

WYROK

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Tuwima 36, 90-002 Łódź (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi, ul. Ks. Ignacego Skorupki 21, 90-532 Łódź)**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi,**

ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź tytułem wpisu od odwołania

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2665/24

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont nawierzchni ul. Strykowskiej w Łodzi na odcinku od ul. Ekologicznej do ul. Okólnej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2024 r. OJ S 40/2024 pod numerem 115892-2024.

W dniu 29 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego i zaniechania czynności podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej „wykonawcą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych”, oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, a także odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust.1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę, podczas, gdy Wykonawca złożył cenę z ofertą rynkową, udowodnił poprzez kalkulacje i inne dowody swoją cenę, a Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z powodu nieuzasadnienia części cen jednostkowych, mimo, iż ustawa stanowi, iż odrzuca się ofertę, która jest rażąco niska całościowo globalnie, a nie poprzez pryzmat części cen jednostkowych,

2.art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający nawet nie był w stanie wskazać z jakim czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia, wadliwie uznał także, że część cen jednostkowych jest zaniżona, a część zawyżona, podczas, gdy żadne ceny jednostkowe nie są zaniżone, a ceny rzekomo zawyżone wynikają z oszacowania ryzyka w zakresie

realizacji prac punktowo i przyjęcia małej ilości (100 m²) prac do wykonania, co przesądza o braku czynu nieuczciwej konkurencji,

3.art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu, gdyż ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych,
- 2.unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 21.05.2024 roku wskazując, iż „Cena Państwa oferty, za wykonanie przedmiotowego zamówienia została określona na kwotę 8 495 091,43 PLN brutto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT została ustalona na kwotę 16 999 999,74 PLN. W związku z czym Państwa oferta jest niższa o 50,03 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT.”

Zamawiający wezwał zatem wykonawcę na podstawie przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, który stanowi, iż przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W przedmiotowym postępowaniu złożyło oferty aż 7 wykonawców i żadna z cen nie została ukształtowana na tak wysokim poziomie, jak Zamawiający oszacował wartość zamówienia + VAT, tj. 16 999 999,74 złotych. Z powyższego stanu faktycznego wynika wręcz, że to Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. Ceny zaoferowane bowiem przez Wykonawców są do siebie bardzo zbliżone. Aż 4 wykonawców zaoferowało ceny na poziomie 8-9 mln złotych. Pozostałych trzech na poziomie 11- 12 mln złotych. Nawet najdroższy z wykonawców zaoferował o wiele niższą cenę niż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia + VAT. Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. A zatem okolicznością oczywistą w kontekście cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców jest fakt przeszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę okoliczności oczywiste w niniejszym postępowaniu i poprzez przyzmat tych okoliczności zaniechać wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny.

Natomiast, jeśli jednak już doszło do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na to, że Zamawiający pominął czy też nie skorzystał z dobrodziejstw przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, to powinien chociażby przy ocenie wyjaśnień brać pod uwagę fakt, że wszyscy wykonawcy zaoferowali ceny rynkowe na bardzo zbliżonym poziomie, a oferta Odwołującego jest ceną dokładnie na poziomie rynkowym. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty w ogóle nie wskazał Wykonawcy dlaczego wykonawca nie sprostął wymogowi udowodnienia. To czyni iluzoryczne wskazanie przez Zamawiającego wyjaśnienie faktyczne, bo Wykonawca nie poznał argumentów Zamawiającego i w tym zakresie nie może on podjąć polemiki co do powodów odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł, że nie zgadza się nawet ze wskazaniem, iż nie sprostął wymogowi udowodnienia kosztów transportu i robocizny za 1 m².

W pierwszym wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wezwał wykonawcę bardzo ogólnie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Natomiast w pkt 8 zażądał wyjaśnień w zakresie wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, a także o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty w zakresie zaoferowanych cen w pozycjach 12, 13, 14 formularza cenowego które budzą wątpliwości Zamawiającego, w pkt 9) zwrócił się także o szczegółowy kosztorys dotyczący produkcji i dostawy mieszanek mineralno-bitumicznych. W odpowiedzi na to wykonawca przedłożył ogólne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Przedłożył także ofertę firmy Masfalt Sp. z o.o. z dnia 15.03.2024 r., dedykowaną specjalnie dla tego zadania, powołując się na długoletnią współpracę z tą firmą. Dodatkowo załączył korespondencję (maile z dnia 04.03.2024 oraz 29.04.2024) na temat wysokości rabatów względem oferty cenowej, jaką mógłby zastosować do kalkulacji ceny ofertowej (załącznik nr 1). Załączył także kalkulacje dla pozycji 12,13,14 formularza cenowego (załącznik nr 4), gdzie dla cen mieszanek mineralno-asfaltowych został uwzględniony rabat w wysokości 25zł/t, zarówno dla w-wy wyrównawczej, wiążącej i SMA. Zatem, już w pierwszych wyjaśnieniach Wykonawca przedłożył dowody plus kalkulację własną dla pozycji 12,13 i 14 .

Zamawiający jednak wezwał Wykonawcę pismem z dnia 13.06.2024 roku do uzupełnienia złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Drugie wezwanie zawierało znów enigmatyczne stwierdzenie, co więcej Zamawiający nawet nie wskazał jakie ma wątpliwości. Nie wskazał w czym upatruje niezrealizowania zamówienia przez Wykonawcę zgodnie z OPZ i SWZ. Już samo nawet to stwierdzenie gdzie wskazano i OPZ i SWZ bez żadnych szczegółowych wskazań potwierdza, że sam Zamawiając nawet nie potrafi wskazać swoich wątpliwości. Gdyby tak było wskazałby konkretny punkt dokumentów zamówienia i zadałby pytanie, co do konkretnych wątpliwości.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący wskazał, iż „Dla pozycji 12, 13, 14 Formularza Cenowego, związanych z

wykonaniem warstw bitumicznych, przedkładamy za niniejszym pismem, uszczegółowioną kalkulację kosztów, która była przedłożona za pismem znak 0261/ZRD/05/2024/W z dnia 23.05.2024 r. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, załączona kalkulacja uwzględnia dla każdej z pozycji osobno:

- koszt robocizny na 1m2,
- koszt pracy sprzętu na 1m2,
- koszty transportu na 1m2,
- koszty materiałów na 1m2.

Dla każdej z pozycji został przedstawiony procentowy udział Zysku i Kosztów Pośrednich. Informujemy ponadto, że zgodnie z przedstawioną kalkulacją kosztów czas realizacji dla wykonania robót bitumicznych, został założony w łącznej ilości 19 dni, z podziałem dla poszczególnych warstw jak w załączonej kalkulacji." Kalkulacja własna wykonawcy zawarta na stronie 5 drugich wyjaśnień ODPOWIADA na wszystkie pytania Zamawiającego. Został przedstawiony koszt robocizny na 1m2: (1 tabela, kolumna 6,7); koszt pracy sprzętu na 1 m2 (1 tabela kolumna 3,6,7,); koszt transportu na 1 m2 (1 tabela, kolumna 4,8,9) i koszt materiałów na 1 m2 (1 tabela, kolumna 1,2). Dodatkowo przedstawiony został udział zysku i kosztów pośrednich. Ponadto przedstawiono całą tabelę globalną i kosztów wykonania prac. Wskazano także ilość dni dla realizacji warstw bitumicznych. Załączono dowody dotyczące cen kruszywa, mieszanek, betonu oraz cen transportu.

Odwolujący dalej podniósł, że przedstawił całą kalkulację własną, wskazując jak policzył/skalkulował przedmiot zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy nigdzie nie wskazał co źle skalkulował Odwołujący. Nie wskazał także dlaczego nie udowodnił ceny dotyczącej m.in. dotyczących kosztów transportu 1,81 PLN za 1m2, a także kosztów pracy sprzętu i robocizny 1,47 PLN za 1m2. Nie wyjaśnił dlaczego uznał, że są to ceny rażąco niskie. W związku z powyższym uniemożliwił Odwołującemu nawet jakąkolwiek obronę w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie kwestionuje, co do zasady samych cen jednostkowych dla pozycji 12- 14, a kwestionuje ceny składowe cen jednostkowych jak koszty transportu za 1 m2 czy koszty robocizny. Takie działanie Zamawiającego wydaje się nieuprawnione, czy w kontekście samego wezwania, czy też odrzucenia oferty Odwołującego. Przepis art. 224 ust.1 ustawy Pzp (a na podstawie tego przepisu było już wezwanie uzupełniające) wskazuje na możliwość wyjaśnień (ceny lub kosztu lub istotnych części składowych). Istotną częścią składową ceny lub kosztu jest cena jednostkowa, czyli przenosząc na powyższy stan faktyczny cena jednostkowa za pozycje 12, 13 lub 14. Jeśli cena jednostkowa za te pozycje byłaby rażąco niska i miałaby istotną wartość w stosunku do przedmiotu zamówienia to Zamawiający mógłby odrzucić ofertę. Natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający kwestionuje (i wzywa do wyjaśnień) w zakresie SKŁADOWEJ CENY JEDNOSTKOWEJ, co jest sprzeczne z treścią przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp. Skoro zatem wezwanie do wyjaśnień składowych części jednostkowych nie było zasadne nie można odrzucić oferty na podstawie rzekomego nieudowodnienia składowych części jednostkowych. Potwierdza to także przepis art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp, który mówi o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę (a nie zawierającą rażąco niską składową cenę jednostkową) w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potwierdza to także przepis art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, iż odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający nawet nie kwestionuje podanej w ofercie ceny Odwołującego w uzasadnieniu odrzucenia oferty (czyli ceny 8 495 091,43 złotych). Nie kwestionuje także samych cen jednostkowych w pozycjach od 12 do 14, natomiast kwestionuje jakieś składowe części jednej z cen jednostkowych (dokładnie pozycji 13). Powyższe nie pozwala zatem na wskazanie, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną oraz nie pozwala na odrzucenie oferty Wykonawcy.

Na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie wskazuje wyrok KIO 47/24 w którym Izba

Odnosząc się natomiast do kwestii niesprostania wymogowi udowodnienia Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do cen jednostkowych Odwołujący przedstawił dowody. Nie może natomiast przedstawić dowodu na zaferowanie ceny 1,47 za 1m2 robocizny, czy 1,81 za 1 m2 transportu, gdyż są to wyliczenia własne wykonawcy. Zatem wystarczającym dowodem w tym zakresie winna być dla Zamawiającego kalkulacja własna wykonawcy. W oparciu bowiem o określone dowody zarówno do pierwszych jak i drugich wyjaśnień Odwołujący przedstawił sposób w jaki doszedł do takich wyliczeń cenowych.

Samo wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego jest nieprawidłowe. Niezasadne jest odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, bowiem oferta cenowa Odwołującego jest ofertą zbliżoną do innych cen w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Zamawiający co do zasady nie kwestionuje rzekomej ceny rażąco niskiej, a jak zostało wskazane powyżej kwestionuje części składowe cen jednostkowych. Nadto same ceny jednostkowe w ofercie Wykonawcy w pozycjach 12-14 (których to nawet cen Zamawiający nie kwestionuje) są bardzo zbliżone do cen jednostkowych innych wykonawców oraz mają podobny stosunek procentowy co do całości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że nigdzie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał jaki rzekomo czyn nieuczciwej konkurencji popełnił wykonawca. Samo zaś wskazanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji bez podania pełnej podstawy prawnej skutkuje brakiem pełnego uzasadnienia prawnego i znów uniemożliwia Wykonawcy polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego. Stąd Odwołujący kwestionuje to stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do przedstawionego uzasadnienia. Nie ma mowy o rażąco niskiej cenie, a ponadto ceny jednostkowe zaoferowane przez Odwołującego są zbliżone do cen jednostkowych innych Wykonawców, co powoduje ich pełną opłacalność przy ewentualnych nawet odstępstwach.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z uzyskaniem lepszej punktacji przez wykonawcę. Ponadto, co istotne Zamawiający w we wzorze umowy w § 8 ust. 2 wskazał, iż „maksymalne wynagrodzenie ustala się na kwotę brutto: PLN zł słownie złotych:....., w tym należny podatek VAT z zastrzeżeniem ustępu 1 i 4.” Co oznacza, że zaoferowana cena jest maksymalnym wynagrodzeniem. Nigdzie w umowie nie ma jakiegokolwiek zobowiązania do zlecenia wykonawcy dodatkowych robót.

Zamawiający wprowadził przewidział udzielenie zamówień uzupełniających jednakże Zamawiający w żaden sposób nie jest zobowiązany do tego, aby udzielić zamówień uzupełniających danemu Wykonawcy. Jeśli uzna, że jego zdaniem cena ofertowa Wykonawcy jest za wysoka to może skorzystać z szeregu innych rozwiązań. Sam Zamawiający wskazał, iż przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, co oznacza, że jest to uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Umowa nie zawiera na ten temat żadnych postanowień, co do obowiązywania cen jednostkowych w stosunku do zamówień dodatkowych. Jedyne postanowienia dotyczące wyliczenia ceny ujęte są w § 17 ust.11 – 14. I bynajmniej nigdzie nie zawierają automatycznego zobowiązania Zamawiającego do udzielenia Wykonawcy zamówień dodatkowych na podstawie cen wskazanych w ofercie. Nigdzie w umowie nie ma automatyzmu ani w zawarciu aneksu na roboty dodatkowe, ani w przyjęciu cen z oferty wykonawcy.

Wykonawca nie zastosował żadnej inżynierii cenowej, a jedynie wycenił roboty stosownie do wskazanej przez Zamawiającego ilości w dokumentach zamówienia.

Odwołujący nie wie, czy będą roboty dodatkowe, nie wie, czy w ogóle będą przyjęte ceny z oferty, bo jak wskazano powyżej, aby doszło do zawarcia aneksu – obie strony muszą wyrazić zgodę, stąd z braku wiedzy nie mógł przyjąć, iż będzie zwielokrotnienie tychże robót. Zresztą nie wie tego nawet sam Zamawiający, bo nigdzie nie wskazał tego w dokumentach zamówienia, a dopiero na etapie odrzucenia oferty przyjmuje wysokie prawdopodobieństwo.

Trudno zatem mówić o rekompensowaniu jakiejś części robót, które nawet nie wiadomo czy będą udzielone i zakładaniu na tej podstawie zysku. W pozycjach 12-14 nie zaoferował cen jednostkowych rażąco niskich, więc nie ma potrzeby rekompensowania czegokolwiek. Są to bowiem ceny rynkowe, co potwierdzają oferty innych wykonawców. Ponadto nie ma żadnego automatyzmu w umowie skutkującego roszczeniem o roboty dodatkowe, które miałyby coś Odwołującemu rekompensować. Na dodatek Odwołujący nawet nie wie, o ile miałyby być zwielokrotnione sporne pozycje, stąd nie da się nawet ocenić czy i w ogóle przy założeniach hipotetycznych Zamawiającego mogłoby w ogóle dojść do jakiegokolwiek rekompensaty. Wycena spornych pozycji wynika z przewidzianej przez zamawiającego małej ilości robót (100 m2), co sugeruje, że trzeba przyjąć ryzyko punktowej realizacji prac. Nadto gdyby okazało się, że do wykonania jest tylko taka ilość robót jak wskazana w ilościach przewidywanych przez Zamawiającego to wycena tak małej ilości prac na takim poziomie jest jak najbardziej poprawna.

Odwołujący na marginesie wskazuje mimo tego, że Zamawiający nawet nie podjął tej kwestii w uzasadnieniu odrzucenia oferty – co może stanowić także o tym, iż nie uzasadnił nawet rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji, iż jego oferta nie zagraża i nie narusza interesu innego przedsiębiorcy czy przedsiębiorców. Odwołujący nie znajduje się także w żadnej pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców. Nie uzyskał większej ilości punktów w stosunku do kryterium oceny ofert, jak wskazano w powołanym przez Zamawiającego wyroku KIO 2734/14.

Hipotetyczne założenia Zamawiającego, że mogą być zwielokrotnione prace z pozycji 2 i 3, co do których nawet sam Zamawiający nie jest w stanie wskazać skali tego zwielokrotnienia – nie budują uprzywilejowania wykonawcy. Tym bardziej wobec faktu, iż nie wiadomo czy owe roboty dodatkowe będą, w jakiej będą skali, a także wobec tego, iż nie ma pewności czy w ogóle zostaną Odwołującemu zlecone. Jak wskazano powyżej aby doszło do zawarcia aneksu konieczna jest wola obu stron umowy. I wreszcie należy wskazać, że mając na uwadze wycenę Odwołującego za ilości robót – 100 m2 należy raczej wysnuć wniosek, iż cena ta wynika właśnie z tego, iż Odwołujący nie zakładał zwielokrotnienia prac. Odwołujący dokonał po prostu realnej wyceny prac w wielkości 100 m2, a zatem co do zasady przy tak małej ilości – po prostu dla każdego z wykonawców prac nieopłacalnych.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania za pomocą platformy eZamówienia.

W dniu 1 sierpnia 2023r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych

Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim złożył pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. umowę z dnia 11 lipca 2022 r. (pierwsza strona),
2. protokół z dnia 29 sierpnia 2023 r. z załącznikiem nr 1,
3. protokół z dnia 30 października 2023 r. z załącznikiem nr 1,
4. protokół z dnia 22 listopada 2023 r. z załącznikiem nr 1,
5. protokół z dnia 15 lutego 2024 r. z załącznikiem nr 1,
6. protokół z dnia 6 lipca 2024 r. z załącznikiem nr 1,
7. protokół z dnia 16 kwietnia 2024 r. z załącznikiem nr 1,
8. zrzut ze strony allegro dotyczący „Płyty drogowe yomb jomb 100x75x12,5cm cała Polska”.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

- 1.art. 226 ust.1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę, podczas, gdy Wykonawca złożył cenę z ofertą rynkową, udowodnił poprzez kalkulacje i inne dowody swoją cenę, a Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z powodu nieuzasadnienia części cen jednostkowych, mimo, iż ustawa stanowi, iż odrzuca się ofertę, która jest rażąco niska całościowo globalnie, a nie poprzez pryzmat części cen jednostkowych (zarzut 1 odwołania)**
- 2.art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający nawet nie był w stanie wskazać z jakim czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia, wadliwie uznał także, że część cen jednostkowych jest zaniżona, a część zawyżona, podczas, gdy żadne ceny jednostkowe nie są zaniżone, a ceny rzekomo zawyżone wynikają z oszacowania ryzyka w zakresie realizacji prac punktowo i przyjęcia małej ilości (100 m²) prac do wykonania, co przesądza o braku czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut 2 odwołania)**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla obydwu zarzutów):

Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia częściowego oszacował na kwotę 27 642 276,00 zł, co stanowi równowartość 5 961 112,76 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 17 000 000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 7 ofert, z których jedną odrzucono. Ceny brutto złożonych ofert były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Balzola Polska Sp. z o.o. –

11 855 526,34 zł; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. – 8 973 711,69 zł, oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Sp. z o.o. – 8 994 344,09 zł, oferta nr 4 złożona przez Odwołującego – 8 495 091,43 zł, oferta nr 5 złożona przez wykonawcę WŁODAN Sp. z o.o. Sp. k. – 12 077 777,01 zł, oferta nr 6 złożona przez wykonawcę KRAL Sp. z o.o. – 11 778 279,04 zł oraz oferta nr 7 złożona przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. – 9 051 181,65 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 21 maja 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował do Odwołującego „WEZWANIE do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”, wzywając tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego jest niższa o 50,03 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, tym samym wskazując, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
 - 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
 - 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
 - 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,
 - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
 - 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- a: także zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty w zakresie zaoferowanych cen w pozycjach 12, 13, 14 formularza cenowego które budzą wątpliwości Zamawiającego:
- 9) Szczegółowego kosztorysu dotyczącego produkcji i dostawy mieszanek mineralno-bitumicznych.
 - 10) Opisu technologii i metod produkcji, które mogą wpływać na obniżenie kosztów.
 - 11) Informacji na temat używanych surowców, ich źródeł oraz ceny zakupu.
 - 12) Analizy kosztów transportu i logistyki.
 - 13) Innych istotnych informacji, które mogą mieć wpływ na końcową cenę zaoferowaną w Państwa ofercie w tym umowy, zlecenia i inne dokumenty wskazujące na cenę kupna mieszanki w przypadku braku własnej wytwórni mas bitumicznych.”.

Zamawiający wskazał także, że „wyjaśnienia Wykonawcy, aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter wyczerpujący, konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, wskazujący na okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. Załączone na poparcie wyjaśnień dowody (o których mowa w niniejszym piśmie), winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z SWZ, przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zamawiający dokonując oceny przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień, będzie miał na względzie, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena brutto oferty nie została ustalona na zaniżonym poziomie, co powodowałoby, że zamówienie nie jest możliwe do wykonania za oferowaną cenę, bez ryzyka poniesienia straty przez Wykonawcę, a także czy zaproponowana w Formularzu ofertowym cena jest realna oraz czy znajduje oparcie w danych warunkach gospodarczych i daje możliwość wykonania przez Wykonawcę zamówienia.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 23 maja 2024 r., wskazał m.in., że zaoferowana przez niego cena zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Odnosił się także do „Wartości szacunkowej przyjętej przez Zamawiającego” wskazując m.in., że „nie zna danych i informacji, w jaki sposób Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia w podanej przez niego wysokości, stąd nie jest możliwe bezpośrednie odniesienie się do tej kwoty i jej dokładne przeanalizowanie” a

także, że „porównanie zaoferowanych w przetargu cen wskazuje, że wartość realna zamówienia odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, stąd porównywanie ceny oferty do tej wartości nie powinno być miarodajne w ocenie czy zaoferowana cena jest rażąco niska.”.

Odnosnie „Elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny” odwołał się m.in. do oferty dostawców i podwykonawców, wskazując że „Optymalizacja cenowa była możliwa w wyniku nie tylko indywidualnego podejścia do wykonania robót oraz negocjacji cenowych na materiały przewidziane do wykorzystania w konkretnym zamówieniu, lecz również poprzez szeroką gospodarkę zakupową jaką prowadzi nasza firma. Posiłkowanie się ofertami dostawców jak również podwykonawców, na etapie ofertowania bez wspomnianej powyżej wnikliwej analizy, z doświadczenia Wykonawcy w nieuzasadniony i niepotrzebny sposób podwyższa ogólną wartość oferty. Nasza firma od wielu lat w zakresie mieszanek mineralno-asfaltowych współpracuje z Masflat Sp. z o.o. Wieloletnia współpraca w tym zakresie, pozwala nam otrzymywać bardzo konkurencyjne ceny mieszanek, nawet w stosunku do firm, które posiadają własne wytwórnie mas bitumicznych. W załączeniu przedkładamy Państwu ofertę firmy Masfalt Sp. z o.o. z dnia 15.03.2024 r., dedykowaną specjalnie dla tego zadania. Dodatkowo załączamy korespondencję (maile z dnia 04.03.2024 oraz 29.04.2024) na temat wysokości rabatów względem oferty cenowej jakie moglibyśmy zastosować do kalkulacji ceny ofertowej (załącznik nr 1). (...) kalkulacja dla pozycji 12,13,14 formularza cenowego (załącznik nr 4) gdzie dla cen mieszanek mineralno-asfaltowych został uwzględniony rabat w wysokości 25zł/t, zarówno dla w-wy wyrównawczej, wiążącej i SMA. Wprawdzie zgodnie z mailem z dnia 29.04.2024 r. moglibyśmy przyjąć rabaty odpowiednio na poziomie 35zł/t dla w- wy wyrównawczej i wiążącej oraz 26zł/t dla warstwy SMA. jednak mając na uwadze ryzyko wzrostu cen surowców, zdecydowaliśmy się na przyjęcie rabatu na niższym bezpieczniejszym poziomie.”.

Wykonawca odniósł się także do „Zaplecza sprzętowego i organizacyjnego”, „Sprzyjających warunków wykonania prac”, „Specyfikacji finansowej firmy”, „Zgodności oferty z dokumentacją techniczną i przetargową”. Złożył także „kalkulację kosztów wykonania prac dla pozycji 12,13,14 formularza cenowego wraz z przedstawieniem czynników mających wpływ na wysokość proponowanej ceny, tj. kosztów mieszanek mineralno-asfaltowych i emulsji, kosztów pracy pracowników i sprzętu, a także kosztów transportu. Wraz z kalkulacją przedstawiona jest wysokość wynagrodzenia pracowników z wykazem kluczowych elementów składających się na koszty pracy. (Załącznik nr 1 - Oferty dostawców, Załącznik nr 2 – Referencje, Załącznik nr 3 - Wykaz sprzętu oraz Załącznik nr 4 - Kalkulacja ceny ofertowej)”.

Zamawiający, pismem z dnia 13 czerwca 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował do Odwołującego „WEZWANIE do uzupełnienia złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”, wzywając tego wykonawcę do uzupełnienia złożonych w dniu 24 maja 2024 r. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający bowiem podniósł, że „złożone wyjaśnienia nie rozwiewają wszelkich wątpliwości czy zamówienie zostanie zrealizowane zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia i warunkami opisanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień dotyczących kosztów za 1m2 dla pozycji 2, 3, 9, 12, 13, 14, 20 z Formularza Cenowego. Celem Zamawiającego jest uzyskanie pełnego obrazu struktury cenowej, uwzględniając następujące elementy:

- > Koszty robocizny - prosimy o podanie kosztów pracy na 1m2, w tym wynagrodzenia pracowników, godzin pracy oraz ewentualnych dodatków.
- > Czas pracy sprzętu - prosimy o uwzględnienie czasu pracy sprzętu używanego do wykonania prac na 1m2 oraz związanych z tym kosztów, w tym amortyzacji, wynajmu oraz eksploatacji maszyn.
- > Koszty transportu - prosimy o wyszczególnienie kosztów transportu materiałów na miejsce budowy w przeliczeniu na 1m2. W tym koszty paliwa, wynajem pojazdów oraz opłaty drogowe.
- > Koszty materiałów - prosimy o dokładne wyszczególnienie materiałów używanych na 1 m2, wraz z podaniem jednostkowych cen zakupu oraz dostawy.

Dodatkowo prosimy o wyjaśnienie jaki jest przewidywany czas realizacji w dniach dla wyżej wymienionych pozycji. Ponadto, prosimy o wskazanie, jaki procent kosztów ogólnych został uwzględniony w każdej z powyższych pozycji.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 19 czerwca 2024 r., przedstawił „wyjaśnienia kosztów za 1m2 dla pozycji 2, 3, 9, 12, 13,14, 20 Formularza Cenowego, celem przedstawienia pełnego obrazu struktury cenowej:

1. Dla pozycji 12, 13, 14 Formularza Cenowego, związanych z wykonaniem warstw bitumicznych, (...) Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, załączona kalkulacja uwzględnia dla każdej z pozycji osobno:

- koszt robocizny na 1m2,
- koszt pracy sprzętu na 1m2,
- koszty transportu na 1m2,
- koszty materiałów na 1m2.

Dla każdej z pozycji został przedstawiony procentowy udział Zysku i Kosztów Pośrednich. Informujemy ponadto, że zgodnie z przedstawioną kalkulacją kosztów czas realizacji dla wykonania robót bitumicznych, został założony w łącznej

ilości 19 dni, z podziałem dla poszczególnych warstw jak w załączonej kalkulacji.

2. Dla pozycji 2.3. 9. 20 Formularza Cenowego, związanych z wykonaniem robót rozbiórkowych oraz wykonaniem podbudowy pomocniczej z gruntu stabilizowanego cementem oraz podbudowy z kruszywa łamanego, (...)

- kosztów robocizny na 1m²,
- kosztów pracy sprzętu na 1m²,
- kosztów transportu na 1m²,
- kosztów materiałów na 1m².

Dla każdej z pozycji został przedstawiony również procentowy udział Zysku i Kosztów Pośrednich.

(...) zgodnie z przedstawioną kalkulacją kosztów, czas realizacji dla wykonania poszczególnych prac został założony w następującej ilości dni:

- poz. 2 Rozebranie nawierzchni (podbudowy) betonowej gr. do 20 cm, płyt typu Yomb oraz wywozem urobku na odległość do 20 km - 20dni,
- poz. 3 Rozebranie podbudowy kamiennej wraz wywozem urobku na odległość do 20 km - 20dni,
- poz. 9 Wykonanie podbudowy pomocniczej z gruntu stabilizowanego cementem (RM= 5 MPa) grubość warstwy po zagęszczeniu 15cm – 10 dni,
- poz. 20 Wykonanie podbudowy pod zjazdami oraz miejscami postojowymi z kruszywa łamanego 0/31,5 zagęszczonego mechanicznie gr. 20 cm - 3dni. (...)

Do postępowania przetargowego nie została dołączona dokumentacja projektowa, wg której Wykonawca byłby w stanie określić, gdzie będą wykonywane prace związane z przeprowadzeniem robót rozbiórkowych oraz prace związane z wykonaniem podbudów. Mając na uwadze, że ilości przedmiarowe dla pozycji 2, 3, 9 wynoszą odpowiednio:

- poz. 2 Rozebranie nawierzchni (podbudowy) betonowej gr. do 20 cm, płyt typu Yomb oraz wywozem urobku na odległość do 20 km - 100m²,
- poz. 3 Rozebranie podbudowy kamiennej wraz wywozem urobku na odległość do 20 km - 100m²,
- poz. 9 Wykonanie podbudowy pomocniczej z gruntu stabilizowanego cementem (RM= 5 MPa) grubość warstwy po zagęszczeniu 15cm - 500m²,

to należy podkreślić, że ilości w tych pozycjach są znikome w odniesieniu do całkowitej powierzchni remontowej drogi wynoszącej 37 100m². Ponieważ pozycje te są w dziale dotyczącym nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych, Wykonawca może jedynie domniemywać, że Zamawiający przewidział, że dla części jezdni będzie konieczne wykonanie rozbiórek, a także wzmocnienie podłoża podbudową pomocniczą z gruntu stabilizowanego cementem. Jednak ze względu na brak dokumentacji projektowej, Wykonawca przy kalkulacji robót nie był w stanie przewidzieć jakie ilości robót będą dostępne do wykonania Wykonawcy. Wykonawca przy kalkulacji robót musiał uwzględnić ryzyko, że prace wynikające z poz. 2, 3, 9 Formularza Cenowego, będą wykonywane punktowo, w miejscach wskazywanych przez Zamawiającego na bieżąco w trakcie realizacji robót. W związku z powyższym do kalkulacji przyjęto dla prac rozbiórkowych dzienną działkę roboczą o powierzchni ok. 5m², a z kolei dla prac związanych z wykonaniem podbudowy pomocniczej z gruntu stabilizowanego cementem, dzienną działkę roboczą o powierzchni ok. 50m², co przekłada się na ok. 8m³ wbudowanej stabilizacji Rm=5,0Mpa dziennie. Są to założenia, które pozwolą Wykonawcy wykonać prace zgodnie z założonymi kosztami oraz planowanym zyskiem i pokryciem kosztów pośrednich.

W przypadku poz. 20 związanej z wykonaniem podbudowy pod zjazdami oraz miejscami postojowymi z kruszywa łamanego 0/31,5, Zamawiający również nie określił, ani lokalizacji oraz ilości zjazdów do wykonania. Ze względu na brak dokumentacji projektowej, Wykonawca przy kalkulacji robót nie był w stanie przewidzieć jakie ilości robót będą dostępne do wykonania Wykonawcy. W związku z powyższym do kalkulacji przyjęto dla prac związanych z wykonaniem podbudowy z kruszywa, dzienną działkę roboczą o powierzchni ok. 33m², co przekłada się na ok. 15ton wbudowanego kruszywa dziennie. Takie założenie, pozwoli Wykonawcy wykonać prace zgodnie z założonymi kosztami oraz planowanym zyskiem i pokryciem kosztów pośrednich.”.

Zamawiający, pismem z dnia 19 lipca 2024 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust 6 ustawy Pzp, podając że „Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 21.05.2024 r., dotyczące wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożył wymagane wyjaśnienia. Nie rozwiąły one wszystkich wątpliwości Zamawiającego, w związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 13.06.2024 r. wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień rozszerzając zakres pytań. W wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie sprostął wymogowi udowodnienia braku rażąco niskiej ceny m.in. dotyczących kosztów transportu 1,81 PLN za 1m², a także kosztów pracy sprzętu i robocizny 1,47 PLN za 1m². Oznacza to, że koszty jednostkowych prac bitumicznych, czyli prac podstawowych takich jak koszty prac transportu, sprzętu oraz robocizny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto Wykonawca zaoferował "rażąco WYSOKIE" ceny w dwóch innych pozycjach (rozebranie podbudowy betonowej i kamiennej odpowiednio - cena 565,50 PLN i 539,36 PLN). Zaniżenie

najbardziej cenotwórczych pozycji powoduje, że co do zasady oferta staje się "rażąco niska" tj. na tyle niska, że gdyby wykonawca realizował zamówienie przy założeniu hipotetycznym, że nie będzie odstępstw od ilości określonych robót to zamówienie to było ekonomicznie nieopłacalne dla niego. Jednakże Wykonawca w ocenie Zamawiającego celowo podał zawyżone wartości na dwóch innych pozycjach. Są to pozycje, które w przypadku zwielokrotnienia tych robót budowlanych da Wykonawcy zdecydowane "zrekompensowanie" ceny rażąco niskiej i da zdecydowanie duży zysk. Zakład Remontowo Drogowy w odróżnieniu od innych wykonawców składających oferty zna doskonale ulicę Strykowską, bowiem droga ta jest w utrzymaniu tego Wykonawcy. Ma On zatem wiedzę, jaki jest "faktyczny stan nawierzchni" i czy przewidziane przez Zamawiającego ilości robót budowlanych są racjonalne, a być może niektóre roboty będą "zwielokrotnione". Taki stan rzeczy w ocenie Zamawiającego może występować właśnie przy pozycjach "rażąco wysokich". Zakład Remontowo Drogowy jest zatem na pozycji niejako uprzywilejowanej bowiem na etapie "łatania dziur" mogli robić odkrytki czy badania laboratoryjne i ocenić faktyczny stan nawierzchni. Ta wiedza pozwala Wykonawcy na takie zastosowanie „inżynierii cenowej”, aby nawet to co "zanizzone" zrekompensowało się przy innej części robót budowlanych i dało odpowiedni zysk. Prawdopodobieństwo zwielokrotnienia tych pozycji dotyczących rozebrania podbudowy jest bardzo wysokie, a tym samym Wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o udzielenie "zamówień dodatkowych na roboty budowlane". Wartość tych robót dodatkowych będzie ustalana na podstawie tych wycenionych rażąco wysokich stawek. Taka manipulacja ceną (zanizanie pewnych pozycji i zawyżanie innych, gdzie wkalkulowany jest zysk) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tożsame stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16 i KIO 1844/14. Przytaczając więc, w części treść wyroku KIO z 14 stycznia 2015 r. (KIO 2734/14): „ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystać niedoszacowanie zamawiającego ilości robót, jakie będą wyższej cenie, aniżeli odpowiadająca regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. (...) takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie, stanowi wyzyskanie możliwości zaoferowania cen m jednostkowych oderwanych od rzeczywistości z zamiarem wykonania zamówienia w tak drogo wycenionej części w zakresie wyższym, niż zakładany przez zamawiającego w jego szacunku, a tym samym nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców” Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy uznając, iż jest ona rażąco niska stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć przy tym charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa więc na wykonawcy. Podkreślić także należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiąże się z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny oraz oblige go do złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp a więc odrzucenie oferty tego wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, a więc wykonawcy, który co prawda udzielił wyjaśnień jednak w ocenie Zamawiającego „złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Zamawiający dokonał bowiem ich oceny i uznał, że nie są one przekonujące ani też, że nie są poparte dowodami, wobec czego podjął decyzję o odrzuceniu oferty tego wykonawcy (Odwołującego).

W niniejszym postępowaniu Wykonawcy zobowiązani byli złożyć Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do oferty wraz załącznikiem nr 2.1. do SWZ(Formularz cenowy), w którym zobowiązani byli wskazać m.in. ceny netto wyspecyfikowanych w nim pozycji. Co istotne Zamawiający wskazał także, że „Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót” (§ 8 ust. 1 projektu umowy). Oznacza to więc, że wyspecyfikowane w formularzu i wycenione przez wykonawcę pozycje stanowić miały podstawę późniejszych rozliczeń. Tym samym należy im przypisać istotny charakter. Stanowią bowiem istotną część składową wynagrodzenia przysługującego wykonawcy.

Zamawiający, co jest bezsporne, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Obydwa wezwania

podyktowane były obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale także – na co wskazał Zamawiający w treści wezwań – także wątpliwościami jakie powziął. Dotyczyły one bowiem ściśle wskazanych pozycji podanych w Formularzu cenowym, a które z kolei stanowiły podstawę późniejszych rozliczeń z wykonawcą. Wprost więc wskazywały jakie kwestie mają być wyjaśnione. Wezwania dotyczyły poszczególnych pozycji i ich „części – kosztów składających się na te pozycje”. Każdy składnik rzutuje bowiem na realność wykonania umowy i skalkulowanie tego właśnie elementu. Tak więc o cenie rażąco niskiej może zdecydować chociażby jeden z elementów oferty i w tym przypadku tak też jest. Wynagrodzenie wykonawcy jest bowiem wynagrodzeniem kosztorysowym a więc znaczenie ma każda cena jednostkowa, gdyż wynagrodzenie należne wykonawcy stanowi – jak słusznie wskazał Przystępujący - konsekwencję iloczynu wykonanych prac oraz danej stawki jednostkowej. Wobec tego każda z cen jednostkowych powinna być obliczona w sposób realny i rynkowy a tym samym powinna pokrywać wszystkie koszty związane z tym zamówieniem.

Tymczasem – jak wykazał Zamawiający – okoliczności tych, a więc tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska Odwołujący nie wykazał. W szczególności nie wykazał, że ceny jakie zostały przez niego zaoferowane w pozycjach 12, 13 i 14 nie są rażąco niskie. Ze złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów – jak podkreślił Zamawiający - nie wynika realność zaproponowanych cen za wykonanie 1 m² warstwy bitumicznej, w tym w zakresie „dotyczącym kosztów transportu 1,81 PLN za 1m², a także kosztów pracy sprzętu i robocizny 1,47 PLN za 1m²”. Wątpliwości budzi już sam koszt transportu masy bitumicznej, który uzależniony jest – jak podał Przystępujący – „od rodzaju przewożonego materiału, odległości, kosztów obsługi, kosztów zakupu, kosztów ubezpieczeń materiału, kosztów kierowców, kosztów załadunku i rozładunku itp.”. Te wszystkie elementy (co jest bezsporne) wpływają na sposób ukształtowania ceny ofertowej tytułem transportu materiałów.

Taką wątpliwą kwestią, jak wynika ze stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, była odległość od miejsca wyrobu masy asfaltowych czy też miejsca jej gromadzenia do ul. Strykowskiej w Łodzi. Odległość tę Zamawiający ustalił na „około 103 km”, podczas gdy Odwołujący podnosił, że jest ona inna, mimo iż z korespondencji z Masfalt Sp. z o.o. z dnia 4 marca 2024 r. wynikało, że wykonawcy przyznano rabat we wskazanej w e-mailu wysokości. Co więcej z e-maila tego wynika adres firmy, tj. Pruszków. Wobec tego twierdzenia Odwołującego o błędnym ustaleniu odległości transportu masy bitumicznej przez Zamawiającego a tym samym jego kosztów, wobec braku wskazania przez wykonawcę rzeczywistej odległości, nie zasługują na uwzględnienie. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła także wyjątkowo niska cena masy bitumicznej. Wykonawca ten bowiem w czerwcu br. dla inwestycji analogicznej do obecnej zaoferował inne – wyższe ceny za masy bitumiczne. Ceny te – jak wskazał i wykazał Zamawiający – dla pozycji 12, 13 i 14 kształtowały się następująco: 95,80 zł, 84,53 zł i 67,29 zł (w postępowaniu na remont ul. Brzezińskiej), podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu były one następujące: 22,50 zł, 59,15 zł i 52,02 zł. Zarówno ze złożonych wyjaśnień, jak i załączonych do nich dowodów nie wynika możliwość uzyskania tak niskich cen dla tych pozycji. Przeciwnie wskazuje na kalkulację realizacji tego zamówienia na granicy opłacalności. Odwołujący nie wykazał bowiem m.in. wszystkich kosztów pracy na co wskazał już Zamawiający (przystępujący dodatkowo podał, iż brak nie tylko kosztów dostarczenia ale i wyłożenia masy bitumicznej) a co przy tak niskich cenach, poddaje w wątpliwość realność przygotowanej wyceny.

Z kolei ceny za rozebranie dotychczasowej nawierzchni w tym postępowaniu Odwołujący skalkulował w wysokości 591,40 zł i 567,12 zł (dla pozycji rozebranie podbudowy betonowej i kamiennej), natomiast w postępowaniu na remont ul. Brzezińskiej w Łodzi, do której cen Zamawiający się odnosił, wynosiły zaledwie 9,20 zł, 10,07 zł i 21,48 zł. Ceny odnoszące się do tych elementów – jak podkreślał Zamawiający - są na „rażąco wysokim poziomie”.

Zamawiający zestawiał ceny kwestionowanych pozycji nie tylko z przygotowanym kosztorysem inwestorskim, ale także cenami robót, w tym robót odpowiadających tym pozycjom oraz ich wartością czy też wysokością zaoferowaną w innych postępowaniach przeprowadzonych przez tego Zamawiającego i inne jednostki Miasta Łódź. Z powyższego wynika, że ceny dla dokładnie takich samych pozycji (12, 13 i 14) różniły się odpowiednio o 76,50%, 30,02% i 22,69 od wartości zaoferowanych w tym postępowaniu. Stąd też wezwania do złożenia wyjaśnień i następnie dokonana ocena, która powstałych wątpliwości nie rozwiązała. Nie uczyniły tego także złożone dowody. Różnice w kosztach tych pozycji są bardzo wysokie a Odwołujący prawidłowości ich wyceny nie wykazał.

Co więcej Zamawiający wskazał na powtarzalność zachowań Odwołującego, który wówczas gdy „z uwagi na zasady wyceny robót dodatkowych nie może skorzystać z cen wskazanych w formularzu cenowym albo ma świadomość, że nie będzie mogło „wymuszać zamówień na roboty dodatkowe na Zamawiającym, tam ceny, np. mas bitumicznych odpowiadają wartości rynkowej a ceny poszczególnych innych pozycji nie są ustalane na „rażąco wysokim” poziomie. Natomiast w tych postępowaniach, gdzie ZRD ma przewagę nad Zamawiającym chociażby ze względu na znajomość stanu nawierzchni lub z uwagi na postanowienia umowne dotyczące robót dodatkowych, tam widoczna jest manipulacja cenowa i zaniżanie pewnych pozycji kosztem zawyżania drugich.”. Na dowód czego Zamawiający złożył kosztorysy z przedmiotowego postępowania, jak i innych postępowań prowadzonych przez tego Zamawiającego, jak również wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt X GC 828/18. Odwołujący wystąpił

bowiem z roszczeniem przeciwko Zamawiającemu o dodatkową zapłatę, wskazując że pozycja „rozebranie podbudowy jezdni i zjazdów” musi zostać zwielokrotniona. Wówczas również wykonawca ten skalkulował ofertę „na granicy opłacalności”, w konsekwencji czego Zamawiający poniósł dodatkowe i wysokie koszty.

Zamawiający, co jest niewątpliwe, ma prawo badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia a przedmiotem jego badania może być zarówno całkowita cena oferty, jak i jej istotne części składowe. To przecież badanie Zamawiającego i ustalenie czy poszczególne elementy ceny składające się na przedmiot zamówienia zostały wycenione na poziomie rynkowym daje podstawę do stwierdzenia jej realności. W tym przypadku – jak wykazał Zamawiający – określone pozycje zostały niedoszacowane. Wobec czego niedoszacowana jest cała cena. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący zaniżył najbardziej cenotwórcze pozycje, których prawidłowej kalkulacji mimo wezwania Zamawiającego Odwołujący nie wykazał. Oznacza to, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp stanowi bowiem, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*. Przepis ten dotyczy sytuacji, w których oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,”*.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, nie wyjaśnił prawidłowości skalkulowania ceny swej oferty w zakresie kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Doszło bowiem do zaniżenia przez Odwołującego „pewnych pozycji i zawyżeniu innych, gdzie wkalkulowany jest zysk”. Jak bowiem wskazał Zamawiający niedoszacowanie ceny w jednych pozycjach miałoby być pokryte z zysków uzyskanych z innych pozycji (poz. 2 i 3), w odniesieniu do których to pozycji (robót) doszłoby do zwielokrotnienia robót tego samego rodzaju. Tego typu nieuczciwa praktyka Odwołującego w odniesieniu do robót realizowanych na rzecz jednostek Miasta Łódź miała już miejsce, w konsekwencji czego Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz Odwołującego zwielokrotnionych kwot za wykonanie robót dodatkowych.

W tym stanie faktycznym sytuacja tak również ma miejsce. Odwołujący się wykonawca ustalił bowiem ceny jednostkowe w odniesieniu do kilku pozycji w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych. Zaniżył bowiem ceny dotyczące wykonania nawierzchni bitumicznej (poz. 12, 13 i 14) i zawyżył pozycje dotyczące rozebrania nawierzchni betonowej (poz. 2 i 3) i w tym drugim przypadku – jak wskazał Zamawiający - w sytuacji zwielokrotnienia robót tego samego rodzaju stosowane są stawki wynikające z formularza oferty, nazwanego w umowie „kosztorysem szczegółowym”. Podstawą ich wykonania i zakwalifikowania jako tzw. robót dodatkowych są tzw. protokoły konieczności. Przykładem takiego działania wykonawcy – jak dalej wskazał – jest inwestycja pod nazwą „Przebudowa ul. grota Roweckiego na odcinku od ul. Tatrzańskiej do ul. Przybyszewskiego”, gdzie w kosztorysie pozycje dotyczące „rozebrania podbudowy jezdni i zjazdów” zostały wycenione na „niepozorną na pierwszy rzut oka” jednostkową kwotę 500,00 zł. Wartość łączna tych robót została wyceniona na kwotę 62 650,00 zł. Natomiast Zamawiający na skutek jej zwielokrotnienia zapłacił Odwołującemu kwotę 979 171,06 zł, z roszczeniem o którą to kwotę wystąpił Odwołujący bezpośrednio po podpisaniu umowy. Na dowód nieuczciwej praktyki Odwołującego Zamawiający przywołał także inne inwestycje realizowane na rzecz Miasta Łódź, w których jak wykazał dochodziło do tego typu praktyk.

Oznacza to więc, że wykonawca (Odwołujący) zastosował tzw. inżynierię cenową, manipulując cenami jednostkowymi i w tym stanie faktycznym jego zachowanie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaoferował bowiem robotę w kwestionowanych pozycjach cenowych na granicy opłacalności, windując ceny w innych pozycjach, które będą stanowiły podstawę płatności za roboty dodatkowe, powodując możliwość zwielokrotnienia ceny za ich wykonanie. Manipulacja cenowa polega bowiem na zaniżeniu pewnych pozycji kosztem zawyżania drugih.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego zarzut naruszenia art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu, gdyż ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 252 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia”*.

Oznacza to, że przepisy ustawy Pzp przewidują wprost po stronie Zamawiającego obowiązek dokonania wyboru oferty

najkorzystniejszej przed upływem terminu związania ofertą. W tym też terminie (terminie związania ofertą) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Co więcej Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania ofert, prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego, konsekwencją czego jest prawidłowe działanie Zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....