

WYROK

Warszawa, dnia 11 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2024 r. przez wykonawcę: L.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LESZEK KOCHANOWICZ Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna, Zielonca, 36-130 Raniżów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Powiat Mielecki Powiatowy Zarząd Dróg w Mielcu przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

1/ Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy i

2/ Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu

oraz po stronie zamawiającego: Firma Handlowo-Usługowa "Inwest Bruk" S.C. A.i. Otałęż 192, 39-306 Górki

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę LESZEK KOCHANOWICZ Firma Usługowo – Handlowo Produkcyjna Zielonca i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 574/24

Uzasadnienie

Zamawiający: POWIAT MIELECKI – POWIATOWY ZARZĄD DRÓG W MIELCU prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa drogi powiatowej nr 1183R klasy "L" – lokalnej Łączki Brzeskie – Nagoszyn km 0+002,25 ÷ 0+642,92 i km 1+242,92 ÷ 3+537,00 w m. Łączki Brzeskie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00047726/01 z dnia 18 stycznia 2024r.

Odwołujący wskazany w sentencji wniósł dnia 20 lutego 2024r. odwołanie wobec:

- wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez F.H.U. „INWEST BRUK” s.c. A.i., (dalej: „INWEST”);
- zaniechanie wezwania INWEST do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz sposobu kalkulacji ceny,
- ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty INWEST.

II. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

–art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania INWEST do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wycenienia ceny, a w szczególności jej istotnych części składowych, tj. cen jednostkowych wskazanych w odwołaniu, mimo iż cena zaoferowana przez INWEST oraz jej składowe, w szczególności z uwagi na wycenę szeregu pozycji rozliczeniowych na poziomie 1 zł, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia i odrębnych przepisów;

–art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania INWEST do wyjaśnienia treści oferty co najmniej w zakresie pozycji rozliczeniowych wycenionych na 1 zł, w sytuacji gdy tak niskie, niespotykane na rynku i wręcz

symboliczne ceny jednostkowe powinny być wzbudzić wątpliwości co do tego, czy INWEST objął swoją ofertą całość robót wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, wykonywanych w sposób założony tym opisem, a zarazem w sposób zgodny z prawem oraz, czy złożenie oferty nie stanowiło w tej sytuacji czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na oferowaniu wykonania robót poniżej kosztów ich wytworzenia w celu utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku, względnie nie było przejawem niedozwolonej, nieuczciwej inżynierii cenowej mającej na celu zawyżenie kosztów wykonania pozycji rozliczeniowych o wyższej wadze i zaniżeniu kosztów wykonania pozycji, które mogą być pomijane lub o mniejszym zakresie;

ewentualnie, tj. na wypadek jeśli wezwania, jak powyżej zostały do INWEST wystosowane lub Izba uznałaby, że nie ma podstaw do wezwania INWEST do złożenia wyjaśnień jak wyżej:

W oparciu o zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy INWEST jako najkorzystniejszej;
- Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie INWEST do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i/lub art. 223 ust. 1 Pzp.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji listy rankingowej, bezpośrednio za ofertą INWEST. Wezwanie INWEST do złożenia wyjaśnień, czego Odwołujący domaga się odwołaniem, może prowadzić finalnie do odrzucenia oferty INWEST.

1.Szczegółowy zakres robót określony jest w Rozdziale III SWZ – zgodnie z Kosztorysem ofertowym – załącznik nr 1.2 Roboty będące przedmiotem zamówienia muszą być wykonane zgodnie ze Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – załącznik nr 2. Rozdziału III.

2.Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył 10 483 685,00 zł brutto.

3.W Postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców z następującymi cenami:

INWEST 9 600 000,Odwołujący 9 762 118,86, Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. 10 221 520,07, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. 10 440 606,06,KONSORCJUM: PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. o.o. 10 842 412,80, MASZYNY BUDOWLANE J.D. 10 996 965,87, Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. 752 013,28

4.Cena INWEST jest o prawie milion złotych niższa niż wartość szacunkowa ustalona przez Zamawiającego plus podatek VAT. O podobną wartość odbiega od średniej ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

5.Wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy. Zgodnie z rozdz. XV ust. 3 i 6 SWZ, Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy, stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym (zał nr 1.2 do Rozdziału III SWZ), z uwzględnieniem postanowień zawartych w § 11 wzoru umowy. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert, a poszczególne kwoty zawarte w kosztorysie ofertowym (zał nr 1.2 do Rozdziału III SWZ) do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

6.W związku z takim charakterem wynagrodzenia obowiązkiem zamawiającego było nie tylko sprawdzenie poprawności ceny ofertowej jako takiej, ale i poprawności cen jednostkowych. Dokonując sprawdzenia Zamawiający powinien był zwrócić uwagę na okoliczność, że INWEST dla dwudziestu pozycji rozliczeniowych z grupy Roboty przygotowawcze zaoferował cenę jednostkową na poziomie 1 zł, w sytuacji, gdy zamawiający te same prace w kosztorysie ofertowym wycenił na 44,82 zł (m3) lub odpowiednio 63,72 zł (T).

7.Przedstawiono zestawienie cen jednostkowych dla pozycji, o których mowa z porównaniem wyceny z kosztorysu inwestorskiego. (tabela)

8.Ceny jednostkowe INWEST dla ww. pozycji były odpowiednio ponad 40 lub 60 razy niższe niż ceny ustalone przez Zamawiającego. Największa dysproporcja występuje dla pozycji 1.5.1. Odwóz gruzu z rozbiórki samochodem samowyladowniczym przy mechanicznym załadunku i rozładunku na odległość 5 km, którą Zamawiający wycenił na 226 430,64 zł, a INWEST na 5 052 zł. Różnica pomiędzy szacunkiem Zamawiającego a Odwołującego tylko na tej jednej pozycji wynosiła ponad 220 000,00 zł.

9.Również ceny jednostkowe zaoferowane przez pozostałych wykonawców za te pozycje, były zdecydowanie wyższe niż cena INWEST, w niektórych przypadkach nawet wyższe niż cena Zamawiającego.

10. Zamawiający wartość wszystkich Robót przygotowawczych wycenił w kosztorysie ofertowym na 857 697,04 zł, natomiast INWEST na 305 693,95 zł. Różnica pomiędzy wyceną Zamawiającego a INWEST tej grupy robót wynosi więc aż ponad 550 000 zł.

11. Dla poz. 1.5.1. warto wskazać na dwie okoliczności. Pozycja ta stanowi kontynuację prac rozbiórkowych z poz. 1.4 i 1.5, tj. odwóz materiału z rozbiórki z poz. 1.5.1 dotyczy materiału usuniętego w ramach poz. 1.4 i 1.5. Również poz. 1.4 i 1.5 są przez INWEST wycenione bardzo nisko. Cena jednostkowa INWEST w poz. 1.4 to 4,00 zł, a w poz. 1.5 5 zł, gdy Zamawiający te pozycje wycenił odpowiednio na 11,30 zł i 17 zł. Suma poz. 1.4, 1.5 i 1.5.1. z Kosztorysu inwestorskiego to 512 345,54 zł, natomiast INWEST to 95 979 zł. Zaniżenie tych trzech pozycji w ofercie INWEST prowadzi do istotnej dysproporcji pomiędzy tą ofertą (w zakresie Roboty przygotowawcze) a Kosztorysem inwestorskim. Jednak również dysproporcja w wycenie tych trzech pozycji w ofercie INWEST względem ofert pozostałych wykonawców jest istotna. Żaden inny wykonawca nie zastosował do ww. robót ceny 1 zł, zakres robót wchodzących łącznie w poz. 1.4, 1.5 i 1.5.1. wycenił znacznie wyżej niż INWEST. INWEST, nawet gdyby przyjąć, że przeliczenie kosztów pomiędzy tymi powiązаныmi pozycjami jest dopuszczalne, również z pozycji 1.4 i 1.5 nie uzyska wynagrodzenia, które pozwoliłoby na pokrycie kosztów wykonania. Tym bardziej więc z tych pozycji nie pokryje kosztów wykonania poz. 1.5.1. Odnosnie poz. 1.4 i 1.5 wskazać należy, że wg KNR-ów koszt samej robocizny w tych pozycjach będzie wyższy niż ceny zaoferowane przez INWEST, pozycje te nie pozwalają więc już na pokrycie kosztów sprzętu – odpowiednio spycharki, zrywarki czy sprężarki.

12. Podobnie w poz. 1.9, 1.11 i 1.19.1 poprzedzających wykonanie poz. 1.9.1., 1.11.1. oraz 1.19.1, które INWEST wycenił na 20 zł i 650 zł/m³, a Zamawiający na 158,42 zł, 167,13 zł oraz 1454,69 zł.

13. Obiektywnie nie jest możliwe by roboty wskazane w poz. 1.5.1. wycenić na 1 zł. Koszty wykonania tych robót jest bowiem zdecydowanie większy.

14. Do wskazanej pozycji zastosowanie znajduje STWiORB D-01.02.04 ROZBIÓRKA ELEMENTÓW DRÓC PRZEPUSTÓW, z której jednoznacznie wynika, że materiały pochodzące z rozbiórki muszą zostać usunięte z terenu budowy przez wykonawcę, a możliwe do wykorzystania w tym zakresie sprzęty to samochody ciężarowe i ładowarki.

15. Warto wskazać na zapisy KRN-ów przyporządkowanych przez zamawiającego do poz. 1.5.1. Pozycja obejmuje: Załadowanie gruzu koparko-ładowarką przy obsłudze na zmianę roboczą przez 3 samochody samowyładowcze. OPIS POZYCJI PODSTAWY WYCENY - Tablica 1103: Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyładunku. Wyszczególnienie robót: 1. Mechaniczne załadunku gruzu powstałego w trakcie rozbiórki przy użyciu koparko-ładowarki o pojemności łyżki 0.60 m³ na samochody samowyładowcze. 2. Wywiezienie gruzu z rozbiórki na odległość 1 km (tu: 5 m) oraz 3. Wyładunku gruzu przez przechylenie skrzyni samochodu.

16. Z opisu wynika, że konieczne nakłady obejmują co najmniej koszty pracy sprzętu – koparki i samochodu ciężarowego, zapewnienie paliwa oraz pracę operatora ładowarki i kierowcy. Zgodnie z Sekocenbud średnia stawka za pracę w regionie rzeszowskim w IV kwartale 2023 r. wynosiła 27,56 zł (bez kosztów pracodawcy, które również muszą być ujęte w cenie ofertowej). Po zwiększeniu płacy min. od stycznia 2023 r. koszt ten będzie jeszcze wyższy. Zgodnie z KNR-em, załadunek, czas przejazdu i wyładunek zajmą w przeliczeniu na m³ dla tej pozycji ok. 14 min, co daje koszt pracy w przeliczeniu na m³ ok. 6 zł. Już tylko ten koszt w przeliczeniu na 1m³ będzie wyższy niż 1 zł ceny jednostkowej INWEST, a przecież cena jednostkowa powinna uwzględniać jeszcze koszty pracy sprzętu (sprzęt plus paliwo), koszty pracodawcy, narzuty ogólne i choćby minimalny zysk wykonawcy.

17. Cena jednostkowa dla poz. 1.5.1. ustalona przez INWEST na 1 zł nie pozwala więc na pokrycie kosztów wykonania robót, dla których cena jest ustalana.

18. Podobnie jest z wszystkimi pozostałymi wskazanymi pozycjami wycenionymi na 1 zł. Wszystkie dotyczą odwozu materiałów z rozbiórki, różnią się wyłącznie rodzajem i ilością materiału. W każdym przypadku należy uwzględnić koszt pracy niezbędny do załadunku i transportu z wyładunkiem oraz koszt pracy sprzętu, co najmniej koszt zapewnienia pojazdu ciężarowego (w niektórych pozycjach istnieje możliwość załadunku ręcznego) i paliwa.

19. Zamawiający, który zajmuje się przede wszystkim budową, remontem i utrzymaniem dróg oraz stale szacuje wartość tego typu zamówień, uwzględniając także treść ofert złożonych przez innych wykonawców, powinien powziąć wątpliwości co do tego, czy cena 1 zł za wywóz materiałów pochodzących z rozbiórki (z załadunkiem i wyładunkiem) jest ceną rynkową, poprawnie skalkulowaną i obejmującą cały zakres robót wynikających z STWiORB.

20. Zamawiający ustalił kosztorysowy model wynagrodzenia, każda cena jednostkowa zaoferowana ma znaczenie, stanowi treść oferty. Każda cena jednostkowa, musi przy tym obejmować koszty wykonania wszystkich robót, do których

odnosi się wycena danej pozycji. Przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami, tj. przyjęcie, że koszty wykonania ww. pozycji, INWEST może ująć w innych pozycjach rozliczeniowych (zwłaszcza zaś takich, które nie są technologicznie powiązane z rozbiórką i wywozem danego elementu drogi), stało by w sprzeczności z istotną wynagrodzenia kosztorysowego.

21. Odwołujący zwraca także uwagę na cenę jednostkową poz. 2.6.1 Formowanie nasypów z ziemi jw. bez specjalnego zagęszczenia przy użyciu spycharki, grunt kat.III (która obejmuje koszt pracy ludzi oraz sprzętu w postaci spycharki, zagęszczarki i walca wibracyjnego, gdzie wg KRN-ów sam koszt robocizny bez narzutów wynosi 8,61 zł) oraz 2.6.2. Zagęszczanie nasypów jw. ubijakami mechanicznymi warstwami grub.25cm, grunt kat.III (która obejmuje koszt pracy ludzi oraz sprzętu w postaci zagęszczarki spalinowej, gdzie wg KRN-ów sam koszt robocizny bez narzutów wynosi 6,41 zł). W Kosztorysie inwestorskim ww. pozycje sumują się na kwotę 222 814,80 zł, a w ofercie INWEST na kwotę 47 610 zł (w Kosztorysie inwestorskim ceny jednostkowe to odpowiednio 24,57 zł i 45,63 zł, natomiast w ofercie INWEST 10,00 zł i 5,00 zł).

22. Odwołujący wskazuje również na poz. 3.3.2. Ułożenie rur /.../, których wartość w Kosztorysie inwestorskim to 595 626,24 zł (cena jednostkowa 311,52 zł), a w ofercie INWEST 315 480 zł (cena jednostkowa 165 zł).

23. Te pozycje rozliczeniowe znajdują się w Kosztorysach dla Część II – Korpus drogowy i dla Odwodnienie Korpusu drogowego, które poza kosztorysem dla Roboty przygotowawcze najbardziej różnią się od wartości tych kosztorysów w Kosztorysie inwestorskim i w kosztorysach innych wykonawców. Wskazane powyżej ceny jednostkowe nie są wprawdzie wycenione na 1 zł, a więc ich wycena nie jest aż tak rażąco zaniżona jak cen wskazanych powyżej, jednak nadal są to ceny nie pokrywające kosztów niezbędnych do poniesienia w związku z wykonywaniem robót budowlanych, do których ceny te się odnoszą. Jednocześnie mówimy w tym przypadku o zaniżeniu, które może prowadzić do zaniżenia całej ceny ofertowej. Zysk na takich kontraktach, zwłaszcza przy tak dużej walce konkurencyjnej, jest minimalny i wynosi 2-3%. Jest więc niższy niż różnica w kosztach pokazana powyżej.

II. Argumentacja prawna – wezwanie do wyjaśnienia ceny.

24. Obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp aktualizuje się nie tylko w sytuacji, do której nawiązuje art. 224 ust. 2 Pzp, tj. w razie wystąpienia określonej różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT czy średnią ceną złożonych ofert, ale w każdej sytuacji, gdy cena oferty lub odpowiednio istotne jej składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zwłaszcza zaniżenie wyceny istotnych składowych ceny ofertowej, co ma miejsce w niniejszej sprawie, winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną ceną, zwłaszcza jeśli wycena niektórych pozycji (ok. 20) jest wręcz symboliczna, bo wynosi 1 zł. Te okoliczności są wystarczającym uzasadnieniem do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa.

25. W orzecznictwie mocno akcentuje się, że już samo zaniżenie wyceny istotnych składowych powinno stanowić podstawę do wyjaśnień z art. 224 ust. 1 Pzp. Przykładowo Izba np. w wyroku KIO 2258/17, stwierdza: nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to Zamawiający ma obowiązek zażądać od Wykonawcy stosownych wyjaśnień". Podobnie w KIO 2483/15. Również bowiem w braku przekroczenia tego progu mogą zaistnieć sytuacje, w których przeprowadzenie procedury wyjaśniającej stanowi obowiązek zamawiającego.

26. W niniejszej sprawie INWEST zaoferował cenę jednostkową dla ok. 20 pozycji wynoszącą 1 zł w sytuacji, gdy Zamawiający pozycje te wycenił 40 albo 60 razy wyżej, podobnie inni. Cena ta jest symboliczna i z pewnością nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania prac. Jednocześnie w części przypadków, INWEST wycenił bardzo nisko pozycje towarzyszące, co wskazuje, że nie ma skąd pokryć kosztów wykonania całych grup prac. Niektóre z pozycji dotyczą robót, z uwagi na niewielką ilość robót do wykonania, o niewielkiej wartości końcowej, jednak są też takie, jak poz. 1.5.1., której wartość zwłaszcza w powiązaniu z zaniżonymi poz. 1.4 i 1.5 jest istotna i prowadzi do zaniżenia wartości wszystkich robót przygotowawczych. Również pozostałe pozycje powinny wzbudzić wątpliwości ze względów opisanych powyżej. W sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, każda cena jednostkowa jest istotna - stanowi treść składanej przez wykonawcę oferty.

III. Argumentacja prawna – wezwanie do wyjaśnienia treści oferty.

27. Cena 1 zł za prace opisane powyżej nie jest spotykana na rynku i nie pozwala na pokrycie kosztów wszystkich prac

koniecznych do wykonania w świetle zapisów STWiORB.

28. Wątpliwości Zamawiającego powinno budzić to, czy INWEST zaoferował realizację całości wymaganych opisem przedmiotu zamówienia prac, w sposób wymagany tym opisem, a także to, czy ceny jednostkowe zostały skalkulowane w sposób rzetelny, uczciwy i czy nie mamy w niniejszej sprawie do czynienia z niedozwolonym przerzucaniem kosztów pomiędzy pozycjami rozliczeniowymi czy innymi podobnymi działaniami, które mogłyby świadczyć o tym, że w sprawie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Wreszcie, przy tak niskiej cenie ofertowej Zamawiający powinien wyjaśnić, czy cena ta nie wynika z przyjęcia przez wykonawców założeń co do dalszego postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki w sposób niezgodny z prawem.

29. W ocenie Odwołującego tylko nie uwzględnienie wszystkich wymogów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia lub niedozwolone manipulowanie cenami ofertowymi mogło pozwolić INWEST na zaoferowanie ceny jednostkowej za ww. pozycje na poziomie 1 zł. Realne koszty wykonania robót, do których odnoszą się te pozycje, są dużo wyższe i nawet przy stosowaniu daleko idących optymalizacji kosztów (dozwolonych prawem) nie pozwalają na wycenę na poziomie 1 zł. Odwołujący, który posiada całość sprzętu wymaganego do realizacji zamówienia na własność (sprzęt zamortyzowany), korzysta z bardzo wysokich rabatów na zakup paliwa (ilość zużywanego przez Odwołującego paliwa z uwagi na świadczenie również usług letniego i zimowego utrzymania dróg jest bardzo duża) oraz zatrudnia na stałe sprawdzane brygady robocze po niskim koszcie, nie byłby w stanie obniżyć ceny jednostkowej do poziomu 1 zł i wykonywać robót bez straty. Należy założyć, że z pozostałymi wykonawcami jest podobnie, bowiem ich ceny jednostkowe za te pozycje są jeszcze wyższe. Jakie więc okoliczności czy raczej praktyki pozwoliły na zaoferowanie INWEST ceny 1 zł – ta okoliczność wymaga w ocenie Odwołującego wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

30. Dopiero bowiem ustalenie przez Zamawiającego, że oferty wykonawców dotyczą tego samego zakresu robót i uwzględniają w równym stopniu wszystkie wymagania prawa, pozwala na ich porównanie.

31. Nie można uznać, że zamawiający ma całkowitą swobodę w stosowaniu art. 223 ust. 1 Pzp. W określonych okolicznościach, zwłaszcza wtedy gdy istnieją jednoznaczne podstawy do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ww. przepisu stanowi obowiązek zamawiającego.

Zamawiający: POWIAT MIELECKI - POWIATOWY ZARZĄD DRÓG W MIELCU w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W tracie badania ofert Zamawiający stosownie do art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP stwierdził, że wśród ofert, które wpłynęły do Zamawiającego nie było ofert zawierających rażąco niską wartość (odbiegających o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu).

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym pkt. 1 Wykonawca oświadcza, że cena obejmuje pełny zakres przedmiotu zamówienia („SKŁADAMY OFERTĘ na wykonywanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) (cena kosztorysowa obejmująca pełny zakres przedmiotu zamówienia opisanego w swz i załącznikach)”), a więc nie wystąpiły żadne przesłanki, które by obligowały Zamawiającego do wezwania oferenta do wyjaśnienia. Zamawiający sprawdził czy oferty nie zawierają błędów rachunkowych, pisarskich oraz błędów polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i po analizie wszystkich ofert dokonano poprawy dwóch ofert. Wyczerpanie kosztorysowe we wszystkich ofertach było poprawne i nie zawierało błędów rachunkowych, które mogłyby wpłynąć na wartość ofert złożonych przez wykonawców.

Pozycje kosztorysowe wyszczególnione w odwołaniu nie stanowią tak istotnych elementów zamówienia w porównaniu z pozostałymi pozycjami zawartymi w kosztorysie i nie budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Należy również zauważyć, że cena oferty kolejnego wykonawcy jest tylko o 1,7 % wyższa od ceny wybranej oferty. W związku z tym Zamawiający przy wyborze oferty nie miał wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za wartość przedstawioną w najkorzystniejszej ofercie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Firma Handlowo-Usługowa „Inwest Bruk” s.c. A.i. którego oferta została wybrana w jako najkorzystniejsza.

Wskazał, co następuje.

Zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe zostały skalkulowane prawidłowo, cena zaoferowana przez niego nie jest rażąco niska.

W zaistniałej sytuacji taka okoliczność nie występuje. Sam Odwołujący złożył ofertę różniącą się od oferty Wykonawcy

kwotą tylko 176.000 zł. Wartość oferty Wykonawcy nie różni się w sposób znaczący, od wartości kolejnych ofert złożonych przez innych oferentów. Są to różnice wielkości 600.000 i 800.000 zł co stanowi de facto 10% różnicy w cenie.

Tak więc nie istniały okoliczności które dawały podstawę do przyjęcia niż oferta Wykonawcy lub jej części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożona oferta nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Ustalenie Zamawiającego co do niskiej ceny musi być odniesione do realiów rynkowych i to na ich podstawie trzeba ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia. Ceny wykonawcy i drugiej w kolejności złożonej oferty różniła się tylko około niewielkim zakresie- czyli około 1,7%. Nie dawało to podstaw Zamawiającemu do poddawania w wątpliwości kalkulacji i określenia ceny ofertowej wskazanej przez Wykonawcę.

Wskazywane przez Odwołującego argumentacja kwestionująca wskazane przez Wykonawcę ceny i wartości nie dotyczy istotnych pozycji kosztorysu. Jest pewnego rodzaju żonglerką słowną i przekalkulowaniem kwot nie odnoszących się do głównej istoty zamówienia, w zakresie którego wycena Wykonawcy, jest jak w pozostałym zakresie rzetelna i nie kwestionowana. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja bazuje na różnych modelach cen i niestety nie uwzględnia lokalnych i rzeczywistych warunków rynkowych realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tej weryfikacji ofert przez Zamawiającego był zaś brak zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty.

Oferta złożona przez Wykonawcę nie może zostać uznana za rażąco niską, w związku z czym Zamawiający nie musiał wzywać Wykonawcy do złożenia słownych wyjaśnień. Tym bardziej więc nie miał żadnych podstaw do odrzucenia złożonej przez Wykonawcę oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak słusznie wskazał odwołujący, obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp występuje nie tylko w sytuacji, do której nawiązuje art. 224 ust. 2 Pzp, tj. w razie wystąpienia określonej różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT czy średnią ceną złożonych ofert, ale w każdej sytuacji, gdy cena oferty lub odpowiednio istotne jej składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

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 (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców. (por komentarz UZP do ustawy red. H. Nowak i M. Winiarz, Warszawa 2021, teza 1 do art. 224 pzp za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 3 stycznia 2018 r. XXIII Ga 1547/17.)

Natomiast przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska (por. ibidem).

Poprawnie wywodzi odwołujący, że już samo zniżenie wyceny istotnych składowych powinno stanowić podstawę do wyjaśnień z art. 224 ust. 1 Pzp. Zgodnie ze stanem faktycznym wskazuje na ok. ok. 20 pozycji robót w grupie prac „Roboty przygotowawcze”, gdzie wykonawca w swoim kosztorysie przedstawił cenę jednostkową wymienionych prac wynoszącą 1 zł. W tym miejscu należy wskazać, iż nie były to ceny pozycji, lecz ceny jednostki obrachunkowej, która była mnożona przez wymaganą wielkość z kosztorysu obrachunkowego. Uwaga ta ma o tyle znaczenie, że w odwołaniu kilkakrotnie wskazuje się na cenę pozycji w wysokości 1 zł zamiast cenę jednostkową dla określonej pozycji, co nie odzwierciedla stanu faktycznego.

W sprawie rozpatrywanej niesporne jest, iż cena oferty była przedstawiana w formie wymaganego kosztorysu, a wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako wynagrodzenie kosztorysowe oparte na złożonym z ofertą kosztorysie.

Rozpatrując kwestię, czy zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wysokości ceny oferty, w tym wyjaśnień co do wartości zaoferowanych części składowych wyspecyfikowanych w odwołaniu, skład orzekający stwierdza, co następuje.

Poza sporem jest okoliczność, iż wśród ofert złożonych w postępowaniu nie było ofert z ceną lub kosztem, obligującymi

zamawiającego do żądania od wykonawców, w tym przystępującego, złożenia wyjaśnień wobec zaistnienia przesłanki ustawowej z art. 224 ust. 2 ustawy pzp (odbiegających o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu).

Cena ofert kolejnych wykonawców są porównywalne, w tym cena drugiego w kolejności jest o 1,7 % wyższa od ceny wybranej oferty. To pozwala na wniosek, iż ceny są realne i mają charakter rynkowy co najmniej dla przedmiotowego rynku właściwego.

Kluczowa w sprawie jest ocena, czy składniki ceny wskazane jako rażąco zaniżone, powinny być wyjaśniane w trybie art. 224 ust. 1. Należy zauważyć, że przepis stanowi o istotnych częściach składowych. Za takie należy uznać części istotne tak co do wartości, jak i znaczenia rzeczowego w realizacji zamówienia. Pojęcia istotności nie należy przy tym utożsamiać z niezbędnością. Racjonalne jest bowiem stwierdzenie, że wszystkie prace wymagane dla realizacji przedmiotu zamówienia są niezbędne, skoro mają zaspokoić rzeczywiste potrzeby zamawiającego, natomiast nie wszystkie są istotne w rozumieniu przepisu wskazanego. Oczywiście jest, że do realizacji przebudowy drogi niezbędne jest wykonanie prac przygotowawczych, takich jak przygotowanie terenu, rozbiórki, wywóz materiału itp. i są to prace niezbędne. Jak zauważyli zamawiający i przystępujący wartość tych oczywiście niezbędnych przedmiotowo prac stanowi niewielki procent wartości przedmiotu zamówienia, tak w kosztorysie inwestorski, jak ofercie wybranej, a także ofercie odwołującego. Jak wskazano w zestawieniu porównawczym złożonym na rozprawie procentowy udział pozycji wycenionych po 1 zł (stanowiących ośnoję zarzutu) wynosi w stosunku do ceny zaoferowanej w kosztorysie inwestorskim 3,32%, a w ofertach wykonawców od 0,86% do 1,18%, w tym w ofercie odwołującego 0,86%. Natomiast procentowy udział całego działu robót rozbiórkowych do ceny ofert wynosi od 3,92 % do 6,90%. Mając zatem na uwadze wskazane wielkości uzasadnione jest stwierdzenie, iż prace o takiej cenie w relacji do wartości zamówienia, nie mają waloru istotności, a ich wycena ma znikomy wpływ na cenę oferty, co oznacza, że zbędne jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego co do elementów o marginalnej wartości i znikomym udziale w cenie oferty.

Zatem argumentacja nie dotyczy istotnych części składowych kosztorysu i ceny.

Z uwagi na dokonane ustalenia, Izba uznaje, że zamawiający dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny oferty odwołującego, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Przewodniczący:.....