Sygn. akt: KIO 3659/23

WYROK

z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Traffic Polska sp. z o.o. z siedzibą w Markach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie

przy udziale wykonawcy Podkowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3659/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Traffic Polska sp. z o.o. z siedzibą w Markach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Traffic Polska sp. z o.o. z siedzibą w Markach tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy Traffic Polska sp. z o.o. z siedzibą w Markach na rzecz wykonawcy Podkowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 3659/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Konserwację i usuwanie awarii sygnalizacji świetlnych na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego w latach 2024-2026, nr postępowania 223/23.

W dniu 18 września 2023 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu pod nr 560905-2023-PL.

W dniu 22.11.2023 r. zostało przekazane Odwołującemu: Traffic Polska sp. z o.o. z siedzibą w Markach zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Podkowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Przystępującym, Wykonawcą lub Podkowa.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 4 grudnia 2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Podkowa pomimo, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona, a także zarzucając mu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Podkowa, która zawiera rażąco niską cenę a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i nie zawierają kluczowych dowodów.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym odrzucenia oferty Podkowa.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt II OPZ wymagał realizacji następujących usług:

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzą:

1.Bieżące utrzymanie, konserwacja i naprawa w sprawności technicznej urządzeń sygnalizacji świetlnej i ich instalacji, połączonych z naprawą lub wymianą uszkodzonych lub zużytych elementów na pełnosprawne;

2.Naprawy sygnalizacji świetlnych w ramach likwidacji awarii oraz uszkodzeń, wynikających ze zdarzeń drogowych, kradzieży, dewastacji, i innych zdarzeń losowych na podstawie przygotowanego kosztorysu wykonawczego

na podstawie cen z Kosztorysu Ofertowego Wykonawcy. Zamówienia składane będą przez Kierowników Wydziałów Technicznych Rejonów Drogowych MZDW w zależności od zaistniałych potrzeb.

Zakres usług konserwacji tj. pkt II.1 OPZ został szczegółowo określony w pkt III.1 i III. 2, III.4 OPZ zaś usług naprawy awarii określone w pkt. II.2 OPZ zostały opisane w pkt. III.3 OPZ.

W załączonym do SWZ formularzu oferty wykonawca miał wycenić osobno usługę konserwacji podając cenę ryczałtową za 36 miesięcy realizacji tej usługi oraz cenę za usuwanie awarii, obejmującą elementy wymagane w załączonym do SWZ wzorze kosztorysu ofertowego.

Odwołujący zauważył, że z informacji z otwarcia ofert wynika, że wykonawca Podkowa zaoferował cenę 4 306 550,35 zł, przy czym kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 6 154 920,00 zł, a co za tym idzie cena oferty jest znacząco niższa niż budżet Zamawiającego.

Z formularza oferty wykonawcy Podkowa wynika, że cena jaką zaoferował wynosi:

Za usługę utrzymania pkt. II.1 OPZ: 77 412,51 zł brutto za miesiąc, co daje za 36 miesięcy: 2 786 850,36 zł. Za usługę naprawy pkt. II.2 OPZ: 1 519 699,99 zł

Odwołujący relacjonował, że Zamawiający pismem z dnia 25.10.2023 r. wezwał więc wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień ceny oferty, w tym w zakresie kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego.

Następnie, pismem z dnia 8.11.2023 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia rozbieżności w sumowaniu pozycji ze złożonych wyjaśnień wskazując, iż doszło do omyłki rachunkowej.

Wykonawca złożył na ww. wezwania odpowiedzi, jednak ich ocena merytoryczna prowadzi do wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i nie zawierają kluczowych dowodów.

W ocenie Odwołującego - cena oferty Wykonawcy Podkowa w zakresie usługi konserwacji polegającej na bieżącym utrzymaniu (pkt II.1 OPZ) i usługi naprawy (pkt. II.2 OPZ) jest rażąco niska a Wykonawca wybrany w związku z tym nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia. Zasadniczym błędem wyceny Wykonawcy jest nieoszacowanie części kosztów niezbędnych do wykonania usług wynikających z OPZ, jak również nie wykazanie ponoszenia zasadniczych kosztów tej usługi, w szczególności wynagrodzenia osób zaangażowanych do jej realizacji.

Zaznaczył przy tym, że Wykonawca Podkowa sp. z o. o. w udzielonych w dniu 27.10.2023 r. wyjaśnieniach na wstępie, w Załączniku nr 1 Wyjaśnienia sposobu kalkulacji oferty referując do usługi utrzymania sygnalizacji świetlnej będącej przedmiotem niniejszego postępowania odnosi się do kwestii realizacji przez niego dotychczasowej usługi w ramach zadania „Konserwacja i usuwanie awarii sygnalizacji świetlnych na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego w latach 2021-2023 z podziałem na 9 części" (nr. Postępowania Zamawiającego 095/20. Wykonawca twierdzi, że notuje on na tym kontrakcie zysk przy dużo niższych stawkach.

Odwołujący nie podzielił stanowiska wykonawcy konkurencyjnego, że wykonawca Podkowa realizuje obecną umowę w sposób należyty, a nie realizowanie usługi zgodnie z wymaganiami postępowania 095/20 w skali całego kontraktu może generować olbrzymie oszczędności przekładające się na wspominany przez Wykonawcę wynik finansowy.

Przykładowo Odwołujący wskazał że, jednym z wielu wymagań OPZ dla obecnie trwającej umowy jest:pkt 2. Obowiązki wykonawcy konserwacji sygnalizacji świetlnej, ppkt. 7. Pomalowanie wszystkich urządzeń naziemnych na wszystkich skrzyżowaniach objętych konserwacją (barwa ustalona i zatwierdzona przez Zamawiającego) wg. Wykazu. Wykaz skrzyżowań objętych malowaniem Wykonawca przedstawi Zamawiającego do 1 marca, a malowanie wg wykazu wykona do 30 czerwca każdego roku.

Wykonawca realizując przedmiot zamówienia powinien realizować wszystkie elementy SWZ.

Tymczasem Odwołujący stwierdził, że wykonany przez niego losowy objazd kilku skrzyżowań (3 skrzyżowania spośród ponad 100 skrzyżowań objętych konserwacją Wykonawcy) objętych aktualną konserwacją sygnalizacji świetlnej w RD Wołomin wykazał wizualny brak jakichkolwiek działań Wykonawcy w zakresie realizacji w/w wymagania – obfita korozja na elementach technicznych sygnalizacji świetlnych nie będących korozją półroczną.

Wskazał na brak jakichkolwiek oznak odnowienia powłoki malarskiej na przestrzeni 3 lat realizacji kontraktu przez Wykonawcę Podkowa. Jako dowód potwierdzający stan infrastruktury z dnia 03.12.2023r powołał się na załącznik D 0.1.

W związku z przedstawionymi dowodami informację wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia postępowania 095/20 przez Wykonawcę po niższych stawkach jednostkowych z zyskiem należało – zdaniem Odwołującego - uznać

za niewiarygodną, gdyż zamówienie to jest realizowane nienależycie.

Odwołujący wnosił więc o przeprowadzenie dowodu w postaci załączonych zdjęć dla ww. skrzyżowań celem wykazania, że nienależyta wycena zamówienia przekłada się na nienależytą realizację zamówienia, co nastąpiło w obecnie realizowanej przez tego wykonawcę umowie, a więc z dużym prawdopodobieństwem może nastąpić również w niniejszym zamówieniu.

Odwołujący w swoim odwołaniu zwrócił uwagę na następujące aspekty związane z zarzutem rażąco niskiej ceny:

1. Koszty wynagrodzenia personelu:

Odwołujący wskazał, że Wykonawca w wyjaśnieniach RNC (pismo L. dz. 779/11/2023) przedstawia kalkulację planowanego zaangażowania osobowego na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie ceny ryczałtowej. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego cena ryczałtowa dotyczyła ceny formularza ofertowego za 1 miesiąc konserwacji sygnalizacji świetlnej, co potwierdza § 2 ust. 2, 4 oraz 5 Umowy.

Zauważył również, że z wyjaśnień wykonawcy Podkowa w zakresie konserwacji i utrzymania wynika, że: Zakres robót rozumianych jako bieżące utrzymanie i konserwacja sygnalizacji świetlnej drogowej w ramach wynagrodzenia miesięcznego zamierza on skierować w sumie 5 osób: „do obsługi omawianego zadania planujemy przeznaczyć w dni powszednie dwie jednoosobowe ekipy na pierwszej i drugiej zmianie, jedną na trzeciej, co daje razem 5 osób. W dni wolne od pracy, bazując na naszym doświadczeniu utrzymanie pogotowia sygnalizacyjnego oszacowaliśmy na dwie osoby, przy założeniu obciążenia kalkulowanego kontraktu 6 godzinami pracy.

Dodatkowo, zaznaczył, że do wyjaśnień została załączona kalkulacja roboczogodzin dla osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie robocizny dla jednego miesiąca.

Podniósł, że z kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę wynika, że zamierza on w ciągu jednego miesiąca świadczenia usługi ryczałtowej zapewnić obłożenie osobowo-godzinne:

1.I zmiana – 8 godzin przez 21 dni w miesiącu = 168rh

2.II zmiana – 8 godzin przez 21 dni w miesiącu = 168rh

3.III zmiana – 8 godzin przez 21 dni w miesiącu = 168rh

4.Dyżury świąteczne – 6h dziennie przez 10 dni w miesiącu = 60 rh

5.Razem: 564rh.

Wskazał przy tym, że zgodnie z dokumentacją postępowania Zamawiający wymaga w OPZ:

1.Pkt. III.1. […] Zamówienie w zakresie dotyczącym usług konserwacji, naprawy, utrzymania sygnalizacji świetlnych realizowane będzie całodobowo.

2.Pkt. III.2.17.Codzienne zabezpieczenie dyspozycyjności.

3.Pkt. III.2.32. Wykonawca musi być dyspozycyjny całodobowo i w razie stwierdzenia awarii źródła światła sygnalizatora powinien przystąpić do jej usuwania w ciągu 2 godzin od momentu zgłoszenia. W przypadku awarii zagrażającej bezpieczeństwu, zabezpieczenie miejsca winno nastąpić bezwarunkowo w ciągu 1 godziny od momentu zgłoszenia. W przypadku awarii/uszkodzenia detekcji skutkującej nieprzydzielaniem sygnału zezwalającego jakiejkolwiek grupie sygnałowej pomimo zapotrzebowania na sygnał zielony, w ciągu 1 godziny od momentu zgłoszenia należy zlikwidować usterkę przynajmniej poprzez przełączenie sygnalizacji na pracę stałoczasową.

Według Odwołującego - z powyższych wymogów wynika konieczność, aby Wykonawca był w dyspozycyjności przez cały miesiąc 24h na dobę ze skutecznością dotarcia z bazy do miejsca zgłoszenia nawet w ciągu 1h od daty zgłoszenia, które w skrajnych przypadkach może być oddalone od siedziby Wykonawcy o około 120km (RD Radom) – 1 godzina oraz 15 minut drogi przy sprzyjających warunkach drogowych, 87km (RD Garwolin) - 1 godzina drogi przy sprzyjających warunkach drogowych, 108km (RD Płock) – 1 godzina oraz 30 minut drogi przy sprzyjających warunkach drogowych.

Dalej, Odwołujący wywodził, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego usługa konserwacji ma być świadczona całodobowo z zachowaniem czasu reakcji jak wyżej. W związku z powyższym Wykonawca powinien posiadać zespół co najmniej 2-osobowy w dyspozycyjności natychmiastowej przez 744rh w miesiącu (dla 31 dniowego miesiąca), 24h na dobę, 7 dni w tygodniu(miesięczne zaangażowanie w konsekwencji powinno zostać wycenione w ofercie na 1488 godzin).

Odwołujący przekonywał, że w przypadku wystąpienia w jednym momencie więcej niż jednej awarii sygnalizacji świetlnej na terenie Województwa Mazowieckiego, w przypadku zaangażowania tylko jednej osoby w jednostce czasu będzie niemożliwe sprostać wymaganiom Zamawiającego. Wykonawca dla III zmiany przewidział jedynie jedną osobę,

co nie zapewni realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami OPZ. To samo dotyczy realizacji wymagań Zamawiającego w zakresie pkt. III.2.23 W przypadku odłączenia lub awarii zasilania podłączenie agregatu prądotwórczego jako rezerwowego zasilania sterownika należy wykonać w ciągu 2 godzin od zgłoszenia (w ciągu 15 minut w przypadku planowych wyłączeń zasilania) i nadzór nad pracą sygnalizacji na cały okres wykorzystywania agregatu. oraz III.2.28 Wykonawca ma obowiązek być obecnym przy rozpoczynaniu i kończeniu prac przez inne osoby trzecie działające na zlecenie zamawiającego związane z sygnalizacją, a w razie konieczności uczestniczyć w trakcie prac.

Podniósł również, że w przypadku realizacji tych wymagań Zamawiającego co najmniej jedna osoba w ciągu wykonywania obowiązków służbowych jest wyłączona z możliwości realizacji innych zgłoszeń Zamawiającego, a więc czas rekcji (1 lub 2h) nie będzie możliwy do utrzymania.

Zwrócił uwagę, że w załączniku nr 1 do wyjaśnień Wykonawca podkreślił, że będzie w stanie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia skierować dodatkowe nakłady osobowo-sprzętowe: „W razie spiętrzenia awarii (np.: przy niesprzyjających warunkach atmosferycznych) do realizacji ww. Kontraktu mogą zostać skierowane osoby i sprzęt nie tylko przewidziane do jego realizacji, ale także z innych działów, co zapewni wymagany zapisami czas reakcji na zgłoszenie oraz czas usuwania skutków awarii, a tym samym zminimalizowaniem ryzyka naliczenia kar umownych.”. Jednocześnie nie zostało to ujęte w przedstawionej kalkulacji uzasadnienia ceny ryczałtowej – wykonawca więc dostrzegł problem sygnalizowany obecnie przez Odwołującego jednak pominął wycenę kosztów z tym związanych czy nawet nie wskazał kwoty stanowiącej wycenę ryzyka.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił, że wykonawca nie wycenił ponadto w sposób wystarczający kosztów dyżurów świątecznych, gdzie przewidział wprawdzie dwie osoby ale wycenił jedynie 6 godzin pracy, a nie 24 godziny, co powoduje że w trakcie doby świątecznej pozostaje 18 godzin bez pracowników, co dla 10 dni daje niedoszacowanie 360 godzin (18h bez pracownika x 10 dni x 2 osoby), co w przeliczeniu przyjętej stawki 43,34 zł daje koszt: 15 602,40 zł miesięcznie, którego wykonawca nie przewidział, a który w świetle wymogu pracy całodobowo i czasu reakcji jest konieczny do poniesienia.

Odwołujący przyznał, że w odniesieniu do powyższego, wykonawca może argumentować, że stosuje wynagrodzenie za gotowość pracownika przez wymagany okres czasu, jednak wciąż w kalkulacji znajduje się jedynie 6 godzin, a nie 24 a wykonawca w wyjaśnieniach nie powołał się na taką formę wynagrodzenia.

Argumentem wykonawcy mogłoby być również, że wystarczy jedna osoba do zapewnienia tej usługi, a więc skoro wskazał 2 osoby po 6 godzin to łącznie zapewnia 12 godzin, co jednak wciąż nie pokrywa całej doby świątecznej a więc 24 godzin.

Na marginesie, jak wskazano wyżej Odwołujący zanegował, jakoby jedna osoba była wystarczająca do świadczenia ww. usługi.

Reasumując powyższe, zgodnie z założeniami Wykonawcy oraz przedstawionymi przez niego wyjaśnieniami w kalkulacji ceny miesięcznego utrzymania – zdaniem Odwołującego - brakuje co najmniej 168 rh dla III zmiany i co najmniej 360 godzin dla dyżurów świątecznych. Wykonawca wycenił jedynie pracowników dla 960 godzin z 1488 wymaganych. Brakuje również jakiegokolwiek kosztu związanego z opcjonalnym zaangażowaniem dodatkowych osób lub też nieobecnością pracowników natywnie skierowanych do realizacji zamówienia.

W opinii Odwołującego - przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w postaci zwolnienia z konieczności opłacania składek na FP oraz FGŚP dla osób powyżej 55 roku życia nie zwalania z konieczności wypłacania mu wynagrodzenia w czasie nieobecności lub niezdolności do pracy oraz konieczności zapewnienia zastępstwa na stanowisku. Koszty te nie zostały uwzględnione w kalkulacji.

Odwołujący wskazał, że kolejnym istotnym elementem, który pominął Zamawiający w ocenie jest nie wskazanie w wyjaśnieniach nakładów pracy dla usług naprawy awarii (pkt II.2 OPZ). Wykonawca odwołał się wyłącznie do stawek wynagrodzenia pracowników realizujących usługę utrzymania dla jednej pozycji kosztorysu a więc usługi przeprogramowania sterowników. Wykonawca jednak nie ujawnił kosztów zatrudnienia dla innych pozycji kosztorysu napraw awarii pomimo, że Zamawiający w sposób szczególny podkreślił ten aspekt w wezwaniu kierowanym do wykonawcy. Zamawiający więc nie ma wiedzy na bazie złożonych wyjaśnień, o tym jakie będzie wynagrodzenie pracowników dla usług z pkt. II.2 OPZ poza jedną pozycją, a i w tym wypadku nie wie jaki nakład pracy i ile osób tą usługę wykona. Wykonawca nie podał szczegółowego sposobu wyliczenia ceny dla złożonego wraz z ofertą kosztorysu napraw. Nie ujawnił ani stawek wynagrodzenia, ani ilości godzin pracy poszczególnych osób dla poszczególnych pozycji tego

dokumentu ani nawet nie wskazał ilości pracowników.

Jedynym kosztem poza osobami fizycznymi jaki wskazuje wykonawca jest zaangażowanie osoby odpowiedzialnej za obsługę kontraktu, określając potrzebne zaangażowanie na poziomie 30% etatu (3000 zł netto w kalkulacji).

Odwołujący argumentował, że nigdzie jednak w kalkulacji nie przedstawiono kosztu związanego z zaangażowaniem do realizacji przedmiotu zamówienia wymaganej przez Zamawiającego osoby odpowiedzialnej za nadzór nad konserwacją i usuwaniem awarii sygnalizacji świetlnej – wymóg wynika z roz. VII ust. 2 pkt 4 lit. b SWZ. Osoba ta ma posiadać zgodnie z SWZ uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

Wyjaśnił, że Kierownik robót, to osoba nadzorująca prace, trudno więc byłoby zaakceptować możliwy do podniesienia argument wykonawcy Podkowa jakoby jego praca była wliczona w ramach realizacji usługi dla I, II czy III zmiany w tabeli kalkulacji przedłożonej wraz z wyjaśnieniami czy też w ramach czynności nazwanej obsługa umowy. Kierownik robót nie dokonuje bowiem bieżących objazdów i nie przeprowadza czynności konserwacyjnych lecz pełni jedynie nadzór nad usługą, zaś osoba odpowiedzialna za obsługę umowy dokonuje czynności administracyjnych takich jak rozliczenia, ewidencjonowanie, przyjmowanie zgłoszeń etc.

Odwołujący skomentował również, że w treści wyjaśnień Wykonawca dwukrotnie podkreśla, że posiada własne laboratorium, z którego deklaruje korzystać podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo wskazał na założenie wykonawcy, że będą z niego korzystały te same osoby, które zostaną skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia części ryczałtowej jak i dodatkowej.

Powołał się w tym względzie na słownik PWN i pojęcie laboratorium jako pomieszczenie wyposażone w specjalną aparaturę, przeznaczone do przeprowadzania badań naukowych lub analiz lekarskich. Jak sama definicja wspomnianego pomieszczenia określa jest to specjalistyczne pomieszczenie wyposażone w specjalistyczny sprzęt, a co za tym idzie wymaga specjalistycznego personelu. Wykonawca informuje, że będzie z niego korzystał ten sam personel co będzie skierowany np. do odnawiania powierzchni malarskiej urządzeń infrastruktury sygnalizacyjnej na skrzyżowaniu lub usuwania skutku kolizji. Wykonawca w kalkulacji ponadto nie przedstawił kosztów związanych z wykorzystaniem specjalistycznego pomieszczenia wraz ze sprzętem (laboratorium) oraz personelu do jego obsługi.

2. Wycena sprzętu:

Przyznał, że Wykonawca słusznie w swoich wyjaśnieniach (załącznik nr 1 do RNC) podkreślił, że w wartość oferty aby była rynkowa powinna zawierać czynniki cenotwórcze takie jak sprzęt: „Zdajemy sobie sprawę z faktu, że każda wycena musi być rynkowa i uwzględniać takie czynniki cenotwórcze jak m. in.: materiał, robocizna, sprzęt, koszty ogólne czy pośrednie oraz zysk i z całą stanowczością oświadczamy, że kierowaliśmy się powyższą zasadą przy tworzeniu naszej oferty.”.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca założył skierowanie do realizacji zamówienia zarówno dla części ryczałtowej jak i części naprawy awarii jedynie 6 samochodów. Co ciekawe jako jednostkę rozliczeniową dla samochodów określono stawkę godzinną jednocześnie jako dowód przedstawiając umowę na preferencyjny zakup paliw płynnych.

Odwołujący stwierdził, że z jego obliczeń opartych na identycznych założeniach, jak w przypadku zaangażowania personelu, brakuje w tym przypadku zaangażowania około 180mh sprzętu w postaci samochodów, co wynika z faktu, że Zamawiający wymaga aby Wykonawca był w dyspozycji 24h przez 7 dni w tygodniu.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że analogicznie jak przy wycenie zatrudnienia wykonawca zadeklarował skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia w razie konieczności inny sprzęt będący w jego dyspozycji: „W razie spiętrzenia awarii (np.: przy niesprzyjających warunkach atmosferycznych) do realizacji ww. Kontraktu mogą zostać skierowane osoby i sprzęt nie tylko przewidziane do jego realizacji, ale także z innych działów, co zapewni wymagany zapisami czas reakcji na zgłoszenie oraz czas usuwania skutków awarii, a tym samym zminimalizowaniem ryzyka naliczenia kar umownych.”.

W ocenie Odwołującego - w żaden sposób wykonawca nie dokonał jednak kalkulacji kosztu zaangażowania dodatkowego sprzętu czy też nie przewidział kwoty na ewentualne ryzyka.

Wyjaśnił, że przy realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest wykorzystanie takich urządzeń jak pojazd specjalny HDS, pojazd specjalny podnośnik koszowy, koparka, itp., podczas gdy Wykonawca w ramach wyjaśnień oświadczył, że skieruje do realizacji zamówienia wyłącznie 6 samochodów w liczbie odpowiadającej liczbie brygad skierowanych do realizacji zamówienia, lecz nie przewidział ww. aut specjalnych.

W przekonaniu Odwołującego - poza błędną wyceną floty wykonawca nie wycenił również usługi agregatu.

Zamawiający wymaga w pkt. III.2.23 OPZ: W przypadku odłączenia lub awarii zasilania podłączenie agregatu prądotwórczego jako rezerwowego zasilania sterownika należy wykonać w ciągu 2 godzin od zgłoszenia (w ciągu 15 minut w przypadku planowych wyłączeń zasilania) i nadzór nad pracą sygnalizacji na cały okres wykorzystywania agregatu.

Przekonywał, że jest to wymóg nie występujący dotychczas w tego typu zamówieniach na terenie województwa mazowieckiego. Z racji tego, że zarówno planowane przerwy jak i awarie w dostawie energii elektrycznej to rzecz dosyć często występujące, każda z osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia powinna być wyposażona w specjalistyczny agregat prądotwórczy (determinuje to czas reakcji wymagany przez Zamawiającego) – specjalistyczny ponieważ sterowniki sygnalizacji świetlnej występujące na obszarze realizacji zamówienia wymagają bardzo wysokiej jakości napięcia zasilania odpowiadające wysokim parametrom sieci energetycznej (urządzenia marki PEEK, ACTROS). W przeciwnym razie sterownik sygnalizacji świetlnej nie uruchomi się. Urządzenia prądotwórcze dostępne w supermarketach nie spełniają wymagań jakości napięcia. Dla przykładu tylko w obszarze PGE o/Legionowo tylko na dzień 04.12.2023r jest zaplanowane 10 włączeń zasilania w godzinach 08:00 – 16:00.

Dodatkowo, zaznaczył, że z użyciem agregatu związane jest również zapewnienie paliwa, co również generuje znaczący koszt oraz konieczność zapewnienia pracownika nadzorującego pracę agregatu w trybie ciągłym.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca w kalkulacji będącej dowodem w wyjaśnieniach RNC nie uwzględnił innych kosztów sprzętowych aniżeli samochody osobowe takich jak m.in. pojazdy specjalistyczne HDS, podnośniki koszowe czy koparki oraz specjalistyczne agregaty prądotwórcze. Wycena wykonawcy w ogóle nie uwzględnia tych pojazdów, na co wskazuje ilość maszyn zbieżna z ilością osób, co skłania do przekonania, że w tabeli załącznika 1 – sprzęt wykonawca wycenił wyłącznie pojazdy osobowe a nie specjalne.

4.Wycena materiałów:

Zdaniem Odwołującego - wykonawca był świadomy, iż musi skalkulować koszty zatrudnienia, sprzętu i materiałów, lecz w żadnym z punktów wyjaśnień ceny w zakresie kwoty ryczałtowej nie określił wartości materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że zakres koniecznych materiałów do użycia wynika z pkt. III.2 OPZ.

Określone są tam takie czynności jak (m.in.):

1.III.2.1. Utrzymanie stanu czystości i czytelności urządzeń oraz elementów sygnalizacji świetlnej

2.III.2.1.1. uzupełnienie ubytków w powłokach malarskich: szafek sterowników, szafek licznikowych i pośrednich, wysięgników, masztów;

3.III.2.1.2. mycie: szafek sterowników, szafek licznikowych, wysięgników, masztów;

4.III.2.1.3. mycie: soczewek sygnalizatorów, soczewek kamer i znaków umieszczonych na masztach sygnalizacyjnych oraz bieżące zrywanie plakatów i naklejek;

5.III.2.1.4. zamalowywanie na bieżąco napisów, zadrapań itp. na sterownikach oraz innych elementach sygnalizacji, mające na celu ich doprowadzenie ich do estetycznego wyglądu;

6.III.2.2.1. wymiana uszkodzonych i uzupełnienie brakujących – daszków, soczewek, uszczelek zamknięć sterowników, szafek, komór sygnalizacyjnych;

7.III.2.2.2. wymiana bezpieczników i żarówek.

Przekonywał, że czynności te wymagają konieczności zastosowania materiałów takich jak: środki czystości, rury ochronne, kable, daszki sygnalizacyjne, wkłady LED sygnalizatorów, żarówki, śrub, środki smarujące, rozpuszczalniki, farby, pędzle, wałki, bezpieczniki.

Wskazał jako dowód konieczności zastosowania tych materiałów zdjęcia sygnalizacji stanowiące dowód D0.1 – zabrudzenia na soczewkach sygnalizatorów, brak daszka sygnalizacyjnego, ubytki w powłokach lakierniczych, graffiti.

Według Odwołującego - wykonawca tych materiałów w ogóle nie wycenił na potrzeby usługi wskazanej w pkt. II.1 OPZ, a więc usługi konserwacji, a dowody, które złożył przy pierwszych wyjaśnieniach dotyczą materiałów niezbędnych do usuwania awarii, o których mowa w pkt. II.2 OPZ, a więc nie są one adekwatne.

Nadto, zdaniem Odwołującego -brak wyceny składników ceny oferty takich jak koszty zatrudnienia, materiałów i sprzętu powoduje, iż ocena Zamawiającego powinna być jednoznacznie negatywna. Zamawiający z uwagi na ww. braki wyceny był zobowiązany uznać, iż cena oferty, która jest niższa niż wartość szacunkowa zamówienia o prawie połowę nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych celem należytej realizacji zamówienia.

Zasadniczym uchybieniem złożonych wyjaśnień było to – w ocenie Odwołującego, iż nie zawierały one w ogóle

szczegółowych informacji, co do wyceny części z pkt. II.2 OPZ, a więc napraw. Kalkulacja ceny została sporządzona wyłącznie dla części utrzymaniowej, zaś brak kalkulacji dla części związanej z usuwaniem awarii wskazuje, iż Zamawiający nawet nie ma wiedzy czy wykonawca osiągnie z realizacji zamówienia zysk a jeśli tak to na jakim poziomie.

Zwrócił uwagę, że zasadniczym elementem weryfikacji ceny oferty jest to czy nie ma ona dumpingowego charakteru, a więc czy nie jest niższa niż koszt nabycia lub wykonania usługi niezbędnej do wykonania zamówienia. W tym wypadku, jak wykazano powyżej zachodzą poważne obawy, że tak właśnie może być, na co wskazuje skala niedoszacowań.

W ocenie Odwołującego - z uwagi na kluczowy charakter dowodu jakim jest kalkulacja ceny oferty należy uznać, że nie złożenie tego dowodu powoduje uznanie, że wykonawca nie złożył w tym zakresie wyjaśnień, a co implikuje konieczność zastosowania art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

4. Brak złożenia dowodów:

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Podkowa złożył wyjaśnienia, lecz stanowią one jedynie oświadczenie wykonawcy o zastosowaniu określonej metodologii wyceny.

Według Odwołującego - w złożonych wyjaśnieniach dla usługi utrzymania i konserwacji oprócz pisma z wyjaśnianiami nie przedstawiono żadnych dowodów na zakup materiałów i wykorzystanie sprzętu, dowodów związanych z kosztami zatrudnienia.

Zdaniem Odwołującego - złożone dla części napraw awarii dowody w postaci faktur za materiały czy umowa na paliwo nie są adekwatne do części utrzymania, gdyż dotyczą innych czynności niż konserwacja.

Ponadto, zarzucił, że wykonawca Podkowa nie załączył do wyjaśnień zarówno dla utrzymania jak i napraw żadnych dowodów potwierdzających przyjętą w kalkulacji stawkę wynagrodzenia tj. 39,40 dla I zmiany i 43,34 dla II, III zmiany i dyżurów świątecznych.

W tym względzie stwierdził, że wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu, którym w przypadku rażąco niskiej ceny jest obciążony. Bazowanie na oświadczeniu własnym wykonawcy, co do tego jakie wynagrodzenie otrzymują jego pracownicy jest nie wystarczające.

Argumentował, że po pierwsze sam Zamawiający w SWZ przewidział szereg obowiązków związanych z dokumentowaniem zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, a co za tym idzie na etapie realizacji umowy wykonawca będzie zobowiązany owe dowody przedłożyć. Również w realizowanej obecnie dla Zamawiającego umowie konserwacji znajdowały się analogiczne wymogi, a więc trudno przyjąć, że wykonawca może jeszcze na obecnym etapie nie posiadać zawartych umów z pracownikami. Skoro więc Zamawiający przewidział bardzo szczegółową weryfikację stosunku zatrudnienia w trakcie realizacji umowy to nieracjonalne wydaje się odstąpienie od tej weryfikacji na etapie wyjaśnień ceny oferty.

Zauważył, że sam wykonawca na s. 4 załącznika 1 do wyjaśnień oświadcza, że pracownicy są zatrudnieni, co również wskazuje na to, iż nie istniały przeszkody, aby złożyć umowy z tymi pracownikami potwierdzające poziom przyjętego w kalkulacji wynagrodzenia.

Po drugie, skoro w wystosowanym do wykonawcy wezwaniu Zamawiający podkreślił rangę wykazania kosztów zatrudnienia i zabezpieczenia społecznego to należało egzekwować złożenie stosownych dowodów jak np. listy płac czy umowy o pracę, w tym oprócz konserwatorów również dla Kierownika robót pełniącego nadzór.

Odwołujący podniósł również, ze oprócz dowodów związanych z potwierdzeniem koszów zatrudnienia kluczowe znaczenie mają również dowody potwierdzające szczególnie korzystne okoliczności właściwe wykonawcy, a pozwalające na obniżenie ceny oferty. W przypadku oferty wykonawcy Podkowa takim elementem jest w szczególności posiadanie własnej bazy i laboratorium, które powołał wykonawca w wyjaśnieniach nie składając na potwierdzenie żadnych dowodów.

Dodatkowo, zaznaczył, że wykonawca wskazał również na możliwość skorzystania z podwykonawców, pomimo że ani nie przewidział w kalkulacji kosztów związanych z ich pracą, ani nie złożył stosownych dowodów.

Ostatecznie podniósł, że skoro wykonawca nie złożył ani umów o pracę, ani ofert podwykonawców, ani też cenników czy ofert na zakup materiałów czy dowodu na dysponowanie bazą i laboratorium i sprzętem Zamawiający nie miał podstaw uznać jego wyjaśnień jako rzetelnych i wiarygodnych, a co za tym idzie z uwagi na to, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny Zamawiający zobowiązany był ofertę odrzucić.

Pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. wykonawca Podkowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że uwzględnia w całości odwołanie.

Wobec powyższej czynności uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania Przystępujący wniósł sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 25 października 2023 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 27 października 2023 r. wyjaśniającego rażąco niską cenę wraz załączonymi dowodami, pisma Przystępującego z dnia 2 listopada 2023 r. uzupełniającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pisma Zamawiającego z dnia 8 listopada 2023 r. wzywającego ponownie do złożenia dodatkowych wyjaśnień, odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 listopada 2023 r. wyjaśniającego rażąco niską cenę, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 12 grudnia 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 18 grudnia 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.226 ust.1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający pismem z dnia 25 października 2023 r. skierował do Przystępującego wezwanie o następującej treści: „(…)Działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), dalej ustawa Pzp, Zamawiający stwierdza, że całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości, co do możliwości wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wobec powyższego Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności elementów wskazanych w art. 224 ust. 3.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi **Wykonawca jest obowiązany uwzględnić** w wyjaśnieniach elementy wskazane w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp tj.:

-art. 224 ust. 3 pkt 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 (...)

-art. 224 ust. 3 pkt 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i **zabezpieczenia społecznego**, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający wyznacza termin doręczenia wyjaśnień w nieprzekraczalnym terminie do dnia 02.11.2023r.

Wyjaśnienia opatrzone podpisem przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, w formie elektronicznej należy przesłać Zamawiającemu za pośrednictwem https://platformazakupowa.pl/pn/mzdw.

Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.(…)”.

W następstwie tak sformułowanego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 27 października 2023 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty z rażąco niską ceną z tego powodu, że Zamawiający przeprowadził postępowanie

wyjaśniające cenę dociekając jedynie kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego.

Rozpoznając sprawę, Izba postanowiła oddalić odwołanie zupełnie z innych powodów niż wynikałoby z treści samego odwołania.

Odwołujący w swoim odwołaniu zgłosił zarzuty najdalej idące polegające na tym, że Zamawiający powinien automatycznie odrzucić ofertę Przystępującego w warunkach art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art.226 ust.6 ustawy Pzp, który to drugi przepis stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Natomiast w ocenie Izby – załączone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami, które w dużej mierze potwierdzały realność i wiarygodność zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego nie przesądzały tezy o istnieniu rażąco niskiej ceny, a w takiej sytuacji Zamawiający, gdyby miał dalsze wątpliwości co do tej ceny, byłby zobowiązany do uruchomienia przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp, to jest do dalszego prowadzenia postępowania wyjaśniającego zaoferowanej przez Przystępującego ceny w tym trybie.

W związku z powyższym wymaga wskazania, że takiego zarzutu opartego o dyspozycję przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp Odwołujący jednak nie sformułował.

Wobec tego należy podnieść, że zgodnie z art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, skoro Odwołujący takiego zarzutu zaniechania dalszego prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę opartego o przepis art.226 ust.1 ustawy Pzp nie zgłosił, Izba nie mogła rozstrzygnąć odwołania w inny sposób, jak tylko oddalić odwołanie.

Na szczególną uwagę zasługuje przy tym okoliczność, że wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2023 r. było skierowane jedynie do wyjaśnienia kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego, natomiast wezwanie to w żaden sposób nie nawiązywało do obowiązku wykazywania przez Przystępującego kosztów sprzętu i materiałów, tym bardziej na poziomie szczegółowości oczekiwanej przez Odwołującego.

Prowadzona przez Zamawiającego z Przystępującym powołana na wstępie korespondencja zmierzająca do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazuje, że wątpliwości Zamawiającego dotyczyły jedynie wyjaśnienia kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego, które stanowiły istotną część składową ceny głównej.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia i dowody przedłożone przez Przystępującego w sposób jednoznaczny przesądzały o istnieniu rażąco niskiej ceny, a tylko w takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy na zasadzie art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że brak jest dostatecznych dowodów potwierdzających koszty sprzętu i materiałów - według zapatrywania Izby – Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania ceny, w części nie odnoszącej się do jej istotnej części składowej.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie udowodnił jaki jest procentowy udział wartości sprzętu i materiału w zaoferowanej przez Przystępującego cenie, co przekłada się na to, że Odwołujący nie wykazał, że wartości te stanowią istotną część składową ceny.

W ocenie Izby – Odwołujący w ogóle nie odniósł się do przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień i szczegółowych kalkulacji kosztów pracy, lecz przedstawił swoje indywidualne kalkulacje w tym zakresie, które nie muszą odpowiadać tym wykazywanym przez Przystępującego.

Jednocześnie, gdyby Zamawiający na podstawie omawianej kalkulacji kosztów pracy powziął wątpliwości, co do braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami powinien był prowadzić dalsze wyjaśnienia odnoszące się do tej części składowej ceny.

Zamawiający w dacie rozstrzygnięcia przetargu takich dalszych wątpliwości co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny już nie posiadał i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Stosownie do 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.

Cytowany wyżej przepis art.226 ust.1 ustawy Pzp stanowi dyrektywę interpretacyjną dla Zamawiającego jak

powinien działać w okolicznościach wystąpienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pewnych braków, błędów czy innych nieścisłości w wyliczeniach kosztów za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Poza tym „zasada wyjaśniania" jest praktycznie powszechną procedurą na gruncie ustawy Pzp, co potwierdza chociażby uregulowanie opisane w art.223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp przewidujące możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Dopuszczenie przez ustawodawcę wyjaśnień treści ofert ma charakter prewencyjny i ma zapobiegać pobieżnej ocenie ofert przez Zamawiającego prowadzącej do odrzucenia ofert z najkorzystniejszą ceną lub przedstawiających najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.

Bezsporne zatem w przedmiotowej sprawie jest, że Zamawiający miał prawo do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym do żądania dodatkowych wyjaśnień, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce.

W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19, gdzie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20,wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20,wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę i przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna, uniemożliwiająca należyte wykonane przedmiotu zamówienia i taka, która jest z całą pewnością poniżej kosztów tego wykonania.

Jeżeli zatem taka cena jest poniżej kosztów wykonania zamówienia, to należałoby przyjąć, że została ona przez danego wykonawcę skalkulowana jedynie w celu eliminacji podmiotów konkurencyjnych z rynku, w tym również przy innych podobnych zamówieniach.

W ocenie Izby - Odwołujący w swoim odwołaniu takiego dowodu nie zaprezentował, a z oświadczeń wykonawców wynika, że występują oni na rynku w przedmiotowej branży naprzemiennie, co świadczy o ich determinacji w pozyskiwaniu podobnych zamówień i występującej pomiędzy nimi pozytywnej walce konkurencyjnej.

Nadto, co istotne to, że Odwołujący nie kwestionował treści samego wezwania, które – według Izby – nie było szczegółowe i nawiązywało jedynie do kosztów pracy i zabezpieczenia społeczne, które stanowiły istotną część składową ceny, a złożone wyjaśnienia Przystępującego były proporcjonalne do treści samego wezwania Zamawiającego.

Należy również zauważyć, że w myśl przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W rozpoznawanej sprawie cena całkowita oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jedynie nieznacznie przekraczała próg określony w powyższym przepisie wobec wartości zamówienia, co również wskazuje na fakt, że wprawdzie cena była najniższa, lecz nie jest ceną niewiarygodną i rażąco niską.

Izba oddaliła wszystkie dowody złożone przez strony i uczestnika jako niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z tego powodu, że nie miały one bezpośredniego związku ze sporną ceną oferty Przystępującego i nie mogły one wpłynąć w żaden sposób na zaprezentowaną na wstępie ocenę prawną tej sprawy.

W szczególności za zbędną Izba uznała dokumentację fotograficzną złożoną przez Odwołującego, która wymagałaby dodatkowych ustaleń faktycznych wiążących się ze zwłoką w rozpoznaniu sprawy, a okoliczność należytego wykonania kwestionowanej, realizowanej przez Przystępującego umowy potwierdził pełnomocnik Zamawiającego oświadczając między innymi, że nie zostały naliczone jakiekolwiek kary umowne.

Podobnie za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała złożone przez Odwołującego dowody nr 1 –

struktura wynagrodzeń według GUS za 2022 r., bowiem rzecz rozstrzygana dotyczy wynagrodzeń w okresie świadczenia usługi za rok 2024 r. i nr 2 ze strony , gdzie wskazano zawody bez związku z zawodami wykonywanymi w ramach przedmiotu zamówienia (vide: szczególnie powołany kucharz zmianowy).

Odnośnie dowodu nr 3 - wykazu materiałów, to należy przyjąć, że stanowi on jedynie zestawienie cen jednostkowych materiałów za okres 3 miesięcy i niczego on nie przesądza, szczególnie nie wykazuje on, że te materiały powinny być wykorzystane tylko do tego zamówienia oraz, że Przystępujący byłby zobowiązany do ich zastosowania według tego zestawienia, skoro Zamawiający w ogóle nie wymagał od wykonawców na gruncie SWZ określonego asortymentu materiałowego, jak również w wyjaśnieniach podawania określonych materiałów.

Reasumując, Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.224 ust.6 w związku z art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego, bez ewentualnego uprzedniego wyjaśnienia budzących wątpliwości Zamawiającego elementów kosztowych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:……