Sygn. akt: KIO 3058/24

KIO 3059/24

KIO 3060/24

KIO 3061/24

WYROK

Warszawa, dnia 18.09.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Aleksandra Kot

Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniewie (sygn. akt: KIO 3058/24), wykonawcę ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3059/24), wykonawcę Z. Urbanowski Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (sygn. akt: KIO 3060/24 oraz 3061/24) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

uczestnicy po stronie zamawiającego:

A. wykonawca „AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie w sprawach o sygn. akt: KIO 3058/24, 3059/24, 3060/24, 3061/24;

B. wykonawca Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim w sprawie o sygn. akt: KIO 3058/24

orzeka:

1. Oddala w całości odwołania w sprawach KIO 3058/24, KIO 3059/24, KIO 3060/24 oraz KIO 3061/24.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3058/24 obciąża odwołującego i:

a) 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

b) zasądza od odwołującego Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniewie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3059/24 obciąża odwołującego i:

a. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

b. zasądza od odwołującego ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3060/24 obciąża odwołującego i:

a. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

b. zasądza od odwołującego Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim na rzecz zamawiającego Skarb

Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3061/24 obciąża odwołującego i:

a. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

b. zasądza od odwołującego Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: …….....

Sygn. akt: KIO 3058/24

KIO 3059/24

KIO 3060/24

KIO 3061/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad: „Zamawiający" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest Realizacja usług Zimowego Utrzymania Dróg (ZUD) na terenach administrowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku, w sezonach zimowych 2024 – 2028 w podziale na części, nr postępowania O/BI.D-3.2421.24.2024.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 06.05.2024 r., pod numerem 266778-2024.

KIO 3058/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniewie, dalej jako „Odwołujący", wobec czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części V.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych odrzucenie oferty złożonej Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. z siedzibą w Wołowni pomimo braku podstaw do jej odrzucenia, które to naruszenie miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec postawionego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Jak wskazywał Odwołujący Zamawiający nie uznał złożonych przez niego wyjaśnień ceny, wskazując w informacji o wynikach postępowania (str. 7-9), że Odwołujący udzielił ogólnych i lakonicznych wyjaśnień na zadane pytania oraz nie załączył żadnych dowodów w zakresie

wyliczenia ceny, z treści wyjaśnień zaś nie można wyczytać informacji, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego powyższe stanowisko nie było prawidłowe.

W szczególności Odwołujący wskazał, że odpowiedzi zostały tak udzielone jak zostały zadane pytania. W części z pytań Zamawiający jasno użył sformułowania ,,czy potwierdza, że zapoznał się", na co Odwołujący udzielił odpowiedzi twierdzącej, wskazując, że zapoznał się z wymaganiami w określonym zakresie.

Jak kontynuował Odwołujący biorąc pod uwagę treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego oraz treść udzielonych wyjaśnień - wyjaśnienia te stanowią dokładne i konkretne odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego. Pojawiające się w wielu pytaniach Zamawiającego sformułowanie ,,czy zapoznał się", „czy potwierdza" trudno rozpatrywać w kategorii wezwania do szczegółowych wyjaśnień. Stanowią one bardziej wezwanie do potwierdzenia zaistniałego stanu faktycznego.

Każda z odpowiedzi wyraźnie wskazuje przedmiot pytania Zamawiającego, jasną odpowiedz, która posiada z pytaniem bezpośredni związek logiczny. Inicjatywa z pytaniami o RNC należy do Zamawiającego. Wykonawca ma zaś im zadośćuczynić. Gdyby więc Zamawiający trafniej i precyzyjniej sformułował swoje wątpliwości co do ceny, a co za tym idzie i pytania to Wykonawca udzielił by bardziej rozwiniętej i bardziej szczegółowej odpowiedzi.

Z kolei przy zarzucie ,,lakoniczności" należy wskazać, że ta sama cecha nie przeszkadzała Zamawiającemu w wyborze oferty zwycięskiej, którą cechą tą charakteryzowały się odpowiedzi na niektóre pytania. Świadczyć to może o arbitralności Zamawiającego oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zarzuty więc, że wykonawca „nie załączył żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a z treści nie można wyczytać takich informacji, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny" są całkowicie bezzasadne.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował, jakich dowodów oczekuje, a jego pytania koncentrowały się raczej na potwierdzeniu, że wykonawca zapoznał się z dokumentami SWZ.

Odwołujący przytoczył również dalszą argumentację z powołaniem się na orzecznictwo i doktrynę.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 9 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający przytoczył szczegółową argumentację. Wskazywał m. in., że prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie mógł odpowiedzieć na zadane pytania tylko i wyłącznie przez odpowiedź potwierdzającą lub przeczącą. Skoro Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień to odpowiedzi wykonawcy powinny być bardziej szczegółowe – zgodnie ze znaczeniem słowa „wyjaśniać".

Zamawiający zwrócił również uwagę, że wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów, co powinien był uczynić. Nie wyjaśnił również w żaden sposób stawki za roboczogodzinę, składając w tym zakresie jedynie oświadczenie, co zdaniem Zamawiającego, jest niewystarczające.

Zamawiający przedstawił również poglądy orzecznictwa i doktryny na poparcie swojego stanowiska.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Stanowisko w sprawie pismem procesowym z dnia 12 września 2024 r. zajął również uczestnik po stronie Zamawiającego wykonawca Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając stosowną argumentację. Dokładna treść pisma procesowego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

KIO 3059/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący", wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części VI postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy wykonawca ten nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie udzielił stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 6.3 SWZ w zw. z § 9 ust. 2 i 6 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: „PPU") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, są niezgodne z § 3 i 4

Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.1 (dalej jako: „Rozporządzenie w sprawie wynagrodzenia"), pomimo tego, że Zamawiający postawił wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia osób przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy i wymagał, aby wykonawca przestrzegał obowiązków i wymagań wynikających z przepisów;

3. art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex jako niezgodnej z przepisami ustawy PZP, bowiem istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, są niezgodne z Rozporządzeniem w sprawie wynagrodzenia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji2 (dalej jako: „UZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ jej istotne elementy, w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, zostały wycenione poniżej poziomu wymaganego w Rozporządzeniu w sprawie wynagrodzenia;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia Zarzutów nr 2, 3 i 4

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 1 (ostatni tiret) Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ") w zw. z §11 ust. 3 PPU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca nie wliczył do ceny ofertowej, a tym samym nie zaoferował niektórych wymaganych prac, w tym, w szczególności naprawy infrastruktury drogowej uszkodzonej w związku z działaniami Wykonawcy oraz nie wliczył obowiązku realizacji usług w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, podczas gdy były to obowiązki wyrażone wprost w OPZ i PPU, będące jednocześnie przedmiotem wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty WARDEX.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał m. in., że jego zdaniem złożone przez wykonawcę WARDEX wyjaśnienia nie spełniają wymogów ustawowych, nie odpowiadają na Wezwanie i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Jak wskazywał Odwołujący, wykonawca WARDEX przedstawił wyjątkowo lakoniczne wyjaśnienia, zawierające wyłącznie zdawkowe odpowiedzi na 12 pytań Zamawiającego i dwie oferty od podwykonawców, a jedyną kalkulacją było wyliczenie stawki za roboczogodzinę na podstawie wynagrodzenia minimalnego.

W nawiązaniu do załączonych do wyjaśnień ofert podwykonawczych, jak wskazywał Odwołujący, wykonawca WARDEX nie wyjaśnia na której konkretnie ofercie podwykonawczej oparł swoją kalkulację i w jaki sposób. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przypadku oferty podwykonawcy PHU Prima niektóre pozycje w kosztorysie podwykonawcy są wyższe, niż te wskazane przez Wardex w kosztorysie złożonym wraz z ofertą. Wardex w żaden sposób nie wyjaśnia dlaczego opierając się na ofercie podwykonawcy PHU Prima, (na którą powołuje się w odpowiedzi na pytanie nr 2, 3, 4, 6, 7 i 12) oferuje niższe stawki niż podwykonawca, podczas gdy teoretycznie stawki te powinny być wyższe z uwagi na marżę wykonawcy i konieczność doliczenia pozostałych kosztów, o których mowa w dalszej części Odwołania.

Odwołujący zakwestionował również wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach, a dotyczące stawki wynagrodzenia na poziomie 31 zł. Zdaniem Odwołującego do stawki tej powinien zostać doliczony m. in. dodatek do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej w wysokości 20%, zaś biorąc pod uwagę minimalny margines przyjęty przez wykonawcę (30,86 zł), nie jest możliwym by został on do niej doliczony.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że twierdzenia wykonawcy na temat założonej rezerwy na koszty ogólne, nie zasługują na uwzględnienie. Kosztorys załączony do oferty, ani Wyjaśnienia nie zawierają takiej pozycji jak 'Koszty Ogólne'. Powstaje zatem wątpliwość, czy w ofercie w ogóle przewidziano jakiekolwiek dodatkowe koszty. Jeżeli przewidziano rezerwę

na zdarzenia o charakterze losowym w kosztach ogólnych w wysokości około 5% wartości zamówienia z poszczególnych pozycji Kosztorysu Ofertowego, to by oznaczało, że w pozycjach 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7, 2.8, 2.11, i 2.12 Kosztorysu Wardex ujął stawkę godzinową w wysokości 29,45 zł i koszty ogólne w wysokości 1,55 zł. Tym samym, przyjęta stawka nie tylko nie uwzględniałaby dodatku za pracę w godzinach nocnych, ale byłaby niższa od minimalnej stawki godzinowej obliczonej na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę, która według wyliczeń Wardex wynosi 30,86 zł. Co istotne, powyższe rozważania nie obejmują w ogóle kwestii ewentualnej marży podwykonawcy, ani Wardex. Gdyby bowiem odjąć od powyższych wartości nawet minimalną marżę, przyjęta stawka godzinowa dla pracownika byłaby jeszcze niższa.

Podsumowując wykonawca wskazał, że za niedopuszczalny należy uznać taki sposób sporządzenia Wyjaśnień, gdzie Zamawiający musi opierać swoją ocenę przede wszystkim na własnych domysłach i założeniach, a nie na opisie dostarczonym przez wykonawcę. Jest to zaprzeczenie oczekiwanego od wykonawcy, będącego profesjonalistą, miernika należytej staranności.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę ustaloną stawkę godzinową na poziomie 31 zł oraz mając na względzie obliczoną przez samego wykonawcę stawkę minimalną w wysokości 30,86 zł, wysokość rezerwy w postaci 14 gr powyżej stawki minimalnej wyklucza uwzględnienie w ramach ww. stawki np. dodatkowego wynagrodzenia za pracę w porze nocnej czy też ujęcie w tej stawce 5% kosztów ogólnych. Z powyższego wynika w sposób oczywisty, że przyjęta stawka godzinowa jest niższa od minimalnej stawki wynikającej z Rozporządzenia o

minimalnym wynagrodzeniu, a co za tym idzie oferta WARDEX jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powyższe świadczy również o tym, że oferta WARDEX jest niezgodna z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP oraz że popełniony został czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu 5 Odwołujący wskazał, że z przedstawionego przez WARDEX kosztorysu ofertowego, ani wyjaśnień nie wynika konkretna pozycja Kosztorysu, w której wykonawca wkalkulował koszty związane z naprawą infrastruktury uszkodzonej w związku z działaniami wykonawcy.

Jeżeli uznać, tak jak wykonawca zasugerował w Wyjaśnieniach, w odpowiedzi na pytanie nr 11, że rezerwa na zdarzenia o charakterze losowym, niemożliwym do przewidzenia, jak np. ww. naprawa infrastruktury, została ujęta we wszystkich pozycjach Kosztorysu ofertowego stanowiąc „średnio, w zależności od Pozycji Kosztorysu Ofertowego, około 5% wartości

zamówienia", to tak jak wskazano we wcześniejszej części Odwołania, wykonawca zaoferował stawki znacznie poniżej stawek minimalnych.

Jeżeli natomiast uznać, że zaoferowane przez wykonawcę stawki spełniają wymogi w zakresie wynagrodzenia minimalnego, to matematycznie nie ma możliwości, aby twierdzenie o wkalkulowaniu powyższych prac w cenę ofertową było prawdziwe. To z kolei przesądziłoby o niezgodności oferty z wymogami specyfikacji, wyraźnie oznaczonymi w OPZ i Wezwaniu.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 12 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie oraz przedstawiając szczegółową argumentację. Zamawiający zwracał m. in. uwagę na to, że jego zdaniem złożone przez WARDEX wyjaśnienia są konkretne i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji.

Zamawiający dodał, że wykonawca odpowiedział na postawione pytania w sposób wyczerpujący, a co za tym idzie sprostał inicjatywie dowodowej, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołania wskazał również, że z żadnego przepisu prawa nie wynika, że wykonawca kalkulując cenę oferty, powinien uwzględnić zysk w każdej pozycji formularza ofertowego. Niektóre pozycje mogą zawierać niewielką lub zerową marżę, co jest kompensowane wyższą marżą na innych pozycjach.

Zamawiający wskazał również, że minimalna stawka godzinowa z uwzględnieniem kosztów pracodawcy to 30,86 w sytuacji, gdy wykonawca zaoferował stawkę na poziomie 31 zł, a więc nie ma mowy o tym by była ona niższa niż wynikająca z obowiązujących przepisów.

Zamawiający szczegółowo odniósł się również do pozostałych zarzutów odwołania wyartykułowanych w jego poszczególnych punktach.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

KIO 3060/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, dalej jako „Odwołujący", wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w części I postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy istotne części składowe ceny oferty, opisane w pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego są rażąco niskie;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1

a. art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wardex do wyjaśnień w zakresie ceny, pomimo tego, że istotne części składowe ceny, opisane w pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego, powinny co najmniej

wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 6.3 SWZ w zw. z § 9 ust. 2 i 6 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: „PPU") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, tj. pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego, są niezgodne z § 3 i 4 Rozporządzenia

Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.1 (dalej jako: „Rozporządzenie w sprawie wynagrodzenia"), pomimo tego, że Zamawiający postawił wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia osób przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy i wymagał, aby wykonawca przestrzegał obowiązków i wymagań wynikających z przepisów;

3. art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex jako niezgodnej z przepisami ustawy PZP, bowiem istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, tj. pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego, są niezgodne z Rozporządzeniem w sprawie wynagrodzenia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ jej istotne elementy, w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, tj. pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego, zostały wycenione poniżej poziomu wymaganego w Rozporządzeniu w sprawie wynagrodzenia;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia Zarzutów nr 2,3 i 4

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 1 (ostatni tiret) Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ") w zw. z §11 ust. 3 PPU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca nie wliczył do ceny ofertowej, a tym samym nie zaoferował niektórych wymaganych prac, w tym, w szczególności naprawy infrastruktury drogowej uszkodzonej w związku z działaniami Wykonawcy oraz nie wliczył obowiązku realizacji usług w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, podczas gdy były to obowiązki wyrażone wprost w OPZ i PPU, będące jednocześnie przedmiotem wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wardex jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; odrzucenia oferty Wardex; dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący odwoływał się do wyjaśnień jakie wykonawca WARDEX złożył w ramach części V postępowania. Na ich podstawie Odwołujący wywiódł, mając na uwadze analogię w zakresie wyceny stawki godzinowej, ofert podwykonawczych i wymogów Zamawiającego w obu częściach, że określone pozycje kosztorysowe są rażąco zaniżone, a co za tym idzie oferta WARDEX powinna zostać odrzucona.

Jak kontynuował Odwołujący, Wardex opiera swoją kalkulację w dużej mierze na minimalnej stawce godzinowej. Jak wskazał w Wyjaśnieniach, wynagrodzenie minimalne podzielone przez średnią ilość godzin pracy w miesiącu (nie mniej niż 167 h/m-c) wynosi 30,86 zł/rbh. Jak wspomniano wyżej, w pkt w pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 kosztorysu Wardex wskazał cenę jednostkową na poziomie 31 zł. Oznacza to, że Wardex założył realizację całego przedmiotu przyszłej umowy z Zamawiającym, również dla Części I, w zakresie pkt w pkt 1.2,

1. 3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 kosztorysu, która ma być realizowana do dnia 30 kwietnia 2028 r. (czyli przez około 4 lata) na minimalnej stawce godzinowej (przyjęty przez Wardex margines 1 groszy, czyli około 0,45 %, należy bowiem uznać za pomijalny).

Zdaniem Odwołującego biorąc powyższe pod uwagę, oferta Wardex powinna zostać odrzucona, bowiem istotne elementy składowe ceny ofertowej, opisane w pkt 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 Kosztorysu ofertowego są rażąco niskie i uniemożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący przytoczył przy tym szczegółowe argumenty, z których wywodził zasadność powyższego twierdzenia. W zasadzie argumentacja Odwołującego była tożsama jak w sprawie 3059/24 oraz 3061/24, z pewnymi zastrzeżeniami.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 12 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Przede wszystkim Zamawiający wskazał, że Odwołujący oparł swoją argumentację o wyjaśnienia składane przez WARDEX w odniesieniu do innej części zamówienia (tj. części V). Znaczna część wywodów ma więc charakter czysto spekulatywny i odnosi się do innej oferty złożonej w odrębnej części postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący polemizuje w związku z tym z argumentami, które w praktyce nie zostały użyte.

Zamawiający zwrócił uwagę na art. 537 ustawy PZP, który nie uprawnia Odwołującego do przerzucania na uczestnika postępowania lub Zamawiającego ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący w swojej argumentacji ogranicza się do wnioskowania „per analogiam" i mnożenia spekulacji. Tymczasem Zamawiający odrzucając ofertę zobowiązany jest wskazać realne i udokumentowane przyczyny odrzucenia, a nie opierać się na domysłach.

Wobec powyższego Zamawiający w całości wniósł o oddalenie odwołania.

Szczegółowa treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

KIO 3061/24

W dniu 23 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, dalej jako „Odwołujący", wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w części V postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy wykonawca ten nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie udzielił stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 6.3 SWZ w zw. z § 9 ust. 2 i 6 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: „PPU") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, są niezgodne z § 3 i 4

Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.1 (dalej jako: „Rozporządzenie w sprawie wynagrodzenia"), pomimo tego, że Zamawiający postawił wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia osób przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy i wymagał, aby wykonawca przestrzegał obowiązków i wymagań wynikających z przepisów;

3. art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex jako niezgodnej z przepisami ustawy PZP, bowiem istotne elementy oferty w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, są niezgodne z Rozporządzeniem w sprawie wynagrodzenia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji2 (dalej jako: „UZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ jej istotne elementy, w postaci wskazanych w kosztorysie ofertowym części składowych ceny, o których mowa w uzasadnieniu Odwołania, zostały wycenione poniżej poziomu wymaganego w Rozporządzeniu w sprawie wynagrodzenia;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia Zarzutów nr 2, 3 i 4

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z ust. 1 (ostatni tiret) Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ") w zw. z §11 ust. 3 PPU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wardex, w sytuacji gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca nie wliczył do ceny ofertowej, a tym samym nie zaoferował niektórych wymaganych prac, w tym, w szczególności naprawy infrastruktury drogowej uszkodzonej w związku z działaniami Wykonawcy , podczas gdy był to obowiązek wyrażony wprost w OPZ, będący jednocześnie przedmiotem wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty WARDEX.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał m. in., że jego zdaniem złożone przez wykonawcę WARDEX wyjaśnienia nie spełniają wymogów ustawowych, nie odpowiadają na Wezwanie i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Jak wskazywał Odwołujący, wykonawca WARDEX przedstawił wyjątkowo lakoniczne wyjaśnienia, zawierające wyłącznie zdawkowe odpowiedzi na 12 pytań Zamawiającego i dwie oferty od podwykonawców, a jedyną kalkulacją było wyliczenie stawki za roboczogodzinę na podstawie wynagrodzenia minimalnego.

W nawiązaniu do załączonych do wyjaśnień ofert podwykonawczych, jak wskazywał Odwołujący, wykonawca WARDEX nie wyjaśnia na której konkretnie ofercie podwykonawczej oparł swoją kalkulację i w jaki sposób. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przypadku oferty podwykonawcy PHU Prima niektóre pozycje w kosztorysie podwykonawcy są wyższe, niż te wskazane przez Wardex w kosztorysie złożonym wraz z ofertą. Wardex w żaden sposób nie wyjaśnia dlaczego opierając się na ofercie podwykonawcy PHU Prima, (na którą powołuje się w odpowiedzi na pytanie nr 2, 3, 4, 6, 7 i 12) oferuje niższe stawki niż podwykonawca, podczas gdy teoretycznie stawki te powinny być wyższe z uwagi na marżę wykonawcy i konieczność doliczenia pozostałych kosztów, o których mowa w dalszej części Odwołania.

Odwołujący zakwestionował również wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach, a dotyczące stawki wynagrodzenia na poziomie 31 zł. Zdaniem Odwołującego do stawki tej powinien zostać doliczony m. in. dodatek do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej w wysokości 20%, zaś biorąc pod uwagę minimalny margines przyjęty przez wykonawcę (30,86 zł), nie jest możliwym by został on do niej doliczony.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że twierdzenia wykonawcy na temat założonej rezerwy na koszty ogólne, nie zasługują na uwzględnienie. Kosztorys załączony do oferty, ani Wyjaśnienia nie zawierają takiej pozycji jak 'Koszty Ogólne'. Powstaje zatem wątpliwość, czy w ofercie w ogóle przewidziano jakiekolwiek dodatkowe koszty. Jeżeli przewidziano rezerwę na zdarzenia o charakterze losowym w kosztach ogólnych w wysokości około 5% wartości zamówienia z poszczególnych pozycji Kosztorysu Ofertowego, to by oznaczało, że w pozycjach 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7, 2.8, 2.11, i 2.12 Kosztorysu Wardex ujął stawkę godzinową w wysokości 29,45 zł i koszty ogólne w wysokości 1,55 zł. Tym samym, przyjęta stawka nie tylko nie uwzględniałaby dodatku za pracę w godzinach nocnych, ale byłaby niższa od minimalnej stawki godzinowej obliczonej na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę, która według wyliczeń Wardex wynosi 30,86 zł. Co istotne, powyższe rozważania nie obejmują w ogóle kwestii ewentualnej marży podwykonawcy, ani Wardex. Gdyby bowiem odjąć od powyższych wartości nawet minimalną marżę, przyjęta stawka godzinowa dla pracownika byłaby jeszcze niższa.

Podsumowując wykonawca wskazał, że za niedopuszczalny należy uznać taki sposób sporządzenia Wyjaśnień, gdzie Zamawiający musi opierać swoją ocenę przede wszystkim na własnych domysłach i założeniach, a nie na opisie dostarczonym przez wykonawcę. Jest to zaprzeczenie oczekiwanego od wykonawcy, będącego profesjonalistą, miernika należytej staranności.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę ustaloną stawkę godzinową na poziomie 31 zł oraz mając na względzie obliczoną przez samego wykonawcę stawkę minimalną w wysokości 30,86 zł, wysokość rezerwy w postaci 14 gr powyżej stawki minimalnej wyklucza uwzględnienie w ramach ww. stawki np. dodatkowego wynagrodzenia za pracę w porze nocnej czy też ujęcie w tej stawce 5% kosztów ogólnych. Z powyższego wynika w sposób oczywisty, że przyjęta stawka godzinowa jest niższa od minimalnej stawki wynikającej z Rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu, a co za tym idzie oferta WARDEX jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powyższe świadczy również o tym, że oferta WARDEX jest niezgodna z art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP oraz że popełniony został czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu 5 Odwołujący wskazał, że z przedstawionego przez WARDEX kosztorysu ofertowego, ani wyjaśnień nie wynika konkretna pozycja Kosztorysu, w której wykonawca wkalkulował koszty związane z naprawą infrastruktury uszkodzonej w związku z działaniami wykonawcy.

Jeżeli uznać, tak jak wykonawca zasugerował w Wyjaśnieniach, w odpowiedzi na pytanie nr 11, że rezerwa na zdarzenia o charakterze losowym, niemożliwym do przewidzenia, jak np. ww. naprawa infrastruktury, została ujęta we wszystkich pozycjach Kosztorysu ofertowego stanowiąc „średnio, w zależności od Pozycji Kosztorysu Ofertowego, około 5% wartości zamówienia", to tak jak wskazano we wcześniejszej części Odwołania, wykonawca zaoferował stawki znacznie poniżej stawek minimalnych.

Jeżeli natomiast uznać, że zaoferowane przez wykonawcę stawki spełniają wymogi w zakresie wynagrodzenia minimalnego, to matematycznie nie ma możliwości, aby twierdzenie o wkalkulowaniu powyższych prac w cenę ofertową było prawdziwe. To z kolei przesądziłoby o niezgodności oferty z wymogami specyfikacji, wyraźnie oznaczonymi w OPZ i Wezwaniu.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 12 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie oraz przedstawiając szczegółową argumentację. Zamawiający zwracał m. in. uwagę na to, że jego zdaniem złożone przez WARDEX wyjaśnienia są konkretne i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji.

Zamawiający dodał, że wykonawca odpowiedział na postawione pytania w sposób wyczerpujący, a co za tym idzie sprostał inicjatywie dowodowej, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołania wskazał również, że z żadnego przepisu prawa nie wynika, że wykonawca kalkulując cenę oferty, powinien uwzględnić zysk w każdej pozycji formularza ofertowego. Niektóre pozycje mogą zawierać niewielką lub zerową marżę, co jest kompensowane wyższą marżą na innych pozycjach.

Zamawiający wskazał również, że minimalna stawka godzinowa z uwzględnieniem kosztów pracodawcy to 30,86 w sytuacji, gdy wykonawca zaoferował stawkę na poziomie 31 zł, a więc nie ma mowy o tym by była ona niższa niż wynikająca z obowiązujących przepisów.

Zamawiający szczegółowo odniósł się również do pozostałych zarzutów odwołania wyartykułowanych w jego poszczególnych punktach.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołań.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę:

1) „AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie w sprawach o sygn. akt: KIO 3058/24, 3059/24, 3060/24, 3061/24;

2) Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim w sprawie o sygn. akt: KIO 3058/24

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty, które załączone zostały przez strony do pism procesowych.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Realizacja usług Zimowego Utrzymania Dróg (ZUD) na terenach administrowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku, w sezonach zimowych 2024 – 2028 w podziale na 6 części, nr postępowania O/BI.D-3.2421.24.2024.

Wniesione odwołania dotyczą części I (sygn. akt: KIO 3060/24), części V (sygn. akt: KIO 3058/24 oraz KIO 3061/24) oraz części VI (sygn. akt: KIO 3059/24).

Zamawiający prowadził procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ramach części V i VI. Nie prowadził procedury wyjaśnień w ramach części I.

Pismem z dnia 1 lipca 2024 r. roku Zamawiający wezwał wykonawcę Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. do wyjaśnień, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. W treści wezwania Zamawiający m. in. wskazał, że żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP. Oprócz tego Zamawiający zadał wykonawcy dodatkowych 12 pytań.

Dokładna treść wezwania znajduje się w materiale dowodowym – aktach postępowania o udzielenie zamówienia przesłanych przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 12 lipca Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. udzielił stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia zawierały się na 5 stronach i nie zawierały żadnych załączników. Dokładna treść odpowiedzi znajduje się w materiale dowodowym – aktach postępowania o udzielenie zamówienia przesłanych przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych. W ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Transport Ciężarowy E. W. Sp. z o.o. Zamawiający przedstawił stosowną argumentację i wskazywał m.in., że wykonawca przesłał pismo, w którym udzielił ogólnych i lakonicznych wyjaśnień na zadane pytania. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a z treści wyjaśnień nie można wyczytać takich informacji, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny.

Zamawiający dodał, że złożone „wyjaśnienia" są, ogólnikowe i niewystarczające, brak jest wyliczeń i kalkulacji oraz dowodów wskazujących sposób szacowania zaoferowanej ceny. Wykonawca nie uzasadnił i nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Szczegółowa treść informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych znajduje się w materiale dowodowym – aktach postępowania o udzielenie zamówienia przesłanych przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 1 lipca 2024 r. roku Zamawiający wezwał do wyjaśnień wykonawcę „AJW WARDEX" Sp. z o.o., czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. W treści wezwania Zamawiający m. in. wskazał, że żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP. Oprócz tego Zamawiający zadał wykonawcy dodatkowych 12 pytań.

Wezwanie dotyczyło części IV, V i VI.

Dokładna treść wezwania znajduje się w materiale dowodowym – aktach postępowania o udzielenie zamówienia przesłanych przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 15 lipca Przystępujący udzielił stosownych wyjaśnień dla każdej z części. Wyjaśnienia dla części V i VI zawierały się na 10 stronach i zawierały 4 załączniki (każde z wyjaśnień). Dokładna treść odpowiedzi znajduje się w materiale dowodowym – aktach postępowania o udzielenie zamówienia przesłanych przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej.

Uzasadnienie prawne (KIO 3058/24):

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Na tle orzecznictwa wykształciły się zasady dotyczące procedury wyjaśnień, stanowiące swego rodzaju wskazówki zarówno dla wykonawców składających wyjaśnienia, jak i zamawiających je oceniających.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie w z art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie (tak: wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22). Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22). Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe oraz powinny odpowiadać treści wezwania.

Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o

braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21). Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z powodu zakresu złożonych wyjaśnień, tj. np. z powodu braku uszczegółowienia pewnych konkretnych kwestii, co do których zamawiający nie postawił szczegółowych pytań bądź wymagań w treści wezwania skierowanego do tego wykonawcy (tak np. Wyrok KIO z dnia 12 września 2022 r., KIO 2227/22).

Ostatniej z przywołanych zasad dotyczy istota sporu w niniejszej sprawie. W zasadzie całe odwołanie oparte jest na argumencie, że odpowiedzi wykonawcy były adekwatne do treści wezwania Zamawiającego, a więc wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji udzielenia takich wyjaśnień.

Izba w tej części zgodziła się z argumentacją Odwołującego. Należy wskazać, że jeśli chodzi o 12 pytań, na które udzielenia odpowiedzi oczekiwał Zamawiający, zostały one postawione w sposób niefortunny. Powyższe przyznał nawet Zamawiający w trakcie swojej wypowiedzi na rozprawie. W zasadzie każde z postawionych pytań zostało sformułowane w taki sposób, iż uzasadnionym jest wniosek, że wystarczającym dla udzielenia odpowiedzi było proste potwierdzenie lub zaprzeczenie. Zdaniem Izby, co do oczekiwanego sposobu odpowiedzi na postawione pytania, istniały co najmniej wątpliwości, a więc w razie gdyby Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych odpowiedzi, to powinien był wystosować do Odwołującego dodatkowe wezwanie z wyszczególnieniem czego dotyczą jego wątpliwości oraz wyjaśnienia jakich kwestii oczekuje.

Wskazać jednak należy, że treść wezwania była szersza niż wymienione 12 pytań. Przede wszystkim, co zostało zaakcentowane na wstępie wezwania, Zamawiający żądał wyjaśnienia oraz przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP. Obowiązek przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, które będą stanowić wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, został ponownie podkreślony przez Zamawiającego w końcowej części wezwania.

Należy więc uznać, biorąc pod uwagę całościową treść wezwania, że Zamawiający oprócz zadanych pytań szczegółowych, wymagał przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, które obalą ciążące na wykonawcy domniemanie ceny rażąco niskiej – w tym zakresie Zamawiający w szczególności wskazał na elementy z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 – a więc mówiąc w skrócie, dotyczące kosztów pracy. Zamawiający oczekiwał również przedłożenia dowodów – zdaniem Izby oczekiwanie przedłożenia dowodów zostało przez Zamawiającego wyartykułowane w sposób wystarczająco jasny.

Mając powyższe na uwadze, Izba dokonała analizy przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i uznała, że w tym zakresie nie były wystarczające. W szczególności należy wskazać, że nie zostały do nich załączone jakiekolwiek dowody. Na obowiązek ich dołączenia Zamawiający wskazał w sposób wyraźny w treści wezwania. Co więcej należy podkreślić, że obowiązek złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów wynika wprost z treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia, który jest profesjonalistą, ciąży podwyższony rygor staranności. Powyższe nakazuje twierdzić, że poza treścią samego wezwania, obowiązek przedłożenia do wyjaśnień dowodów powinien być wykonawcy znany wprost z treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Dalej należy wskazać, że brak sprecyzowania przez Zamawiającego jakich dowodów oczekuje dawał wykonawcy swobodę w wyborze środków dowodowych, z jakich zamierza skorzystać. Odwołujący zaniechał jednak dołączenia do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów, przez co nie uczynił zadość treści wezwania.

Zdaniem Izby nie można przede wszystkim za dowód uznać znajdującej się na str. 4 wyjaśnień tabeli z rozbiciem cenowym na przykładzie pracy 1 szt. nośnika do zwalczania śliskości i odśnieżania. Tego typu tabela mogłaby stanowić swego rodzaju dowód, gdyby została poparta dodatkowym komentarzem w postaci wyjaśnienia skąd wykonawca wziął powoływane stawki lub przedłożeniem na poparcie danych tabelarycznych dodatkowych dowodów. Samo rozbicie cenowe, zdaniem Izby, nie jest wystarczające.

Należy również podkreślić, że Odwołujący nie wyjaśnił i nie poparł dowodami elementów, których wyjaśnienia Zamawiający wprost żądał, tj. tych o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP. W zakresie kosztów pracy Odwołujący jedynie oświadczył, że stawka wynagrodzenia nie jest niższa niż wynikająca z powszechnie obowiązujących przepisów. Brak jakiegokolwiek dodatkowego wyjaśnienia oraz jakichkolwiek dowodów wyklucza uznanie złożonych wyjaśnień za wystarczające w omawianym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień była prawidłowa, chociaż Izba częściowo przyznała rację argumentacji Odwołującego. Powyższe prowadzi do wniosku, że ostatecznie czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa, gdyż Odwołujący nie obalił ciążącego na nim domniemania ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym, w sprawie KIO 3058/24 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Uzasadnienie prawne (KIO 3059/24):

Zarzut nr 1

Podtrzymując uwagi natury ogólnej dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poczynione w ramach uzasadnienia rozstrzygnięcia w sprawie 3058/24, Izba pragnie dodatkowo wskazać, co następuje:

Biorąc pod uwagę treść wezwania, tj. zadanie przez Zamawiającego 12 szczegółowych pytań oraz sposób ich sformułowania, zdaniem Izby zasadnym jest przekonanie, że wystarczającym dla udzielenia odpowiedzi było proste potwierdzenie lub zaprzeczenie bez jakichś szczegółowych wyjaśnień. Zamawiający, co sam przyznał, sformułował pytania niefortunnie – z czym Izba się zgadza. Z tego względu, nawet jeśli odpowiedzi na te pytania były krótkie i zdawkowe, nie można wyciągać na tej podstawie negatywnych skutków wobec wykonawcy udzielającego wyjaśnień w taki sposób. W razie gdyby Zamawiający na podstawie udzielonych odpowiedzi powziął jakieś dodatkowe wątpliwości, to zasadnym byłoby wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień, a nie odrzucenie oferty tylko na tej podstawie.

Dalej należy wskazać, że w odróżnieniu od wykonawcy Transport Ciężarowy E. W., który był odwołującym w sprawie 3058/24, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego WARDEX cechują się większą szczegółowością, a przede wszystkim czynią zadość skierowanemu przez Zamawiającego wezwaniu.

Wskazać bowiem należy, że wezwanie Zamawiającego miało szerszy charakter niż tylko i wyłącznie żądanie odpowiedzi na 12 szczegółowych pytań. Zamawiający żądał wyjaśnienia oraz przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP.

Zamawiający nie sprecyzował przy tym jakich dowodów oczekuje. Z tego powodu składający wyjaśnienia wykonawca miał swobodę w zakresie dobrania środków dowodowych, które jego zdaniem obalą ciążące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej i przekonają Zamawiającego do pozytywnej oceny przedkładanych wyjaśnień.

Przystępujący WARDEX opisał w treści wyjaśnień kwestię kosztów pracy – przedstawiając w tym zakresie jaką stawkę zastosuje oraz podstawę jej określenia (m. in. str. 3 wyjaśnień). Na poparcie swoich twierdzeń przedstawił dwa dowody – załącznik nr 1 i 2 do wyjaśnień.

Oczywiście wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie nie są nader szczegółowe, jednak wskazać należy, że również wezwanie Zamawiającego nie cechowało się w tym zakresie szczegółowością. Zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom w jaki sposób wyjaśnią i udowodnią kwestię kosztów pracy, a przystępujący WARDEX uczynił to w sposób jaki uznał za wystarczający. Nie ma przy tym wątpliwości, że uczynił zadość treści wezwania i ustosunkował się do każdej poruszanej przez Zamawiającego kwestii oraz przedłożył wraz z wyjaśnieniami dowody – do czego obligowało go samo wezwanie, jak też treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do pozostałej argumentacji Odwołującego należy wskazać, że oferty podwykonawcze załączane są do wyjaśnień ceny po to, by uzasadnić wysokość ustalenia określonych kosztów na danym poziomie. Fakt załączenia jako dowodów dwóch ofert podwykonawczych nie oznacza, że wykonawca ma obowiązek współpracy z którymkolwiek z tych podmiotów. Powyższe zależy od uznania Przystępującego, który może nawet zdecydować, że zamówienie wykona siłami własnymi. Załączenie ofert podwykonawczych ma jedynie na celu uzasadnienie rynkowego poziomu zaoferowanych cen. Wobec powyższego niezrozumiała dla Izby jest część argumentacji Odwołującego zawarta m. in. w punktach 16-19 odwołania.

W dalszej części argumentacji w ramach zarzutu nr 1 Odwołujący stara się podważyć wyjaśnienia Przystępującego WARDEX, w szczególności w odniesieniu do zaoferowanej przez niego stawki godzinowej. Wskazać jednak należy, że wątpliwości na jakie wskazuje Odwołujący wobec złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie znalazły się w treści wezwania Zamawiającego. Co zatem oczywiste, Przystępujący nie miał obowiązku opisywania kwestii, do których nie obligowało go wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący przedstawia sposób, w jaki w jego ocenie Przystępujący powinien był złożyć wyjaśnienia, jednak Przystępujący wobec ogólnej treści wezwania miał swobodę w doborze argumentacji i nie musiał wyjaśniać okoliczności, na które wskazuje Odwołujący, w tak szczegółowy sposób, jak by tego Odwołujący chciał.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w punktach od 21 do 41 należy stwierdzić, iż zdaniem Izby uzasadnia ona wniosek, że wobec złożonych przez Przystępującego WARDEX wyjaśnień istnieją pewne wątpliwości zasygnalizowane przez Odwołującego. Wskazać jednak należy, że lektura zarzutów i wniosków odwołania nakazuje twierdzić, iż celem

złożonego środka ochrony prawnej jest wyeliminowanie oferty WARDEX z postępowania – wobec błędnej, zdaniem Odwołującego, oceny złożonych wyjaśnień przez Zamawiającego, która powinna była prowadzić nie do wyboru jego oferty, a do jej odrzucenia.

Odwołujący postawił zarzut najdalej idący, zmierzający do wyeliminowania oferty konkurenta z postępowania. Odwołanie nie zawiera jednak, jak to się często dzieje, zarzutu ewentualnego, zmierzającego do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zasygnalizowane przez Odwołującego wątpliwości mogłyby być może uzasadniać wezwanie Przystępującego WARDEX do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jednak kwestia ta nie została objęta zarzutami odwołania, a więc nie może być rozstrzygana przez Izbę.

Z tego względu, mając na uwadze związanie zarzutami odwołania (art. 555 ustawy PZP), Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia – ich ocena nie powinna była prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego tak jak chciałby tego Odwołujący.

Wobec powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty nr 2-4

Na wstępie należy wskazać, że w zasadzie strony były zgodne co do tego, że minimalna stawka godzinowa zgodna z rozporządzeniem i uwzględniająca koszty pracodawcy wynosi 30,86 zł. W pozycjach kwestionowanych przez Odwołującego, tj. pozycji 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7, 2.8, 2.11, i 2.12 Przystępujący WARDEX zaoferował stawkę w wysokości 31 zł. Nie ma zatem wątpliwości, biorąc pod uwagę treść samej oferty, że zaoferowana stawka nie jest niższa niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu i minimalnej stawce godzinowej.

Jednakże zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę opis wymagań dotyczący realizacji zamówienia oraz treść wyjaśnień WARDEX w zakresie 5% rezerwy na koszty ogólne, nie ma możliwości by zaoferowana stawka spełniała wymogi wynikające z przepisów.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że ze stwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach, że: „Wykonawca ujął w Kosztach Ogólnych stanowiących średnio, w zależności od pozycji Kosztorysu Ofertowego, około 5% wartości zamówienia" nie wynika, że w każdej z pozycji kosztorysu ujęta została rezerwa w tej właśnie wysokości. Izba w tym zakresie przychyla się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i

Przystępującego, że w zależności od pozycji, rezerwa ta mogła być ustalana w różnej wysokości (także zerowej), co ostatecznie po ich zliczeniu daje ok. 5% wartości zamówienia przewidzianej na koszty ogólne.

Zdaniem Izby uzasadnionym jest twierdzenie, że przy kalkulowaniu ceny ofertowej nie ma obowiązku uwzględniania marży przy każdej z pozycji kosztorysowej. Niektóre z pozycji kosztorysowych mogą również zawierać określone rezerwy, a inne nie. Każdorazowo stanowi to efekt indywidualnego podejścia do skalkulowania ceny ofertowej i nie ma w tym zakresie jakichś narzuconych standardów.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tej części argumentacji odwołania.

Dalej należy wskazać, że twierdzenie o tym, że stawka zaoferowana przez Przystępującego ostatecznie nie spełnia wymogów opisanych przepisami prawa, zawarte m.in. w punkcie 46 i 44 odwołania, nie zostały przez Odwołującego wykazane. Z oferty wynika wprost, że stawka spełnia wymagania rozporządzenia – powyższe nie było sporne między stronami. Odwołujący tak naprawdę nie wskazał ile powinna wynosić stawka godzinowa by uwzględnione w niej zostały wszystkie elementy, o których wspomina w odwołaniu – nie przedstawił w tym zakresie wystarczającej analizy, która mogłaby skłonić Izbę do uwzględnienia odwołania.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem zapadłym na tle ww. przepisu, dla uwzględnienia zarzutu jego naruszenia niezbędnym jest wykazanie jednoznacznej i nie budzącej wątpliwości niezgodności treści zobowiązania płynącego z oferty z warunkami opisanymi w dokumentach zamówienia (przykładowo: wyrok KIO z dnia 13 lutego 2024 r., KIO 199/24).

Zdaniem Izby Odwołujący nie uczynił zadość wymogowi jednoznacznego wykazania niezgodności treści oferty Przystępującego WARDEX z warunkami zamówienia, a zatem zarzut nr 2 należało oddalić.

To samo dotyczy zarzutu nr 3 i 4, które w zasadzie są zarzutami wynikowymi i nie zawierają żadnego dodatkowego uzasadnienia.

W zakresie zarzutu nr 5 należy wskazać, że Przystępujący WARDEX wskazał w wyjaśnieniach, że przewidział konieczność (ewentualność) naprawy uszkodzonej przez sobie infrastruktury drogowej w rezerwie na zdarzenia o charakterze losowym, która w zależności od pozycji Kosztorysu Ofertowego, stanowi około 5% wartości zamówienia.

Mając na uwadze wcześniej poczynione ustalenia, zarzut należało również oddalić.

Z kolei argument z punktu 57 odwołania Izba uznała za zasługujący na tożsame potraktowanie jak w przypadku argumentów z punktu od 21 do 41, tj. wskazujący na pewne wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień, co jednak nie zostało objęte zarzutami odwołania, a tym samym nie może być przedmiotem rozstrzygania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Uzasadnienie prawne (KIO 3060/24):

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, że każdorazowo przed odrzuceniem oferty w oparciu o ww. podstawę prawną, Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Jak wskazano przykładowo w wyroku KIO z dnia 12 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2188/22 zastosowanie sankcji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 ustawy PZP, innymi słowy zamawiający nie jest uprawniony arbitralnie odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 lecz w pierwszej kolejności ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, następnie ma obowiązek złożone mu wyjaśnienia ocenić i dopiero w razie negatywnej ich oceny, ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8.

W niniejszej sprawie nie jest sporne między stronami, że wykonawca WARDEX nie był wzywany do złożenia wyjaśnień ceny w ramach części 1 postępowania, a co za tym idzie, przesądza to o niezasadności zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut ewentualny wobec zarzutu nr 1. Wskazać należy, że w jego ramach Odwołujący dąży do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy WARDEX do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie istotnych elementów składowych ceny opisanych w pozycjach 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7 i 2.8 kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Uwzględniając zatem treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, w pierwszej kolejności należy ocenić, czy zakwestionowane przez Odwołującego ceny za wykonanie poszczególnych pozycji stanowią istotne części składowe ceny oferty Przystępującego, a jeśli tak to czy Zamawiający powinien był w stosunku do nich powziąć wątpliwości, które uzasadniałyby skierowanie wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

W niniejszej sprawie, Odwołujący w zasadzie w ogóle nie odnosi się do zagadnienia istotności kwestionowanych przez niego pozycji. Próżno szukać w treści odwołania jakiejkolwiek argumentacji na ten temat. Nie negując zatem generalnej możliwości wyjaśniania poszczególnych cen jednostkowych, negatywnie należy ocenić treść odwołania w tym zakresie. Odwołujący kwestionuje naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, a w ogóle nie odnosi się do części przesłanek w nim wskazanych, zupełnie pomijając argumentację, której podniesienie koniecznym jest dla potencjalnej możliwości uwzględnienia przez Izbę zarzutu odwołania.

Już z tego względu zarzut ewentualny nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Należy podkreślić, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z powyższego wynika, że jeżeli Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1, to powinien być wstanie to wykazać. Brak odniesienia się przez Odwołującego w swojej argumentacji do jednej z przesłanek koniecznych do zastosowania procedury wyjaśnień ceny automatycznie powoduje, że odwołanie w tym zakresie nie może zostać uwzględnione, jako niewykazane.

To samo dotyczy pozostałych zarzutów postawionych przez Odwołującego. One również nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że całość argumentacji Odwołującego opiera się o wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę WARDEX w innej części postępowania. Wobec tego wywody

Odwołującego mają charakter czysto spekulatywny i odnoszą się do oferty złożonej w ramach innej części

postępowania, na inny przedmiot zamówienia.

Odwołujący w ramach zarzutu nr 2, 3, 4 i 5 zarzuca ofercie wykonawcy WARDEX niezgodność z warunkami zamówienia, niezgodność z przepisami ustawy oraz złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nie przedstawiając na poparcie swoich twierdzeń jakichkolwiek dowodów oraz opierając swoją argumentację na okolicznościach, które w ramach części I postępowania nie miały miejsca, a przez to mają charakter spekulacji i domniemań – de facto nie dotyczą oferty złożonej w ramach części I postępowania.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy WARDEX jest niezgodna z warunkami zamówienia, sprzeczna z przepisami ustawy lub, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Uzasadnienie prawne (KIO 3061/24):

Zarzut nr 1

Podtrzymując uwagi natury ogólnej dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poczynione w ramach uzasadnienia rozstrzygnięcia w sprawie 3058/24, Izba pragnie dodatkowo wskazać, co następuje:

Biorąc pod uwagę treść wezwania, tj. zadanie przez Zamawiającego 12 szczegółowych pytań oraz sposób ich sformułowania, zdaniem Izby zasadnym jest przekonanie, że wystarczającym dla udzielenia odpowiedzi było proste potwierdzenie lub zaprzeczenie bez jakichś szczegółowych wyjaśnień. Zamawiający, co sam przyznał, sformułował pytania niefortunnie – z czym Izba się zgadza. Z tego względu, nawet jeśli odpowiedzi na te pytania były krótkie i zdawkowe, nie można wyciągać na tej podstawie negatywnych skutków wobec wykonawcy udzielającego wyjaśnień w taki sposób. W razie gdyby Zamawiający na podstawie udzielonych odpowiedzi powziął jakieś dodatkowe wątpliwości, to zasadnym byłoby wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień, a nie odrzucenie oferty tylko na tej podstawie.

Dalej należy wskazać, że w odróżnieniu od wykonawcy Transport Ciężarowy E. W., który był odwołującym w sprawie 3058/24, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego WARDEX cechują się większą szczegółowością, a przede wszystkim czynią zadość skierowanemu przez Zamawiającego wezwaniu.

Wskazać bowiem należy, że wezwanie Zamawiającego miało szerszy charakter niż tylko i wyłącznie żądanie odpowiedzi na 12 szczegółowych pytań. Zamawiający żądał wyjaśnienia oraz przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP.

Zamawiający nie sprecyzował przy tym jakich dowodów oczekuje. Z tego powodu składający wyjaśnienia wykonawca miał swobodę w zakresie dobrania środków dowodowych, które jego zdaniem obalą ciążące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej i przekonają Zamawiającego do pozytywnej oceny przedkładanych wyjaśnień.

Przystępujący WARDEX opisał w treści wyjaśnień kwestię kosztów pracy – przedstawiając w tym zakresie jaką stawkę zastosuje oraz podstawę jej określenia (m. in. str. 3 wyjaśnień). Na poparcie swoich twierdzeń przedstawił dwa dowody – załącznik nr 1 i 2 do wyjaśnień.

Oczywiście wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie nie są nader szczegółowe, jednak wskazać należy, że również wezwanie Zamawiającego nie cechowało się w tym zakresie szczegółowością. Zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom w jaki sposób wyjaśnią i udowodnią kwestię kosztów pracy, a przystępujący WARDEX uczynił to w sposób jaki uznał za wystarczający. Nie ma przy tym wątpliwości, że uczynił zadość treści wezwania i ustosunkował się do każdej poruszanej przez Zamawiającego kwestii oraz przedłożył wraz z wyjaśnieniami dowody – do czego obligowało go samo wezwanie, jak też treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do pozostałej argumentacji Odwołującego należy wskazać, że oferty podwykonawcze załączane są do wyjaśnień ceny po to, by uzasadnić wysokość ustalenia określonych kosztów na danym poziomie. Fakt załączenia jako dowodów dwóch ofert podwykonawczych nie oznacza, że wykonawca ma obowiązek współpracy z którymkolwiek z tych podmiotów. Powyższe zależy od uznania Przystępującego, który może nawet zdecydować, że zamówienie wykona siłami własnymi. Załączenie ofert podwykonawczych ma jedynie na celu uzasadnienie rynkowego poziomu zaoferowanych cen. Wobec powyższego niezrozumiała dla Izby jest część argumentacji Odwołującego zawarta m. in. w punktach 16-19 odwołania.

W dalszej części argumentacji w ramach zarzutu nr 1 Odwołujący stara się podważyć wyjaśnienia Przystępującego WARDEX, w szczególności w odniesieniu do zaoferowanej

przez niego stawki godzinowej. Wskazać jednak należy, że wątpliwości na jakie wskazuje Odwołujący wobec złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie znalazły się w treści wezwania Zamawiającego. Co zatem oczywiste, Przystępujący nie miał obowiązku opisywania kwestii, do których nie obligowało go wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący przedstawia sposób, w jaki w jego ocenie Przystępujący powinien był złożyć wyjaśnienia, jednak

Przystępujący wobec ogólnej treści wezwania miał swobodę w doborze argumentacji i nie musiał wyjaśniać okoliczności, na które wskazuje Odwołujący, w tak szczegółowy sposób, jak by tego Odwołujący chciał.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w punktach od 21 do 41 należy stwierdzić, iż zdaniem Izby w części uzasadnia ona wniosek, że wobec złożonych przez Przystępującego WARDEX wyjaśnień istnieją pewne wątpliwości zasygnalizowane przez Odwołującego. Wskazać jednak należy, że lektura zarzutów i wniosków odwołania nakazuje twierdzić, iż celem złożonego środka ochrony prawnej jest wyeliminowanie oferty WARDEX z postępowania – wobec błędnej, zdaniem Odwołującego, oceny złożonych wyjaśnień przez Zamawiającego, która powinna była prowadzić nie do wyboru jego oferty, a do jej odrzucenia.

Odwołujący postawił zarzut najdalej idący, zmierzający do wyeliminowania oferty konkurenta z postępowania. Odwołanie nie zawiera jednak, jak to się często dzieje, zarzutu ewentualnego, zmierzającego do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zasygnalizowane przez Odwołującego wątpliwości mogłyby być może uzasadniać wezwanie Przystępującego WARDEX do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jednak kwestia ta nie została objęta zarzutami odwołania, a więc nie może być rozstrzygana przez Izbę.

Z tego względu, mając na uwadze związanie zarzutami odwołania (art. 555 ustawy PZP), Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia – ich ocena nie powinna była prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego tak jak chciałby tego Odwołujący.

Wobec powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty nr 2-4

Na wstępie należy wskazać, że w zasadzie strony były zgodne co do tego, że minimalna stawka godzinowa zgodna z rozporządzeniem i uwzględniająca koszty pracodawcy wynosi

30,86 zł. W pozycjach kwestionowanych przez Odwołującego, tj. pozycji 1.2, 1.3, 2.3, 2.4, 2.7, 2.8, 2.11, i 2.12 Przystępujący WARDEX zaoferował stawkę w wysokości 31 zł. Nie ma zatem wątpliwości, biorąc pod uwagę treść samej oferty, że zaoferowana stawka nie jest niższa niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu i minimalnej stawce godzinowej.

Jednakże zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę opis wymagań dotyczący realizacji zamówienia oraz treść wyjaśnień WARDEX w zakresie 5% rezerwy na koszty ogólne, nie ma możliwości by zaoferowana stawka spełniała wymogi wynikające z przepisów.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że ze stwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach, że: „Wykonawca ujął w Kosztach Ogólnych stanowiących średnio, w zależności od pozycji Kosztorysu Ofertowego, około 5% wartości zamówienia" nie wynika, że w każdej z pozycji kosztorysu ujęta została rezerwa w tej właśnie wysokości. Izba w tym zakresie przychyla się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego, że w zależności od pozycji, rezerwa ta mogła być ustalana w różnej wysokości (także zerowej), co ostatecznie po ich zliczeniu daje ok. 5% wartości zamówienia przewidzianej na koszty ogólne.

Zdaniem Izby uzasadnionym jest twierdzenie, że przy kalkulowaniu ceny ofertowej nie ma obowiązku uwzględniania marży przy każdej z pozycji kosztorysowej. Niektóre z pozycji kosztorysowych mogą również zawierać określone rezerwy, a inne nie. Każdorazowo stanowi to efekt indywidualnego podejścia do skalkulowania ceny ofertowej i nie ma w tym zakresie jakichś narzuconych standardów.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tej części argumentacji odwołania.

Dalej należy wskazać, że twierdzenie o tym, że stawka zaoferowana przez Przystępującego ostatecznie nie spełnia wymogów opisanych przepisami prawa, zawarte m.in. w punkcie 46 i 44 odwołania, nie zostały przez Odwołującego wykazane. Z oferty wynika wprost, że stawka spełnia wymagania rozporządzenia – powyższe nie było sporne między stronami. Odwołujący tak naprawdę nie wskazał ile powinna wynosić stawka godzinowa by uwzględnione w niej zostały wszystkie elementy, o których wspomina w odwołaniu – nie przedstawił w tym zakresie wystarczającej analizy, która mogłaby skłonić Izbę do uwzględnienia odwołania.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem zapadłym na tle ww. przepisu, dla uwzględnienia zarzutu jego naruszenia niezbędnym jest wykazanie 32

jednoznacznej i nie budzącej wątpliwości niezgodności treści zobowiązania płynącego z oferty z warunkami opisanymi w dokumentach zamówienia (przykładowo: wyrok KIO z dnia 13 lutego 2024 r., KIO 199/24).

Zdaniem Izby Odwołujący nie uczynił zadość wymogowi jednoznacznego wykazania niezgodności treści oferty Przystępującego WARDEX z warunkami zamówienia, a zatem zarzut nr 2 należało oddalić.

To samo dotyczy zarzutu nr 3 i 4, które w zasadzie są zarzutami wynikowymi i nie zawierają żadnego dodatkowego uzasadnienia.

W zakresie zarzutu nr 5 należy wskazać, że Przystępujący WARDEX wskazał w wyjaśnieniach, że przewidział konieczność (ewentualność) naprawy uszkodzonej przez sobie infrastruktury drogowej w rezerwie na zdarzenia o charakterze losowym, która w zależności od pozycji Kosztorysu Ofertowego, stanowi około 5% wartości zamówienia.

Mając na uwadze wcześniej poczynione ustalenia, zarzut należało również oddalić.

Z kolei argument z punktu 57 odwołania Izba uznała za zasługujący na tożsame potraktowanie jak w przypadku argumentów z punktu od 21 do 41, tj. wskazujący na pewne wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień, co jednak nie zostało objęte zarzutami odwołania, a tym samym nie może być przedmiotem rozstrzygania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……