Sygn. aktKIO 1638/23

KIO 1659/23

WYROK

z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski
Członkowie: Beata Konik
Aleksandra Kot
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 22 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 i 9 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Z. U. Sp. z o.o. oraz ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Makowie Mazowieckim (sygn. akt KIO 1638/23) oraz przez wykonawcę FB Serwis S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1659/23), w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – GDDKiA Oddział w Poznaniu

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych prowadzonych pod sygnaturą akt KIO 1638/23 oraz KIO 1659/23 po stronie zamawiającego,

- wykonawcy FB Serwis S. A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1638/23 po stronie zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Z. U. Sp. z o.o. oraz ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Makowie Mazowieckim, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1659/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1638/23 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach ponowne wezwanie odwołującego, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie:
   a) GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego).
   b) GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego).
2. Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1659/23 w całości.
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1638/23 obciąża zamawiającego i:
   a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   b) zasądza od zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – GDDKiA Oddział w Poznaniu na rzecz odwołującego Konsorcjum w składzie: Z. U. Sp. z o.o. oraz ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Makowie Mazowieckim kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1659/23 obciąża odwołującego i:
   a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:……

Członkowie: ……

……

Sygn. aktKIO 1638/23

KIO 1659/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – GDDKiA Oddział w Poznaniu, dalej jako „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina", nr postępowania O/PO.D-3.2421.36.2022.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 157-450557.

I.KIO 1638/23

W dniu 7 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Z. U. Sp. z o.o. oraz Abramss Sp. z o.o. zsiedzibą lidera w Makowie Mazowieckim (sygn. akt: KIO 1638/23), dalej jako: „Odwołujący I"wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażącą niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

a w konsekwencji:

3. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego: o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego I:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący I wskazywał, że tożsame wyjaśnienia ceny zostały uznane przez Zamawiającego w postępowaniu „*Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Chodzieży*" (nr postępowania: O/PO.D-3.2421.30.2022). Zdaniem Odwołującego I powyższe powinno skutkować zastosowaniem jednakowych standardów dla obu postępowań, czego przejawem nie może być odmienna ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które są konstruowane w sposób analogiczny, według tej samej metodologii, a odmienności wynikają jedynie z różnic związanych z obszarem przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych grup TER, Odwołujący I wskazywał, co następuje:

GR 6 - Oznakowanie - odnośnie wymiany / zamontowania punktów odblaskowych o odbłyśniku barwy białej i czerwonej:

Odwołujący I wskazał, że szczegółową kalkulację przedstawił w wyjaśnieniach w załączniku nr 11 oraz w załączniku nr 12 oraz 12a załączył oferty Podwykonawców na pełen zakres prac w zakresie GR 6 - Oznakowanie.

GR 2 - Pobocza i pasy rozdziału, POZ 1.3. Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego:

Jak wskazywał Odwołujący I, przyjął on prawidłową liczbę osób. Oprócz wskazanych 4 operatorów (dwóch operatorów układarki, operator walca, operator ładowarki), wskazano dwóch pracowników fizycznych, dwie osoby odpowiadające za oznakowanie i kierowanie ruchem oraz dwóch kierowców, którzy są kierowcami busów z oznakowaniem i którzy również dowożą pracowników, co razem daje 10 osób.

Jak kontynuował Odwołujący I, ilość czasu pracy przyjęta do wyliczeń jest prawidłowa. Pracami przygotowawczymi, porządkowymi, oznakowaniem robót zajmują się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca w dyspozycji całodobowej. Wynagrodzenie brygady zgodnie z SST jest uwzględnione w Zarządzaniu Kontraktem GR 11, więc Odwołujący nie ponosi dodatkowych kosztów ich zatrudnienia.

Odwołujący I dodał, że w wyjaśnieniach jest wskazane użycie ładowarki oraz dwóch busów z oznakowaniem, więc logicznym jest (mając tak dużą wiedzę jaką posiada Zamawiający), że potrzebne są dodatkowe osoby do obsługi tych maszyn/pojazdów.

Dalej Odwołujący I wskazywał, że koszty związane z dostarczeniem walca wibracyjnego nie zostały wskazane, gdyż walec wibracyjny, jak również układarka są transportowane jedną maszyną i w związku z tym koszty dostarczenia walca zostały uwzględnione w kosztach transportu układarki, a koszty paliwa zostały uwzględnione w 5 % kosztach pośrednich.

Jednocześnie niezależnie od wyliczeń szczegółowych na potwierdzenie, że cena odwołującego jest cena rynkową została również poparta ofertami Podwykonawców na pełen zakres prac w GR 2 Pobocza i pasy rozdziału.

GR 2 - Pobocza i pasy rozdziału, POZ 1.3. Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy:

Zdaniem Odwołującego I przyjął on prawidłową liczbę osób. Oprócz wskazanych 4 operatorów (dwóch operatorów układarki, operator walca, operator ładowarki), wskazano dwóch pracowników fizycznych, dwie osoby odpowiadające za oznakowanie i kierowanie ruchem oraz dwóch kierowców, którzy są kierowcami busów z oznakowaniem i którzy również dowożą pracowników. Co razem daje 10 osób. W wyjaśnieniach jest wskazane użycie ładowarki oraz dwóch busów z oznakowaniem, więc logicznym jest, że potrzebne są dodatkowe osoby do obsługi tych maszyn/pojazdów.

Ilość czasu pracy przyjęta do wyliczeń jest prawidłowa. Pracami przygotowawczymi, porządkowymi, oznakowaniem robót zajmują się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca w dyspozycji całodobowej. Wynagrodzenie brygada zgodnie z SST jest uwzględnione w Zarządzaniu Kontraktem GR 11, więc Odwołujący nie ponosi dodatkowych kosztów ich zatrudnienia.

Dalej Odwołujący I wskazywał, że koszty związane z dostarczeniem walca wibracyjnego nie zostały wskazane, gdyż walec wibracyjny, jak również układarka są transportowane jedną maszyną i w związku z tym koszty dostarczenia walca zostały uwzględnione w kosztach transportu układarki, a koszty paliwa zostały uwzględnione w 5 % kosztach pośrednich.

Odnośnie zarzutu dot. braku wskazania informacji i wyliczeń dotyczących transportu materiałów na miejsce prac, Odwołujący I wskazał, że na czas Kontraktu będzie dysponował Baza zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego. W związku z powyższym ilość km przewidzianych na dojazdy została przyjęta prawidłowo.

W odniesieniu do transportu destruktu bitumicznego z baz położonych na terenie woj. Mazowieckiego, Odwołujący I poinformował, że transport destruktu pomiędzy bazami nie został dodatkowo uwzględniony w wyjaśnieniach RNC, ponieważ został on już uwzględniony w ramach łączonego transportu pojazdów oraz materiałów (m. in.: sól drogowa, destrukt bitumiczny, bariery drogowe, elementy betonowe, sorbent itp.), samochodów patrolowo-interwencyjnych z przyczepami VMS , U26a i innego drobnego sprzętu itp. w ramach tworzenia bazy na S5 na potrzeby realizacji kontraktu. Koszty tego rodzaju odwołujący pokrywa z innych kosztów 5% z pozycji jednostkowych (tylko z Zarządzania Kontraktem oraz Zimowego Utrzymania Dróg, 5% wartości tylko tych dwóch pozycji daje wartość 363 533,36 zł netto), co wynika m.in. z § 24 Projektowanych Postanowień Umowy.

Koszty z tytułu magazynowania destruktu bitumicznego na tymczasowej bazie przeznaczonej do realizacji kontraktu drogi ekspresowej S5 zostały uwzględnione w kosztach pośrednich, które również zostały wskazane w wyjaśnieniu RNC (średnio 5 % ceny jednostkowej).

Odnośnie zarzutu braku podania kosztów materiałów z uwzględnieniem kosztów jego magazynowania Odwołujący I wskazał, że wszystkie dokumenty oraz wyniki badań Wykonawca przedstawia Zamawiającemu do akceptacji, przed przystąpieniem robót, a nie na etapie składania wyjaśnień RNC, co wynika z SST D. 05.02.00b punkt 6.2.

Powyższe, zdaniem Odwołującego I, skutkuje uznaniem, że Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego, a

jego oferta nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Odwołujący I nie zgodził się również z Zamawiającym w zakresie podstaw do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Wskazał, że zgodnie z SST D-10.10.01e pkt 5.2 „W celu realizacji określonego wyżej celu, Wykonawca zapewni stałą obecność personelu sprzątającego na MOP przynajmniej w godzinach 6.00-22.00, 7 dni w tygodniu." Powołał się również na punkt 5.13, co przesądza jego zdaniem o prawidłowym przyjęciu danych do wyliczeń.

Powyżej opisane okoliczności, zdaniem Odwołującego, powinny prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazywał, że w związku z tym, iż wyjaśnienia Odwołującego nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, co do występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny oraz stwierdzeniem faktu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, koniecznym było odrzucenie jego oferty. Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający dodał, że argument Odwołującego dotyczący postępowania w Chodzieży jest całkowicie nietrafiony i nie może być w ogóle rozpatrywany jako czynnik, który automatycznie miałby powodować, że złożone w niniejszym postępowaniu wyjaśnienia Odwołującego są należyte. Zamawiający podkreślił również, że oba postępowania pomimo licznych analogii, charakteryzują się różnym sposobem wykonania usługi, z uwagi na inną klasę dróg na poszczególnych odcinkach. Zamawiający dodał, że przedmiotem odwołania są wyłącznie kwestie odrzucenia oferty w związku z występowaniem w niej rażąco niskiej ceny oraz niespełnieniem warunków zamówienia. Badanie rażąco niskiej ceny jest ściśle powiązane z warunkami występującymi podczas realizacji zamówienia. Do takich bowiem kwestii odnoszą się poszczególne wyjaśniane pozycje kosztorysowe, odmienne dla dróg klasy S oraz dla dróg klasy G czy GP. W takiej sytuacji fakt, czy dane postępowanie obejmuje drogę ekspresową, czy drogi niższej klasy ma znaczenie kluczowe.

W Rejonie w Chodzieży drogi ekspresowe stanowią 3,4% wszystkich dróg do utrzymania, a drogi ekspresowe dwujezdniowe (takie jakie stanowią 100% utrzymania w postępowaniu „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina)" stanowią niecałe półtorej procenta. W rzeczywistości jednak, o ile użyte w tych postępowaniach zapisy formalne (np. warunki udziału w postępowaniu, projektowane postanowienia umowy, zapisy dotyczące instrukcji dla wykonawców np. w zakresie korzystania z Platformy zakupowej Zamawiającego, czy w kwestii kryteriów oceny ofert) są bardzo zbliżone, a nawet identyczne, to jednak sposób realizacji utrzymania na drodze ekspresowej dwujezdniowej jest diametralnie różny od utrzymania dróg krajowych klasy G lub GP.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji Zamawiający dodał, iż nie ma obowiązku samodzielnego dedukowania gdzie znajduje się żądana informacja. Przy zaakceptowaniu takiego podejścia i wycenie tego samego asortymentu w kilku różnych ofertach podwykonawczych przedłożonych Zamawiającemu to na Zamawiającym spoczywałby ciężar wyboru, która cena z której oferty jest tą właściwą. Stanowiłoby to istotne nadużycie prawa.

Zdaniem Zamawiającego okoliczności, na które powoływał się w treści odwołania Odwołujący powinny były znaleźć się w treści składanych przez niego wyjaśnień, a na obecnym etapie nie mogą zostać wzięte pod uwagę Zamawiającego.

Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, charakter wyjaśnień Odwołującego nie pozwala mu na skierowanie ponownego wezwania.

W zakresie utrzymania MOP-ów i Parkingów wskazał, że trudno oczekiwać, żeby personel sprzątający, który zazwyczaj stanowią osoby nieposiadające zaawansowanych kwalifikacji zawodowych jak np. uprawnienia elektryczne, albo wykształcenie w zawodzie hydraulika czy instalatora miał dokonywać naprawy czy wymiany suszarek elektrycznych, baterii umywalkowych i prysznicowych itp.

Zamawiający przedstawił również wątpliwości w zakresie poszczególnych dowodów załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień ceny.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 22 czerwca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego do po stronie Zamawiającego oraz
- wykonawcę FB Serwis S. A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, które Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego:

a)Dowody Odwołującego:

i. Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 2 – Pobocza i pasy rozdziału dla: REJON CHODZIE oraz DROGA S11c i S5e,

ii. Pismo z dnia 22.05.2023 r. skierowane przez Odwołującego I do Zamawiającego,

iii. Fragmenty wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego I i Przystępującego BUDiA dla grupy 10: Zimowe utrzymanie dróg,

iv. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-10.10.01e v.1 Utrzymanie MOP-ÓW, Parkingów (w tym parkingów przy SPO, PPO),

v. Kopia wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 24.11.2022 r. oraz wyjaśnienia Odwołującego,

vi. Odpowiedź na odwołanie z dnia 19.04.2023 r. (sygn. akt KIO 999/23, KIO 1002/23),

vii. Kopia wezwania Zamawiającego oraz wyjaśnień Odwołującego dot. przetargu w Chodzieży,

viii. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dot. Chodzieży,

ix. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.05.2023 r.,

x. Porównanie cen jednostkowych z innych przetargów Zamawiającego wraz z kosztorysami stanowiącymi podstawę porównania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina", nr postępowania O/PO.D-3.2421.36.2022.

W toku postępowania Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 listopada 2022 r.).

Zgodnie z treścią wezwania Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności:

- *„w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować (…) wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego (…)”,*

- *„zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (…)”,*

- *„zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.*

Zamawiający po wyszczególnieniu pozycji, których wyjaśnienia wymagał dodał, że *„powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń”.*

Pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. Odwołujący przedłożył stosowne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 28.03.2023 r. (O/PO.D-3.2421.36.2022.PM) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego przyjmując za podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia ofert z dnia 28.03.2023 r.

Pismem z dnia 29 maja 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zamawiający w treści ww. pisma przedstawił stosowne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. W ramach dokonywanej subsumpcji, Izba jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana w odwołaniu.

Powyższy pogląd jest również prezentowany przez Sąd Najwyższy, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Z tego względu, w stosunku do części z wyjaśnień ceny przedkładanych w ramach postępowania przez Odwołującego, Izba uznała, że sankcja odrzucenia oferty jaką zastosował Zamawiający jest zbyt daleko idąca, ale ze względu na zaistniałe wątpliwości zasadnym jest skierowanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Przechodząc do merytorycznego odniesienia się do przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, Izba pragnie wskazać, co następuje:

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że utrwalonym w orzecznictwie oraz doktrynie poglądem jest, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być wyczerpujące, konkretne, szczegółowe i uzasadniające zaoferowaną cenę w taki sposób, by Zamawiający nie miał wątpliwości co do rzetelności jej skalkulowania. Wyjaśnienia muszą być również

poparte dowodami, a także precyzyjnie i rzeczowo – a nie ogólnikowo, odnosić się do poszczególnych kwestii podnoszonych w wezwaniu Zamawiającego.

Co jednak również bardzo istotne, wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21). Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

W niniejszej sprawie, po analizie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oraz odpowiedzi na to wezwanie, Izba doszła do przekonania, że wbrew temu co twierdzi Zamawiający, odpowiedź ta była adekwatna do skierowanego wezwania i pozwalała na ocenę złożonych wyjaśnień jako wiarygodnych, z takim zastrzeżeniem, że w przypadku części z pozycji istnieją pewne wątpliwości, które należy dodatkowo wyjaśnić.

<u>GRUPA 6 – OZNAKOWANIE: wymiana / zamontowanie punktowych elementów odblaskowych o odbłyśniku barwy białej czerwonej w jezdni.</u>

Wskazać należy, że argument Zamawiającego, że dla ww. elementu Odwołujący nie zawarł w swoim piśmie żadnych informacji, co świadczy o nieudzieleniu wyjaśnień w żądanym zakresie, a tym samym stanowi podstawę do odrzucenia jego oferty, jest całkowicie chybiony.

Szczegółowa kalkulacja została przez Odwołującego przedstawiona w załączniku nr 11 do wyjaśnień. Ponadto kalkulacja ta została poparta dowodami – załącznik nr 12 i 12a.

Sam fakt, że w części opisowej wyjaśnień ceny Odwołujący nie zawarł treści dotyczącej ww. elementów nie świadczy o tym, że wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone. Zamawiający zgodnie z treścią wezwania wymagał wyjaśnienia poszczególnych elementów w oparciu o dokumenty oraz obliczenia i szczegółową kalkulację. Odwołujący w załączniku nr 11 przedstawił kalkulację zawierającą stosowne obliczenia, a w ramach załącznika nr 12 i 12a poparł te kalkulacje i obliczenia dokumentami. Nie można uznać, że dla wyjaśnienia ww. elementu obligatoryjnym było odniesienie się do niego w części opisowej wyjaśnień. Takie zobowiązanie nie płynie z treści wezwania. Wobec tego brak jest argumentu by twierdzić, że wyjaśnienia nie zostały złożone lub, że zostały złożone niezgodnie z treścią wezwania.

Obowiązkiem Zamawiającego jest należyta analiza przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnień pod kątem znajdujących się w nich informacji. Konsekwencją uznania, że wyjaśnienia nie zawierają jakichś elementów wymaganych treścią wezwania, jest odrzucenie oferty (art. 224 ust. 6 ustawy PZP). Zamawiający powinien więc z należytą starannością przeanalizować zarówno treść opisową wyjaśnień, jak też przedłożone załączniki i dopiero w sytuacji, gdy całościowa analiza złożonych dokumentów prowadzi do wniosku, że jakiś z wymaganych elementów nie został wyjaśniony, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie odnalezienie załączników, na które w treści odwołania zwracał uwagę Odwołujący, nie powinno stanowić problemu dla Zamawiającego. Z treści załącznika 11 wyraźnie wynika, że kalkulacja dotyczy wymiany/zamontowania punktowych elementów odblaskowych o odbłyśniku barwy białej i czerwonej w jezdni. To samo dotyczy załącznika nr 12 i 12a, które można bez problemu zidentyfikować. Wobec tego argumentacja Zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jest niezrozumiała, co w konsekwencji doprowadziło do uwzględnienia zarzutu.

<u>GRUPA 8 – ESTETYKA: Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO):</u>

Zgodnie z punktem 5.2 SST D-10.10.01e v.1 UTRZYMANIE MOP-ÓW, PARKINGÓ(**W** TYM PARKINGÓW PRZY SPC PPO):

„Utrzymanie czystości stacjonarnych toalet (budynków z wyposażeniem i instalacjami) znajdujących się na MOP-ach, parkingach (w tym parkingach przy SPO i PPO) obejmuje
w szczególności:

- stałe, całodobowe utrzymanie czystości w budynkach toalet, w szczególności całodobowe utrzymanie czystości sanitariatów, pisuarów, umywalek, baterii umywalkowych i prysznicowych, przewijaków, posadzek itp;
- stałe, całodobowe wyposażenie stacjonarnych toalet w środki higieniczne tj. papier toaletowy, mydło, ręczniki papierowe, środki dezynfekujące, środki neutralizujące zapachy itp.;
- stałe wyposażenie stacjonarnych toalet w materiały eksploatacyjne tj. żarówki/świetlówki oraz drobny sprzęt typu szczotki do czyszczenia toalet, kosze na śmieci itp.;
- stałe, całodobowe utrzymanie w sprawności technicznej oraz konserwację wyposażenia toalet: spłuczek, suszarek elektrycznych, baterii umywalkowych, prysznicowych, przewijaków, urządzeń dedykowanych osobom niepełnosprawnym itp.;
- bieżące mycie ścian kabin;
- bieżące opróżnianie koszy na śmieci."

W tym samym punkcie zawarte jest również stwierdzenie, że *„W celu realizacji określonego wyżej celu, Wykonawca zapewni stałą obecność personelu sprzątającego na MOP przynajmniej w godzinach 6.00-22.00, 7 dni w tygodniu".*

Z przywołanym zapisów wynika więc, że dla realizacji wymienionych czynności składających się na utrzymanie czystości toalet, Zamawiający oczekuje, że wykonawca zapewni stałą obecność personelu sprzątającego przynajmniej w godzinach 6.00-22.00, 7 dni w tygodniu.

Wśród czynności, dla których realizacji Zamawiający wymaga obecności personelu sprzątającego w określonych godzinach, jest również „stałe, całodobowe utrzymanie w sprawności technicznej oraz konserwację wyposażenia toalet: spłuczek, suszarek elektrycznych, baterii umywalkowych, prysznicowych, przewijaków, urządzeń dedykowanych osobom niepełnosprawnym itp.". Zamawiający zaliczył więc tę czynność do zbioru aktywności składających się na szeroko rozumiane utrzymanie czystości toalet. W związku z powyższym zupełnie niezrozumiałym jest argument Zamawiającego jakoby trudno oczekiwać, żeby personel sprzątający, który zazwyczaj stanowią osoby nieposiadające zaawansowanych kwalifikacji zawodowych jak np. uprawnienia elektryczne, albo wykształcenie w zawodzie hydraulika czy instalatora miał dokonywać naprawy czy wymiany suszarek elektrycznych, baterii umywalkowych i prysznicowych itp.

Zamawiający sam rozstrzygnął treścią punktu 5.2, że przez utrzymanie czystości toalet rozumie również stałe, całodobowe utrzymanie w sprawności technicznej oraz konserwację (…). Z kolei dla realizacji celu polegającego na wykonaniu tejże czynności, oczekuje obecności personelu sprzątającego w określonych godzinach. Innymi słowy, Zamawiający dopuścił realizowanie ww. celu również przy pomocy personelu sprzątającego.

W treści ww. punktu Zamawiający rozstrzygnął również, co tak naprawdę rozumie przez „całodobowe" utrzymanie czystości, wyposażenie toalet czy utrzymanie w sprawności technicznej. Otóż wyraźnie Zamawiający wskazał, że dla realizacji ww. celu, tj. całodobowego utrzymania czystości, wyposażenia toalet, utrzymania w sprawności itd. oczekuje obecności personelu sprzątającego co najmniej w godzinach 22.00-6.00. Zatem dla Zamawiającego realizacja celu w postaci wykonania poszczególnych czynności o charakterze całodobowym wystarczająca jest przez zapewnienie personelu sprzątającego co najmniej w godzinach 6.00-22.00.

Sam Zamawiający przesądził więc, że dla realizacji obowiązków polegających na „całodobowym" wykonywaniu określonych czynności, wystarczy że personel będzie obecny w godzinach 6.00-22.00. Zamawiający tak naprawdę zdefiniował jaki zakres godzin, w których obecny będzie personel sprzątający, jest dla niego wystarczający dla realizacji czynności opisanych jako „całodobowe". Wobec powyższego zupełnie niezrozumiałym jest czynienie zarzutu wobec Odwołującego, że do obliczeń przyjął założenia minimalne, które wynikają wprost z dokumentacji przetargowej. Z powyższych względów nieuprawniona jest również argumentacja dotycząca błędów matematycznych w obliczeniach składających się na wyjaśnienia wykonawcy.

Odnosząc się do pozostałych argumentów Zamawiającego zawartych w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący stwierdzić należy, że okoliczność, iż jako dowody do wyjaśnień ceny załączane są oferty podwykonawcze nie oznacza, że każdorazowo dany zakres zamówienia wykonawca ten zamierza realizować właśnie przy pomocy podwykonawców. Przyjętą praktyką rynkową jest to, że zasadność kalkulacji ceny potwierdza się właśnie przez załączanie ofert podwykonawczych. W takim przypadku oferta podwykonawcza ma jedynie potwierdzać rynkowy poziom wyceny dotyczący realizacji danego wycinku przedmiotu zamówienia, ale nie przesądza, że dany element przedmiotu zamówienia realizowany będzie przy pomocy podwykonawcy. Z tego względu założenie Zamawiającego, jakoby przy wysokości oferty podwykonawczej opiewającej na 19 tyś. złotych, nie było możliwe osiągnięcie zysku w wysokości 4 004,00 zł, przy skalkulowaniu pozycji na 20 tyś. złotych, jest nieprawidłowe i wynika z niezrozumienia celu, dla jakiego oferty podwykonawcze składane są jako dowody w ramach wyjaśnień ceny.

Z powyższych względów zarzut w omawianym zakresie zasługiwał na uwzględnienie.

GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego".

W pierwszej kolejności Izba raz jeszcze pragnie podkreślić, że zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem orzecznictwa, ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny jest dopuszczalne. Może ono zostać skierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia (tak też: wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2023 r., KIO 81/23).

Zdaniem Izby wyjaśnienia Odwołującego w zakresie omawianej grupy są wyjaśnieniami szczegółowymi i precyzyjnymi, jednak w pewnych kwestiach pojawiają się wątpliwości, które powinny zostać uszczegółowione przez skierowanie ponownego wezwania.

Przechodząc do poszczególnych przyczyn, dla których Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego, Izba pragnie wskazać, co następuje:

Lit. a):

Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy nie są rozbieżne odnośnie liczby osób jakie uwzględnił on w realizacji zadania i wyliczeniach dotyczących zabezpieczenia środków na ich wynagrodzenia. Być może redakcja wyjaśnień mogłaby bardziej przejrzyście wskazywać na konkretne osoby, które będą wykonywać poszczególne czynności, jednak zdaniem Izby, ich treść pozwala na jednoznaczne wyciągnięcie wniosku, że Odwołujący przyjął do wykonania prac 10 osób i w oparciu o tę liczbę dokonał stosownych obliczeń.

Odwołujący w treści wyjaśnień wprost wskazuje na operatorów układarki (2 osoby), operatora walca (1 osoba) oraz pracowników fizycznych (2 osoby). Te osoby wylicza wprost w kategorii „koszty osobowe". Jednak z dalszej części wyjaśnień można w prosty sposób odczytać, jakie inne osoby Odwołujący również wziął pod uwagę przy sporządzaniu kalkulacji. Sam Zamawiający zauważył, że oprócz ww. osób, Odwołujący uwzględnił 2 osoby, które ustawiają oznakowanie, kierują ruchem i zabezpieczają. Następnie zwrócić uwagę należy na fragment „Ładowarka do załadunku destruktu 1 os." oraz na fragment „2 busy z oznakowaniem, którym jednocześnie dojeżdżają pracownicy".

Zdaniem Izby zasadnym jest argumentacja Odwołującego, że jedynym logicznym do wyciągnięcia wnioskiem na podstawie ww. fragmentów jest to, że do kalkulacji przyjęto dodatkowo jednego operatora ładowarki oraz dwóch kierowców. Nie uwzględnienie ww. osób przez Zamawiającego nie znajduje więc żadnego uzasadnienia. Tym bardziej nie znajduje uzasadnienia podjęcie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy analizowane fragmenty w zasadzie nie budzą żadnych wątpliwości.

lit. b):

Zdaniem Izby w zakresie lit. b) uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powinien być on wezwany do dodatkowych wyjaśnień. Skoro zdaniem Zamawiającego, ilość przyjętego czasu jest zbyt mała, to powinien Odwołującego dopytać dlaczego przyjął takie założenia i jak to się ma do wyartykułowanych przez niego w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wątpliwości.

Oczywistym zdaniem Izby jest, że Odwołujący odpowiedział w sposób precyzyjny na wezwanie Zamawiającego, przedstawiając stosowne wyliczenia. Zamawiający wzywając do wyjaśnienia omawianej pozycji nie wymagał od

Odwołującego szczegółowego wskazania okoliczności leżących u podstaw przyjętych założeń. Odwołujący udzielił więc adekwatnej odpowiedzi na sformułowane wezwanie wskazując na czas pracy jaki przyjął do realizacji zadania.

Nie ulega wątpliwości, że za każdym założeniem jak np. ilość osób niezbędnych do wykonania poszczególnych prac, przyjęty czas pracy, ilość materiałów itd. stoi pewien proces decyzyjny wykonawcy, który w wyjaśnieniach uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat tego procesu w postaci konkretnych liczb i obliczeń. Czas niezbędny do wykonania prac z wyjaśnianej pozycji nie jest z góry uregulowany np. w dokumentacji przetargowej, a zatem uznać należy, że może zostać określony przez różnych wykonawców na różnym poziomie, z uwzględnieniem ich doświadczenia a także innych czynników, które mogą wpływać na jego skrócenie.

Skoro tak, nie można z całą pewnością stwierdzić, że przyjęty czas pracy jest niewystarczający. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zasadzie nie wskazuje jaki powinien być według niego założony czas, pozostając jedynie przy twierdzeniu, że ten przyjęty przez Odwołującego jest zbyt krótki.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że Zamawiający dysponuje szczegółowymi wyjaśnieniami Odwołującego, które jednak dotyczą małego wycinka prac ogółem. Możliwym jest, że założenia przyjęte dla innych prac, które nie podlegały wyjaśnieniom ceny, miały wpływ na założenia przyjęte dla pozycji wyjaśnianych.

Zdaniem Izby nie można wykluczyć, że założenia kalkulacyjne jakie przyjął Odwołujący, uzasadniają przyjęcie czasu pracy takiego, na jaki wskazywał w treści wyjaśnień. Skoro według Zamawiającego ilość przyjętego czasu jest niewystarczająca to przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien dowiedzieć się co leżało u podstaw takich założeń, gdyż może okazać się, że założenia Odwołującego wynikają z okoliczności, na które Zamawiający nie zwrócił uwagi lub które nie były mu znane, a mogły wynikać z założeń przyjętych dla pozycji nie będących przedmiotem wezwania Zamawiającego.

Zamawiający powinien więc dopytać Odwołującego jak przyjęte założenia odnośnie czasu pracy mają się również do czasu pracy osób zajmujących się oznakowaniem robót i zabezpieczeniem terenu z uwzględnieniem kolejności poszczególnych czynności wykonywanych przez te osoby oraz sprzęt, na co zwracał uwagę Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Z uwagi na to, że powyższa okoliczność nawiązuje również do powodów odrzucenia oferty Odwołującego ujętych w lit. a), w sentencji orzeczenia wskazano, że również ten zakres powinien zostać wyjaśniony. Odwołujący bowiem w ramach obliczenia kosztów osobowych wskazuje na osoby kierujące ruchem oraz zajmujące się oznakowaniem. Te z kolei – zgodnie z argumentacją zawartą w treści odwołania, zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych zgodnie z SST G11 D-10.10.01z. Z zakresu obowiązków brygad interwencyjnych, wskazanym w ww. SST, nie wynika wprost kiedy określone prace mają być wykonywane (przed, po czy może w trakcie określonych prac). Z kolei jak słusznie wskazuje Zamawiający, specyfikacja techniczna dla naprawy dróg destruktem przewiduje również uporządkowanie terenu prac, które jak się wydaje – z reguły wykonywane są już po zakończeniu pracy sprzętu.

Słusznie zatem Zamawiający wskazał na wątpliwości w tym zakresie, jednak sankcja odrzucenia oferty wobec szczegółowych wyjaśnień Odwołującego była zbyt daleko idąca. Zamawiający powinien dodatkowo wyjaśnić wątpliwości, na które zwraca uwagę w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego przed ostatecznym odrzuceniem jego oferty.

lit. c):

W zasadzie tożsama argumentacja dotyczy kwestii kosztów pracy sprzętu niezbędnego do realizacji prac. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący w sposób adekwatny odpowiedział na treść wezwania do wyjaśnienia ceny. Zamawiający nie wskazał jak szczegółowo mają być wyjaśnione poszczególne pozycje kosztowe. Skoro tak, nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że nie zawarł w wyjaśnieniach treści, która nie była wprost wymagana zakresem wezwania. Nie wszystkie okoliczności mające wpływ na wysokość poszczególnych kalkulacji muszą wynikać wprost z treści wyjaśnień. W wyjaśnieniach wykonawca uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat pewnego procesu decyzyjnego.

Z tego względu, jeśli Zamawiający powziął określone wątpliwości, to powinien skierować do Odwołującego ponowne wezwanie, sygnalizując mu czego one dotyczą.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść wezwania oraz udzielonej odpowiedzi, sankcja zastosowana przez Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego była zbyt daleko idąca, a Odwołujący powinien otrzymać

możliwość doprecyzowania wyjaśnień w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał, że istnieją co do nich konkretne wątpliwości, na które zwracał uwagę w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec tego, zarzut w omawianej części należało uwzględnić, z tym zastrzeżeniem, że koniecznym jest skierowanie ponownego wezwania.

GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy".

Lit. a), b), c):

W niniejszym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona dla GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego".

Lit. d):

Wskazać należy, że na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca nie ma obowiązku dysponowania bazą wymaganą przez Zamawiającego. Dlatego uprawniony jest do poczynienia pewnych założeń, które stanowią podstawę dla sporządzonej kalkulacji. Wywód przeprowadzony przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jest oparty na pewnych przypuszczeniach, które odnoszą się do lokalizacji siedziby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie dysponuje jednak informacjami, na podstawie których mógłby bez wątpliwości stwierdzić, że założenia Odwołującego są nieprawidłowe.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu stosowne wyliczenia, odpowiadając tym samym na treść skierowanego wezwania. Zdaniem Izby brak jest podstaw do tego by wyjaśnienia te zakwestionować. Zamawiający treścią wezwania nie wymagał przedstawienia tak szczegółowych informacji, jak choćby wskazanie dokładnej lokalizacji magazynu.

Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy tylko z tego powodu, że zasady doświadczenia życiowego oraz logiki podpowiadają mu, że założenia Odwołującego są błędne. Przesłanką do odrzucenia oferty, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jest sytuacja, w której zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie ceny rażąco niskiej musi mieć oparcie w dokumentacji postępowania, a nie jedynie w przypuszczeniach Zamawiającego. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego i pozbawiając go szans na uzyskanie zamówienia musi być w stanie wykazać, a nie tylko przypuszczać, że ziściły się przesłanki określone w przepisach prawa.

Izba po analizie przedłożonych wyjaśnień doszła do wniosku, że działanie Zamawiającego nie miało oparcia w przepisach prawa, a więc zarzut w tym zakresie należało uwzględnić.

Lit. e):

Zamawiający ponownie oczekuje informacji, których Odwołujący nie miał obowiązku zawrzeć w treści wyjaśnień. Ponadto słusznie wskazuje Odwołujący na zapisy SST D. 05.02.00b, w których zawarte są wymagania dotyczące stosowanego destruktu. Zgodnie z punktem 6.2: *„Przed przystąpieniem do robót Wykonawca powinien:*

- *uzyskać wymagane dokumenty, dopuszczające wyroby budowlane do obrotu i powszechnego stosowania (certyfikaty na znak bezpieczeństwa, aprobaty techniczne, certyfikaty zgodności, deklaracje zgodności, ew. badania materiałów wykonane przez dostawców itp.),*
- *wykonać badania właściwości materiałów przeznaczonych do wykonania robót,*
- *wykonać kontrolę zagęszczenia podłoża, którego wskaźnik zagęszczenia powinien wynosić Is ≥ 1,0. Podłoże powinno być wolne od zanieczyszczeń.*

Wszystkie dokumenty oraz wyniki badań Wykonawca przedstawia Zamawiającemu do akceptacji".

Z powyższego wynika, że wszystkie dokumenty oraz wyniki badań wykonawca przedstawia Zamawiającemu do akceptacji, przed przystąpieniem do robót, a nie ma takiego obowiązku na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Nie ma zatem podstaw do tego by złożone wyjaśnienia kwestionować, a więc zarzut w tej części należało uwzględnić.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP:

W zakresie niniejszego zarzutu aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w ramach uzasadnienia dotyczącego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP dla GRUPA 8 – ESTETYKA: Utrzymanie MOP/parkingów (w tyr parkingów przy SPO/PPO).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, Zamawiający błędnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, gdyż nie jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

II.KIO 1659/23

W dniu 9 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyFB Serwis S. A.z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1659/23), dalej jako: „Odwołujący II" wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z 16 ust. 1 i 2PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo iż wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne, nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż:

a. wyjaśnienia te są wewnętrznie sprzeczne w zakresie w jakim konsorcjum Budia powołuje się jednocześnie na bogate doświadczenie w zakresie realizacji kontraktu pozwalające na dokonanie korzystnej kalkulacji, posiadanie własnych zasobów wykorzystywanych jednocześnie w innych kontraktach w tym sprzętu, materiałów, oraz pracowników podczas gdy jednocześnie kalkulacje szczegółowe Konsorcjum Budia opiera w całości lub w przeważającej części na ofertach podwykonawców z natury rzeczy pozbawionych doświadczenia, materiału, sprzętu oraz pracowników w których wyposażone ma być rzekomo Konsorcjum Budia,

b. wyjaśnienia są gołosłowne – zawarte w nich wyliczenia niemal w całości lub w przeważającej mierze zostały oparte na kosztach wynikających z ofert podwykonawczych i umów zawartych z podwykonawcami oraz dostawcami, które to oferty i umowy same przewidują rażąco zaniżone ceny za realizację usług i dostaw objętych przedmiotem zamówienia (i jako takie nie mogą uzasadniać prawidłowego skalkulowania ceny przez Konsorcjum Budia, o przy czym, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które Odwołujący w pełni aprobuje, samo powołanie się na korzystne oferty podwykonawców i dostawców nie jest wystarczające dla wyjaśnienia prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności w sytuacji, gdy takie oferty znacząco odbiegają od cen rynkowych i również wydają się być rażąco niskie, zaś Konsorcjum Budia w żaden sposób nie wyjaśniło niskiej wartości ofert podwykonawczych,

c. Wyjaśnienia są wybrakowane gdyż ich analiza wskazuje, iż realnie nie wyjaśniają one ani nie dowodzą okoliczności wskazanej w wezwaniu tj.

i. zgodności oferty 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;

ii. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

d. Zawierają ceny rażąco niskie – Oferta Konsorcjum Budia oraz oferty handlowe podwykonawców Konsorcjum zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu, gdyż znaczna część zawartych w ofercie cen jednostkowych (szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania) jak również analogicznie niższych cen jednostkowych wskazanych w ofertach handlowych podwykonawców, nie pozwala na pokrycie podstawowych kosztów wykonania prac, tj.:

i. kosztów materiałów niezbędnych do wykonania prac lub nawet surowców niezbędnych do wyprodukowania

tychże materiałów,

ii. kosztów pracy (robocizny),

iii. kosztów pracy sprzętu, w tym paliwa niezbędnego do wykonania prac,

iv. kosztów utylizacji odpadów powstałych w wyniku prowadzonych prac,

v. kosztów zabezpieczenia prac prowadzonych w warunkach ruchu drogowego.

Które to uchybienia stanowią jednocześnie przejaw prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również wymaganej przejrzystości.

2. art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budia do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wszystkich cen jednostkowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i muszą budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, tj. cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania (pkt Ad. II poniżej), w szczególności z uwagi na fakt, że ceny te znacząco odbiegają od cen oszacowanych przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a nadto są na tyle niskie, że nie wystarczają na pokrycie podstawowych kosztów wykonania prac, których te ceny dotyczą.

Które to uchybienia stanowią jednocześnie przejaw prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również wymaganej przejrzystości.

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK") w zw. z 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Budia, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się rażącym zaniżeniem, cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania, w całkowitym oderwaniu od kosztów, które rzeczywiści byłyby ponoszone przy realizacji ww. usług,

a. przy jednoczesnym zawyżeniu innych cen jednostkowych, w szczególności dotyczących prac z grupy 1 poz. 7.1. i 7.2, Grupy 4 poz. 5.1 i 7.2 oraz Grupy 8 poz. 1.4, 1.5, 3.7 i 10.2 Formularza cenowego (Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dalej: „TER")

b. celem uzyskania korzystnej punktacji w ramach kryterium cenowego przy założeniach przyjętych w formularzu TER (przy średnich ilościach poszczególnych prac) oraz maksymalizacji zysku w sytuacji, gdy rzeczywista liczba dni wymagających ww. czynności będzie inna od założonej przez Zamawiającego (która to sytuacja jest wysoce prawdopodobna);

4. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr III: art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK") w zw. z 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. zaproponowanych warunków handlowych (cen jednostkowych) przewidzianych w formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), a szczegółowo wymienionych w dalszej części Odwołania (pkt 1.2.3. poniżej), pomimo iż przyjęte w tym zakresie przez Konsorcjum ceny jednostkowe mogą świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz o niezgodności oferty z treścią SWZ oraz
5. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konosrcjum, pomimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, a mianowicie uwagą nr 2 w formularzu TER, które to postanowienie nakazuje, aby każda cena jednostkowa obejmowała wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).

Odwołujący II wniósł o (1) uwzględnienie odwołania oraz (2) unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, (3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Budia, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego w pkt 3 powyżej, (4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie okoliczności i pozycji szczegółowo wymienionych uzasadnieniu zarzutu II. Odwołania poniżej, (5) nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. formularza cenowego – Tabeli Elementów Rozliczeniowych w zakresie cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w zarzucie II i III Odwołania.

<u>Stanowisko Odwołującego II:</u>

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący II wskazywał na poszczególne braki wyjaśnień Przystępującego po stronie Zamawiającego (dalej: „Konsorcjum"), które jego zdaniem są wewnętrznie sprzeczne, gołosłowne oraz wybrakowane. Główne okoliczności, zdaniem Odwołującego II, świadczące o ww. wadach przedłożonych wyjaśnień to:

- fakt, że z jednej strony Konsorcjum powołuje się na indywidualne okoliczności pozwalające mu obniżyć cenę ofertową, a z drugiej strony, już pobieżna analiza Wyjaśnień wskazuje, iż pozycje jednostkowe objęte wezwaniem Konsorcjum realizować chce w oparciu o oferty podwykonawcze ewentualnych podwykonawców - które przedstawione zostały jako jedyny „dowód" potwierdzający wyliczenie cen jednostkowych objętych wezwaniem Zamawiającego. Realizacja umowy przez podwykonawców w sposób oczywisty podważa twierdzenia wykonawcy dot. oszczędności, które to wynikać mają z okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach;

- zdaniem Odwołującego II znakomita większość objętych wezwaniem Zamawiającego cen jednostkowych została przez Konsorcjum „wyjaśniona" w drodze prostego odwołania się do cen uzyskanych od kontrahentów, oferujących wykonanie przedmiotowych prac w charakterze podwykonawców w zamian za odpowiednio niższe ceny oraz do wyjątkowo atrakcyjnych cen materiałów zaproponowanych przez dostawców. W tym zakresie należy zasygnalizować, że takie proste odwołanie się do ofert podwykonawców czy dostawców nie może być uznane za jakiekolwiek wyjaśnienie ceny. Warunki handlowe oferowane przez podwykonawców lub dostawców również przecież mogą obejmować ceny rażąco niskie, nieuwzględniające podstawowych kosztów wykonania prac czy nawet kosztów samych tylko materiałów – Odwołujący II powołał się na wyrok KIO z 2 listopada 2020 r., KIO 2488/20;

- zdaniem Odwołującego II wobec faktu, iż wybrane pozycje cenowe przyjęte zostały na podstawie ofert podwykonawców, podnieść należy, iż wyjaśnienia Konsorcjum nie zawierają więc realnie nawet twierdzeń, iż prace objęte ofertami podwykonawczymi zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy czy zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej obowiązkiem Konsorcjum - niezależnie od tego czy zamierza realizować zamówienie własnoręcznie czy też za pośrednictwem podwykonawców było wyjaśnienie i udowodnienie okoliczności wskazanych w wezwaniu. Tymczasem, zdaniem Odwołującego II, wyjaśnienia Konsorcjum w tym zakresie są gołosłowne i nie obalają domniemania ceny rażąco niskiej, jakie powstało wraz ze skierowaniem przez Zamawiającego stosownego wezwania.

Następnie Odwołujący II przedstawił argumentację dla poparcia tezy, że poszczególne ceny jednostkowe, o których wyjaśnienie zwracał się Zamawiający, mają charakter rażąco niskich.

W następnej kolejności Odwołujący II przedstawił argumentację dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Wskazał, że w kontekście badania ceny zaoferowanej przez Konsorcjum niezmiernie istotne jest to, że wykonawca wskazał w swojej ofercie cały szereg również innych cen jednostkowych, które wydają się być rażąco zaniżone. Ceny te znacząco odbiegają od szacunku Zamawiającego, cen zaoferowanych przez konkurentów i powinny wzbudzić istotne wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia. Ceny te znacząco odbiegają od cen oszacowanych przez Zamawiającego – co samo w sobie powinno spowodować powstanie wątpliwości co do prawidłowości ich wyliczenia. Odwołujący II przedstawił również stosowną argumentację w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych przez niego kwestionowanych.

Dalej Odwołujący II wskazał, żew stanie faktycznym sprawy istnieją podstawy do uznania, że oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na manipulowaniu wysokością zaoferowanych cen jednostkowych (tzw. inżynieria cenowa). Zauważyć bowiem należy, że wraz z zaniżeniem opisanych powyżej cen jednostkowych Konsorcjum zaproponowało Zamawiającemu inne ceny na poziomie zawyżonym, nieuzasadnionym specyfiką zamówienia ani kosztami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący II wskazał, których cen zawyżenie to dotyczy.

Przywołane pozycje cenowe, pomimo że nie stanowią dużych wartości ze względu na stosunkowo mały przedmiar, obejmują elementy zlecane dość często. Często również występują jako składowa innych czynności jak np. frezowanie przy wykonywaniu nakładek. Dodatkowo pozycje te są istotne z punktu widzenia Zamawiającego jak i użytkowników drogi i zawyżenie tych pozycji niewspółmiernie wpływa na marżowość (zyskowność) realizowanej usług.

Opisane działanie, zdaniem Odwołującego II, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Dalej Odwołujący II przedstawił interpretację stosownych przepisów, z których jego zdaniem wynika, że w stanie faktycznym sprawy Konsorcjum naruszyło dobre obyczaje oraz interes pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr IV i V, Odwołujący II zasadność podnoszonych twierdzeń wywodził z okoliczności, że poszczególne ceny jednostkowe zostały przez Konsorcjum zaniżone, co przesądza o naruszeniu także przepisów objętych ww. zarzutami.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący nie wykazał aby miał interes we wniesieniu odwołania. Zamawiający zaznaczył, że nie tylko różnica między ofertami wynosi około dwadzieścia cztery miliony złotych (oferta Odwołującego 2 to około 140% wartości oferty Przystępującego BUDIA-Standard), ale przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, a Zamawiający oświadcza, że w chwili obecnej nie dysponuje środkami na zwiększenie tej kwoty i nie może zwiększyć tej kwoty do ceny Odwołującego II w przypadku, gdyby Izba uznała jego odwołanie.

Dalej Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia przedłożone mu przez Konsorcjum uznaje za prawidłowe, a argumenty Odwołującego II za chybione.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający stanął na stanowisku, że złożone wyjaśnienia wraz z wyliczeniami i dowodami pozwoliły rozwiać wątpliwości co do występowania rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Budia. Zamawiający zauważył, że Odwołujący II nie przedstawił przekonujących dowodów na poparcie tego zarzutu.

Dalej Zamawiający wskazywał, że przeanalizował wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu w zakresie cen jednostkowych. Określił pozycje, które są istotne dla realizacji zamówienia, co jest wyłącznym prawem Zamawiającego. Jeżeli cena jednostkowa w którejś z tych pozycji była niższa o ponad 30% od ceny określonej w kosztorysie inwestorskim lub od średniej cen ze złożonych ofert – występował do wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny. Stąd wynika między innymi fakt, że pewne pozycje powtarzają się w wezwaniach do różnych wykonawców – Zamawiający zastosował te same kryteria do wszystkich ofert.

Zamawiający podkreślił, że w samej ustawie PZP (art. 224 ust. 1) podane jest kiedy Zamawiający powinien żądać wyjaśnień od wykonawców w zakresie wyliczenia ceny: „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 nie uznaje każdej pozycji kosztorysowej jako istotnej części składowej. Jakkolwiek są one niezbędne do całościowego utrzymania dróg, to mimo wszystko ich istotność rozumiana jako wpływ na całkowity koszt zamówienia, czy na bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego nie jest tak duża. Stąd zarzut ten należy oddalić, albowiem to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on określa, które elementy zamówienia są istotne, tak samo jak to Zamawiający określa, czy dane ceny budzą jego wątpliwości lub wydają się być rażąco niskie.

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, powinno przesądzić o konieczności oddalenia odwołania.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 22 czerwca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Zdaniem Izby nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego dotyczące braku interesu do wniesienia odwołania. Zdaniem Izby ewentualne unieważnienie postępowania z powodu braku możliwości zwiększenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jest okolicznością przyszłą i niepewną. To, że obecnie Zamawiający stoi na stanowisku, że nie ma takiej możliwości nie oznacza, że nie mogą zaistnieć okoliczności, które wpłyną na zmianę tego stanowiska. Zatem brak jest podstaw, wobec przyszłego charakteru takiej czynności, do uznania zasadności

twierdzeń, że w przypadku odrzucenia oferty konkurenta Zamawiający nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości oferty Odwołującego. Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego i nie można z całą pewnością wykluczyć, że takie zwiększenie nie nastąpi. Z tego względu, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Podobnie uznała KIO w wyroku z dnia 17 marca 2023 r. (KIO 613/23), w którym wskazała, że ewentualne czynności zamawiającego, które mogłyby zostać podjęte w przyszłości, a które zmierzałyby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, na ten moment stanowią jedynie czynności czysto hipotetyczne, zależne nie tylko od wyniku postępowania odwoławczego, ale także możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a jako takie nie rzutują na spełnienie materialnoprawnych przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego po stronie Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako spóźnionego w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Wskazać należy, że uzewnętrznienie decyzji Zamawiającego w zakresie zakończenia badania i oceny ofert pod kątem zaistnienia w nich ceny rażąco niskiej następuje w momencie poinformowania pozostałych wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Od tego momentu należy więc liczyć termin na złożenie odwołania również w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie jej istotnych części składowych. Nie można więc uznać, że zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: BUDiA-Standard Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą lidera w Oleśnicy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako: „Konsorcjum"),

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Z. U. Sp. z o.o. oraz ABRAMSS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Makowie Mazowieckim, zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, które Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego:

1. Dowody Odwołującego opisane jako:

   a. „Gr. 5 poz. 3.1" – wyciąg z SST D-08.08.01a oraz wydruki ze stron internetowych,

   b. „Gr 1 poz. 19.1 i dalsze" – zrzuty ekranu ze strony internetowej „Ceny materiałów – baza i cennik surowców budowlanych" – wnp.pl wraz z obliczeniami i dokumentacją fotograficzną,

   c. „Gr. 5 poz. 1.1" – wyliczenia kosztów materiału wg. publikacji Sekocenbud, oferty handlowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,

   d. „TER Gr. 1 poz. 17.1" – oferty handlowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z opracowaniem dotyczącym wzmocnienia siatką stalową slurry seal oraz korespondencją mailową i deklaracjami właściwości użytkowych oraz kartą charakterystyki,

   e. „TER GR. 2 poz. 21, 2.2" – informacje handlowe i oferty cenowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wydruki Sekocenbud, korespondencja mailowa oraz deklaracja właściwości użytkowych,

   f. „GR 1 poz. 4.1, 4.2" – oferty cenowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z wydrukiem z Sekocenbud,

g.„Gr 6 poz. 5.4” – faktura VAT,

h.„TER Gr.3 poz. 8.1 Wykonanie umocnień koszami siatkowo-kamiennymi” – wydruk z Sekocenbud,

i.„TER Gr.5 poz. 1.2 – wymiana / ułożenie krawężników kamiennych” – wydruk z Sekocenbud,

j.„TER Gr.4 poz. 18.1 Wymiana / wykonanie umocnienia wylotu drenu/ścieku/przykanalika do rowy/na skarpę” – wydruk z Sekocenbud,

k.„TER Gr. 4 poz. 18.2 Wymiana/wykonanie betonowego łącznika ścieku drogowego ze skarpowym” – wydruk z Sekocenbud,

l.„Gr 3 poz. 4.1” – korespondencja mailowa.

2.Dowody Przystępującego po stronie Zamawiającego:

a.umowa nr O.PO.D-3.2421.29.2022, umowa dotycząca całorocznego kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Gnieźnie;

b.umowa nr r O.PO.D-3.2421.33.2022, umowa dotycząca całorocznego kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Koninie;

c.umowa nr O/PO.D-3.2421.31.2022, umowa dotycząca całorocznego kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Środzie Wielkopolskiej;

d.umowa nr O.PO.D-3.2421.35.2022, umowa dotycząca całorocznego kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Lesznie;

e.Kosztorys ofertowy FB Serwis Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Leszno Zachód do granicy województwa, Znak postępowania: O.PO.D-3.2413.102.2021.

3.Dowody Zamawiającego:

a.Wniosek o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego dotyczącego postępowania „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina, numer referencyjny: O.PO.D-3.2421.36.2022

b.Fragment planu postępowań na rok 2022 widniejący na stronie ezamówienia.gov.pl.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina”, nr postępowania O/PO.D-3.2421.36.2022.

W toku postępowania Konsorcjum zostało wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 listopada 2022 r.).

Zgodnie z treścią wezwania Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności:

- *„w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować (…) wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego (…)”,*

- *„zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (…)”,*

- *„zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.*

Zamawiający po wyszczególnieniu pozycji, których wyjaśnienia wymagał dodał, że *„powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń”.*

Pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. Konsorcjum przedłożyło stosowne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 28.03.2023 r. (O/PO.D-3.2421.36.2022.PM) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Konsorcjum.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia ofert z dnia 28.03.2023 r.

Pismem z dnia 29 maja 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Konsorcjum.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr I:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przedmiotowy zarzut został skonstruowany na dwóch podstawach. W ramach pierwszej z nich Odwołujący kwestionuje tak naprawdę sposób udzielenia wyjaśnień, które jego zdaniem wewnętrznie sprzeczne, gołosłowne oraz wybrakowane. W ramach drugiej części Odwołujący poddaje w wątpliwość wysokość poszczególnych cen jednostkowych, które w jego opinii są rażąco niskie.

Odnosząc się do analizy postawionego zarzutu Izba w pierwszej kolejności pragnie wskazać na naczelne zasady dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich późniejszej oceny przez instytucję zamawiającą.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22).

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne I wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień

wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, Izba pragnie zauważyć, co następuje:

W ramach zarzutu dotyczącego wewnętrznej sprzeczności przedłożonych wyjaśnień Odwołujący koncentruje się na twierdzeniu, że Konsorcjum nie jest uprawnione do powoływania się na indywidualne okoliczności sprzyjające obniżeniu kosztów realizacji prac ponieważ pozycje jednostkowe objęte wezwaniem Konsorcjum zamierza realizować przy pomocy podwykonawców. Powyższe zdaniem Odwołującego miałoby wynikać z tego, że jako jedyny dowód potwierdzający wyliczenie cen jednostkowych zostały przedłożone takie właśnie oferty podwykonawcze.

Zdaniem Izby twierdzenie takie jest nieuprawnione. Wskazać należy, że okoliczność, iż jako dowody do wyjaśnień ceny załączane są oferty podwykonawcze nie oznacza, że każdorazowo dany zakres zamówienia wykonawca ten zamierza realizować właśnie przy pomocy podwykonawców. Przyjętą praktyką rynkową jest to, że zasadność kalkulacji ceny potwierdza się właśnie przez załączanie ofert podwykonawczych. W takim przypadku oferta podwykonawcza ma jedynie potwierdzać rynkowy poziom wyceny dotyczący realizacji danego wycinku przedmiotu zamówienia, ale nie przesądza, że dany element przedmiotu zamówienia realizowany będzie przy pomocy podwykonawcy. Wobec powyższego, argument Odwołującego w tym zakresie jest chybiony.

To samo dotyczy zarzutu *„gołosłowności”* przedłożonych wyjaśnień. Sposób wyjaśnienia ceny przez Konsorcjum odpowiadał przyjętej na rynku, szeroko praktykowanej metodzie polegającej na przedłożeniu wyjaśnień w formie opisowej i wykazaniu zasadności kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych przez załączenie ofert podwykonawczych. Zamawiający w treści wezwania wymagał jedynie wyjaśnienia poszczególnych pozycji *„w oparciu o dokumenty oraz obliczenia”,* co też Konsorcjum uczyniło. Nie można więc uznać, że zastosowana metoda jest błędna lub też, że nie odpowiada treści wezwania.

Z kolei twierdzenie Odwołującego o tym, że poszczególne oferty podwykonawcze mogą zawierać warunki handlowe oferowane przez podwykonawców lub dostawców z cenami rażąco niskimi, powinno zostać przez niego wykazane. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Konsorcjum odpowiedziało na wezwanie w sposób adekwatny, wykazując zasadność poczynionych kalkulacji przez załączenie ofert podwykonawczych, a Zamawiający te wyjaśnienia uznał. Ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy PZP). Jednocześnie pomimo modyfikacji reguły ciężaru dowodu, wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, jak również przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy (tak też: wyrok KIO z 17 maja 2022 r., KIO 936/22).

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że stawki zaoferowane przez Konsorcjum oraz poparte dowodami w postaci ofert podwykonawczych są rażąco niskie, a tym samym zarzut w tym zakresie również należało oddalić.

Twierdzenie o niekompletności przedłożonych wyjaśnień oparte jest na nieprawidłowym założeniu, że Konsorcjum wyjaśniane pozycje będzie realizować przy pomocy podwykonawców. Jak wskazane było wcześniej, oferta podwykonawcza ma jedynie potwierdzać rynkowy poziom wyceny dotyczący realizacji danego wycinku przedmiotu zamówienia, ale nie przesądza, że dany element przedmiotu zamówienia realizowany będzie przy pomocy podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający treścią wezwania nie wymagał od Konsorcjum przedłożenia jakichś szczegółowych wyjaśnień w zakresie prawidłowości przyjęcia kosztów pracy. Tym bardziej Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia i udowodnienia również kosztów pracy w przypadku realizowania przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców. Odwołujący nie wskazał przy tym, dlaczego oświadczenie Konsorcjum w tym zakresie miałoby być niewystarczające lub z czego

wywodzi fakt, że nie będzie ono uiszczało pracownikom wynagrodzenia na poziomie zgodnym z powszechnie obowiązującymi przepisami. Odwołujący snuje jedynie pewne przypuszczenia, których jednak w żaden sposób nie wykazuje, tymczasem odpowiedź Konsorcjum stanowiła adekwatną odpowiedź na skierowane wezwanie i zdaniem Izby brak jest podstaw do tego by twierdzić, że nie uzasadnia ona podanej w ofercie ceny.

Przechodząc do drugiej części postawionego zarzutu, a więc poszczególnych cen jednostkowych, które zdaniem Odwołującego mają rażąco niski charakter, Izba pragnie wskazać, co następuje:

Zdaniem składu orzekającego zasadność postawionego zarzutu nie została przez odwołującego wykazana, a zatem zasługiwał on na oddalenie. Przede wszystkim należy wskazać, że odwołujący w ramach wcześniejszej części zarzutu kwestionował zasadność wykazywania rzetelności kalkulacji przy pomocy ofert podwykonawczych, natomiast podejmując próbę wykazania zasadności zarzutu w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych, sam takimi ofertami podwykonawczymi się posługiwał.

Następnie wskazać należy, że tego typu dowody, nie mogą automatycznie przesądzać o jedynej możliwej do uzyskania wysokości stawek w nich wskazanych. Zdaniem Izby świadczą one tylko o tym, że Odwołujący jest w stanie uzyskać ceny takie, jakie wskazane są w poszczególnych ofertach/ fakturach VAT. Powyższe nie przesądza jednak o tym, że nie można uzyskać cen niższych, a w szczególności nie wykazuje, że Konsorcjum nie mogło właśnie takich niższych cen uzyskać.

Podkreślić należy, że stanowisko orzecznictwa w podobnych stanach faktycznych jest z reguły jednolite. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z tych wykonawców oraz o cenie rynkowej drugiego z nich (tak m. in: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 823/22).

Trzeba zatem uznać, że założenia Odwołującego co do rynkowego charakteru określonych cen nie mogą zostać uznane za jedyne wzorcowe założenia. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia, które mogą się różnić w zależności od okoliczności.

Także dowody w postaci wydruków z Sekocenbud nie mogą w ocenie Izby stanowić miarodajnego dowodu świadczącego o rażąco niskim charakterze cen zaoferowanych przez Konsorcjum. W ocenie Izby stawki wynikające z Sekocenbud nie mogą stanowić jedynego i wystarczającego dowodu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zauważenia wymaga, że Sekocenbud obejmuje ceny z rynku budowlanego, więc już sam ten fakt czyni wątpliwym uczynienie go podstawą zarzutów w postępowaniu na usługi z zakresu utrzymania dróg. Co więcej, stawki te mogą mieć charakter jedynie pomocniczy, nie uwzględniają okoliczności wpływających na wycenę, a dotyczących zarówno sytuacji podmiotowej danego wykonawcy, jak i uwarunkowań dotyczących konkretnego zamówienia (tak też KIO w wyroku z dnia 25 października 2022 r., KIO 2647/22).

Następnie wskazać należy, że Odwołujący twierdzenia o rażąco niskim charakterze poszczególnych cen jednostkowych, tylko w niektórych przypadkach popiera dowodami. Część z twierdzeń dotyczących kwestionowanych przez niego pozycji w ogóle nie została poparta jakimkolwiek dowodem, co tym bardziej przemawia za oddaleniem podnoszonych zarzutów. Tytułem przykładu wskazać można na poszczególne pozycje z TER Gr. 7, dla których ceny wskazane przez Konsorcjum, zdaniem Odwołującego należą do „najbardziej rażąco niskich". Tymczasem żaden z dowodów przedłożonych przez Odwołującego nie odnosi się do pozycji z Gr. 7.

Podsumowując, zdaniem Izby, zarzut odwołania został skonstruowany w sposób ogólnikowy, z ograniczeniem do przeciwstawienia wycenie Konsorcjum wyceny wynikającej z ofert podwykonawczych uzyskanych przez Odwołującego oraz wydruków z Sekocenbud, które to dowody nie mogą przesądzać o zasadności postawionego zarzutu. Odwołujący nie wykazał również by Konsorcjum nie było w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia za ceny przez nie wskazywane. Tym samym brak jest argumentów przemawiających za uwzględnieniem postawionego zarzutu.

Zarzut nr II:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZPjeżeli 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 powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (KIO 2678/18).

Uwzględniając zatem treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, w pierwszej kolejności należy ocenić, czy zakwestionowane przez Odwołującego ceny za wykonanie poszczególnych pozycji stanowią istotne części składowe ceny oferty Przystępującego, a jeśli tak to czy Zamawiający powinien był w stosunku do nich powziąć wątpliwości, które uzasadniałyby skierowanie wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Wskazać należy, że przedmiot niniejszego zamówienia jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą ulegać zmianie. Z tego względu zamawiający przewidział, iż rozliczenie umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą (§ 4 ust. 2 wzoru umowy). Zgodnie z postanowieniami formularza ofertowego, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie składniki kosztów, a także inne czynności opisane w SST. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna była zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. W związku z tym, uwzględniając okoliczności niniejszego stanu faktycznego, zdaniem Izby, nie można wykluczyć, że poszczególne ceny jednostkowe za realizację wymienionych w TER pozycji, mogą nosić znamiona istotnych części składowych oferty, a co za tym idzie, mogą podlegać badaniu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2023 r., KIO 300/23).

Podtrzymując generalne zapatrywanie dotyczące możliwości badania w ramach wyjaśnień ceny również poszczególnych cen jednostkowych stanowiących podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy wskazać należy, że w niniejszej sprawie, Odwołujący w zasadzie w ogóle nie odnosi się do zagadnienia istotności kwestionowanych przez niego pozycji. Odwołujący istotność kwestionowanych przez niego pozycji wywodzi z faktu, że po ich zsumowaniu, obejmują one znaczną część ceny ofertowej. Tymczasem nie odnosi się on w ogóle do poszczególnych cen jednostkowych indywidualnie, a zdaniem Izby, tego typu argumentacja również powinna znaleźć się w treści odwołania. Argumentacja odwołania powinna odnosić się do wszystkich przesłanek wymienionych w treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

To, że Konsorcjum określiło dane ceny jednostkowe na zaniżonym, zdaniem Odwołującego, poziomie, nie oznacza automatycznie, że powinny były one zostać przez Zamawiającego zakwalifikowane jako istotne części składowe ceny. Odwołujący powinien więc stosowną argumentację przedstawić Izbie, czego zaniechał.

Dalej podkreślić należy, że aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty konieczne jest powzięcie przez zamawiającego podejrzeń, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (tak też wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 433/20). Z kolei na etapie postępowania odwoławczego, dla uwzględnienia odwołania złożonego wobec zaniechania skierowania stosownego wezwania, niezbędnym jest przez Odwołującego wykazanie, że takie wątpliwości Zamawiający powinien był powziąć.

Odwołujący powinien więc w ramach przedstawianej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że w okolicznościach danego stanu faktycznego w odniesieniu do kwestionowanych przez niego części składowych ceny, Zamawiający miał podstawy by sądzić, że są one rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał ww. obowiązkowi.

W zasadzie tylko i wyłącznie z przedłożonych dowodów Odwołujący wywodził stwierdzenie, że stawki zaoferowane przez Przystępującego były zaniżone, a tym samym powinny stanowić przedmiot wyjaśnień. W tym względzie aktualne pozostają uwagi poczynione w ramach analizy zarzutu nr 1 dotyczące charakteru dowodów przedłożonych przez Odwołującego. Odsyłając w szczegółach do wcześniejszej części uzasadnienia w tym zakresie, zdaniem Izby, dowody te nie mogą przesądzać o zasadności podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń. Nie wykazują one również, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w zakresie zaoferowanych stawek, a tym samym, że koniecznym było skierowanie wezwania.

Ponadto jedynie część z twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego zostało popartych dowodami. W stosunku do znacznej części z kwestionowanych przez niego pozycji, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tez o rzekomo rażąco niskim ich charakterze.

Odwołujący, co oczywiste, buduje argumentację odwołania wokół pozycji, które sam wycenił na wyższym poziomie lub które odbiegają od szacunków Zamawiającego, uznając, że niższa wycena świadczy o ich rażąco niskim charakterze. Wskazać jednak należy, że różnica w cenach ofert (czy też w cenach poszczególnych cen jednostkowych) różnych wykonawców jest naturalnym zjawiskiem gry rynkowej. Różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, która ma miejsce w zasadzie w większości postępowań przetargowych. Jednakże samo stwierdzenie różnicy w cenach nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty lub jej istotnych części składowych. Uzasadnione wątpliwości muszą bowiem wynikać z konkretnych okoliczności wskazujących na zaniżenie ceny w stosunku do obiektywnych kosztów realizacji zamówienia – i właśnie tę okoliczność w ramach zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinien był wykazać Odwołujący.

W sytuacji, gdy żadne inne okoliczności nie dają podstaw do podejrzenia, że cena danej oferty została skalkulowana w sposób nierzetelny, Zamawiający nie ma obowiązku kierowania wezwania. W niniejszej sprawie Zamawiający będący gospodarzem postępowania, posiadając najlepszą wiedzę w zakresie realności i rzetelności stawek zaoferowanych w poszczególnych ofertach, podjął wątpliwości w zakresie niektórych pozycji i w stosunku do tych pozycji skierował wezwanie do ich wyjaśnienia. W stosunku do innych pozycji takich wątpliwości nie podjął, a Odwołujący nie wykazał, że powinien był to zrobić.

Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut nr III:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: "ZNKU").

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący nie wykazał jednak, by na gruncie tego postępowania, na skutek działań Konsorcjum doszło do naruszenia jego interesu. Odwołujący niejako automatycznie założył, że zaniżenie cen jednostkowych części pozycji kosztorysowych należy potraktować jako czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby stanowisko takie jest nieprawidłowe. Co było już podkreślone we wcześniejszej części uzasadnienia różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, która ma miejsce w zasadzie w większości postępowań przetargowych. Jednakże samo stwierdzenie różnicy w cenach nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty lub jej istotnych części składowych. Różnica w cenach nie jest również samoistną podstawą do twierdzenia, że Konsorcjum dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

Praktyka manipulowania cenami jednostkowymi składającymi się na cenę całkowitą oferty może być zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji. Nie ma jednak podstaw prawnych do automatycznego przyjęcia, że zaniżenie części cen jednostkowych i zawyżenie innych, jest takim czynem. Odwołujący nie wykazał, by do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez Konsorcjum rzeczywiście doszło.

Odwołujący fakt popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wywodzi z zaobserwowanego przez niego zjawiska zaniżenia niektórych cen jednostkowych oraz zawyżenia innych. Tymczasem, o czym mowa była we wcześniejszej części uzasadnienia, Odwołujący nie wykazał, że faktycznie poszczególne ceny jednostkowe zostały zaniżone, co również przesądza o niezasadności niniejszego zarzutu.

Ponadto Odwołujący nie przedstawia żadnej analizy dla poparcia twierdzenia, że powoływane przez niego różnice w cenach doprowadzą Zamawiającego do wyboru oferty, która w rzeczywistości może się okazać ofertą droższą od drugiej w kolejności oferty Odwołującego. Nie wiadomo jak poszczególne różnice w cenach miałyby przekładać się na ostateczną cenę oferty Konsorcjum oraz jak wpłynęłoby to na ranking ofert.

Zasadnicza część argumentacji Odwołującego skupia się na interpretacji treści art. 3 ust. 1 ZNKU, nie przedstawiając jednak jak realnie podnoszony przez niego zarzut ziścił się w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, zarzut należało oddalić.

Zarzut nr IV oraz V:

Podstawą dla skonstruowania ww. zarzutów odwołania jest rzekome zaniżenie poszczególnych cen jednostkowych przez Konsorcjum. W ramach analizy pozostałych zarzutów odwołania Izba doszła do wniosku, że owo zaniżenie nie zostało przez Odwołującego wykazane. Skoro tak, to nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu nr IV i V, dla których jedynym argumentem podnoszonym przez Odwołującego było właśnie zaniżenie poszczególnych cen jednostkowych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……