Sygn. akt: KIO 2986/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Myśliborzu

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego działającego jako ZABERD Spółka z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą

w Myśliborzu i:

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

2.2. zasądza od Odwołującego Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Myśliborzu na rzecz zamawiającego - Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 z (słownie trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2986/24 Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Prowadzący postępowanie Oddział w Szczecinie Nr Ogłoszenia w Dz. U. UE: 2024/S 048-140062 z dnia 07.03.2024 r. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w podziale na 2 części" - Część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w Rejonie w Koszalinie.

Odwołujący: Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k w Myśliborzu wniósł dnia 19 sierpnia 2024 r. odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego - w procesie badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, polegających na:

- nieprawidłowym przyjęciu wyjaśnień Wykonawcy ZABERD Spółka z o.o., (dalej

„ZABERD") w zakresie rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie, w sytuacji w której ich treść oraz zakres dyskwalifikuje te wyjaśnienia jako prawidłowe i uzasadniające cenę oferty w tym jej istotne elementy składowe,

- zaniechaniu odrzucenia oferty ZABERD, w sytuacji gdy ocena wyjaśnień Wykonawcy

w zakresie rażąco niskiej ceny w tym jej istotnych elementów składowych skutkować powinna odrzuceniem oferty jako oferty z rażąco niską ceną lub oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub oferty której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD, która została złożona w

warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „znku"),

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej ww. oferty podlegającej odrzuceniu,

- badaniu i oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców.

I. Zarzuty

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP – z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD do czego Zamawiający jest zobowiązany, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez ww. Wykonawcę nie uzasadniają podanej w ofercie ceny co do jej istotnych elementów składowych (nie są spójne i logiczne, wskazują na przyjęcie nierealnych założeń dla wyliczenia istotnych elementów składowych ceny – stąd nie uzasadniają realności dokonanej przez ww. wykonawcę kalkulacji), ewentualnie

art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp - z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD w sytuacji gdy złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia prowadzą do wniosku, iż nie uwzględnił on w cenie wskazywanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych świadczeń, kosztów rbg, kosztów eksploatacji sprzętu i zakładanych poziomów kosztów pośrednich w koniecznym wymiarze ewentualnie

art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP - z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, prowadzą do wniosku iż zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z warunkami, tj. przyjmując co do wskazywanych w TER świadczeń, założenia wskazujące na brak realnej możliwości wykonania zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia (OPZ i SST).

Dodatkowo

2) art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 znku, a także art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP - przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego:

a) na dokonaniu inżynierii cenowej/kosztorysowej w złożonej ofercie w sposób skutkujący nieuwzględnieniem całości prac i kosztów w istotnych elementach składowych ceny, i w rezultacie złożeniu oferty, która jedynie pozornie pozwala na realizację zamówienia,

b) złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę i nie pokrywającej całości kosztów realizacji wskazywanych w TER świadczeń, zgodnie z warunkami zamówienia w celu jego uzyskania, co jednocześnie zmierza do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania analogicznego rezultatu i uzyskania nad nim przewagi konkurencyjnej;

a w konsekwencji ww. zarzutów

3) art. 16 pkt 1) i 2) zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1

zamówienia;

2) Odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD jako oferty z rażąco niską ceną, w związku z

tym, iż złożone przez ww. Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w tym jej istotnych elementów składowych, ewentualnie odrzucenie ww. oferty jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie odrzucenie ww. oferty jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia; lub

3) Odrzucenia oferty ZABERD jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

4) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z

uwzględnieniem okoliczności odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD;

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 2 marca 2022 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w podziale na 2 części”.

W Części 1 – obejmującej całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w Rejonie w Koszalinie, do terminu składania ofert złożono 6 ofert.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części kwotę:

- dla zamówienia podstawowego: 77 338 215,44, - dla zamówień objętych prawem opcji (o których mowa w paragrafie 4 ust. 1a pkt 1 Postanowień Umowy): 15 467 643,09

- dla zamówień objętych prawem opcji (o których mowa w paragrafie 4 ust. 1a pkt 2 Postanowień Umowy): 15 467 643,09 , - łączna wartość zamówienia: 108 273 501,62

22 maja 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) i 223 ust. 1 PZP (a więc również w zakresie wyjaśnienia treści oferty) wystosował do Wykonawców: ZABERD, Saferoad Services oraz Odwołującego, którzy złożyli oferty w części nr 1 zamówienia, wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę i czy uwzględniają wymagania SWZ.

Zamawiający zwrócił się o przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu skalkulowania ceny całej oferty oraz odniesienie się do poszczególnych pozycji cenowych w każdym z działów Formularza Cenowego stanowiących zał dla grup tj. G1 - G11. Załącznikami do wezwania były wyodrębnione działy Formularza Cenowego ze wskazaniem pozycji cenowych zaoferowanych przez danego Wykonawcę.

Wykonawcy przekazali wyjaśnienia. ZABERD oraz Saferoad Services podjęli próbę zastrzeżenia części wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający jednakże 2 lipca 2024 r. zawiadomił o odtajnieniu informacji zastrzeżonych. Zainteresowani wnieśli odwołania od czynności Zamawiającego a te były przedmiotem rozpoznania KIO 2444/24 i KIO 2450/24. Odwołujący nabył możliwość weryfikacji wyjaśnień w szczególności wyjaśnień Wykonawcy ZABERD, którego oferta została następnie uznana za najkorzystniejszą w części I).

Wyjaśnienia, w tym wymagane wezwaniem kalkulacje (odniesienie się do poszczególnych pozycji cenowych w każdym z działów Formularza Cenowego stanowiących zał dla grup tj. G1 - G11) zostały uznane przez Zamawiającego za pozwalające rozwiać wątpliwości.

W ocenie Odwołującego nie sposób zgodzić się takim postępowaniem Zamawiającego.

Ad. 1) Wnikliwa analiza oferty ZABERD, uwzględniająca w szczególności złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (oraz wyjaśnienia treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy PZP), powinna skutkować jej odrzuceniem, ponieważ:

- zawiera rażąco niską cenę (jej elementy składowe) w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP) lub zawiera błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP) lub jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, dodatkowo

została na skutek inżynierii cenowej/kosztorysowej oraz zaniżenia cen złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 znku).

W wezwaniu z 22 maja 2024 r. Zamawiający wskazał zakres zagadnień podlegających wyjaśnieniu i wykazaniu – odniesienia się do poszczególnych pozycji cenowych w każdym z działów Formularza Cenowego stanowiących załączniki do pisma dla grup tj. G1 - G11. Tym samym uznać należy, że Zamawiający – słusznie zresztą – za element badania rażąco niskiej ceny oferty przyjmował również kontrolę kalkulacji kosztów wykonania każdej z ww. pozycji – inaczej rzecz ujmując badania cen jednostkowych.

Takie działanie Zamawiającego należy uznać za uprawnione i pożądane, bowiem Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do zaoferowania realnej ceny za realizację poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem zamawiający ma prawo do badania pod kątem RNC nie tylko ceny ,,globalnej", ale i części składowych ceny, gdy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Gdy wycena danego elementu – istotnej części składowej jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego elementu (składnika ceny) wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, ziszczają się przesłanki do zażądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień w tym zakresie (KIO 9/22 oraz KIO 2974/20).

W wyroku KIO 2588/17, Izba podzieliła pogląd przeważającej części orzecznictwa, iż co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty lecz wskazała przy tym również, iż ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy.

W sytuacji kiedy podczas wykonywania umowy rozliczenia zamawiającego i wykonawcy będą odbywały się na podstawię cen jednostkowych, Zamawiający powinien dokonać weryfikacji tych cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia ma charakter tzw. umowy wskaźnikowej (ang. performance-based contract) łączącej w sobie stałe utrzymanie dróg ze świadczeniami

strukturalnymi, aktywowanymi przez Zamawiającego w postaci konkretnych zleceń. Zamawiający ma prawo do

wszystkich tych świadczeń, jak i do każdego z nich z osobna, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę chociażby jednego z nich może spowodować zagrożenie dla życia i zdrowia uczestników ruchu drogowego, zagrożenia zanieczyszczeniem środowiska etc.

Rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w tym zakresie oparte są na zasadzie zapłaty za wykonane prace zgodnie z TER. § 4 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy, § 5 ust. 2-4 („4. Wykonawca będzie wystawiał odrębne faktury dla Grup Prac /…/.

Wynagrodzenie Wykonawcy podwyższone o podatek VAT, stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do niniejszej Umowy."

Rzeczywiste różnice w ilościach szacowanych i faktycznie wykonanych świadczeń w praktyce są znaczne i zróżnicowane dla każdego elementu wykonywanych prac. Dowodzi, to że nie można tutaj mówić o tym, że cena jednostkowa nie ma istotnej wagi i winna być brana pod uwagę przy ocenie rażąco niskiej ceny.

Tym samym ocena prawidłowości zaniżonych pozycji wydaje się być uzasadniona, gdyż ich zaniżenie ma wpływ na cenę globalną i może świadczyć o manipulacji cen w niniejszym przetargu celem uzyskania zamówienia publicznego.

W tym kontekście należy wskazać na poniższe elementy wyjaśnień Wykonawcy ZABERD:

1) GRUPA PRAC NR 4 – ODWODNIENIE 4 pozycja 7.3 Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych.

Wycena pozycji przygotowana przez Wykonawcę ZABERD zawiera zaniżone normy robocizny nakładów niezbędnych na wykonanie tego zakresu prac. W tabeli zawarto ilości: •Robocizna - 0,12 r-g • Sprzęt: samochód dostawczy do 0,9 t – 0,03 m-g • Sprzęt:

pojazd specjalny WUKO-SW – 0,1 m-g

Dla zobrazowania tych założeń należy wyjaśnić, iż w praktyce przełożyło by się to na pracę jednego człowieka, który w czasie 7,2 minuty musi dojechać do jednego piaskownika pojazdem specjalnym dokonać wpompowania wody do urządzenia w ilości 1,2 m3 (taka ilość wody jest założona w części kalkulacji dotyczącej materiałów). Nawet gdyby założyć, że zlecenie dotyczące oczyszczania piaskowników będzie opiewało na kilka, kilkanaście lub kilkadziesiąt sztuk jednocześnie to należy wziąć pod uwagę następujące fakty: urządzenia są od siebie oddalone o kilka lub kilkanaście kilometrów oraz jeden pojazd specjalny może obsłużyć jedynie kilka sztuk w jednym ciągu z uwagi na napełnienie zbiornika na nieczystości oraz konieczność ich odwozu do zakładu utylizacji. Następną czynnością byłoby wypompowania mieszanki wody wraz z zanieczyszczeniami z piaskownika odjazd w miejsce przekazania nieczystości do utylizacji. Założony do wyliczeń czas jest ewidentnie zaniżony

gdyż nie ma możliwości aby w tak krótkim czasie wykonać te czynności. Dodatkowo w kalkulacji ujęty jest samochód dostawczy, który miałby pracować 0,003 m-g co oznacza, że jest to założony czas poniżej pół minuty na jedno urządzenie - oznacza to rażące zaniżenie.

Następnym elementem, który został zaniżony w kalkulacji jest przyjęta norma utylizacji substancji ropopochodnych. Przyjęto, iż na 1 m3 wypompowanych nieczystości jedynie 0,0275 m3 będzie przekazana do utylizacji. W praktyce to założenie jest nieprawdziwe, gdyż nie da się odseparować substancji ropopochodnych przed przekazaniem ich do utylizacji. Cała ilość 1,2 m3 wody wpompowanej do piaskownika wraz z zalegającym w tym urządzeniu i odpompowanym w trakcie jego czyszczenia osadem musi być przekazana do specjalistycznego zakładu oczyszczania ścieków w celu utylizacji. Dopiero w tym zakładzie dochodzi do procesów odseparowywania zanieczyszczeń ropopochodnych od pozostałych elementów ścieków. Koszt w kwocie 420 zł/m3 dla oddającego ścieki do utylizacji dotyczy całości przekazanego odpadu (woda + osad + substancje ropopochodne).

Podsumowując: aby prawidłowo wykonać obliczenia dla tej pozycji, przy przyjętej przez oferenta technologii jej wykonania oraz poziomy kosztów pośrednich oraz zysku cena jednostkowa powinna wynosić 773,32 zł zamiast wyliczonej w wyjaśnieniach 50,00 zł.

Dowód: - Wyliczenia ZABERD - Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych - Wyliczenia Odwołującego - Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych

2) GRUPA PRAC NR 4 – ODWODNIENIE 4 pozycja 7.7 Usuwanie osadów z dna zbiornika z wywozem i utylizacją – osad suchy

Analizując wycenę tej pozycji prima facie nie można oprzeć się wrażeniu, że została ona przygotowana bez głębszego namysłu stosując jedynie wcześniej przyjęty szablon do wykazania metodologii obliczeń dotyczących wytłumaczenia pozycji z grupy 4 Odwodnienie 7.3 Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych. W efekcie w trakcie przygotowywania obliczeń dla niniejszej poz. 7.7 dostosowano jedynie nakłady dla tych samych pozycji kosztowych aby ostatecznie uzyskać wynik jednostkowy w kwocie 80 zł/szt.

Przyjęta do obliczeń przez ZABERD technologia usuwania osadów suchych z dna zbiorników, która jest analogiczna jak w przypadku czyszczenia punktowych piaskowników (grupa 4 odwodnienie poz. 7.3) w praktyce jest niemożliwa do zastosowania. Piaskowniki stanowią terenowe elementy betonowe otwarte lub zamknięte w formie studni z pokrywą i włazem rewizyjnym o wymiarach powierzchni zbierania się zanieczyszczeń nie przekraczających z reguły 4-6 m2.

Natomiast zbiorniki odparowujące, których dotyczy ta pozycja są to powierzchniowo duże, otwarte zbiorniki tworzone w formie wykopu z umocnionym dnem oraz skarpami o wymiarach średnio 30 m x 30 m czyli 900 m2. Zastosowanie pojazdu WUKO do oczyszczenia osadu nagromadzonego na dnie zanieczyszczonego zbiornika odparowującego jest z gruntu niewłaściwe gdyż nie będzie on w stanie zebrać osadu z takiej powierzchni.

Gdyby jednak założyć, iż technologia przyjęta przez Wykonawcę ZABERD jest możliwa do wykonania, wówczas analizując przyjęte nakłady należy stwierdzić, że oczyszczenie jednego zbiornika o powierzchni 900 m2 z dojazdem do niego, zebraniem zanieczyszczeń oraz odwiezieniem ich do utylizacji będzie wykonywana przez jednego pracownika w czasie pół godziny (przyjęta robocizna 0,48 r-g). Samochód dostawczy do 0,9 t poświęci na czynności związane z obsługą tego zakresu nieco ponad jedną minutę (0,02 m-g) a pojazd specjalny będzie pracował łącznie 10 minut (0,166667 m-g). Założenia te są niemożliwe do wykonania przedmiotowego zakresu robót.

Należy również zwrócić uwagę, że Wykonawca przyjął identyczną ilość substancji ropopochodnych do utylizacji przy czyszczeniu osadów ze zbiornika o powierzchni 900 m2 jak dla piaskownika o powierzchni 6 m2, czyli 0,0275 m3. Jest to znacząco niedoszacowana wartość w odniesieniu do rzeczywistości. Dla piaskownika ilość ta jest niewystarczająca a rozpatrując kilkuset razy większy zbiornik należy stwierdzić, że niedoszacowanie jest w ogromnej skali.

Wykonując prawidłowe wyliczenia przy założeniach technologii w jakiej rzeczywiście tego typu prace są wykonywane (przy użyciu koparki i samochodu wywrotki), przy utrzymaniu poziomów kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku na poziomie zaproponowanym przez Wykonawcę ZABERD prawidłowa wycena powinna wynosić 1601,98 zł za sztukę.

Dowód: - Wyliczenia ZABERD - usuwanie osadów z dna zbiornika z wywozem i utylizacją - osad suchy , Wyliczenia Odwołującego - usuwanie osadów z dna zbiornika z wywozem i utylizacją - osad suchy

W tym kontekście, biorąc pod uwagę uchybienia tych wyliczeń, stwierdzić należy, iż Wykonawca ZABERD pośrednio oświadcza, że:

1) nie uwzględnia w swojej cenie elementów, które ująć powinien, co świadczy o tym, iż oferta taka powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny, zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. O błędzie w obliczeniu ceny będziemy można mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji (vide uchwała KIO/KD 25/12). Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego (KIO 691/23).

lub

2) przyznaje, iż zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, tj. przyjmując, iż nie będzie przestrzegał określonych w: Opisie Przedmiotu Zamówienia, SST lub przepisów powszechnie obowiązującego prawa - wymagań, co świadczy

o tym, iż oferta taka powinna zostać odrzucona jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. lub

3) przedstawia po prostu pozorne (tj. ukierunkowane na „dojście" do ceny jednostkowej wskazanej w Formularzu Ofertowym) i/lub nierealne wyliczenia, co świadczy o tym, iż oferta taka powinna zostać odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną, zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

Odwołujący wskazuje, przy tym iż Zamawiający nie ma już możliwości ponownego wezwania Wykonawcy ZABERD do wyjaśnień w relewantnym zakresie. Ponawianie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty może następować wyłącznie w granicach wyznaczonych pierwotnie udzielonymi wyjaśnieniami. Ponawianie wyjaśnień nie może w szczególności mieć na celu uzyskania od Wykonawcy informacji, których nie podał on w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, choć mógł i powinien był to uczynić.

Także złożenie dodatkowych wyjaśnień, przedstawienie nowych argumentów i dowodów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanych w ofercie elementów) dopiero na rozprawie także uznać będzie należało za spóźnione i nie powinno zostać wzięte pod uwagę przez tut. Izbę. Informacje, twierdzenia i dowody przedstawione przez Wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego w celu umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia a nie w toku postępowania odwoławczego. Tut. Izba badać powinna jedynie zasadność czynności Zamawiającego podjętej względem oferty Wykonawcy, w oparciu o informacje jakimi dysponował on w momencie podejmowania decyzji (vide Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2021 r., KIO 1707/21).

Nie poprzestając na powyższej konstatacji uznać należy, iż jedyną możliwość sanowania sytuacji zaistniałej w postępowaniu jest odrzucenie oferty Wykonawcy ZABERD, gdyż nie ma możliwości żądania dodatkowych wyjaśnień.

Ad. 2) Zarzutów

Ofertę Wykonawcy ZABERD należałoby również odrzucić z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Przedsiębiorca zarzucając czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.

Złożenie przez Wykonawcę ZABERD oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polega na:

a) dokonaniu inżynierii cenowej/kosztorysowej w złożonej przez tego Wykonawcę ofercie w sposób skutkujący nieuwzględnieniem całości prac i kosztów w istotnych elementach składowych ceny, niezbędnych do wykonania zamówienia i w rezultacie złożeniu oferty, która jedynie pozornie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia,

b) złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę i nie pokrywającej całości kosztów realizacji wskazywanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych świadczeń, zgodnie z warunkami zamówienia w celu jego uzyskania, co jednocześnie zmierza do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania analogicznego rezultatu i uzyskania nad nim przewagi konkurencyjnej;

Ww. działania wyczerpują wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 znku.

Po pierwsze, oczywiste jest, że złożenie przez Wykonawcę ZABERD oferty z ww. „uchybieniami" jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą.

Po drugie, takie działania jak inżynieria cenowa lub ofertowa polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub danymi istotnymi z punktu widzenia oceny oferty należy traktować jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, Podobnie jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyczerpujące przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji jest składanie ofert zawierających rażąco niską cenę. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w orzeczeniu Izby KIO 102/17: „samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po trzecie, działanie Wykonawcy w postaci złożenia ww. oferty z omówionymi uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie, a oferta ZABERD tego nie zapewnia.

Złożenie przez ZABERD oferty, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zaniżenia kosztu realizacji z jednoczesnym naruszeniem wymagań Zamawiającego narusza również interes Odwołującego, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach gry. Żaden wykonawca, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który manipuluje cenami.

Ad 3) Zarzutów

Zarzut ten ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 - 2, w ocenie Odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD narusza przepisy art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP. W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania prowadzenie postępowania w ten sposób, że aprobuje się składanie rażąco niskich ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, które nie spełniają warunków zamówienia nie może być uznane jako prowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

Załączniki: powołane w piśmie (wyliczenia)

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w Odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. 1. Zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd Sp. z o.o.

Zamawiający podnosi, że - wbrew twierdzeniu Odwołującego spółka Maldrobud nie miała możliwości przeprowadzenia pełnej weryfikacji wyjaśnień złożonych przez spółkę Zaberd, w ramach badania przez Zamawiającego RNC. Nie wszystkie bowiem dokumenty załączone przez Uczestnika do pisma z dnia 10 czerwca 2024 roku - były jawne w toku postępowania. Wśród dokumentów, które pozostały niejawne dla pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia — była m.in. oferta podwykonawcy spółki Zaberd, która potwierdzała gotowość do wykonania wszystkich zadań z grupy 4, w tym zadań kwestionowanych przez Odwołującego. Oferta ta zawierała ceny realizacji poszczególnych zadań, określone przez inny podmiot z rynku, zgodnie z parametrami zawartymi przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych. Niejawna dla Odwołującego była także sama treść pisma, zawierająca wyjaśnienia spółki Zaberd odnośne RNC - w tym, w części wskazującej na dowody, jakie Uczestnik przedstawił dla wyjaśnienia sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji swojej oferty. Okoliczności te, jak się wydaje, nie zostały uwzględnione przez Odwołującego w niniejszej sprawie.

Należy wskazać, że już na tej podstawie (przedłożenie oferty podwykonawcy) Zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że złożone przez Uczestnika wyjaśnienia do RNC stanowią wystarczające uzasadnienie dla podanych w ofercie cen jednostkowych. Skoro bowiem gotowość do wykonania poszczególnych zadań na określonym poziomie cenowym zgłosił inny podmiot funkcjonujący na rynku realizacja zamówienia nie mogła zostać uznana za zagrożoną ani też cena za zaniżoną.

Odwołujący wykazuje się niekonsekwencją i brakiem precyzji w formułowaniu zarzutu. Z jednej strony bowiem nie jest pewny, do jakiego naruszenia miało dojść ze strony spółki Zaberd przy formułowaniu oferty (wskazując na alternatywne rozwiązania), zaś z drugiej strony stawia zarzuty, nie precyzując w rzeczywistości, w którym miejscu miało dojść do błędu w formułowaniu oferty przez Spółkę Zaberd (dot. zarzutu niezgodności z warunkami zamówienia, w tym SST).

a) oferta spółki Zaberd jako obarczona rażąco niską ceną

Odwołujący skupia się na obliczeniach wyłącznie wybranych dwóch zadań/rodzajów prac, wyszczególnionych w jednej spośród trzynastu grup zadań, która to grupa (nr 4 - odwodnienie)

obejmuje łącznie 32 pozycje. Jednocześnie Odwołujący nie wykazuje w ogóle w jaki sposób te konkretne pozycje mają w istotny sposób wpływać na skalkulowanie całej oferty.

Zamawiający bowiem pogrupował jednostkowe zadania w grupy prac nie bez powodu. Pojedyncze zadania w ramach grupy ze względu na swój charakter oraz specyfikę - wykazują związek przy realizacji umowy. Dlatego też są łączone w ramach konkretnego działania Wykonawcy. Również przy formułowaniu szczegółowych specyfikacji technicznych, zawierających wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót i usług, Zamawiający łączył zadania wykazujące związek przy realizacji umowy (dla kwestionowanych zadań wydany został dokument SST D03.01.03f; Przeglądy i czyszczenie urządzeń podczyszczających wody opadowe; zwany dalej SST). Dlatego też zdarza się w praktyce, że zlecenie prac Wykonawcy oraz następnie ich odbiór - obejmuje nie pojedyncze pozycje kosztorysu, a kilka z nich łącznie. Okoliczności te nie pozostawały bez znaczenia przy dokonywanej przez Zamawiającego ocenie poszczególnych ofert w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający stoi na stanowisku, że cena dwóch zadań spośród 32 pozycji jednej grupy, oraz spośród 362 pozycji wszystkich 13 grup, nie może zostać zakwalifikowana jako składnik mający istotny wpływ na kształtowanie całej ceny — tj. ceny całej oferty. Tym bardziej, że z doświadczenia Zamawiającego wynika, że czyszczenie zbiorników występuje niezwykle rzadko, zaś czyszczenie separatorów wymaga przeprowadzenia wcześniejszego przeglądu, który stanowi oddzielną pozycję kosztorysową (7.4. w grupie 4.), za którą Wykonawca również jest rozliczany.

Pozycja obejmująca przegląd (7.4.) została wyceniona przez Odwołującego na zdecydowanie niższym poziomie, niż przez spółkę Zaberd. Co mogłoby przyjmując sposób analizy Odwołującego — prowadzić do wniosku o zaniżeniu ceny przez samego Odwołującego w tym zakresie. Należy podkreślić, że w ofertach obu wykonawców: zarówno Odwołującego, jak i Uczestnika, łączna wartość pozycji 7.3 i 7.4 (przegląd) jest taka sama i wynosi 300 zł. Skoro wykonanie pozycji 7.3 jest zależne od uprzedniego wykonania przeglądu (7.4), zasadnym było - w momencie oceny aspektu RNC - rozważenie obu pozycji łącznie w analizie. Również z tego względu zarzut RNC nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na to, że łączna wycena wszystkich prac objętych grupą czwartą przedstawiona przez spółkę Zaberd - kształtuje się na poziomie wyższym, niż cena zaproponowana przez Odwołującego. Podobnie łączna cena prac grupy nr 4, objętych jednym SST (poz. 7,1.-7.7), przedstawiona przez spółkę Zaberd - kształtuje się na poziomie wyższym, niż cena Odwołującego. Ta okoliczność również była brana pod uwagę przy kompleksowym rozpatrywaniu oferty Uczestnika, w toku badania wyjaśnień do rażąco niskiej ceny.

Zamawiający stwierdza, że wyliczenia Odwołującego, które mają uzasadniać zarzut RNC w odniesieniu do oferty Uczestnika, nie odpowiadają nawet cenie przedstawionej w ofercie samego Odwołującego.

Spółka Małdrobud nie zarzuca, że jednostki przyjęte przez spółkę Zaberd do obliczeń są niewłaściwe, ale że zostały uwzględnione w niewłaściwej wysokości. Zatem - zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - za właściwą należało przyjąć cenę 773,32 zł za oczyszczenie 1 szt. piaskownika (spółka Maldrobud oferowała 150 zł za 1 szt.) i cenę 1601,98 zł za usuwanie osadów ze zbiornika (podczas gdy spółka Maldrobud zaoferowała 1500 zł za 1 szt.).

Obliczenia odwołującego nie uwzględniają także faktu, że jednostką miary zadania z poz. 7.3. oraz 7.7 jest „sztuka" - a nie m3, czy roboczogodziny. Pozycje te stanowią wyjątek spośród całej grupy zadań związanych z czyszczeniem urządzeń (pkt 7.3. SST) i zostały przyjęte do rozliczenia przez Zamawiającego według innej metodologii.

Nie sposób także zgodzić się z przeprowadzoną przez Odwołującego kalkulacją tych pozycji z dodatkowego względu. Mianowicie Odwołujący zakłada, że zarówno piaskownik, jak i zbiornik będą wymagały oczyszczania w pełnym zakresie. Zaś z posiadanego doświadczenia Zamawiający wie, że te czynności wykonuje się na etapie częściowego zanieczyszczenia. Nie należy wręcz doprowadzać do nadmiernego zanieczyszczenia zbiornika, czy też pełnego zapełnienia piaskownika.

W ramach comiesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za zarządzanie kontraktem Wykonawca otrzymuje kwoty niezbędne na zapewnienie utrzymania w gotowości personelu i pojazdów do realizacji zamówienia. W ramach tego wynagrodzenia wykonawcy uwzględniają również część kosztów związanych z realizacją konkretnych, jednostkowych zadań. Dlatego odnoszenie się do pojedynczych zadań - które rozliczane są według „ceny za sztukę" — stanowi, oderwaną od specyfiki danego przypadku, próbę podważenia całej oferty Wykonawcy.

b) oferta spółki Zaberd jako zawierająca błędy obliczeniowe

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie określał szczegółowego sposobu ustalenia ceny pozycji kosztorysu, podważanych przez Odwołującego. W kosztorysie została wskazana przez Zamawiającego wyłącznie jednostka miary oraz liczba tych jednostek, jaka powinna zostać wzięta pod uwagę przy kalkulowaniu ceny przez

Wykonawców. Spółka Zaberd zastosowała parametry wskazane przez Zamawiającego.

Również w piśmie wzywającym spółkę Zaberd do wyjaśnienia RNC (z 22.05.2024 r.) -Zamawiający nie wymagał przedstawiania kalkulacji według ścisłych kryteriów, czy wykorzystania konkretnych parametrów.

Dlatego odrzucenie oferty spółki Zaberd wyłącznie na tej podstawie, że przyjął taką, a nie inną liczbę roboczogodzin lub też określoną liczbę m3 osadów, czy zanieczyszczeń stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w swobodę kalkulacji ceny. Do takiej ingerencji prowadzi argumentacja zawarta w odwołaniu.

Dodatkowo podnoszę, że rzekome błędy obliczeniowe, tj. podstawienie niewłaściwych w ocenie Odwołującego danych - stanowią zarzut niezwiązany merytorycznie z kosztorysem przygotowanym przez Zamawiającego. O czym już wspomniano powyżej.

Opisane bowiem w odwołaniu pozycje 7.3. i 7.7. z grupy prac numer 4 powiązane zostały przez Zamawiającego z jednostką rozliczeniową „sztuka", a nie m3, czy roboczogodzina. Przyjęte w tym zakresie jednostki miary nie budziły wątpliwości uczestników żaden z wykonawców nie składał pytań do treści dokumentacji przetargowej w tym zakresie.

Kalkulacja, jaką przyjęła spółka Zaberd nie budziła wątpliwości Zamawiającego wobec faktu, że podana cena jednostkowa była zgodna z ofertą podwykonawcy, jak również (co omówiono szerzej już wyżej), że zadania te wykonywane są w połączeniu z innymi zadaniami, w tym w szczególności, że czyszczenie piaskowników wymaga uprzedniego przeprowadzenia przez Wykonawcę przeglądu i ustalenia z Zamawiającym rzeczywistego zakresu prac związanych z czyszczeniem urządzeń.

c) oferta spółki Zaberd jako niezgodna z warunkami zamówienia

Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, które konkretnie wymogi nie zostały spełnione (brak odwołania się do konkretnych zapisów SST, czy innych dokumentów zamówienia). Dlatego też udzielenie precyzyjnej odpowiedzi w tym zakresie należy uznać za co najmniej utrudnione.

Zamawiający wskazuje, że szczegółowe wymagania dla grupy prac numer 4 zostały opisane w dokumencie SST. Żadne z zadań, nie zostało wycenione niezgodnie z tymi założeniami. Realizacja poszczególnych zadań co już było podnoszone - odbywa się często łącznie w ramach jednej grupy. Czego spółka Maldrobud nie uwzględniła w swojej argumentacji.

Zamawiający nie stwierdził w efekcie aby oferta spółki Zaberd naruszała którekolwiek z warunków zamówienia, określonego przez Zamawiającego w toku postępowania (w szczególności z warunkami SST).

2. Złożenie oferty przez spółkę Zaberd w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Zarzut ten - w ocenie Zamawiającego - nie znajduje żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym tej konkretnej sprawy, a wręcz stanowi przejaw pewnego nadużycia, biorąc pod uwagę fakt publicznego jego postawienia konkurującemu wykonawcy.

Z kolei stosowanie przez któregokolwiek uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia takiej a nie innej „inżynierii cenowej/kosztorysowej", czyli mówiąc prościej i wprost - stosowanie takiego, a nie innego sposobu kalkulowania ceny, nie może samodzielnie świadczyć o wprowadzaniu błąd. A przez to prowadzić do uznania, że zachowanie danego wykonawcy powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców bada zakres zamówienia zgodnie z własnym doświadczeniem, przy uwzględnieniu posiadanych zasobów osobowych i rzeczowych. Dlatego też przyjmuje własne

kryteria oceny opłacalności realizacji danego zlecenia i na tej podstawie przyjmuje własne zasady rozkładu ryzyka kontraktowego.

3. Dokumentacja potwierdza, że Zamawiający stosował równe zasady wobec wszystkich uczestników postępowania. Wezwanie do wyjaśnienia RNC było stosowane wobec wykonawców przy stosowaniu jednakowych zasad, podobnie jak rozpatrywanie zastrzeżeń związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pogłębiona analiza doprowadziła do przekonania, że oferta Zaberd nie zawiera rażąco niskiej ceny ani też nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami. Dlatego tym bardziej nie było podstaw do uznania, że oferta Uczestnika zawiera pozorne ceny, czy też że istnieją podstawy do jej odrzucenia.

Przystępujący: ZABERD Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zasadzie nie sposób ustalić na czym rzekoma niezgodność treści oferty Zaberd sp. z o.o. z dokumentami zamówienia miałaby polegać. Odwołujący prowadzi w treści odwołania wyłącznie narrację w zakresie własnej oceny sposobu kalkulacji kosztów poszczególnych usług objętych TER, twierdząc, iż ta kalkulacja pozostaje w sprzeczności z dokumentami zamówienia, nie powołując jednak z którymi i w jakim zakresie.

Bezsprzecznym jest natomiast, że do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) może dojść wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność z dokumentami zamówienia ma charakter oczywisty

Odnosząc się kolejno do zarzutów Maldrobud:

Poz. 7.3. Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych

Poz. 7.7. Usuwanie osadów z dna zbiornika z wywozem i utylizacją – osad suchy

Łączna wartość obu pozycji w ofercie ZABERD 28.850 zł netto co stanowi 0,09% wartości całej oferty. Dla porównania wartość obu pozycji w ofercie MALDROBUD: 149.550 co stanowi 0,36% wartości całej oferty. Warto podkreślić, że wartość Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w części nazwanej jako: GRUPA PRAC NR 4 – Odwodnienie wynosi odpowiednio:

ZABERD - 2 906 553,60 zł netto, MALDROBUD - 2 329 881,20 zł netto, czyli wartość całej GRUPA PRAC NR 4 – Odwodnienie zaoferowanej przez ZABERD jest o 24,76% wyższa od wartości zaoferowanej przez MALDROBUD. Już samo powyższe dowodzi braku możliwości uznania za zasadny zarzutu rażąco niskiej ceny. Trudno bowiem w ogólne w przestrzeni tak niewielkich różnić i wartości mówić o rażąco niskiej cenie, a jednocześnie przyjęcie takiego założenia musiałoby prowadzić do oczywistego wniosku, że cena oferty Odwołującego również jest w tym zakresie rażąco niska ponieważ jest niższa od ceny oferty Zaberd.

Już samo przyjęcie takiej tezy na potrzeby dowodowe pozostawałoby w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Analizując w dalszej kolejności strukturę cen wynikających z ofert Odwołującego i Przystępującego i odnosząc się tylko do podgrupy znajdującej się w lp. 7.1-7.7, które częścią są kwestionowane odwołaniem pozycje, wartości te przedstawiają się następująco: ZABERD – 1.223.850,00 zł netto MALDROBUD – 1.058.650,00 zł netto

Czyli wartość całej podgrupy 7.1 – 7.7,– Odwodnienie zaoferowanej przez ZABERD jest o 15,61% wyższa od wartości zaoferowanej przez MALDROBUD

Dla obu spornych pozycji dedykowaną specyfikacją techniczną jest SST o numerze 03.01.03f. Wszystkie w/w pozycje kosztorysowe zawarte są w Kosztorysie ofertowym w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w części nazwanej jako: GRUPA PRAC 4 – Odwodnienie.15.04.2024 Zamawiający udzielił wyjaśnień SWZ (), pytanie nr 61: W konsekwencji uzupełnił specyfikację nr D-03.01.03f , w której to jako jednostkę obmiarową poza 1m3, dodał 1 szt. - (zbiornik) usuniętych osadów suchych.

Odnosząc się wprost do zarzutów odwołującego odnośnie obu pozycji

Poz. 7.3. Oczyszczenie piaskowników przy studniach wpadowych

Poz. 7.7. Usuwanie osadów z dna zbiornika z wywozem i utylizacją – osad suchy

Pozycja została wyceniona w oparciu o założenia zgodne z zapisami SST oraz pozostałej dokumentacji. Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów tj. robocizna, sprzęt, koszty zakupu materiałów, zysk, także inne czynności opisane w SST. Jako dodatkowy dowód Przystępujący przedstawia oferty podwykonawcze firm, które współpracują na terenie kraju, które są wyspecjalizowane w zakresach odwodnienia dróg.

Ocena ryzyka w tym zakresie nastąpiła w sposób szeroki, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności, ponad podane przez Zamawiającego dane.

Poz. 7.7. Odwołujący dla potrzeb argumentacji zawyżył ilość substancji ropopochodnych i przede wszystkim dokonano nadinterpretacji pozycji kosztorysowych, opisując prace znajdujące się w poz.7.7 jako te, które wymagają innej technologii robót, niż faktycznie przewidywana dla tej pozycji kosztorysowej.

Wykonawca ZABERD przygotował się na możliwość ewentualnego skorzystania ze sprzętu typu WUKO, niemniej tylko w sytuacjach incydentalnych. Natomiast jeżeli chodzi o pozycję 7.7, to zgodnie z SST i dokumentacją przetargową dotyczy ona osadu suchego.

Dodatkowo, niejako na potwierdzenie naszej kalkulacji i zaoferowanej ceny jednostkowej, przedstawiamy oferty podwykonawcze firm, które współpracują z nami na terenie całego kraju, które są wyspecjalizowane w zakresach odwodnienia dróg.

Jeszcze raz podkreślamy, że dla wskazanej specyfikacji SST D-03.01.03f przewidziane jest w kosztorysie ofertowym aż 10 pozycji i to Zamawiający wybiera pozycje, które odpowiadają charakterowi robót.

Na okoliczność rynkowego charakteru zaoferowanej w tym zakresie powołano podobne postępowanie nr O.Sz.D-3.2421.49.2022 Oddział w Szczecinie.

Z uwagi na zryczałtowany charakter cen jednostkowych w kontraktach utrzymaniowych -każda z nich kalkulowana jest w oparciu o doświadczenie i możliwości każdego z uwzględnieniem wymagań SWZ oraz udzielonych wyjaśnień. Założenia metodologiczne Odwołującego oparte są na danych wyjściowych niewynikających z SWZ.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny samodzielnie nie stanowią podstawy dokonania oceny zgodności treści oferty z wymaganiami SWZ.

ZAŁĄCZNIKI: Oferta O. (załącznik nr 13 do RNC z dnia 10.06.2024),Oferta M., Kalkulacja Maldrobud dla poz. 7.3 , Kalkulacja Maldrobud dla poz. 7.7

W piśmie z 23 września 2024 r. odwołujący zakwestionował argumentację zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, złożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Istotą zarzutu odwołania jest stwierdzenie, iż dokonał wyboru oferty, która podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę, w jej następstwie, złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak ustalono zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające wobec wykonawców, w tym uczestnika i odwołującego, na okoliczność oferowanej ceny i zgodności treści oferty z swz. Izba nie ma zastrzeżeń do tego postępowania wyjaśniającego, w ramach którego część informacji była zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym oferta podwykonawcy przystępującego. Poza tym istotne dokumenty były dostępne, a na ich treści oparto zarzuty odwołania. Oferta podwykonawcy potwierdzała gotowość wykonania zadań z grupy 4, w tym zadań kwestionowanych przez Odwołującego. Oferta zawierała ceny realizacji

poszczególnych zadań, określone przez inny podmiot z rynku, zgodnie z parametrami zawartymi w dokumentach przetargowych.

Zamawiający przyjął, że gotowość do wykonania poszczególnych zadań na określonym poziomie cenowym przez inny podmiot funkcjonujący na rynku potwierdza realność oferty. Takie wnioskowanie zasadniczo nie jest uprawnione, jako że i oferta podmiotu trzeciego może być obarczona cechą rażącego zaniżenia. Jednakże w okolicznościach sprawy rozpatrywanej przyjęcie wartości z tej oferty było zasadne. Istotniejsze jest jednak, że elementy składowe kwestionowane przez odwołującego zostały skalkulowane na poziomie zbliżonym w obydwu ofertach uczestników sporu przed izbą i wartość tych elementów w obydwu ofertach stanowi mniej niż 1% ceny ofertowej. To przesądza, że stwierdzić należy, że element składowy szczegółowo analizowany przez strony, nie ma realnego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej, zatem brak podstaw do stwierdzenia, że realizacja zamówienia mogłaby być uznana za zagrożoną albo cena za zaniżoną.

Ponadto brak jest dowodów na niezgodność treści oferty z treścią swz.

.

Zarzut złożenia oferty przez spółkę Zaberd w warunkach nieuczciwej konkurencji jest w ocenie izby niezasadny, w rzeczywistości jest zarzutem pochodnym i wywiedzionym w oparciu o twierdzenie dotyczące wysokości zaoferowanej ceny.

Przytoczone argumenty nakazują przyjąć, że odwołanie zostało oddalone wobec stwierdzenia, że zamawiający prowadząc postępowanie i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz zasądzając wynagrodzenie zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący: …….....