

Sygn. akt: KIO 2701/24

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M.K. Stanica, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów, w którym przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia - uczestnik:

J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. Bytom

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego oraz uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:.....

UZASADNIENIE

Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów (ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom) (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy w podziale na części - II" Postępowanie nr Z194/60081 Znak sprawy: DNP.260.25.2024.PN.U; Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 123/S 378687-2024 w dniu 26 czerwca 2024 r. (dalej: Postępowanie). Warunki, zasady prowadzenia Postępowania oraz przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ)

W dniu 29 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M.K. Stanica (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (dalej: Odwołujący lub Dromar).

W dniu 1 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. Bytom (ul. Wł. Łokietka 4 41-933 Bytom) (dalej: Przystępujący lub ZUKTZJW), którego oferta została wybrana i oceniona jako najkorzystniejsza. Izba, wobec stwierdzenia spełnienia przesłanek określonych art. 525 Ustawy, uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Zamawiający 9 sierpnia 2024 r. uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Przystępujący skutecznie w ocenie Izby zgłosił w terminie sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania w całości wnosząc o jego oddalenie.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego :

- zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę ZUKTZJW, w części 1 i 2 Postępowania, jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. DU. z 2022 r. poz. 1233) (dalej UZNK),

- zaniechania wezwania ZUKTZJW do wyjaśnień istotnej części składowej ceny oferty, pomimo że istotne części składowe tej ceny (tj. cena za opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia, w szczególności zaoferowane w opcji ceny jednostkowe) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to musiały budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie opcjonalnym zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za wskazane w pozycjach odnoszących się do opcji ceny (zarzut ewentualny).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ZUKTZJW, w części 1 i 2 Postępowania, jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2)jako zarzut ewentualny: art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania ZUKTZJW do wyjaśnień istotnej części składowej ceny, pomimo że istotne części składowe tej ceny (tj. cena za opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia, w szczególności zaoferowane w opcji ceny jednostkowe) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to musiały budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie opcjonalnym zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za wskazane za wskazane w pozycjach odnoszących się do opcji ceny.

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych z dnia 18 lipca 2024 r. w obu częściach Postępowania,

2)powtórzenia badania i oceny ofert w obu częściach Postępowania,

3)odrzućcia w obu częściach Postępowania ofert złożonych przez ZUKTZJW, ewentualnie wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

4)ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentacji Postępowania, w szczególności SWZ oraz ofert, uzasadniał stanowisko opracowanym przez siebie zestawieniem wybranych pozycji kosztorysów cenowych wykonawców Przystępującego i Odwołującego oraz określonych przez Zamawiającego w szacunku wartości zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność złożenia sprzeciwu przez Przystępującego wobec uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był sporny.

Odwołanie opierało się na założeniu, że:

- 1.charakter zamówienia, w którym opcja obejmuje tożsamego rodzaju usługi jednostkowe, co w zamówieniu podstawowym (różniąc się jedynie ilością), w świetle SWZ oraz sposobu oszacowania zamówienia przez Zamawiającego, nie pozwala na uzasadnienie różnicowania cen jednostkowych w poszczególnych, odpowiadających sobie, pozycjach w zamówieniu podstawowym i opcjonalnym, co było powodem dla przyjęcia przez Odwołującego dla podstawy wyceny swojej oferty cen jednostkowych w zamówieniu opcjonalnym takich samych jak w zamówieniu podstawowym; Odwołujący podkreślał, że brak jest „racjonalnych podstaw by realizacja identycznych czynności, do których niezbędne jest skorzystanie z tych samych zasobów osobowo - sprzętowych kosztowała zasadniczo odmiennie”.
- 2.Różnice w cenach jednostkowych pomiędzy takimi samymi pozycjami dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego wynikały „z nieuzasadnionej i nieuprawnionej manipulacji cenami jednostkowymi: w niektórych pozycjach formularza dla zamówienia podstawowego ZUKTZJW podawał ceny jednostkowe znacznie powyżej cen rynkowych, a z kolei niektóre ceny jednostkowe dla zamówienia opcjonalnego wycenił na tak niskim poziomie, że niewątpliwie są one rażąco niskie. Przy czym mowa tu o różnicach pomiędzy zaoferowanymi przez ZUKTZJW cenami jednostkowymi za dokładnie te same czynności w zamówieniu podstawowym i zamówieniu opcjonalnym na poziomie kilkuset procent (!).” cena za zamówienie podstawowe Odwołującego jest niższa niż Przystępującego co narusza interes Zamawiającego i Odwołującego

Przystępujący stał na stanowisku, że:

- 1.treść SWZ nie stanowi uzasadnienia dla przyjęcia założenia Odwołującego o nieprawidłowości kalkulacji

Przystępującego;

- 2.ceny jednostkowe Przystępującego i ich różnicowanie oparte są na przyjętej i uzasadnionej SWZ metodologii kalkulacji ceny ofertowej i pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia; a ceny jednostkowe oparte były na metodzie kosztów krańcowych w odniesieniu do zamówienia opcjonalnego, co powoduje uwzględnienie w nich jedynie tzw kosztów zmiennych podczas gdy kalkulacja ceny podstawowej uwzględnia zarówno koszty zmienna jak i stałe, co uzasadnia przedmiot zamówienia i charakter zamówienia opcjonalnego samymi usługami zakresu podstawowego o ile Zamawiający podejmie decyzję, co zlecenia dodatkowych usług w ramach zakresu podstawowego;
- 3.SWZ nie narzucał sposobu ani metodologii kalkulacji cen jednostkowych w określony sposób, co pozwalało na przyjęcie obu metod (co potwierdzał również Zamawiający)
- 4.dopuszczalne w świetle SWZ jest przyjęcie różnych metod kalkulacji ceny (co potwierdzał również Zamawiający)
- 5.Odwołujący nie wykazał twierdzeń, na których oparte są zarzuty.

Dla uzasadnienia twierdzeń strony i uczestnik powoływali się na dokumenty postępowania.

Odwołujący przywoływał sporządzone przez siebie zestawienia odpowiadających sobie wybranych cen jednostkowych w formularzy cenowych Przystępującego i Odwołującego oraz szacunkowych wartości zamówienia Zamawiającego. Odwołujący przywołał dowody w piśmie z 20 sierpnia 2024 r. z innych postępowań, gdzie nie stosowano opcji (Izba uznała je za irrelevantne dla rozstrzygnięcia sporu, jako wskazujące, że w różnych postępowaniach stosowane są różne stawki) . Przystępujący przedłożył:

•Dowód nr 5: porównanie wartości ofert przetargowych złożonych w Postępowaniu z podziałem na zakres podstawowy i opcjonalny - w celu wykazania faktu, że analizując ustalenia wartości zamówienia dokonane przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia oraz ofertę Przystępującego, a także ofertę Odwołującego można w sposób obiektywny, wyliczalny w pieniądzu dojść do wniosku, że ustalenia dokonane przez Zamawiającego oraz Przystępującego prezentują opcję, której wartość jest niższa od wartości zamówienia podstawowego, tylko Odwołujący DROMAR przedstawił odmienną ofertę, w której opcja nie jest w dobrej cenie, ponieważ jej wartość jest wyższa od ofertowanego zamówienia podstawowego i zakup tej opcji spowoduje, że Zamawiający będzie zmuszony nabyć kolejne usługi w wyższej cenie, (Izba pominęła dowód jako irrelevantny dla rozstrzygnięcia sporu)

•Dowód nr 6: wykaz podziału kosztów stałych i zmiennych klasyfikowanych u Przystępującego - w celu wykazania faktu jak wiele kosztów stałych musi być pokrytych niezależnie od tego jaką ilości zleconych usług, koszty te wymuszone są charakterem prowadzonej działalności oraz opisem przedmiotu zamówienia, Izba dopuściła dowód, ustaliła, że część kosztów zamówienia zawsze jest ponoszona niezależnie od tego czy realizowane jest wyłącznie zamówienia podstawowe, czy też dodatkowo równoległe usługi zamówienia opcjonalnego, co uzasadnia przyjęcie metody kosztów krańcowych dla zamówienia opcjonalnego;

•Dowód nr 7: oferta i korespondencja związana z ogłoszeniem o zamówieniu pn. „Oczyszczanie nawierzchni ulic podczas Świąta Bytomia w 2024 roku” - w celu wykazania faktu rzeczywistego zapotrzebowania, którego nie można przewidzieć w zamówieniu podstawowym, a którego niski koszt realizacji jest zagwarantowany w przypadku zamówienia z opcją, (Izba pominęła dowód jako irrelevantny dla rozstrzygnięcia sporu)

•Dowód nr 8: oferta i korespondencja związana z koniecznością utrzymania czystości w ramach Jarmarku Świątecznego organizowanego w okresie od 01.12.2023 do 08.01.2024 - w celu wykazania faktu rzeczywistego zapotrzebowania, którego nie można przewidzieć w zamówieniu podstawowym, a którego niski koszt realizacji jest zagwarantowany w przypadku zamówienia z opcją, (Izba pominęła dowód jako irrelevantny dla rozstrzygnięcia sporu)

•Dowód nr 9: odpowiedź na odwołanie Zamawiającego ze sprawy KIO 1357/24, tj. sprawy, która dotyczyła zapisów SWZ w postępowaniu DNP.260.10.2024.PN.U - z którego to pisma wynika, że sam Zamawiający deklarował, że w cenie oferty poza kosztami rzeczywistego wykonywania określonych w SWZ zadań Wykonawca może skalkulować również koszty stałego utrzymania sprzętu i pracowników w gotowości do świadczenia zamawianych usług, (Izba dopuściła dowód jako potwierdzający dodatkowo, ponad wyjaśnienia Zamawiającego z rozprawy, brak wymagania przez Zamawiającego stosowanie jednej określonej metody określania cen ofertowych);

•Dowód nr 10: pismo procesowe Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2024 roku ze sprawy KIO 2554/24 - w celu wykazania faktu, że Zamawiający uznaje politykę cenową zastosowaną przez Przystępującego (polegającą na różnicowaniu kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym i opcjonalnym) za powszechnie stosowaną strategię cenową, (Izba dopuściła dowód jako potwierdzający dodatkowo, ponad wyjaśnienia Zamawiającego z rozprawy, brak wymagania przez Zamawiającego stosowanie jednej określonej metody określania cen ofertowych);

•Dowód nr 11 i 12: zestawienie cen oferowanych przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu oraz w unieważnionym postępowaniu DNP.260.10.2024.PN.U - w celu wykazania faktu, że sam Odwołujący stosuje manipulację cenową w ten sposób, że w sposób rażący zmienia ceny w dwóch ofertach na ten sam zakres zamówienia składanych w odległości czasowej zaledwie miesiąca od siebie. (Izba pominęła dowód jako irrelevantny dla rozstrzygnięcia sporu).

Izba w oparciu o SWZ ustaliła następujące bezsporne okoliczności.

1. Przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1 i 2 SWZ letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej na okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w podziale na części z możliwością zastosowania opcji. Przedmiot zamówienia podzielony jest na dwie części: Część 1: Rejon A czyli Miechowice, Karb, Część 2: Rejon B czyli Stroszek, Sucha Góra, Stolarzowice, Górniki;
 2. Zgodnie z pkt 3 Rozdziału IV SWZ, „Kompleks części objętych zamówieniem w każdej części dla zakresu podstawowego oraz zakresu opcjonalnego stanowi wypełnienie obowiązków związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenach poza pasem drogowym w granicach administracyjnych miasta Bytomia, nałożonych na Zamawiającego zgodnie z art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1469);
 3. Opisane w SWZ warunki zamówienia, w tym zasady ustalania ceny, prawo opcji i projektowane postanowienia umowy są takie same dla obu części postępowania. Części różnią się od siebie obszarem (rejonem) oraz, co za tym idzie, wielkością obmiaru -kolumny „Obmiar” i w formularzach ofertowych) dla poszczególnych pozycji (kolumna „Wyszczególnienie robót” w formularzach ofertowych);
 4. W zał. nr 1 do SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ)”, wspólnym dla obu części zamówienia, Zamawiający opisał standardy realizacji zamówienia. Zamówienie w ramach prawa opcji ma zostać zrealizowane w takim samym standardzie, co zamówienie podstawowe (np. pkt I.2 i II.2 SOPZ, str. 5);
 5. Zgodnie z pkt 15-23 Rozdziału IV SWZ: „15. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w zakresie letniego i zimowego utrzymania czystości i konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej w każdym zadaniu. Zamawiający przewiduje, że korzystanie z opcji będzie polegało na zwiększeniu ilości prac związanych z utrzymaniem czystości i konserwacji zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej, w stosunku do zamówienia podstawowego. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy. Realizacja prac w ramach prawa opcji może być zlecona w trakcie trwania umowy w całości lub w części, równoległe do realizacji zakresu podstawowego. Zlecenie realizacji prac w ramach zakresu opcjonalnego może nastąpić po spełnieniu łącznie następujących przesłanek: uzyskania przez Zamawiającego środków finansowych, które może przeznaczyć na realizację prawa opcji, po zleceniu lub wykorzystaniu zgodnie z harmonogramem 50% wartości prac danej pozycji formularza cenowego albo zapotrzebowania Zamawiającego, w którymkolwiek z następujących przypadków: powstania nowego obiektu, oddania nowej inwestycji, przejęcia terenu wydzierżawionego, zwiększenia terenów, które wchodzi w skład zasobów Gminy, nakazu wydanego przez uprawnione organy, warunków atmosferycznych, zdarzeń losowych, wydarzeń sportowych i kulturalnych. Maksymalna wartość opcji została określona w par. 7 ust.1 pkt. 2 Umowy. Zakres opcji został określony w Załącznikach 1.1-1.2 do SWZ Szacunkowe ilości części 1-2.
 6. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 i 2 projektowanych postanowień umowy (zał. Nr 2 do SWZ): „1. Łączne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie zakresu podstawowego i opcjonalnego
 7. przedmiotu niniejszej umowy nie może przekroczyć kwoty _____ zł (słownie: _____) brutto, _____ zł netto oraz VAT 8% - zgodnie z ofertą, która stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy, w tym: Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy za zakres podstawowy zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 1 umowy, nie może przekroczyć kwoty _____ zł (słownie: _____) brutto, w tym _____ zł netto oraz VAT 8% - zgodnie z ofertą, która stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji, Wykonawca poza wynagrodzeniem określonym w ust. 1 pkt.1) powyżej nie może przekroczyć kwoty _____ zł (słownie: _____) brutto, w tym _____ zł netto oraz VAT 8% określonej w ofercie, która stanowi załącznik nr 1 do niniejszej umowy.”
 8. Zgodnie z § 7 ust. 3 projektowanych postanowień umowy: „Wynagrodzenie za wykonane prace w zakresie podstawowym zamówienia oraz w zakresie opcjonalnym zamówienia (w przypadku uruchomienia opcji w całości lub części przez Zamawiającego) objęte umową przysługuje za faktycznie wykonany zakres prac odebrany bez zastrzeżeń, którą stanowi iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym oraz formularzu cenowym Wykonawcy powiększonych o należny podatek VAT i faktycznej ilości (obmiaru) i krotności wykonanych prac.”
 9. Zgodnie z zał. 3a do SWZ „Formularz ofertowy”, „Cena ofertowa brutto jest pozycją wynikającą z komórki W127 z Załącznik nr 3.1 Formularz cenowy Rejon A z Załącznik nr 3.2 Formularz cenowy Rejon B” (uwaga pierwsza na pierwszej stronie zał. 3a do SWZ).
- Dalej Izba w oparciu o dokumenty postępowania ustaliła bezsporne okoliczności.
10. Zamawiający oszacował wartość zamówienia, przy jednakowych cenach jednostkowych: w części pierwszej na kwotę 729 005,43 zł dla zamówienia podstawowego i 570 948,14 zł dla zamówienia opcjonalnego, w części drugiej na kwotę 727 425,46 dla zamówienia podstawowego i 648 423,00 zł dla zamówienia opcjonalnego; różnica w oszacowaniu wynikała z mniejszej ilości prognozowanych usług w ramach zamówienia opcjonalnego w stosunku do zamówienia podstawowego w danej części;
 11. Odwołujący złożył ofertę, której formularze ofertowe dla części podstawowej i opcjonalnej zawierają takie same ceny

jednostkowe dla odpowiadających sobie pozycji formularzy podstawowego i opcjonalnego, stąd różnica ceny części podstawowej i opcjonalnej wynika wyłącznie z różnicy założonych ilości usług danej pozycji kosztorysowej w zamówieniu podstawowym w stosunku do zamówienia opcjonalnego;

12. Przystępujący złożył ofertę, której formularze ofertowe dla części podstawowej i opcjonalnej zawierają różne ceny jednostkowe dla odpowiadających sobie pozycji formularzy podstawowego i opcjonalnego, co do zasady ceny jednostkowe zamówienia opcjonalnego są niższe od cen jednostkowych zamówienia podstawowego, tąd różnica ceny części podstawowej i opcjonalnej wynika z różnicy założonych ilości usług danej pozycji kosztorysowej w zamówieniu podstawowym w stosunku do zamówienia opcjonalnego oraz różnic w cenach jednostkowych;
13. Odwołujący dla części pierwszej zaoferował: Cena ofertowa brutto: 1 921 446,84 zł, w tym: 922 261,19 zł - zakres podstawowy 999 185,65 zł - zakres opcjonalny;
14. Przystępujący dla części pierwszej zaoferował: Cena ofertowa brutto: 1 286 789,65 zł, w tym: 931 987,64 zł - zakres podstawowy 354 802,01 zł – zakres opcjonalny;
15. Odwołujący dla części drugiej zaoferował: Cena ofertowa brutto: 2 016 744,37 zł, w tym: 934 855,12 zł - zakres podstawowy 1 081 889,25 zł - zakres opcjonalny;
16. Przystępujący dla części drugiej zaoferował: Cena ofertowa brutto: 1 354 988,44 zł, w tym: 944 144,74 zł - zakres podstawowy 410 843,70 zł - zakres opcjonalny;
17. Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części pierwszej: podstawowego na poziomie: 729 005,43 zł, zamówienia opcjonalnego na poziomie: 570 948,14 zł, łącznie: 1 299 953,57 zł;
18. Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części drugiej: podstawowej na poziomie 727 425,46 zł, opcjonalnej na poziomie 648 423,00 zł, łącznie 1 375 848,46 zł;
19. Szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego dokonywane było w oparciu o dotychczasowe wiążące go stawki za lata poprzednie, tj. stawki dotyczące wyłącznie zamówienia podstawowego (które zastosował obecnie zarówno przy szacunku zamówienia podstawowego jak i opcjonalnego) wobec tego, że w latach ubiegłych zamówienia Zamawiającego nie przewidywały zamówień opcjonalnych (co Izba ustaliła biorąc pod uwagę dodatkowo wyjaśnienia Zamawiającego potwierdzone przez pozostałe strony i uczestnika);

Dalej Izba ustaliła również, w oparciu o oświadczenia stron i uczestnika a także dokumentację postępowania i dowody złożone przez Przystępującego oraz dopuszczoną z urzędu jako dowód dokumentację postępowanie poprzedzającego Postępowanie tj. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy w podziale na części” Postępowanie nr Z183/60081 Znak sprawy: DNP.260.10.2024.PN.U, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 72/S 213561-2024 w dniu 11 czerwca 2024 r. (zwane: Innym Postępowaniem), że:

20. Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmujące części pierwszą i drugą Postępowania stanowiące uprzednio części czwartą i piątą Innego Postępowania, w którym to zakresie Inne Postępowanie unieważniono i wszczęto Postępowanie, w którym ponownie oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący o innych wartościach lecz skalkulowanych wedle tożsamyh metod;

Izba ustaliła dając wiarę stanowisku Przystępującego znajdującym oparcie w SWZ oraz formularzach cenowych, że:

20. „Przystępujący ukształtował swoje ceny na podstawie struktury kosztów, rozpatrując koszty z punktu widzenia ich rozłożenia w kształtowaniu ceny. W tym zakresie podstawowym rozróżnieniem jest wyodrębnienie kosztów stałych i zmiennych. Koszty stałe są kosztami działalności gospodarczej, związane są z posiadanymi zdolnościami produkcyjnymi oraz określoną organizacją przedsiębiorstwa wymaganą by wykonać zamówienie. Koszty te pozostają na niezmiennym poziomie w trakcie trwania realizacji kontraktu. Koszty te są niezależne od bieżących decyzji Zamawiającego i Wykonawcy. Są to takie koszty jak np. ubezpieczenia, zabezpieczenie należytego wykonania umowy, amortyzacja sprzętu, podatki, koszty ogólne działalności przedsiębiorstwa, koszty administracji, energia elektryczna dostarczana do oświetlenia placów, ogrzewanie, koszty dozoru i ochrony majątku, koszty nadzoru prac, konserwacje i remonty, zabezpieczenie warunków pracy bhp i tym podobne. Koszty stałe to koszty niezmiennie w trakcie realizacji umowy - ponoszone niezależnie od tego czy Zamawiający zleci realizację dodatkowych usług w ramach opcji, czy też nie. Koszty zmienne, w przeciwieństwie do kosztów stałych, zmieniają się wraz z przebiegiem umowy, ponieważ ich ponoszenie jest bezpośrednim rezultatem określonego poziomu działalności, która wynika z otrzymywanych od Zamawiającego zleceń. Jeżeli poziom danego rodzaju działalności wynosi zero, wówczas koszty zmienne związane z tego rodzaju działalnością również wynoszą zero. Podobnie jest jeżeli poziom danego rodzaju działalności, czy też prościej otrzymywanych zleceń rośnie (spada) wówczas rośnie (spada) poziom kosztów zmiennych tej działalności. Koszty te więc muszą być doliczane w zależności od ich występowania. Co istotne koszty zmienne są różne w różnych okresach i zależą one od decyzji Zamawiającego (ilości zleceń). W skład kosztów zmiennych wchodzi: materiały bezpośrednie, płace bezpośrednie, odpady itd., które wyliczane i dostarczane są na zamawianą sztukę w zależności od rzeczywistych kosztów, które generują dane działania. Przystępujący kształtując swoje ceny dokonał podziału kosztów na stałe i zmienne przypisując je do czynności, narzuconych obowiązków i czasu trwania umowy.

Wyliczona i zaoferowana wartość prac jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i narzuconych obowiązków umownych w okresie trwania umowy. Niezasadnym i nieuczciwym byłoby naliczanie kosztów stałych do prac objętych opcją, które to prace zgodnie z treścią SWZ zostały zdefiniowane jako zwiększenie ilości prac związanych z utrzymaniem czystości i utrzymaniem zieleni na terenach gminnych poza pasem drogowym oraz na terenach zieleni osiedlowej w stosunku do zamówienia podstawowego. Realizacja prac w ramach prawa opcji może być zlecona w trakcie trwania umowy w całości lub w części, równoległe do realizacji zakresu podstawowego. Zamówienie podstawowe jest powiązane z opcją co powoduje, że zasadnym

jest naliczenie kosztów stałych do zamówienia podstawowego i niedoliczanie ich do opcji, ponieważ wówczas podwajano by nakład tych kosztów. Co ważne, niniejsze zamówienie jest realizowane w tzw. systemie amerykańskim, który pozwala na to, aby Zamawiający korzystał z opcji w dowolnym momencie w trakcie trwania umowy w całości, w części i równoległe. Taka formuła powoduje, że koszty stałe nie pojawiają nam się w przyszłości, np. po zakończeniu kontraktu podstawowego, bowiem zakres opcjonalny nie polega na przedłużeniu trwania umowy ponad zakres podstawowy. Zamówienie zarówno w zakresie opcjonalnym, jak i podstawowym przewidziane jest na 12 miesięcy i na tyle miesięcy Wykonawca oszacował pokrywanie kosztów stałych. W załączeniu Przystępujący przedkłada zestawienie, z którego wynika podział kosztów stałych i zmiennych występujących na niniejszym kontrakcie. Z tego zestawienia wynika jednoznacznie jak wiele kosztów stałych musi być pokrytych niezależnie od tego jaką ilości zleconych usług. Koszty te wymuszone są charakterem prowadzonej działalności oraz opisem przedmiotu zamówienia." Dowód nr 6: wykaz podziału kosztów stałych i zmiennych klasyfikowanych u Przystępującego

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że bezspornym w sprawie jest to, że udzielenie zamówienia opcjonalnego jest warunkowe, jeżeli nie dojdzie do ziszczenia się warunków, zamówienie opcjonalne nie zostanie udzielone, a Zamawiający poprzestanie na udzieleniu zamówienia podstawowego. Zamówienie opcjonalne realizowane może być (jeśli Zamawiający podejmie, w sytuacji wystąpienia określonych umową przesłanek, decyzję o skorzystaniu z niego) zawsze równoległe z realizacją zamówienia podstawowego a w przypadku braku decyzji Zamawiającego, wykonawca zagwarantowane ma wyłącznie wykonawstwo zamówienia podstawowego do ustalonego SWZ minimalnego poziomu. Ceny jednostkowe podane w formularzach cenowych mają decydujące znaczenie dla ostatecznej ceny, którą Zamawiający zapłaci na wykonanie zamówienia; Wynagrodzenie zarówno za zamówienie podstawowe jak i opcjonalne będzie każdorazowo obliczane na podstawie faktycznie wykonanych prac, zgodnie z obmiarem i krotnością, z uwzględnieniem cen jednostkowych podanych w poszczególnych pozycjach formularzy cenowych; Cena ofertowa stanowi sumę wartości zamówienia podstawowego i opcjonalnego i jest jedynym kryterium oceny ofert; SWZ nie zawierał doregulowania sposobu czy też metody, w jakiej dokonana miała zostać kalkulacja cen poszczególnych cen jednostkowych w tym także w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego.

Opcja stanowi zwiększenie krotności zamawianych usług w czasie trwania kontaktu podstawowego. Opcja nie polega na przedłużeniu terminu obowiązywania kontaktu o kolejne miesiące, ani też na domówieniu innych usług, które nie wchodzi w zakres podstawowy. Opcja polega na tym, że w trakcie obowiązywania kontaktu (12 miesięcy) Zamawiający może zlecić większą krotność wykonywania poszczególnych usług opisanych w zamówieniu podstawowym. W takiej sytuacji, w świetle SWZ dopuszczalne było uwzględnienie tożsamych kosztów dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego - ponoszonych przez wykonawcę niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta z opcji (w związku z koniecznością zapewnienia gotowości sprzętu, pracowników, ponoszenia koszty administracyjnych biur, kosztów dyspozytora itp.) w cenie zamówienia podstawowego. Koszty te są bowiem niezależne od tego czy opcja zostanie zlecona czy nie - i wykonawca może je pokryć z wynagrodzenia podstawowego, bowiem tylko ono jest gwarantowane. W ramach prawa opcji Wykonawca może więc doliczyć tylko te koszty, które poniesie w związku z wykonaniem zleconych dodatkowych usług, tj. koszty zmienne. Koszty stałe w takim przypadku mają charakter krańcowych

Izba stwierdza, co następuje

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uwzględniając powyższe wskazać należy, że Prawo zamówień publicznych zakazuje składania ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji jest definicją nieostrą, a wymieniony w dalszych przepisach UZNK katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwolujący w niniejszej sprawie nie wykazał, że doszło do naruszenia w rozumieniu UZNK – nie wykazał, że działanie Przystępującego polegające na określeniu cen za określone pozycje kosztorysowe było sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami, naruszało interesy innego podmiotu ani w jaki sposób dojsć miałyby do zakłócenia konkurencji. Izba stwierdza, że nie wykazano, że sposób kalkulacji Przystępującego, w jakiś sposób wpłynął na ranking ofert w Postępowaniu ani że doszło do manipulacji cenami, w tym także nieuprawnionego przerzucania kosztów zamówienia pomiędzy podstawowym i opcjonalnym. Jednocześnie Izba ustaliła, że przyjęta metoda przez Przystępującego wyceny cen jednostkowych nie jest sprzeczna z warunkami zamówienia i jednocześnie jest uzasadniona w świetle przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Izba wskazuje, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego, zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający powołuje wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaś choć pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie ma definicji legalnej to jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21).

W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że istniała podstawa powzięcia wątpliwości uzasadniających żądanie wyjaśnienia ceny lub jej istotnej części ani, że kwestionowana cena kosztorysu ofertowego ma charakter istotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i wydaje się nierealistyczna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Odwołanie w ogóle nie odnosiło się do kwestii niemożności realizacji zamówienia za cenę ofertową nie wykazało tej okoliczności, analogicznie w odniesieniu do istotnych elementów tej ceny. Odwołanie sprowadziło się do oceny oferty Przystępującego przez pryzmat własnych założeń Odwołującego.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego. Odwołanie nie wykazało, że cena zamówienia podstawowego i ani opcjonalnego ani ceny jednostkowe są takiego rodzaju, że budzić mogą wątpliwości, co do realności wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia ani przerzucenia kosztów z zamówienia opcjonalnego do podstawowego lub odwrotnie. W tym zarzuty nie znajdują oparcia w SWZ.

Izba stwierdza raz jeszcze, że dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, co do zasadności w świetle SWZ, kalkulacji cen opartej na założeniu ujmowania w cenach opcji kosztów krańcowych, podczas gdy cena zamówienia podstawowego określana jest z uwzględnieniem zarówno kosztów stałych jak i zmiennych. A to także wobec szczególnego charakteru opcji w tym Postępowaniu realizowanej równoległe z zamówieniem podstawowym, których zakresy co do rodzaju usług są tożsame, co powoduje że niezależnie od skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji stanowiącej niejako bonus dla wykonawcy wykonawca zawsze ponosi koszty stałe.

Dodatkowo wobec kryterium oceny ofert którym jest łączna cena zamówienia podstawowego i opcji sama wzajemna relacja wysokości cen jednostkowych czy też ceny podstawowej i opcjonalnej pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art.

523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący.....