Sygn. akt: KIO 1483/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Transprzęt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Sanoku (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:……

KIO 1483/24

Uzasadnienie

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający" lub „PZDW") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe letnie utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa podkarpackiego – 8 części" (Nr referencyjny: PZDW/WZP/243/WD/9/2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 lutego 2024 r. pod numerem: 109910-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

29 kwietnia 2024 r. wykonawca Transprzęt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Sanoku (dalej: „Odwołujący" lub „Transprzęt") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań czynności Zamawiającego w Postępowaniu w ramach części 6 zamówienia, polegających na:

1)nieprawidłowej ocenie i wyborze przez PZDW oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla (dalej: „Konsorcjum"), bowiem Konsorcjum za zaoferowane ceny zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej: „TER") (zakres podstawowy) w Grupie 6 „Drobne Remonty Mostów i Przepustów", pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38 oraz w Grupie 7, pozycja V.1.1, uwzględniając prace zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ"), w tym w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-03.01.05a (dalej: „Specyfikacja")

oraz Szczegółowej Specyfikacji Technicznej M-30.05.02.51 „Nawierzchnia chodników z żywicy epoksydowej” (dalej: „Specyfikacja żywicy”) nie jest władny wykonać prac i wymienić części zawartych w TER;

2)zaniechaniu przez PZDW odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę istotnych elementów składowych zamówienia w zakresie prac i wyrobów wskazanych w TER w Grupie 6 „Drobne Remonty Mostów i Przepustów”, pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38 oraz w Grupie 7 „Drobne remonty i usługi związane z naprawą i uprzątnięciem pasa drogowego”, pozycja V.1.1, uwzględniając Specyfikację i Specyfikację żywicy oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia;

3)zaniechaniu przez PZDW odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia (SWZ, OPZ i Specyfikacją);

4)zaniechaniu przez PZDW wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny za wykonanie istotnych elementów składowych zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez PZDW odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę elementów składowych zamówienia, za którą Konsorcjum nie jest władne wykonać prac objętych zamówieniem w zakresie podstawowym wskazanych w TER w Grupie 6 „Drobne Remonty Mostów i Przepustów” w pozycjach I.1.8-I.1.13, I.1.38, uwzględniając OPZ, w tym Specyfikację i Specyfikację żywicy oraz w Grupie 7 „Drobne remonty i usługi związane z naprawą i uprzątnięciem pasa drogowego”, pozycja V.1.1;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo iż jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ, OPZ, Specyfikacją i Specyfikacją żywicy), gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia na co wskazuje wycena Konsorcjum w zakresie podstawowym w TER w Grupie 6, w pozycjach I.1.8-I.1.13, I.1.38 i w Grupie 7, pozycja V.1.1 – która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, a przez co czyni ofertę niezgodną z warunkami zamówienia;

3)art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo iż elementy składowe oferty Konsorcjum wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (w zakresie prac i wyrobów wskazanych w TER – Grupie 6, pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38 uwzględniając Specyfikację i Specyfikację żywicy oraz w Grupie 7, pozycja V.1.1) oraz istnieją w tym zakresie poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że wyżej wymieniona oferta zawiera ceny jednostkowe za usługi i produkty na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych oraz są oferowane istotnie poniżej kosztów ich świadczenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności PZDW z dnia 19 kwietnia 2024 r. polegającej na wyborze w części 6 zamówienia oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2)dokonanie ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności zawartych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Transprzęt wskazał, że analiza Tabeli Elementów Rozliczeniowych pozwala przyjąć, iż Konsorcjum zaoferowało w niektórych jej pozycjach ceny tak niskie, że nie da się obronić twierdzenia, że cena tej oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, w oparciu o rynkowe stawki i zawiera całość kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego w wyżej wymienionej ofercie dokonano nieuzasadnionej inżynierii cenowej, pod którą kryje się zamiar niewykonania części przedmiotu zamówienia lub wykonania niezgodnie z założeniami przyjętymi w OPZ, Specyfikacji i Specyfikacji żywicy. Transprzęt przedstawił wyciąg z TER Konsorcjum wskazujący sumę pozycji I.1.8-I.1.13 w Grupie 6 „Drobne remonty mostów i przepustów” – 1 250,50 zł. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że suma wyżej wymienionych pozycji w ofercie Transprzęt wynosi 31.500,00 zł, natomiast w ofercie L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: L.K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce (dalej: „L.K.”) – 21 500,00 zł. Odwołujący podkreślił, że wobec powyższego średnia cena jednostkowa wyliczona z tych ofert dotycząca wymiany poszczególnych wielkości rur wynosi:1 600,00 zł/m rury o średnicy do 60 cm, 1 800,00 zł/m rury o średnicy 80 cm, 2 500,00 zł/m rury o średnicy 100 cm, 3 250,00 zł/m rury o

średnicy 125 cm, 3 500,00 zł/m rury o średnicy 150 cm oraz 5 000,00 zł/m rury o średnicy 200 cm. Równocześnie Transprzęt zaznaczył, że przedmiotowe ceny jednostkowe wyliczone z oferty Konsorcjum wynoszą zaś: 65,00 zł/m rury o średnicy do 60 cm, 80,00 zł/m rury o średnicy 80 cm, 110,00 zł/m rury o średnicy 100 cm, 130,00 zł/m rury o średnicy 125 cm, 210,00 zł/m rury o średnicy 150 cm oraz 240,00 zł/m rury o średnicy 200 cm. Ceny jednostkowe w ofercie Konsorcjum stanowią zatem odpowiednio za wymianę rur o średnicy: do 60 cm – 4,1%, 80 cm – 4,4%, 100 cm – 4,4%, 125 cm – 4%, 150 cm – 6%, 200 cm – 4,8%. Odwołujący podniósł, że ceny wyżej wymienionych pozycji kosztorysowych należy uznać za rażąco niskie ze względu na fakt, iż nie pokrywają one nawet ceny materiału – rury, jaki należy zakupić celem dokonania wymiany w przypadku uszkodzenia. Transprzęt powołał się na analizę cen materiałów dostępnych na rynku, zgodnie z publikacją Sekocenbud I kw. Biuletyn Cen Jednostkowych Robót Drogowych z 2024 r. Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez Konsorcjum cena nie zawiera, w sposób wyraźny, wynagrodzenia za wymianę rur, a ponadto zaangażowania zasobów technicznych i osobowych.

Kolejno Transprzęt podniósł, że zawarte w ofercie Konsorcjum ceny pozycji kosztorysowych zawartych w TER w Grupie 6, pozycja 1.1.38 – 160 zł/m^2 za wykonanie nawierzchni na chodniku z powłoki poliuretanowo – epoksydowej – należy uznać również za rażąco niskie. Odwołujący zaznaczył, że według cen rynkowych zgodnie z cennikiem Sekocenbud z I kw. 2024 r. cena za m^2 samego materiału to 403,91 zł (pozycja BCA 282101), a zatem ponad 2 razy wyższa niż wskazało Konsorcjum, bez usługi wykonania nawierzchni na chodniku zgodnie z pkt 5 OPZ – Specyfikacja żywicy. Transprzęt wskazał, że samo przyjęcie ceny materiału według cen Sekocenbud powoduje, iż oferta Konsorcjum w tej pozycji powinna być o 21.951,90 zł wyższa.

Ponadto Odwołujący nadmienił, że w Grupie 7, pozycja V.1.1 Konsorcjum wskazało cenę jednostkową w wysokości 180 zł/h za usługi związane z awaryjnym uprzątnięciem i naprawami pasa drogowego po godz. 15:00 (od poniedziałku do piątku) i w dni wolne od pracy. Dodatkowo zgodnie z ceną jednostkową wskazaną przez wyżej wymienionego wykonawcę w TER – Grupa 4 – usługi sprzętowe; godzina pracy samochodu samowyładowawczego do 8 ton w celu wykonania usług wskazanych w Grupie 7, pozycja V.1.1 wynosi 120 zł, zaś koparko – ładowarki 138 zł/h. Zdaniem Transprzęt powyższe jednoznacznie potwierdza, iż za cenę 180 zł/h, Konsorcjum nie będzie władne wykonać przedmiotowej części zamówienia, a jego cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że różnica pomiędzy cenami jednostkowymi wskazanymi w TER oferty Konsorcjum a cenami jednostkowymi kolejnych ofert jest istotna, a wartość zaniżonych w stosunku do cen rynkowych pozycji kosztorysowych powoduje, że oferta tego wykonawcy – gdyby została właściwie przygotowana – byłaby łącznie minimum o ok. 47 000,00 zł wyższa (mając na uwadze średnią cen zaproponowaną przez dwóch pozostałych oferentów oraz cen według cennika Sekocenbud), co spowodowałoby, że nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Transprzęt sztuczne i nie znajdujące odzwierciedlenia w realiach rynkowych ukształtowanie cen jednostkowych dla wskazanych w odwołaniu asortymentów wyrobów i robót spowodowało obniżenie ceny oferty, umożliwiając pozyskanie zamówienia. Odwołujący podniósł, że niektóre z pozycji kosztorysowych oferty Konsorcjum powinny zatem wzbudzić szczególne zainteresowanie PZDW w kontekście badania, czy cena tej oferty nie jest rażąco niską. Transprzęt wskazał, że zaistnienie podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek („zamawiający żąda od wykonawcy") przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym – mając na uwadze wyżej wymienione kwestie – nie sposób nie powziąć takich „wątpliwości".

Nadto Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie ujęło w swojej ofercie wszystkich kosztów, które będzie musiało ponieść wraz z realizacją zamówienia w części 6. W opinii Transprzęt prowadzi to do wniosku, że jego oferta powinna była zostać odrzucona z uwagi na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Zdaniem Odwołującego z takim właśnie przypadkiem polegającym na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. jednostkowe ceny ofertowe zaproponowane przez Konsorcjum bezsprzecznie nie obejmują wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, co świadczy o braku zgodności z warunkami zamówienia.

Dodatkowo Transprzęt wskazał, że analiza wartości poszczególnych pozycji TER jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1 jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Transprzęt podniósł, że we wskazanych pozycjach TER zaproponowane ceny za wykonanie poszczególnych jednostek wyrobów i prac są niewystarczające na pokrycie ceny samego tylko materiału koniecznego do ich wykonania.

Takie kształtowanie ceny jednostkowej powoduje zaś, że wartość ostatecznie ustalonego wynagrodzenia nie odpowiada wartości wykonanych prac.

W złożonej pismem z dnia 20 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów.

W piśmie z dnia 20 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielnia Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielnia Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W myśl postanowień załącznika do SWZ pn. „Podstawowe informacje dotyczące postępowania" (dalej: „PIDP") przedmiotowe zamówienie obejmuje wykonanie w 2024 r. letniego utrzymania dróg wojewódzkich na terenie województwa podkarpackiego w następującym zakresie:

- czyszczenie nawierzchni i sprzątanie pasa drogowego,
- koszenie traw w obrębie pasa drogowego oraz obiektów mostowych,
- remont oznakowania i elementów bezpieczeństwa ruch drogowego (bariery drogowe, mostowej, znaki),
- usługi sprzętem tj. samochód samowyładowczy, koparka podsiębierna, koparko-ładowarka, podnośnik koszowy,
- roboty porządkowe i utrzymaniowe na obiektach mostowych,
- drobne remonty mostów i przepustów,
- drobne remonty i usługi związane z naprawą i uprzątnięciem pasa drogowego,
- utrzymanie elementów korpusu drogowego.

Przedmiot zamówienia został ujęty w 8 grupach:

a)GRUPA nr 1 – czyszczenie nawierzchni i sprzątanie pasa drogowego,
b)GRUPA nr 2 – koszenie traw w pasach drogowych dróg wojewódzkich,
c)GRUPA nr 3 – remont oznakowania i elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego,
d)GRUPA nr 4 – usługi sprzętowe.
e)GRUPA nr 5 – roboty porządkowe i utrzymaniowe na obiektach mostowych
f)GRUPA nr 6 – drobne remonty mostów i przepustów,
g)GRUPA nr 7 – drobne remonty i usługi związane z naprawą i uprzątnięciem pasa drogowego w sytuacjach awaryjnych oraz po godzinie 15 (od poniedziałku do piątku) i w dni wolne od pracy,
h)GRUPA nr 8 – utrzymanie elementów korpusu drogi.

Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ") oraz specyfikacje stanowiące załączniki do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 1-5 „Instrukcji dla wykonawców" (dalej: „IDW"):

„1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem

- Formularza cenowego (FC)
- Kosztorysu ofertowego (KO)
- Tabeli Opracowań Projektowych (TOP)

- Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER)
lub innego stosownego dokumentu stanowiącego załącznik do SWZ. Wykonawca określi wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w tych dokumentach.
2. Cenę za realizację przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wskazanych w w/w dokumencie.
3. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia
w trakcie realizacji zamówienia.
4. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ (np. koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, zysk, ubezpieczenia, opłaty, koszty związane z zatrudnieniem osób na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, podatki – włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT) itp.".
Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia dla części 6 wynosi 1 271 237,54 zł netto. Pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia w części 6 zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 829 899,37 brutto.
Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 2 kwietnia 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu w części 6 złożone zostały 3 oferty:

1)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielni Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla – cena za zadanie podstawowe: 1 580 929,92 zł, cena za zadanie objęte prawem opcji: 2 205 214,47 zł;
2)oferta wykonawcy Transprzęt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Sanoku – cena za zadanie podstawowe: 1 606 571,60 zł, cena za zadanie objęte prawem opcji: 2 197 324,80 zł;
3)oferta L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: L.K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce – cena za zadanie podstawowe: 1 825 392,56 zł, cena za zadanie objęte prawem opcji: 2 432 899,44 zł.

Stosunek wartości zakwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych do wartości całej oferty Przystępującego przedstawia się następująco:
- dla pozycji I.1.8 – I.1.13 suma cen brutto stanowi ok. 0,1% wartości oferty Przystępującego;
- dla pozycji I.1.38 cena brutto stanowi ok. 1,12% wartości oferty Przystępującego;
- dla pozycji V.1.1 cena brutto stanowi ok. 0,56% wartości oferty Przystępującego.
Z kolei w przypadku Odwołującego oraz wykonawcy L.K. stosunek wartości zakwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych do wartości całej oferty Transprzęt oraz L.K. również jest niewielki:
- dla pozycji I.1.8 – I.1.13 suma cen brutto stanowi ok. 2,4% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 1,45% wartości oferty wykonawcy L.K.;
- dla pozycji I.1.38 cena brutto stanowi ok. 3,9% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 2,43% wartości oferty wykonawcy L.K.;
- dla pozycji V.1.1 cena brutto stanowi ok. 2,76% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 0,54% wartości oferty wykonawcy L.K..
W pozycjach I.1.8 - I.1.13 w Grupie 6 TER Zamawiający przewidział do wymiany uszkodzone elementy części przelotowej przepustów rurowych o średnicy od Ø 60cm do Ø 200cm o łącznej długości 9mb. Całkowita długość przepustów na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Rymanowie wynosi 7 140 mb. Wpisana w kosztorysie ilość robót stanowi 0,13% całej długości przepustów na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Rymanowie.
Łączna wartość zadań w Grupie 1 oraz w Grupie 2 stanowi ok. 60% całego przedmiotu zamówienia (dla części 6).
19 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Sprzętem Rolniczym T.K. z siedzibą w miejsc. Odrzykoń, Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Dyni z/s w Niebocku z siedzibą w Niebocku oraz K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.W. Usługi Sprzętowo – Transportowe z siedzibą w miejsc. Niepla.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

(…)".

Art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…); 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (…); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (..)".

W myśli art. 3 ust. 1 u.z.n.k. „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta".

Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest zauważenie, że argumentacja zawarta w odwołaniu opiera się przede wszystkim na tezie, zgodnie z którą kwestionowane ceny jednostkowe określone przez Konsorcjum w TER w Grupie 6 (pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38) oraz w Grupie 7 (pozycja V.1.1) winny wzbudzić zainteresowanie Zamawiającego w kontekście badania rażąco niskich cen istotnych elementów składowych zamówienia zgodnie z dyspozycją przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący przedstawił różnice pomiędzy cenami jednostkowymi wskazanymi w TER przez Przystępującego a cenami jednostkowymi kolejnych ofert – Odwołującego oraz wykonawcy Jacka Kochanowicza, a ponadto uznał, że zaoferowane przez Konsorcjum ceny jednostkowe są nierealne i nierynkowe. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że w myśl art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub

kosztu, lub ich istotnych części składowych". Z powołanego powyżej przepisu wynika, że badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny może podlegać nie tylko cena oferty, ale również jej istotna część składowa (nie jest to zatem dowolna jej część). Ustawodawca nie zdecydował się doprecyzować co należy rozumieć pod sformułowaniem istotnej części składowej, natomiast przyjmuje się, że są to elementy zamówienia istotne pod względem cenotwórczym lub pod względem merytorycznym tj. w aspekcie prawidłowego wykonania zamówienia. Zarówno z doktryny jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika bowiem, że istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu są te części składowe, które ze względu na ich wartość a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia (zob. m.in.: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224 ustawy Pzp; M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, art. 224 ustawy Pzp; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2024 r. o sygn. akt KIO 580/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 129/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 237/23, KIO 239/23; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2023 r. o sygn. akt KIO 2524/23, KIO 2531/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3559/23). W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 3 stycznia 2018 r. o sygn. akt XXIII Ga 1547/17, zgodnie z którym pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy.

Mając na względzie powyższe rozważania prawne należy zatem wskazać, że aby zaistniała przesłanka wskazana w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wobec istotnych części składowych ceny lub kosztu, muszą zostać spełnione łącznie warunki dotyczące istotności kwestionowanych części składowych oraz tego, że ich ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący winien więc wykazać, że kwestionowane elementy składowe zamówienia – ceny jednostkowe wskazane przez Konsorcjum w TER w Grupie 6 (pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38) oraz w Grupie 7 (pozycja V.1.1) – spełniają wymóg istotności oraz że ich cena winna wydawać się PZDW rażąco niska lub wzbudzać wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub właściwymi przepisami. Jak bowiem stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 129/24 „(…) chociaż w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt 1 ustawy Pzp), to obowiązek wykazania, że określona część składowa, która jest przedmiotem zarzutu, ma charakter istotny, należy do Odwołującego (…)". Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławcze stanowisko, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, ustalony w sposób wynikający z art. 537 ustawy Pzp, nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, czy też zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy – jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza – treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia Odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub Zamawiającego ciężar dowodu (…)" (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18). Wobec powyższego zasadnym jest uznanie, że Transprzęt w pierwszej kolejności był więc zobowiązany wykazać, że kwestionowane w odwołaniu pozycje z TER złożonej przez Przystępującego dotyczą istotnych części składowych ceny. Mimo takiego obowiązku Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania istotności elementów ceny będących przedmiotem zarzutu. Odnosi się to zarówno do wartości tych pozycji jak i do ich zakresu oraz rozmiaru, stanowiącego znaczny udział w wykonaniu zamówienia. Transprzęt odniósł się do ośmiu pozycji TER, wskazując że ich cena jest zaniżona w stosunku do cen rynkowych, jednakże bez wykazania istotności tych cen dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący określał je w odwołaniu jako istotne elementy składowe ceny oraz przytoczył stanowisko prezentowane w orzecznictwie w odniesieniu do tego zagadnienia, jednak w żadnej mierze nie wyjaśnił, w czym tej istotności należy upatrywać w rozpoznawanej sprawie. W konsekwencji brak wykazania istotności kwestionowanych w odwołaniu części składowych ceny sam w sobie przesądza o niezasadności postawionego zarzutu. Tymczasem zarówno PZDW jak i Przystępujący, w przedłożonych pismach procesowych oraz podczas rozprawy, zdołali przedstawić przekonującą argumentację w zakresie braku przymiotu istotności cen jednostkowych zawartych w TER w Grupie 6 (pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38) oraz w Grupie 7 (pozycja V.1.1) ze względu na niewielkie relacje wartościowe wyżej wymienionych pozycji cenowych do ceny oferty jako całości czy też niewielkie relacje ilościowe asortymentu kwestionowanych w odwołaniu pozycji z TER do wszystkich robót lub usług jakie

potencjalnie są do wykonania na terenie administrowanym przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Rymanowie. Przede wszystkim należy zauważyć, że stosunek wartości zakwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych do wartości całej oferty Przystępującego jest niewielki, tj.: dla pozycji I.1.8 – I.1.13 suma cen brutto stanowi ok. 0,1% wartości oferty Przystępującego, dla pozycji I.1.38 cena brutto stanowi ok. 1,12% wartości oferty Przystępującego oraz dla pozycji V.1.1 cena brutto stanowi ok. 0,56% wartości oferty Przystępującego. Z kolei w przypadku Odwołującego oraz wykonawcy L.K. stosunek wartości zakwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych do wartości całej oferty Transprzęt oraz L.K. prezentuje się następująco: dla pozycji I.1.8 – I.1.13 suma cen brutto stanowi ok. 2,4% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 1,45% wartości oferty wykonawcy L.K., dla pozycji I.1.38 cena brutto stanowi ok. 3,9% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 2,43% wartości oferty wykonawcy L.K., natomiast dla pozycji V.1.1 cena brutto stanowi ok. 2,76% wartości oferty Odwołującego oraz ok. 0,54% wartości oferty wykonawcy L.K.. Ponadto – jak trafnie podniósł Zamawiający – kwestionowane w odwołaniu ceny jednostkowe z pozycji I.1.8 – I.1.13 w Grupie 6 TER mają niewielki udział ilościowy wynoszący 0,13% w stosunku do długości wszystkich przepustów na sieci dróg Rejonu Dróg Wojewódzkich w Rymanowie (dla części 6). Podsumowując PZDW wskazał, że istotne części zamówienia stanowią wartość na poziomie ok. 60% całości i obejmują głownie wykonanie czyszczenia jezdni drogi, chodników, ścieżek rowerowych itp. oraz koszenia traw w pasie drogowym. W związku z tym pozostałe usługi czy roboty ujęte w zamówieniu mają charakter dodatkowy i nie stanowią istotnej części zamówienia, co potwierdza również analiza ilościowa pozostałych usług/robót jak np. remonty przepustów o łącznej długości 9 mb czy wykonanie nawierzchni na chodniku z powłoki poliuratenowo – epoksydowej w ilości 90 m^2, jak również stanowisko Zamawiającego wyrażone podczas rozprawy w przedmiocie awaryjnego charakteru działań związanych z wymianą uszkodzonych elementów części przelotowej przepustów (pozycje I.1.8 – I.1.13, Grupa 6 TER). Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności w ocenie Izby trudno więc przypisać zakwestionowanym w odwołaniu cenom jednostkowym jakikolwiek walor istotności, czy to pod względem merytorycznym, czy pod względem wartości, zwłaszcza, że Odwołujący nawet nie próbował wykazać tej istotności. Wobec powyższego w stanie faktycznym niniejszej sprawy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą zatem świadczyć wyłącznie różnice między cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez Konsorcjum, a wartością kwestionowanych pozycji TER w ofertach kolejnych wykonawców, które stanowiły podstawę faktyczną uzasadnienia zarzutów odwołania.

Ponadto dodać należy, że okoliczność iż Odwołujący zaoferował co do zasady ceny wyższe, nie oznacza, że inny wykonawca nie może uzyskać cen niższych. Cena zaoferowana przez każdego wykonawcę jest bowiem zawsze wynikiem jego indywidualnej strategii biznesowej i pozycji na rynku. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 4 stycznia 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXIII Zs 148/22) stwierdził, że „(…) podziela przy tym stanowisko zamawiającego, że różnica w cenie oferty podyktowana jest pozycją każdego z wykonawców na odpowiednim rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy (…)". Innymi słowy logicznym jest, że każdy z wykonawców czyni wyliczenia na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy też założeń. Należy zauważyć, że Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 20 maja 2024 r., a także podczas rozprawy, w sposób obszerny odniósł się do przysługujących mu szczególnych uwarunkowań, które uwzględnił przy wycenie kwestionowanych cen jednostkowych i które umożliwiły mu zaoferowanie konkurencyjnych cen w poszczególnych pozycjach TER (m.in.: wypracowane relacje handlowe, posiadane zaplecze, zgromadzone materiały). Konsorcjum przedstawiło dowody wskazujące na błędność założeń Transprzęt i potwierdzające możliwość zrealizowania poszczególnych czynności za zaoferowane ceny oraz ich rynkowość. Tymczasem Odwołujący w odwołaniu powoływał się jedynie na uśrednione ceny z cennika Sekocenbud, które nie uwzględniają chociażby obniżek cen następujących w wyniku długoletniej współpracy stron. W tym miejscu zauważenia również wymaga, że np. w pozycji V.1.1 w Grupie 7 TER Konsorcjum zaoferowało cenę jednostkową 180,00 zł, natomiast wykonawca L.K. podał w wyżej wymienionej pozycji cenę minimalnie wyższą tj. 200,00 zł, podczas gdy tylko Transprzęt zaproponował cenę w wysokości aż 900,00 zł. Powyższy przykład obrazuje, że nieuzasadnione było automatyczne przyjęcie przez Odwołującego, iż ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum są nierealne i nierynkowe, bez uprzedniej analizy wszystkich okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy. Nadto Izba zwróciła również uwagę, że – jak słusznie wskazał Przystępujący w złożonym piśmie procesowym – w pozycji I.1.1 w Grupie 1 oraz w pozycji I.8.3 w Grupie 8 TER, to Transprzęt podał ceny jednostkowe znacznie niższe (Grupa 1 pozycja I.1.1 – 0,42 zł netto/m^2 oraz Grupa 8 pozycja I.8.3 – 50,00 zł netto/m^3) od tych zaoferowanych przez Przystępującego (Grupa 1 pozycja I.1.1 – 2,98 zł netto/m^2 oraz Grupa 8 pozycja I.8.3 – 428,00 zł netto/m^3) i wykonawcę L.K. (Grupa 1 pozycja I.1.1 – 1,50 zł netto/m^2 oraz Grupa 8 pozycja I.8.3 – 300,00 zł netto/m^3). Wyraźnie zatem widać, że wykonawcy szacując poszczególne pozycje usług lub robót w różny sposób wyceniają zysk oraz ryzyko, w zależności od asortymentu. Wobec powyższego twierdzenia Odwołującego o zaniżeniu przez Konsorcjum cen jednostkowych zawartych w TER w Grupie 6 (pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38) oraz w Grupie 7 (pozycja V.1.1), w sytuacji gdy inne pozycje TER były przez tego wykonawcę

wycenione nawet wyżej niż w ofercie Transprzęt, w efekcie nie mogą prowadzić do bezsprzecznego przyjęcia, że Przystępujący zaoferował rażąco niskie ceny elementów składowych zamówienia i uznania, że te kwestionowane wybiórczo pozycje TER miałyby być traktowane jako istotne części składowe ceny. Reasumując, w okolicznościach niniejszej sprawy zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanych przez niego cen jednostkowych zawartych w TER w Grupie 6 (pozycje I.1.8-I.1.13, I.1.38) oraz w Grupie 7 (pozycja V.1.1), okazał się niezasadny. W konsekwencji oddaleniu podlegał również zarzut z pkt 1 petitum odwołania.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – w ocenie Izby – Odwołujący nie wykazał w jaki sposób treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Zamawiający, badając wystąpienie przywołanej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw bądź usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym jego oczekiwania i interesy (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 226 ustawy Pzp; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 398/23). Ponadto jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)". Mając na uwadze powyższe obowiązkiem Transprzęt, który zarzucił PZDW naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, było zatem wykazanie w jakim zakresie oferta Konsorcjum nie odpowiada konkretnym i jednoznacznym wymogom określonym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, a nie wyłącznie gołosłowne stwierdzenie, że Przystępujący nie uwzględnił wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący ową niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia wiąże de facto nie z samym zobowiązaniem ofertowym ale z kalkulacją cen jednostkowych zawartych w pozycjach I.1.8-I.1.13, I.1.38 w Grupie 6 oraz w pozycji V.1.1 w Grupie 7 TER i w rzekomym ich zaniżeniu poszukuje nieprawidłowości oferty. Jak już jednak stwierdzono powyżej, Odwołujący nie zdołał wykazać jakoby kwestionowane w odwołaniu poszczególne pozycje z TER zawierały ceny nierealne i nierynkowe.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazać należy, że Odwołujący w istocie nie przedstawił uzasadnienia faktycznego tego zarzutu. Odwołujący ograniczył się do przywołania art. 3 ust. 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który określa katalog różnych czynów polegających na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Transprzęt stwierdził, że oferta Przystępującego wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1 jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.zn.k., gdyż zawiera ceny jednostkowe za usługi i produkty na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych oraz są oferowane poniżej kosztów ich świadczenia. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie przeprowadził jednakże choćby przykładowej analizy, czy z uwagi na rzekome zaniżenie kosztów wykonania poszczególnych prac, w przedmiotowym Postępowaniu rzeczywiście doszło do uniemożliwienia dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Wobec ilości złożonych ofert w części 6 zamówienia w ocenie Izby jest to raczej mało prawdopodobne, a z pewnością nie zostało udowodnione, czy choćby uprawdopodobnione. Bez wątpienia Transprzęt nie wykazał także, że w Postępowaniu miała miejsce choćby próba eliminacji innego podmiotu przez złożenie oferty przez Konsorcjum. Innymi słowy Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób Przystępujący utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Skład orzekający w pełni podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2292/22, KIO 2320/22, zgodnie z którym: „(…) Zauważyć należy, iż składanie ofert w postępowaniach i konkurowanie ceną stanowi normalną walkę rynkową w ramach prowadzonej przez Wykonawców polityki cenowej, która gwarantować ma brak poniesienia straty w wyniku realizacji zamówienia. Odwołujący nie wskazał, że Przystępujący posiada jakieś możliwości względem pozostałych Wykonawców, aby wypełnić przesłanki z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Nie można więc uznać, aby zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na utrudnianie

innym Wykonawcom dostępu do rynku. Odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i Przystępującego jako podmiotu z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia dostęp do rynku innym podmiotom (…)". W tym miejscu warto również przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 r. (sygn., akt. KIO 3397/21), w którym Izba stwierdziła, że „(…) Dla uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, sprzedaż ta musi mieć jeszcze na celu eliminację innych przedsiębiorców. Należy zatem wykazać, że zamiarem wykonawcy była właśnie eliminacja z rynku innego przedsiębiorcy, np. po to, aby zająć jego miejsce na danym rynku, aby stworzyć sobie optymalne warunki do kształtowania cen na tym rynku. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. zaniżenie przez wykonawcę ceny w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną (…). Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że niezrozumiałym jest także w jaki sposób Konsorcjum miałoby naruszać dobre obyczaje składając swoją ofertę w Postępowaniu. Trudno bowiem uznać samo ofertowanie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Natomiast – jak to zostało już wskazane w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia – Odwołujący nie wykazał braku rynkowości kwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych zaoferowanych przez Przystępującego. Co więcej, Izba nie dopatrzyła się w ramach oferty Konsorcjum działań wskazujących na manipulowanie cenami, przynajmniej takiej manipulacji Transprzęt nie wykazał. W związku z powyższym zarzut dotyczący złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji należało uznać za oczywiście bezzasadny.

W zakresie dowodów przedłożonych przez Odwołującego należy podkreślić, że – jak słusznie podniósł Zamawiający podczas rozprawy – stanowią one w dużej mierze wyciągi z dokumentacji Postępowania i jako takie nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Analiza treści tych dokumentów prowadzi bowiem wyłącznie do wniosku, że różne podmioty mogą w odmienny sposób wyceniać ten sam zakres usług/robót, czego nie sposób uznać za skuteczne wykazanie istotności elementów składowych zamówienia czy też braku rynkowości zaoferowanych przez Konsorcjum cen jednostkowych tj. okoliczności, na które te dowody zostały powołane.

W tym miejscu wymaga również przypomnienia że na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również, w sytuacji gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby. Zgodnie bowiem z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp Izba może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (por. wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20). Ponadto zaznaczenia wymaga, że zasada wynikająca z art. 555 ustawy Pzp nie doznaje wyjątku i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i art. 535 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisu tego wywieść należy zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który z okoliczności sprecyzowanych w odwołaniu chce wywieść określone skutki prawne. Z kolei art. 535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia z urzędu przez Izbę na mocy art. 555 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3600/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 113/20 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2227/22).

Ze względu na powyższe Izba wskazuje, że w niniejszej sprawie nie mogły być wzięte pod uwagę ani

okoliczności faktyczne konkretyzowane przez Transprzęt dopiero na rozprawie, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, jako de facto precyzowanie zarzutów odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie, ani te z dowodów, które zostały zgłoszone dla wykazania tych nowych faktów.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....