe.

Złożone Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody dla wykazania prawidłowego skalkulowania ceny w powyższych zakresach, w takim zakresie, w jakim wykraczały poza okoliczności wskazane z złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach lub załączone do nich dowody, należało ocenić jako spóźnione.

Bez znaczenia dla sprawy jest również stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w poprzedniej sprawie, skoro odwołanie Konsorcjum Gnom zostało w całości uwzględnione, co nie tylko Zamawiający, ale i Konsorcjum Rokom jako strona przegrywająca uznali za prawidłowe rozstrzygnięcie. Tym bardziej wypowiedzi Zamawiającego w innych sprawach odwoławczych mają wyłącznie walor perswazyjny, a nie dowodowy.

Ponieważ łączna wartość pozycji TER, w których Zamawiający stwierdził rażące zaniżenie wyceny, wynosi 4.083.508,73 zł, co po zaokrągleniu stanowi 43% ceny oferty za zakres opcjonalny, czyli dotyczy jej istotnej części składowej, co nie było też przedmiotem sporu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiste było bowiem, że za takie „potwierdzenie” należy poczytać typową sytuację, w której wykonawca co prawda deklaruje, że uwzględnił i wycenił wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, ale do odmiennych wniosków prowadzi wszechstronna analiza jego wyjaśnień. De lege lata nie może być już żadnych wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę braku rażącego zaniżenia ceny oferty mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uprawnia i zobowiązuje zamawiającego, zgodnie z dyspozycją tej normy, do odrzucenia tej oferty (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Należy wpierw rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP"} dotyczącej ceny rażąco niskiej [opublikowanej w serwisie internetowym UZP] zbieżnie z powyższymi stanowiskami wskazano m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie kluczowe znaczenie ma to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez takiego wykonawcę co do zasady nie powinny być brane pod uwagę. Przy czym nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 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. poz. 2437) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się, na zasadzie § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia: wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.