

WYROK
z dnia 20 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUGOWY KONSERWACJA TERENÓW ZIELONYCH JACEK WIECZOREK, ul. Władysława Łokietka 41-933 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom**

przy udziale:

wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH I KOMUNALNYCH „DROMAR” MARIAN KALIŚCIAK, ul. Gliwicka 25, 44-145 Starogard**, zamawiającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym zarzutu nr 1 i nr 2 oraz nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i nr 2
 - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH I KOMUNALNYCH „DROMAR” M. K.
 2. W zakresie zarzutu nr 3 odwołanie oddala
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w części 1/3 i uczestnika postępowania M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. w części 2/3 i:
 - 3.1. 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, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Uczestnika postępowania z tytułu zastępstwa przed Izbą
 - 3.2. zasądza od Uczestnika postępowania na rzecz Odwołującego kwotę **14 800 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 2/3 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu zastępstwa przed Izbą.
- 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.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE:

Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy”, nr postępowania: DNP.260.2.2023.PN.U.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 lutego 2023 r. pod numerem: 2023/S 033-097802.

W postępowaniu tym wykonawca Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUGOWY KONSERWACJA TERENÓW ZIELONYCH J. W. (dalej: „Odwołujący”) 5 czerwca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu (w zadaniu nr 1 oraz zadaniu nr 2), polegających na wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH

I KOMUNALNYCH „DROMAR” M. K.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., mimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem Wykonawca DROMAR w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 31 marca 2023 roku wskazał, że do realizacji zamówienia zamierza używać soli drogowej, podczas gdy jest to niezgodne z warunkami zamówienia, z uwagi na przedmiot realizowanych usług (utrzymanie poza pasem drogowym, tj. terenów zielonych, ciągów pieszych i dróg osiedlowych), gdzie możliwość użycia środków chemicznych jest wykluczona, a okoliczność ta *de facto* została potwierdzona również w wyjaśnieniach Wykonawcy DROMAR z dnia 19 maja 2023 roku,
- 2.powyższa okoliczność wskazuje również na obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, bowiem wyżej opisane okoliczności wskazują na wadliwe ustalenie przedmiotu umowy a tym samym jego obliczenie, co skutkuje istnieniem błędu w obliczeniu ceny,
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., mimo że Wykonawca na zarówno na pierwsze, jak i na drugie wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny,
- 4.[zarzut ewentualny] w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, których skutkiem powinno być odrzucenie oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. z postępowania, Odwołujący stawia również zarzut naruszenia art. 227, art. 232 i 238 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo że Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale XXXIII SWZ, gdzie określił, że Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli w danym postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu (a w niniejszym postępowaniu oferty złożyli Odwołujący oraz Wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., którego ofertę Zamawiający nie odrzucił – a mimo tego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty bez przeprowadzenia aukcji).

Odwołujący wniosł o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 1 i 2 oraz:
 - a)odrzucenie oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K.,
 - b)ewentualnie nakazanie dokonania oceny ofert w ramach kryterium cena po wcześniejszym przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, o której mowa w rozdziale XXXIII SWZ,
- 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostały przywołane w treści uzasadnienia, a które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie w ramach pisma procesowego,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I. Niezgodność oferty z SWZ

Odwołujący podnosi, że oferta DROMAR podlega odrzuceniu bowiem w toku oceny złożonej oferty tj. z wyjaśnień złożonych pismem z dnia 31 marca 2023 roku wynika, że Wykonawca ten oferuje świadczenie usług w sposób sprzeczny z wymogami swz.

Okoliczność niezgodności treści oferty z treścią swz ujawniała się w związku ze złożeniem wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. *Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią integralną część oferty, jako element ją uzupełniający* (KIO 2354/18). Bez wątpienia zatem informacje pozyskane podczas procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny (mając na uwadze wymagany przepisem duży stopień szczegółowości wyjaśnień) są wystarczające do uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, skoro przedstawiona kalkulacja ceny wskazuje na przyjęcie przez Wykonawcę niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego założeń co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w SOPZ (załącznik nr 1 do SWZ) opisał szczegółowo przedmiot zamówienia. W zakresie prac związanych z odśnieżaniem ciągów pieszych. Zamawiający ustalił na str. 6 SOPZ, że po odgarnięciu śniegu Wykonawca jest zobowiązany do likwidacji śliskości za pomocą piasku lub innego środka uszorstniającego:

Po ustaniu opadów Wykonawca jest zobowiązany do ostatecznego usunięcia śniegu oraz posypania nawierzchni skuteczną ilością piasku. Zasada zastosowania piasku do likwidacji śliskości dotyczy wszystkich pozycji związanych z zimowym utrzymaniem ciągów pieszych, prześwitów i dróg osiedlowych w tym postępowaniu. Zamawiający nie dopuścił zastosowania innych środków do zabezpieczenia śliskości niż piasek.

Zamawiający w pierwszym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wezwał Wykonawcę DROMAR m.in. do wyjaśnień w zakresie:

zadanie nr 1 - „prace interwencyjne na wskazanie PZ – Odśnieżanie ciągów pieszych, prześwitów i dróg osiedlowych – na wskazanie PZ”,

zadania nr 2 - „prace interwencyjne na wskazanie PZ – Odśnieżanie ciągów pieszych, prześwitów – na wskazanie PZ”.

Opis czynności przypisanych przez Zamawiającego do tego zakresu zamówienia znajduje się na stronie 10 i 11 SOPZ.

W zakresie oczyszczania ciągów pieszych i prześwitów:

- w dziale IV pkt. 2 ppkt 2.2 zapisano:
- w dziale IV pkt. 2 ppkt 2.3 zapisano:
- w dziale IV pkt. 2 ppkt 2.7.1 zapisano:

W zakresie oczyszczania dróg osiedlowych:

- w dziale IV pkt. 4 ppkt. 4.1 zapisano:
- w dziale IV pkt. 4 ppkt. 4.2 zapisano:
- w dziale IV pkt. 4 ppkt. 4.3 zapisano:
- w dziale IV pkt. 4 ppkt. 5.1.1 zapisano:

Zatem, w każdym z elementów Zamawiający do usuwania śliskości zobowiązał do używania przede wszystkim piasku, tj. środka, który jest niechemiczny.

Odwołujący w tym miejscu przywołał przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach - w ramach środków nie chemicznych.

Z SOPZ wynika, że w zakresie całego przedmiotu zamówienia Zamawiający powołuje się wyłącznie na środki niechemiczne, bowiem pisze tylko o piasku, ewentualnie o innych środkach uszorstniających. W żadnym miejscu dokumentów zamówienia Zamawiający nie dopuszcza używania środków chemicznych w postaci np. chlorku sodu (NaCl), chlorku magnezu (MgCl₂) czy chlorku wapnia (CaCl₂), a także mieszanek środków chemicznych i niechemicznych.

Prace w ramach niniejszego zamówienia są bowiem wykonywane na terenach POZA PASEM DROGOWYM w obrębi osiedli na ciągach pieszych, prześwitach i drogach osiedlowych, których nawierzchnie w większości nie są utwardzone. Brak utwardzenia nawierzchni eliminuje możliwość zastosowania środków chemicznych czy też mieszanek środków chemicznych z niechemicznymi ze względu na przepisy związane z ochroną środowiska i ochronę przyrody.

Odwołujący przywołał art. 82 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody (sam Zamawiający w pkt. 1.7 SOPZ powołał się na tę ustawę) a także w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach.

Akty te zezwalają na stosowanie środków chemicznych wyłącznie w obrębi pasa drogowego i to z uwzględnieniem ochrony terenów zieleni i zadrzewień. Przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy utrzymania wyłącznie terenów poza pasem drogowym, gdzie możliwość użycia środków chemicznych jest całkowicie wykluczona. (...)

Mimo wymagań Zamawiającego, Wykonawca DROMAR w swoich kalkulacjach z dnia 31 marca 2023 roku złożonych na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny przewidział w niniejszym postępowaniu zastosowanie środków chemicznych w postaci chlorku sodu (NaCl). Wynika to wprost ze złożonych wyjaśnień i kalkulacji.

W treści wyjaśnień na stronie 18 i 20 wbrew wymogom swz opisuje w jaki sposób zamierza realizować usługę usuwania śliskości za pomocą ŚRODKÓW CHEMICZNYCH wskazując dodatkowo normy wynikające z ww. Rozporządzenia ilości tych środków. Opisuje, że do rozsypywania ŚRODKÓW CHEMICZNYCH używa rozsypywarek o określonej wydajności. Wskazuje jakie ilości tych środków przyjął i uwzględnił w cenie ofertowej na ten zakres zamówienia. Wskazał jednoznacznie, że do usuwania śliskości zimowej i odśnieżania ciągów pieszych, prześwitów i dróg osiedlowych, a więc terenów poza pasem drogowym będzie stosował sól w dawce 10 g/m².

Co istotne - do kalkulacji Wykonawca załączył również dowód w postaci faktury na zakup soli. Przedłożona faktura VAT 82/02/2023 wystawiona przez firmę Handlog potwierdza, że środkiem, który będzie stosowany przy realizacji zamówienia jest sól drogowa luzem. Ilość, która została wykazana na fakturze to 257,90 ton. Sól tą zabezpieczono na zapleczu Wykonawcy w Piekarach Śląskich i Knurowie. (...).

Bez wątpienia aspekt zastosowania odpowiednich środków do usuwania śliskości jest istotną częścią tego zamówienia i nie może być uznany za element nieistotny. Sól drogowa jest środkiem szkodliwym, powodującym wiele zniszczeń i zagrożeń dla środowiska przyrodniczego i infrastruktury osiedlowej. Negatywnym skutkiem jej działania jest wymieranie organizmów żywych, co prowadzi do zmniejszenia i zniszczenia bioróżnorodności gatunkowej. Szczególnie narażone na

zasolenie są płazy, jak również ssaki powodując poranienia łap u psów i kotów. W wyniku stosowania soli u większości roślin następuje zahamowanie wzrostu, zmniejszenie ich rozmiarów oraz ilości liści i korzeni. Zasolenie oddziałuje w sposób toksyczny, ogranicza dostępność do wody, prowadzi do zaburzeń prawie wszystkich procesów życiowych. Dostarczając ją na nawierzchnię nieutwardzoną lub bezpośrednio do gleby doprowadza się do degradacji środowiska w sposób bezpośredni zasalając glebę.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że potwierdzeniem i dowodem na niezgodność oferty z przedmiotem zamówienia są również historyczne wyjaśnienia Wykonawcy DROMAR z postępowania przetargowego w roku ubiegłym. Przy analogicznych wymogach zawartych w SOPZ w odniesieniu do materiałów do likwidacji śliskości i odśnieżania Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach zastosował materiał i prawidłową technologię wykonania prac - kalkulując materiał uszorstniający. (...)

W konsekwencji powyższego, już w pierwszym odwołaniu Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy DROMAR uwzględniająca technologie solne i zastosowanie chlorku sodu jest niezgodna zarówno z warunkami zamówienia, jak i obowiązującymi przepisami prawa, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty z postępowania.

Na skutek powyższego w dniu 16 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę DROMAR do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty – wskazując, że Zamawiający powziął wątpliwość dotyczącą stosowania przez Wykonawcę środków chemicznych w celu realizacji zamówienia i z uwagi na to wezwał do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie na jakiego rodzaju nawierzchni Wykonawca zamierza stosować sól drogową. Już samo zapytanie jest co najmniej zaskakujące zamawiający zmienia swz bowiem nie dopuścił środków chemicznych, więc pytanie o to gdzie DROMAR ich używa jest nieracjonalne.

W złożonych w dniu 19 maja 2023 roku wyjaśnieniach Wykonawca nie odpowiedział na zadane przez Zamawiającego pytanie. W sposób wymijający wskazuje, że z powodów ostrożnościowych przewidział ewentualne użycie środka chemicznego. (...)

Wskazywanie przez Wykonawcę w wyjaśnieniach (str. 2), że skalkulował cenę soli, bowiem w razie konieczności związanej z warunkami atmosferycznymi i żądaniami mieszkańców, w trakcie realizacji zamówienia Zamawiający może od Wykonawcy wymagać, by dla skuteczności działań użył również innych niż piasek, skutecznych środków służących realizacji zamówienia jest niczym innym jak przyznaniem, że Wykonawca zamierzał czy też dopuszczał realizację zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa oraz z OPZ.

Dalej Wykonawca wskazuje, że zamierzał on używać soli na powierzchniach takich jak chodniki, wjazdy do osiedli, schody czy parkingi. Jednak Odwołujący wskazuje po raz kolejny, że użycie soli możliwe jest (jak wskazano w cytowanej wyżej regulacji prawnej) wyłącznie na terenie jezdni lub chodnika – a utrzymanie tych części jest przedmiotem zamówienia na realizację usługi w pasie drogowym, a nie w niniejszym postępowaniu, które jest postępowaniem poza pasem, gdzie używanie środków chemicznych jest zabronione. (...)

Analizując ten wątek podkreślić należy, że w jednych wyjaśnieniach DOMAR mówi że prawidłowo wycenił ofertę a jego cena brutto jest właściwa i zawiera sól, w kolejnych wyjaśnieniach wskazuje, że do realizacji zamówienia „przewiduje użycie piasku – zgodnie z nakazem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia” powstaje zatem dodatkowo wątpliwość jaki walor dowodowy mają wyjaśnienia i wyliczenia, które obecnie nie są już prawidłowe, a co za tym idzie jaka jest właściwa cena oferty w tych pozycjach, skoro uległa zmianie poprzez wycofanie się z użycia soli.

W konsekwencji tego oferta Wykonawcy DROMAR podlega również odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Z treści przepisu uznającego błąd w obliczeniu ceny wynika, że złe policzenie czy też wadliwe ustalenie treści przedmiotu zamówienia jest takim krytycznym błędem, którego nie sposób już poprawić. Przedłożona kalkulacja błędnie uwzględnia cechy przedmiotu zamówienia, wymaganych materiałów, zakresu i warunków realizacji, co stanowi o jej wadliwości również w kontekście błędu w obliczeniu cenie.

II. Rażąco niska cena – lakoniczność złożonych wyjaśnień, brak wykazania prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

(...) Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta DROMAR zawiera cenę rażąco niską:

1. o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT w zadaniu nr 1, a także w części cen o ponad 30% od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen przewidzianych dla danej czynności (cyt):
2. o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, a także w części cen o ponad 30% od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen przewidzianych dla danej czynności w zadaniu nr 2:

W konsekwencji, Zamawiający w dniu 24 marca 2023 roku skierował do Wykonawcy DROMAR wezwanie do złożenia wyjaśnień. (...)

Zamawiający zarówno w wezwaniu z dnia 24.03.2023r. jak i w wezwaniu z dnia 16.05.2023r. podkreślił, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące powodów zaoferowania tak niskich cen i przekonać Zamawiającego, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Jednoznacznie wskazano również, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W dniu 31 marca 2023 roku Wykonawca DROMAR złożył odpowiedź na wezwanie. Z informacji z posiedzenia komisji z dnia 14 kwietnia 2023 roku wynika, że Zamawiający przyjął złożone przez Wykonawcę DROMAR wyjaśnienia bez zastrzeżeń. W konsekwencji w dniu 5 maja 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy DROMAR jako najkorzystniejszej – zarówno w zadaniu nr 1, jak i zadaniu nr 2.

Od takiej decyzji Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił m.in. błędną ocenę wyjaśnień Wykonawcy DROMAR, jak i zaniechanie wezwania DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie wszystkich cen jednostkowych, w których cena zaoferowana przez Wykonawcę odbiegała o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub od średniej cen jednostkowych złożonych ofert. Zamawiający w dniu 24 marca 2023 roku.

W dniu 16 maja 2023 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z czym postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 1342/23 zostało umorzone.

W dniu 16 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie brakujących pozycji. Wyjaśnienia te zostały złożone w dniu 19 maja 2023 roku.

(...)

W wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2023 roku Wykonawca skupił się na tym, aby wskazać, że łączna cena jego oferty nie odbiega od cen rynkowych czy od wartości przeznaczonej na realizację zamówienia. Argumentacja ta jest zupełnie nieistotna, bowiem Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych oferty, a nie w zakresie całościowej ceny.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach skupił się na wykazywaniu, że „nie ma uzasadnienia wezwaniu do wyjaśnień poszczególnych cen składowych, które Zamawiający wyodrębnił jakoby nosiły znamię rażąco niskich, biorąc pod uwagę fakt, że analizowane składowe ceny oferty nie stanowią jej istotnej części w odniesieniu do wartości całego zadania (zarówno dla Zadania 1 jak i dla Zadania 2)”. (...) W dalszej części Wykonawca DROMAR zestawiał swoje ceny z cenami Odwołującego – co jego zdaniem świadczy o rynkowości tych cen. Wskazać należy jednak, że Odwołujący również został wezwany do złożenia wyjaśnień i w złożonych wyjaśnieniach szczegółowo opisał z czego wynikają zaoferowane przez niego ceny i jak szczególne, charakterystyczne dla Odwołującego warunki świadczenia wpływają na możliwość zaoferowania takiej a nie innej ceny. Wykonawca DROMAR również powinien wykazać z czego wynika zaoferowana przez niego cena, a nie odnosić się do cen innych Wykonawców, bowiem nie jest to żaden punkt odniesienia w sytuacji wykazania jak ten konkretny podmiot kalkulował swoje ceny.

(...)

Analizując szczegółowo cen DROMAR należy wskazać na następujące okoliczności:

ZADANIE nr 1

Odwołujący wskazuje, że na 50 cen jednostkowych, które przedstawiono w ofercie Wykonawcy DROMAR jedynie 5 z zaoferowanych cen ma wartość powyżej wartości szacunkowej. W ujęciu procentowym - aż 90% zaoferowanych cen jest zaniżona względem szacunków. W tym:

1. 6 cen jednostkowych jest niższych o co najmniej 40% od wartości szacowanej. W skrajnym przypadku cena jest obniżona o prawie 76%. Takie obniżenie ceny o 76% należy zdaniem Odwołującego uznać za cenę dumpingową, tzn. cenę która nie pokryje kosztu wykonania usługi. 6 cen jednostkowych, które są znacząco obniżone względem szacunków Zamawiającego stanowi 12% oferty Wykonawcy DROMAR.
2. 10 cen jednostkowych jest obniżonych w stosunku do wartości szacunkowej w przedziale od 30% do 40% - co w ocenie Odwołującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Stanowi to 20% oferty.
3. 29 cen jednostkowych jest niższych od wartości o 10% do 30% od ceny jednostkowej oszacowanej przez Zamawiającego. Ceny te stanowią aż 58% oferty.

Również w odniesieniu do średniej arytmetycznej złożonych ofert wskazać należy, że jedynie 11 z 50 cen jednostkowych ma wartości powyżej średniej arytmetycznej. W ujęciu procentowym to jedynie 22% oferty. Analizując te ceny można wyciągnąć następujące wnioski:

1. 1 cena jednostkowa jest niższa o 59,97% od średniej arytmetycznej. Takie obniżenie ceny należy uznać za cenę dumpingową tzn. cenę która nie pokryje kosztu wykonania usługi.
2. 1 cena jednostkowa jest obniżona w stosunku do średniej arytmetycznej w przedziale od 30% do 40%.
3. 21 cen jednostkowych jest niższych o wartości od ponad 10% do 30% od średniej arytmetycznej cen. To aż 42% oferty.
4. 16 cen jednostkowych jest niższe o wartości do 10% od średniej arytmetycznej cen. To aż 32% oferty.

ZADANIE nr 2

W tym zakresie z 50 cen jednostkowych, które przedstawiono w ofercie DROMAR jedynie 3 z zaoferowanych cen ma wartość powyżej wartości szacunkowej Zamawiającego. W ujęciu procentowym aż 94% zaoferowanych cen jest zaniżonych.

W tym:

1. 6 cen jednostkowych jest niższych o co najmniej 40% od wartości przyjętej przez Zamawiającego. W skrajnym przypadku cena jest obniżona o prawie 76%. Takie obniżenie ceny o 76% należy uznać za cenę dumpingową, tzn. cenę, która nie pokryje kosztu wykonania usługi. Wspominanie 6 cen jednostkowych stanowi 12% oferty Wykonawcy.
2. 10 cen jednostkowych jest obniżonych w stosunku do wartości szacunkowej w przedziale od 30% do 40% co w ocenie Odwoływającego świadczy o cenie rażąco niskiej. Stanowi to 20% oferty.
3. 31 cen jednostkowych jest niższych o wartości od ponad 10% do 30% od ceny jednostkowej oszacowanej przez Zamawiającego. Stanowi to aż 62% oferty.

Również w odniesieniu do średniej arytmetycznej złożonych ofert wskazać należy, że jedynie 11 z 50 cen jednostkowych w ofercie DROMAR ma wartość powyżej średniej arytmetycznej. W ujęciu procentowym to jedynie 22%. Analizując te ceny można wyciągnąć następujące wnioski:

1. 1 cena jednostkowa jest obniżona o prawie 59,97% od średniej arytmetycznej. Takie obniżenie ceny należy uznać za cenę dumpingową tzn. cenę która nie pokryje kosztu wykonania usługi.
2. 1 cena jednostkowa jest obniżona w stosunku do średniej arytmetycznej w przedziale od 30% do 40%.
3. 21 cen jednostkowych jest niższe o wartości od ponad 10 do 30% od średniej arytmetycznej cen. To aż 42% oferty.
4. 16 cen jednostkowych jest niższe o wartości do 10% od średniej arytmetycznej cen. To aż 32% oferty.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył zestawienie cen jednostkowych. (...)

1) Wykonawca DROMAR nie udowodnił, że ceny są rynkowe. Do takiego wniosku można dość już tylko zestawiając ceny jednostkowe netto zaproponowane przez DROMAR w tym postępowaniu - z cenami, które ten Wykonawca proponował w roku 2022.

Biorąc pod uwagę inflację liczoną rok do roku w odniesieniu do miesiąca składania ofert wskazać należy, że zmiana pomiędzy marcem 2023 roku a marcem 2022 roku wynosi 16,1% (wskaźnik podany przez Prezesa GUS). Gdyby wskaźnik inflacyjny odnieść jeszcze bardziej precyzyjnie do przedmiotu zamówienia to należałoby uznać wzrost przynajmniej o 13,3%, bowiem o taką wartość procentową zmieniła się wartość usług na rynku.

Porównanie cen, które stosuje DROMAR liczona rok do roku nie pokazuje wzrostu z uwzględnieniem 16,1%, czy chociażby 13,3% - pomimo tego, że koszty wykonania usług bezspornie wzrosły. Odnosząc powyższe szczegółowo do zaferowanych cen wskazujemy, że:

1. Zadanie nr 1

Z analizy cen wynika, że Wykonawca DROMAR pomimo tak dużego wzrostu inflacyjnego zmienił jedynie 16 cen w stosunku do roku poprzedniego, co w ujęciu procentowym oznacza zmianę 32% oferty. 13 cen jednostkowych zostało obniżonych, co dotyczy 26% oferty. 21 cen nie zmieniło swojej wartości pomimo inflacji i wzrostu kosztów, co w konsekwencji powoduje, że realnie ich wartość względem ubiegłego roku jest obniżona o 16,1% poprzez sam spadek wartości pieniądza.

2. Zadanie nr 2

Z analizy cen wynika, że Wykonawca DROMAR pomimo tak dużego wzrostu inflacyjnego zmienił jedynie 10 cen w stosunku do roku poprzedniego, co w ujęciu procentowym oznacza 20% zmian w ofercie. 15 cen jednostkowych zostało obniżonych, co dotyczy 30% oferty. Zaś 25 cen z 50 nie zmieniło swojej wartości pomimo 16,1% inflacji, czyli w rzeczywistości ich wartość jest obniżona o 16,1%, tj. o spadek wartości pieniądza.

Tak więc złożone wyjaśnienia o ile miałyby stanowić dowód prawidłowo dokonanej kalkulacji winny wykazywać w jaki sposób DROMAR jest w stanie „zaoszczędzić na realizacji zamówienia”, czego nie uczynił. (...)

Uzasadniając zaferowane ceny Wykonawca powołał się na następujące czynniki i okoliczności rzekomo pozwalające mu - na obniżenie cen, które wskazał na dwóch stronach wyjaśnień z dnia 31.03.2023r.:

1. wypracowana logistyka i efektywność prac na terenie Gminy Bytom,
2. przeszkolona kadra pod kątem efektywności prac, co zmniejsza ilość roboczogodzin, zużycia paliwa i sprzętu oraz narzędzi,
3. optymalizacja pracy zarówno pracowników jak i sprzętu poprzez realizowanie kilku kontraktów na terenie jednego miasta i miast ościennych,
4. niska awaryjność sprzętu i własny serwis, który ogranicza ilość awarii,
5. dysponowanie bazą materiałowo-sprzętową w niedalekiej odległości od planowanego miejsca świadczenia usług, tym samym niezbędny sprzęt oraz materiał do zimowego utrzymania terenów jest blisko miejsca realizacji usług,
6. niskie koszty ogólne, administracyjne związane z działalnością gospodarczą i zatrudnieniem z uwagi na lokalizację biura ZUDiK DROMAR na własnym terenie, co pozwala na unikanie opłat najmu lub dzierżawy.

Analizując przedstawioną argumentację wskazujemy, że:

1. wypracowana logistyka i efektywność prac na terenie Gminy Bytom

(...) W żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie ma mającego przełożenie na koszty wyjaśnienia tego ogólnego i nic nie wnoszącego do sprawy sformułowania. Z tej części wyjaśnienia wynika, jedynie, że poprzednio realizował usługę.

Ponadto argument ten jest jednak bezpodstawny bowiem na terenie miasta Bytomia są w szerokim zakresie realizowane prace drogowe, remonty infrastruktury kolejowej, tramwajowej, bieżące naprawy dróg i nowe inwestycje, których część nie jest jeszcze w ogóle ujawniona. W związku z tym przejazd przez miasto ulega stale zmianom i jest w dużym stopniu utrudniony. Korki uliczne, utrudnienia w ruchu spowodowane remontami wykluczają oszczędności wynikające z planowania i logistyki transportu. Tak więc argument o wypracowanej logistyce i efektywności prac to jedynie ogólne, gołosłowne twierdzenia. Dlatego też Zamawiający nie był w stanie ustalić, iż ta okoliczność ma wpływ na obniżenie ceny. Okoliczności te są zupełnie nieudowodnione, bez znaczenia dla kalkulacji, mają robić wrażenie złożenia wyjaśnień, ale ich merytoryka jest żadna.

2. przeszkolona kadra pod kątem efektywności prac, co zmniejsza ilość roboczogodzin, zużycia paliwa i sprzętu oraz narzędzi

Ten argument to ogólne stwierdzenie - nie został on w żaden sposób „przełożony” na wpływ na koszty, jakkolwiek rozwinięty i wyjaśniony. Nie przedstawiono na tę okoliczność żadnych obliczeń, które przedstawiałyby wartość finansową, o jaką została obniżona cena z uwagi na te zdolności Wykonawcy. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dokumentów z przeszkolenia kadry. (...)

3. optymalizacja pracy zarówno pracowników jak i sprzętu poprzez realizowanie kilku kontraktów na terenie jednego miasta i miast ościennych

Przywołana przez Wykonawcę optymalizacja została wyjaśniona jako hipotetyczna możliwość wyłączenia sprzętu lub pracowników z jednego kontraktu w celu wykonania innego kontraktu. Nie podano jednak żadnego konkretnego przykładu, który mógłby świadczyć o tym, że hipotetyczne wykorzystanie pracowników lub sprzętu na kilku kontraktach przyniesie korzyści ekonomiczne w tym konkretnym kontrakcie. Ponadto, z podanej okoliczności można wyciągnąć inny wniosek - że DROMAR nie posiada stałej kadry (a więc argument o przeszkolonej kadrze jest gołosłowny). Wykonawca „przerzuca” pracowników, co nie jest „niezaprzeczalnie wypracowaną logistyką”, a brakami kadrowymi. Należy zwrócić uwagę, że w tym postępowaniu Zamawiający zastrzegł możliwość dowolnego kreowania tego kontraktu. Część prac która jest objęta tym przedmiotem zamówienia jest zależna od warunków pogodowych. W przypadku wystąpienia warunków zimowych, opadów śniegu realizacja kontraktu w zakresie „niezaprzeczalnie wypracowanej logistyki” i przerzucania zespołu ludzi i sprzętu jest jeszcze bardziej „niedorzecznym” argumentem.

Ponadto, argument o optymalizacji nie został wyjaśniony za pomocą przedstawienia wyników jakie ma zapewnić ta optymalizacja. Nie przedstawiono nawet hipotetycznych rozwiązań, technik organizacyjnych, które mogłyby potwierdzać, że taka hipotetyczna optymalizacja w ogóle jest możliwa. (...)

4. niska awaryjność sprzętu i własny serwis, który ogranicza ilość awarii

Podobnie jak poprzednie wyżej omówione okoliczności trudno uznać ten argument za wiarygodny i dający możliwość obniżenia ceny. Awaryjność sprzętu ma charakter czysto losowy i nie jest możliwe wskazywanie, że to ma wpływ na jakiegokolwiek kalkulacje. Nieprawdą jest również, że system obsługi sprzętu działający w firmie DROMAR działa w tak rewelacyjny sposób, że takie awarie są wykluczane na bieżąco i nie powoduje to w jego firmie zbędnych przestoju czy też innych komplikacji wynikających z awarii. (...)

5. dysponowanie bazą materiałowo-sprzętową w niedalekiej odległości od planowanego miejsca świadczenia usług, tym samym niezbędny sprzęt oraz materiał do zimowego utrzymania terenów jest blisko miejsca realizacji usługi

Przywołany przez ZUDIŁ DROMAR argument nie został wyjaśniony i wyliczony. Nie podano nawet miejsca lokalizacji bazy materiałowo-sprzętowej, która będzie wykorzystywana do realizacji kontraktu. (...)

6. niskie koszty ogólne, administracyjne związane z działalnością gospodarczą i zatrudnieniem z uwagi na lokalizację biura ZUDIŁ DROMAR na własnym terenie, co pozwala na unikanie opłat najmu lub dzierżawy

Wykonawca ZUDIŁ DROMAR koszty ogólne wykazał w pozycji „pozostałe koszty” i „nieprzewidziane ryzyka” wraz z innymi kosztami. W ocenie Odwołującego koszty te zostały pominięte, błędnie obliczone, zaniżone, co powoduje, że są one nierealne, nierynkowe, niewiarygodne. Lokalizacja biura nie ma istotnego wpływu na koszty ogólne działalności gospodarczej przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia Wykonawcy w żadnym miejscu nie przedstawiają wyliczenia kosztów ogólnych. Przedstawiono je za pomocą 5% wskaźnika.

Mając na uwadze opisową część wyjaśnień stwierdzić należy, że są to jedynie ogólne, lakoniczne deklaracje.

Do wyjaśnień załączono kalkulacje. Odnosząc się do Kalkulacji (w obu wyjaśnienia), które zostały wyliczone jak deklaruje Wykonawca ZUDIŁ DROMAR podobno z najwyższą starannością.

W skład tych wartości wchodzi następujące koszty:

- Koszty pracy – koszty pracownicze obliczające czas pracy i stawkę godzinową,
- Koszty paliwa – obliczające wartość zużytego paliwa przez wykorzystywany sprzęt,
- Koszt materiału – jego wartość jeżeli występują w danej pozycji materiały,
- Koszty zagospodarowania odpadów – określone na podstawie doświadczenia Wykonawcy.

- Koszty pozostałe – m.in. koszty polisy, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty prowadzenia działalności gospodarczej, koszty amortyzacji sprzętu, koszty utrzymania zaplecza - bazy sprzętowo-magazynowej, koszty serwisu sprzętu, koszty narzędzi, materiałów/środków BHP, koszty wynagrodzenia koordynatora prac, koszty dojazdów w terenie – odbiór i inne prace.

- Nieprzewidziane ryzyka związane z realizacją usługi

- Zysk w wysokości wynikającej z różnicy pomiędzy kosztami poniesionymi i wydatkami a zaoferowaną ceną

Analiza Kalkulacji prowadzi do wniosku, że koszty świadczenia, co do zasady ich obliczenia można podzielić na trzy grupy kosztów:

- Koszty, które wyliczono w oparciu o podane dane tj.: koszty pracy, koszty paliwa, koszty materiału,

- Koszty, które wyliczono w oparciu o „doświadczenie” bez podania danych na podstawie, których je wyliczono tj. koszty zagospodarowania odpadów, których wartość jedynie wskazano,

- Koszty, które ustalono za pomocą 5% wskaźnika wartości tj. koszty pozostałe, nieprzewidziane ryzyka

Z tego podziału wynika, że tylko część kosztów wyliczono, inne wskazano jako procentowy udział w cenie, co w ocenie Odwołującego oznacza, że nie zostały one udowodnione, są niewiarygodne, nieudokumentowane.

W zakresie kosztów, które oparto na „doświadczeniu” dotyczą one m.in. zagospodarowania odpadów. W poszczególnych Kalkulacjach wyceny nie wskazano o jakie konkretnie odpady chodzi, jaka została ustalona ilość tych odpadów, gdzie będą one zagospodarowane i jaki będzie koszt ich zagospodarowania. Brak tych danych pokazuje, że wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, niewyczerpujące, uniemożliwiające jakąkolwiek weryfikację ceny, sprawdzenie czy zagospodarowanie odpadów odbędzie się zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Przy formule „wartość przyjęta na podstawie doświadczenia z wcześniejszych realizacji umów na terenie miasta Bytom” nie sposób uznać, że ceny za odpady ustalono, jak deklaruje ZUDI K DROMAR z najwyższą starannością. (...)

W zakresie kosztów, które ustalono za pomocą 5% wskaźnika wartości tj. koszty pozostałe i nieprzewidziane ryzyka. Ta pozycja rozliczenia mimo jej rzekomo tylko 5% udziału w wycenie jest niezwykle pojemna. Jak wynika z treści wyjaśnień pozycja ta obejmuje następujące koszty:

- 1) Koszty polisy
- 2) Koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy
- 3) Koszty prowadzenia działalności gospodarczej
- 4) Koszty amortyzacji sprzętu
- 5) Koszty utrzymania zaplecza – bazy sprzętowo-magazynowej
- 6) Koszty serwisu sprzętu
- 7) Koszty narzędzi
- 8) Materiałów/środków BHP
- 9) Koszty wynagrodzenia koordynatora prac
- 10) Koszty dojazdu w terenie
- 11) Odbiór prac
- 12) Inne
- 13) Nieprzewidziane ryzyka związane z realizacją usługi

DROMAR w ramach 5% wskaźnika wartości połączył pozostałe koszty wraz z kosztami uwzględniającymi nieprzewidziane ryzyka, jednak do wyjaśnień nie przedstawiono żadnych dowodów, że w rzeczywistości wskazane wyżej koszty mają taką wartość.

Nie wykazano jakichkolwiek danych z ewidencji księgowej lub innych danych, które pozwalałyby na obliczenie wskazanego 5% wskaźnika. Analizując rodzaje kosztów, które zostały tu ujęte należy wskazać, że dotyczą one wszystkich kosztów związanych z utrzymaniem maszyn, urządzeń, środków transportowych a także kosztów związanych z prowadzeniem działalności firmy. (...)

Wliczono w to również koszty dojazdów w teren, wynagrodzenia koordynatorów, a także nieprzewidziane ryzyka. Nie sposób uznać, że wskazane koszty stanowią jedynie 5% -cio procentowy udział w cenie.

Odnosząc to do przykładowej Kalkulacji wskazuje, że przyjęty 5% wskaźnik jest zbyt niski, niewiarygodny, nierealny - niepokrywający rzeczywistego kosztów, nierynkowy.

Kalkulacja dotycząca: Zieleni – prace interwencyjne na wskazania – usuwanie powalonych drzew – wyjaśnienia z dnia 19.05.2023r., załącznik nr 1 – RNC KALKULACJA CENY, strona 6 (...)

Kalkulacja dotyczy usługi usunięcia powalonego drzewa poprzez wykonanie czynności usunięcia drzewa, wyrotu lub złomu o średnicy pow. 24 cm wraz z usunięciem (frezowaniem – 20cm poniżej poziomu ziemi) korzeni, załadunkiem, wywozem, utylizacją oraz z zasypaniem dołu ziemią urodzajną. Z opisu czynności wynika, że koniecznym jest użycie:

- Frezarki spalinowej do pni (karczownik) – czas pracy 0,5 godziny

- Piła ogrodnicza spalinowa – czas pracy 0,5 godziny

- Karczownik ręczny, hak do pni, sekator, nóż ogrodniczy, grabie
- Samochód transportujący – czas pracy 0,25 godziny

W te czynności zostanie zaangażowany wyżej wymieniony sprzęt techniczny w ilości 2 sztuk narzędzi mechanicznych i innych 5 narzędzi oraz samochodu transportującego. Rozliczenie wykorzystania tych urządzeń, ich amortyzacja, serwis, a także koszty działalności przedsiębiorstwa, koszty ryzyk i ubezpieczeń przy wykonywaniu tej czynności i obliczeniu jej za pomocą 5% wskaźnika wyniosą 4,63 zł netto. Przyjęty do rozliczenia wskaźnik jest nierealny.

W ubiegłych latach Wykonawca ZUDI K DROMAR kalkulując swoje wynagrodzenie w przedkładanych rozliczeniach na tożsamy przedmiot zamówienia -- nr postępowania: DNP.260.10.2022.PN.U - stosował w swoich obliczeniach podział na: „koszty pozostałe”, które indeksował wskaźnikiem 10% wartości wyceny oraz „nieprzewidziane ryzyka”, które indeksował wskaźnikiem 5%. W obecnych wyjaśnieniach połączono te pozycje wyceny równocześnie zaniżając ich wartość do 5%, gdy wcześniej były one kalkulowane na poziomie 15%. Wskaźnik o wartości 5% zastosowano we wszystkich pozycjach kalkulacyjnych zaniżenie, czy też pominięcie pozostałych kosztów dotyczy wszystkich pozycji kalkulacyjnych.

Odnosząc się do tych składników cenotwórczych należy zauważyć, że nie mają one charakteru i wartości rynkowej.

W pierwszej kolejności odnosząc się do kosztu całkowitego za jedną godzinę pracy w wysokości 30 zł. DROMAR wylicza, że stawka wynikająca z przepisów to 28,98 zł, w związku z czym skoro daje 30 zł, to czyni to zgodnie z prawem.

Należy jednak zauważyć, że do wykonania przedmiotu zamówienia potrzebni są różni specjaliści tj. kierowcy, operatorzy sprzętu, pilarze, ogrodnicy itd. Oczywistym jest też, że w każdym przedsiębiorstwie wymagani są również pracownicy administracyjni np. księgowy, kadrowy, a także pracownicy organizujący pracę jak kierownicy czy dyspozytorzy. Wartość jednostkowa pracy takich osób na rynku pracy jest różna. Bez wątplenia koszt realny zatrudnienia takich osób jest dużo wyższy niż minimalne wynagrodzenie. Wskazana stawka oparta na minimalnym wynagrodzeniu, czy też przekraczająca o 1 złoty minimalne wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem rynkowym, za które można zatrudnić kierowcę, pilarza, czy jakiegokolwiek specjalistę. Zatrudnienie specjalistów na takim poziomie wynagradzania nie jest realne. (...)

Odnosząc się do drugiego składnika cenotwórczego - ceny paliwa, Wykonawca ZUDI K DROMAR argumentował, że przyjął do obliczeń stawkę na poziomie 6,50 zł netto/l. Wskazaną stawkę uzasadnił jako prawidłową i zakładając ryzyko wzrostu cen, ponieważ jak wykazał cena paliwa oferowana przez największego polskiego producenta Orlen kształtowała się na dzień składania ofert na poziomie 5,60 zł netto/l. Z porównania tych cen łatwo można ustalić różnicę w wysokości 0,90 zł, co stanowi około 14% rezerwy do skalkulowanej ceny.

Niestety takie obliczenia jest przekłamaniem rzeczywistych warunków i możliwości nabycia paliwa. Cena, która jest prezentowana jako cena bazowa producenta Orlen to cena hurtowa. Nie jest możliwe nabycie w tej cenie paliwa na rynku detalicznym na stacji benzynowej. (...)

Odnosząc się do wszystkich przedłożonych kalkulacji tak naprawdę nie przedstawiają one żadnych obliczeń. Wartość, która jest wynikiem wyliczenia ofertowego została podzielona w taki sposób, by sprawiała wrażenie, że została skalkulowana i wyliczona. W rzeczywistości zaś jest ona dostosowana do podanych cen w formularzu cenowych, a jej uzupełnieniem jest zmienna wartość zysku. Wartość zysku jest ustalana tak jak wyjdzie z rachunku, mówiąc wprost „jak wyjdzie” pod dane wyliczenie. Nie są to zatem wyjaśnienia dokonanej, prawidłowej kalkulacji ceny oferty na etapie składania ofert, a próba dopasowania wyliczeń do wskazanych w ofercie wartości. (...)

III. Aukcja

(...)

W tym miejscu należy wskazać, że w rozdziale XXXIII SWZ Zamawiający wskazał, że przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W rozdziale XXXIII SWZ Zamawiający wprost wskazał że „Zamawiający **przeprowadzi** aukcję elektroniczną, jeżeli w danym postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu”.

Zamawiający nie przewidział żadnego wyłączenia i możliwości odstąpienia od przeprowadzenia aukcji poza sytuacją, gdy w postępowaniu pozostanie tylko jedna oferta. (...)

W treści protokołu postępowania Zamawiający wskazał, przeprowadził aukcji, bowiem uznał, że nie przewidział tego w ogłoszeniu o zamówieniu, a wyłącznie w treści SWZ. Odwołujący wskazuje jednak, że takie działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe i wprowadziło Wykonawców – w tym Odwołującego - w błąd. Zamawiający jednoznacznie w dokumentach zamówienia wskazał, że przeprowadzi aukcję i opisał jej warunki. Składając oferty Wykonawcy mieli zatem świadomość, że kryterium ceny będzie mogło podlegać dalszym zmianom w toku aukcji i uwzględnili to w swoich ofertach. (...)

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.2.5 wskazał - zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2 - że „cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”.

W dokumentach zamówienia, tj. w treści SWZ Zamawiający zaś wprost wskazał, że „Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny oferty” (str. 25 SWZ). W rozdziale XXXIII SWZ Zamawiający wielokrotnie powiazał fakt przeprowadzenia aukcji z kryteriami oceny ofert (...).

Zamawiający w chwili obecnej dopuścił się niezasadnej rezygnacji z przeprowadzenia aukcji po upływie terminu składania ofert – czym wprowadził w błąd Wykonawców, bowiem Odwołujący przewidywał możliwość obniżenia ceny w trakcie aukcji, zamierzając w ten sposób konkurować z Wykonawcą DROMAR. W chwili obecnej Odwołujący został pozbawiony takiej możliwości.

W złożonej pismem z 15 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH I KOMUNALNYCH „DROMAR” M. K. (dalej „Przystępujący”, „DROMAR”).

Wobec złożenia 15 czerwca 2023 r. przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości, Przystępujący, pismem z 19 czerwca 2023 r., wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

W ocenie Przystępującego zarzut nr 1 jest bezzasadny i zasługuje na oddalenie. Wskazał na postanowienia Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ w Postępowaniu), dalej „SOPZ”:

- w pkt II SOPZ pn. „Definicje pojęć” Zamawiający zdefiniował pojęcia, którymi posługuje się w dalszej części SOPZ precyzując m.in. jak należy rozumieć środki do usuwania śliskości zimowej, które zobowiązany jest stosować wykonawca do likwidowania śliskości ciągów pieszych, prześwitów, dróg osiedlowych, wskazując, że „Środki do usuwania śliskości zimowej” są to „środki nie chemiczne i chemiczne zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. z 2005 r., Nr 230, poz. 1960) służące do usuwania i łagodzenia śliskości zimowej”.

Zamawiający określił w SOPZ, że zadaniem wykonawcy jest odśnieżanie i likwidowanie śliskości zimowej, wskazując, że w tym celu wykonawca winien posypać powierzchnię piaskiem lub innymi środkami uszorstniającymi. Jednocześnie definiując środki do usuwania śliskości zimowej, Zamawiający dopuścił stosowanie również środków chemicznych, jak sól drogowa, co wynika wprost z literalnej treści cytowanego wyżej postanowienia pkt 1.13. SPOZ. Tym samym nie ulega wątpliwości, że na gruncie postanowień SPOZ Zamawiający dopuszcza usuwanie śliskości przy pomocy środków chemicznych i nie chemicznych zgodnych z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. z 2005 r. Nr 230, poz. 1960) służących do usuwania i łagodzenia śliskości zimowej.

(...) Co więcej SOPZ jednoznacznie dopuszcza stosowanie tych środków do usuwania śliskości zimowej, przy czym obligatoryjnym żądaniem Zamawiającego jest wykorzystywanie przy odśnieżaniu/usuwaniu śliskości piasku lub innych środków uszorstniających.

DROMAR złożył Zamawiającemu ofertę odpowiadającą wprost warunkom zamówienia i obejmującą jego realizację zgodną z obligatoryjnymi wymogami opisanymi w SPOZ. W wyjaśnieniach ceny skalkulował przy pozycjach odnoszących się do odśnieżania/usuwania śliskości ciągów pieszych, prześwitów, dróg osiedlowych wykorzystanie piasku (czego Odwołujący nie kwestionuje). W szczegółowych kalkulacjach ceny ujętych w wyjaśnieniach ceny z dnia 31.03.2023 r. dotyczących odśnieżania w każdej z ww. pozycji znajduje się kalkulacja piasku (str. 18-21 i 39-42). Niezrozumiałe są więc twierdzenia Odwołującego, że DROMAR zamierza realizować usługi niezgodnie z SWZ.

Bezsprzecznie bowiem DROMAR złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia i wyjaśnił w ramach kalkulacji, że będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia piasek, którego wymagał Zamawiający. Z faktu zaś dodatkowego objęcia kalkulacją możliwego wykorzystania środków chemicznych do usuwania śliskości, które Zamawiający dopuścił w SPOZ do wykorzystania, w żadnej mierze nie może wynikać niezgodność z warunkami zamówienia, którą bezpodstawnie zarzuca Odwołujący. Co istotne, kwestia ta została przez Przystępującego wyczerpująco wyjaśniona w wyjaśnieniach z 19 maja 2023 r., złożonych na wezwanie Zamawiającego z 16 maja 2023 r. „do wyjaśnienia treści oferty”, skierowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe żądanie wyjaśnień było bezpośrednio i wyłącznie spowodowane analogicznym zarzutem Odwołującego przedstawianym w odwołaniu z 15 maja 2023 r., gdyż kwestia ta – ani przed dokonaniem wyboru oferty Przystępującego po raz pierwszy, ani po raz drugi – nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w wezwaniu tym Zamawiający przejął wątpliwości „dotyczące stosowania przez Wykonawcę środków chemicznych w celu realizacji zamówienia” jedynie w zakresie „wskazania, na

jakiej rodzaju/typu nawierzchni [Przystępujący] zamierza stosować sól drogową”.

Powyższy zakres wezwania, w opinii Przystępującego, nie był przypadkowy (por. argument odwołania str. 8 akapit 1.), i potwierdza, że specyfikacja warunków zamówienia sama w sobie nie zawiera zakazu stosowania soli drogowej, jak też zakaz taki nie wynika z przepisów prawa.

W odwołaniu ZUKTZ J. Wieczorek wskazuje, że ciągi pieszce, prześwitły i drogi osiedlowe znajdujące się w zarządzie gminy poza pasem „w większości nie są utwardzone”, a „brak utwardzenia nawierzchni eliminuje możliwość zastosowania środków chemicznych”.

Po pierwsze więc Odwołujący sam przyznał, że co najmniej część ciągów pieszych, prześwitów i dróg osiedlowych jest utwardzona (wskazuje bowiem, że większość – a więc nie wszystkie – są nieutwardzone), co umożliwia stosowanie środków chemicznych, w tym soli drogowej. Odwołujący z niewiadomych przyczyn zakłada przy tym, że chodniki, ciągi pieszce, prześwitły i drogi osiedlowe są „w większości nieutwardzone” (str. 6 akapit 2 odwołania), choć byłoby to ewenementem, gdyż chodniki i drogi osiedlowe, jak też inne nawierzchnie przeznaczone do chodzenia lub jeżdżenia – również poza pasem drogowym – standardowo wykonywane są w jednym z czterech typów nawierzchni: asfalt, beton, kostka brukowa lub płyta chodnikowa – i Bytom nie jest tu wyjątkiem, co jest okolicznością powszechnie znaną. Zresztą sam Zamawiający definiując w SPOZ ciąg pieszcy jasno wskazuje, że „Ciąg pieszcy” to nawierzchnia utwardzona lub nie utwardzona, przeznaczona do ruchu pieszego bądź rowerowego wraz ze schodami terenowymi (w tym pochylnią) tj. m.in. chodniki, alejki i in. (...).

Odwołujący twierdzi również, że możliwość użycia środków chemicznych poza pasem drogowym jest „całkowicie wykluczona”. Jednak twierdzenie to nie zostało poparte wskazaniem konkretnego przepisu, z mocy którego to „całkowite wykluczenie” nastąpiło. W tym miejscu Przystępujący wskazał na art. 87b ustawy o ochronie przyrody.

Przystępujący jeszcze raz podkreśla, że podczas realizacji zamówienia przewiduje użycie piasku – zgodnie z nakazem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia, co wyraźnie wynika z przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień ceny z 31 marca 2023 r. (...)

W intencji ani interesie Przystępującego nie leży bowiem realizacja przedmiotu zamówienia niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami Zamawiającego, zwłaszcza na własną niekorzyść finansową, tj. przy użyciu środków droższych niż wymagane (NaCl jest droższa niż piasek). Niemniej jednak w kalkulacji cen (w tych samych miejscach załącznika 1.1) Przystępujący odniósł się również (wyłącznie finansowo, gdyż wyjaśnienia dotyczyły przewidywanych kosztów wykonania) do możliwych kosztów ewentualnego użycia środka chemicznego – soli drogowej, w celu zapobiegania i likwidacji śliskości – gdyby jej użycie okazało się konieczne i było zalecane/wymagane przez Zamawiającego (oczywiście z uwzględnieniem, że może to nastąpić jedynie w sposób zgodny z przepisami i wymaganiami Zamawiającego). Powyższe wynikało z powodów ostrożnościowych i długiego doświadczenia zarówno w realizacji tego typu usług, jak i doświadczenia w zakresie składania wyjaśnień dotyczących oferowanych cen.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający co prawda w poszczególnych punktach opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na konieczność użycia piasku, jednak – jak zostało to już wcześniej wskazane - w punkcie 1.13 SOPZ „środki do usuwania śliskości zimowej” zdefiniował jako „środki nie chemiczne {takie jak piasek – przypis Przystępującego} i chemiczne {takie jak sól drogową – przypis Przystępującego}. (...)

Przystępujący podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje wiele powierzchni utwardzonych jak chodniki, schody, drogi osiedlowe, wyjazdy z osiedli i parkingów, parkingi (fakt występowania takich powierzchni przyznał w odwołaniu sam Odwołujący). Wynika to również wprost z punktu 1.4. SOPZ „ciąg pieszcy – nawierzchnia utwardzona lub nie utwardzona”. Nie zmienia to faktu, że na wszystkich terenach objętych zamówieniem i utrzymaniem zimowym, do likwidacji śliskości dotąd używany był i będzie w przyszłości właśnie wymagany przez Zamawiającego piasek (który ujęty jest w wyjaśnieniu kalkulacji ceny DROMAR). Przystępujący nie przewiduje zastosowania soli na terenach zielonych i nawierzchniach nieutwardzonych. Dodatkowo należy zauważyć, że użycie soli ma na celu uzyskanie – dla bezpieczeństwa użytkowników – tzw. „czarnej drogi” czy „czarnego chodnika”, co jest niemożliwe na powierzchniach nieutwardzonych, gdzie skutkiem mogłoby być prawdopodobnie uzyskanie nawierzchni rozmokłej lub nawet błota, czyli skutku przeciwnego do zamierzonego.

Reasumując, DROMAR w skalkulowanej cenie z ostrożności ujął ewentualne użycie soli drogowej na powierzchniach, na których zgodnie z przepisami prawa istnieje taka możliwość (utwardzone: chodniki, drogi, wjazdy/wyjazdy na/z drogi osiedlowej, miejsca parkingowe) i w sposób zgodny z wymogami prawa i SWZ. Co więcej Przystępujący w bieżącym utrzymaniu w ogóle nie przewiduje użycia soli bez uzgodnienia z Zamawiającym i w ramach utrzymania zimowego będzie stosował środek opisany przez Zamawiającego – piasek.

Odnosząc się do załączonej do wyjaśnień faktury dotyczącej zakupu soli wskazujemy, że była ona jedynie przykładowa i miała na celu jedynie ogólne wykazanie ceny soli (...).

Zarzut nr 2

Zdaniem Przystępującego zarzut ten jest bezpodstawny i zasługuje na oddalenie. Przede wszystkim zarzut ten został

przez Odwołującego sformułowany jako bezpośrednia konsekwencja wystąpienia okoliczności wskazanych w zarzucie nr 1. Skoro więc zarzut nr 1 jest niezasadny, to automatycznie niezasadny jest zarzut nr 2. Przystępujący prawidłowo zidentyfikował przedmiot zamówienia – którego notabene jest obecnym wykonawcą, zatem posiada w tym zakresie najlepszą wiedzę. Fakt, czy Przystępujący w konsekwencji dokona zakupu soli na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, czy też nie i wskazana w wyjaśnieniach z 31 marca 2023 r. kwota pozostanie w rezerwie, nie ma związku z błędem w obliczeniu ceny, o którym mowa w przywołanym przepisie i który to przepis standardowo dotyczy zupełnie innych okoliczności, najczęściej błędnej zastosowanej stawki podatku od towarów i usług.

Zarzut nr 3

Odwołujący w złożonym odwołaniu zawarł jedynie krytykę informacji zawartych w części ogólnej (która z założenia miała być ogólna – została nawet nazwana „pismem przewodnim” i nie miała obejmować żadnych informacji uznanych przez Przystępującego za tajemnicę przedsiębiorstwa), nie odniósł się natomiast w ogóle do części dla wyjaśnień najistotniejszej, czyli kalkulacji cen, która została odtajniona w toku postępowania przez Zamawiającego, i do której Odwołujący miał pełny dostęp na etapie formułowania zarzutów odwołania. Już sama ta okoliczność powoduje, że zarzut nie ma żadnej wartości merytorycznej i jest bezzasadny. Nie można bowiem zarzucać konkurentowi zaoferowanie rażąco niskiej ceny, kompletnie ignorując szczegółowe wyliczenie tej ceny i jej składników. Dodatkowo, treścią oferty były także formularze cenowe dla każdego z zadań, w których wykonawcy wskazywali ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji wyceny. Do nich (samy formularz, jak i wysokości poszczególnych cen jednostkowych) Odwołujący również się nie odniósł – przynajmniej w sposób merytoryczny kwestionując nierealność ich wysokości. Samo bowiem wskazanie, jaki % jakiej kwoty stanowią, nie ma najmniejszego znaczenia merytorycznego.

Należy tu podkreślić, że porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia, kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia czy cen ofert pomiędzy sobą, ma znaczenie jedynie w kontekście wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny, o czym wprost świadczy dyspozycja art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (...).

Dodatkowo, szacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego, nawet jeżeli jest dokonywane z należytą starannością, nie ma charakteru wyroczni w zakresie realnych wynagrodzeń, których zażądamy wykonawcy w danym przetargu. Jest też sporządzane według innych założeń niż oferty wykonawców – przede wszystkim ma pomóc zamawiającemu ustalić budżet na realizację zamówienia oraz określić rodzaj wymaganej procedury (...).

Tym samym cała argumentacja odwołania odnosząca się do „zestawienia cen ustalonych przez Zamawiającego z ofertą wykonawcy DROMAR czy średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie ma zdaniem DROMAR żadnego znaczenia merytorycznego dla oceny prawidłowości postawionego zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Co najwyżej może ona świadczyć o tym, że Odwołujący skupił się na tego typu argumentacji, gdyż nie był w stanie przedstawić żadnej innej, odnoszącej się do szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych. (...)

Na str. 15 odwołania Odwołujący skonkludował, że „złożone wyjaśnienia powinny DOWODZIĆ, jak DROMAR zamierza zrealizować przedmiot zamówienia za tak niskie kwoty”, a według uwagi na str. 12 „pierwsze jak i drugie wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie potwierdzają zaoferowanej ceny”. O ile jeszcze można uznać, że negowanie faktu, że złożone wyjaśnienia potwierdziły prawidłowość zaoferowanych cen – zarówno jednostkowych, jak i ceny całej oferty – jest wpisane w rolę Odwołującego jako autora konkurencyjnej oferty i tym samym jest automatyczne, niezależnie od ich treści, to trudno wyjaśnienia zawierające ponad 50 stron uznać za lakoniczne. (...)

Jedyna kalkulacja ceny, którą Odwołujący przywołał i skomentował, odnosi się do usuwania powalonych drzew – wyjaśnienia z 19 maja 2023 r. Jest to pozycja, która i tak, jak wskazano powyżej, nie ma praktycznie żadnego znaczenia dla całości wyceny oferty, gdyż jej wartość w ofercie Przystępującego to 499,99 zł brutto, a u Odwołującego 1998 zł przy cenie oferty dla Zadania nr 1 na poziomie 2.571253,50 zł. DROMAR szczegółowo wyjaśnił przy tym sposób kalkulacji ww. ceny.

Z całości wyceny Odwołujący zanegował fakt użycia w obliczeniach 5% dla wskaźnika „koszty pozostałe, nieprzewidziane ryzyka” i to wyłącznie na tej podstawie, że w ubiegłym roku Przystępujący podał inny wskaźnik procentowy, rozbity na dwie pozycje „koszty pozostałe” i „nieprzewidziane ryzyka”. Tymczasem sposób dokonania wyjaśnień w ubiegłym roku nie ma znaczenia dla wyjaśnień składanych w tym roku. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wskaźnik ten jest zaniżony, czy niewystarczający.

Drugą zakwestionowaną stawką była stawka roboczogodziny – 30 zł. Jednak z zawartego na końcu str. 21 i początku str. 22 uzasadnienia wynika, że Odwołujący przewidział czas pracy 0,5 godz. + 0,5 godz. + 0,25 godz. dla samochodu transportującego, co daje 60 minut pracy przy karczowaniu i cięciu oraz 15 minut pracy samochodu. Przystępujący zaś przewidział stawkę 30 zł/godz. jednak w liczbie 2 godzin, czyli łącznie 60 zł. Tym samym Przystępujący przewidział wyższy koszt pracy na tę czynność niż Odwołujący – zatem argumentacja dotycząca 30 zł nie ma znaczenia. Przystępujący bowiem może i przyjął niższą stawkę godzinową niż chciałby Odwołujący, ale założył na tyle duży zapas czasu na wykonanie, by finalnie osiągnąć realny koszt wykonania. Odnosząc się do ogólnych wywodów Odwołującego

nt. kosztów pracy, DROMAR wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na nierynkowość zastosowanej przez DROMAR stawki dla pracowników realizujących czynności w ramach przedmiotu zamówienia. Argumenty o tym, że do realizacji zamówienia potrzebna jest obsługa księgowo, kadrowa, itp., a osobom realizującym tego typu czynności przysługują „wyższe stawki”, co zdaniem Odwołującego powoduje, że koszty pracy powinny być wyższe, jest nietrafiona w konfrontacji ze złożonymi przez DROMAR wyjaśnieniami, a koszty związane z prowadzeniem działalności firmy, koszty koordynatora prac, i inne, zostały uwzględnione w kalkulacji w pozycji odnoszącej się do kosztów pozostałych i pozostałych ryzyk.

Co do kwestionowanej przez Odwołującego ceny paliwa – Przystępujący przedstawił przykładową fakturę z 24 marca 2023 r., dotyczącą nabycia na stacji benzynowej BUD-METALLCO paliwa o nazwie „Efecta Diesel” za cenę 6,79 zł brutto. Przy VAT 23% cena netto wynosi więc 5,52 zł. Tymczasem, według archiwum spółki Orlen dostępnego na stronie <https://www.orklen.pl/pl/dlabiznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>, cena Orlen dla paliwa olej napędowy Ekodiesel 23 marca 2023 r. to 5,421 zł netto i 24 marca 2023 r. to 5,385 zł netto. W sąsiadujących zaś dniach nie było znaczących różnic cenowych. (...)

Odwołujący w swoim odwołaniu nie zanegował merytorycznie przedstawionych przez Przystępującego cen jednostkowych ani ich kalkulacji. Zresztą Odwołujący nie zanegował skutecznie również ceny finalnej i nie wykazał, że jest to cena „nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej”, nierynkowa, powodująca stratę przy wykonaniu zamówienia, czy też wreszcie, że za cenę tę nie da się wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów – którą to okoliczność należy uznać za wymaganą przesłankami art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako element definicji „ceny rażąco niskiej”.

Zarzut nr 4

Przystępujący przywołał treść art. 227, art. 232 i art. 238 ustawy Pzp. Odnosząc się do zarzutu nr 4 Przystępujący wskazał, że art. 232 i art. 238 ustawy Pzp dotyczą wymogów formalnych zaproszenia do aukcji oraz oceny dokonywanej po zamknięciu aukcji, zaś art. 227 ust. 2 wskazuje na cel aukcji. Przepisy te w żadnym stopniu nie odnoszą się do stanu faktycznego istniejącego w niniejszym postępowaniu, trudno więc uznać, że mogły zostać naruszone.

Jak wynika zaś z ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/S 33-97802 z 15 lutego 2023 r., Zamawiający w ogłoszeniu takiej aukcji nie przewidział. Okoliczność ta (brak przewidzenia aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu), jako podstawa braku przeprowadzenia aukcji, została wskazana także w punkcie 15. druku ZP-PN „Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”.

Przystępujący przywołał również przepisy art. 35 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i art. 53 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. (...), art. 29 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. (...)

Tym samym należy uznać, że procedura udzielania zamówień w postępowaniach unijnych przewiduje jednoznacznie, że informacja o przeprowadzonej aukcji, dla swojej skuteczności, musi być zawarta właśnie w ogłoszeniu o zamówieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie i kolejnych pismach Stron oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. KWszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentów postępowania, w szczególności: SWZ wraz z załącznikami, wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnień Przystępującego. Jak również z dokumentów przedłożonych do odwołania i kolejnego pisma Odwołującego oraz przedłożonych przez Przystępującego do pisma stanowiącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Izba wskazane dowody uznała za wiarygodne.

Mając na uwadze powyższe Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 i nr 2 w petitum odwołania.

Izba wskazuje, że z uwagi na konstrukcję odwołania, gdzie zarzut oznaczony nr 4 był sformułowany jako zarzut ewentualny, na wypadek oddalenia zarzutów wcześniejszych dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, zarzut ten został zostawiony bez rozpoznania. Jak bowiem wynika z treści rozstrzygnięcia, zarzut nr 1 i nr 2 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego został uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i nr 2 spór w zasadzie sprowadzał się do tego, czy Zamawiający dopuścił możliwość użycia środka chemicznego w postaci soli do likwidacji śliskości, a jeżeli odpowiedź byłaby przecząca, to czy skalkulowanie w ofercie dodatkowego materiału (soli) wskazuje na wadliwe ustalenie przedmiotu umowy i błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji stanowi podstawę odrzucenia oferty.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający dopuścił możliwość użycia soli. Izba stanowiska Przystępującego nie podziela.

Zamawiający w SWZ w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący wskazał, że do likwidacji śliskości należy użyć piasku lub innego środka uszorstniającego.

Powyższe znajduje nie tylko potwierdzenie w postanowieniach SOPZ (odpowiednie postanowienia wskazane w treści odwołania) ale również w wyjaśnieniach i twierdzeniach Przystępującego (np. *„podczas realizacji zamówienia przewiduje użycie piasku – zgodnie z nakazem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia”*). W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że sól środkiem uszorstniającym nie jest.

Całkowicie niezrozumiałe i wbrew logice jest twierdzenie Przystępującego jakoby Zamawiający dopuścił użycie soli bowiem w definicji pojęć sprecyzował jak należy rozumieć środki do usuwania śliskości zimowej. Zamawiający w pkt II SOPZ wskazał definicje podstawowych pojęć zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednak w dalszej części SOPZ nie posługuje się pojęciem „środki do usuwania śliskości”, tylko pojęciem: „piasek” lub „inne środki uszorstniające”.

Twierdzenia Przystępującego byłyby prawidłowe, gdyby Zamawiający wskazał np. *„Po odgarnięciu śniegu, błota i lodu cała powierzchnia drogi musi być posypana środkiem do usuwania śliskości”* itp.

Z uwagi na powyższe, bezprzedmiotowe pozostają wszelkie dywagacje o możliwości użycia soli poza pasem drogowym na terenie utwardzonym.

Niejako na marginesie, doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące oferentów, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować postanowień SWZ. Skoro Zamawiający wskazał, że wykonawca musi użyć piasku lub innego środka uszorstniającego to Przystępujący nie może, nawet ewentualnie, z daleko idącej ostrożności, użyć soli.

Dalej, Przystępujący przyznaje w sprzecznie, że ewentualnie w celu likwidacji śliskości może użyć soli: *„w kalkulacji cen (...) Przystępujący odniósł się również (wyłącznie finansowo, gdyż wyjaśnienia dotyczyły przewidywanych kosztów wykonania) do możliwych kosztów ewentualnego użycia środka chemicznego – soli drogowej, w celu zapobiegania i likwidacji śliskości”*. Z kolei wyjaśnieniach treści oferty z 19 maja 2023 r. Przystępujący wskazuje: *„(...) w kalkulacji został uwzględniony koszt ewentualnego użycia soli drogowej (...) na powierzchniach utwardzonych np.: chodnikach, wyjazdach z osiedli, schodach, parkingach”*. Z tym, że Przystępujący na wskazanych powierzchniach soli użyć nie może. Zamawiający wymaga użycia piasku lub innego środka uszorstniającego.

Przystępujący jest niekonsekwentny, z jednej strony twierdzi, że zgodnie z nakazem Zamawiającego użyje piasku, z drugiej twierdzi, że na niektórych powierzchniach ewentualnie użyje jednak soli.

Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny. Przyjęte założenia oraz dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu umowy przy użyciu innego materiału niż wymagał tego Zamawiający. Izba nie neguje wieloletniego doświadczenia Przystępującego w realizacji tego typu usług. Jednakże z ostrożności, ale też należytej staranności, Przystępujący winien był zapytać Zamawiającego, czy na powierzchniach utwardzonych można użyć soli zamiast piasku (w zależności od warunków pogodowych). Jeśli wykonawca ma jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób zapisy SWZ należy interpretować ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Skoro Przystępujący tego nie zrobił, zapisy te stały się wiążące dla wszystkich i zamawiający ma obowiązek egzekwować powyższe na etapie dokonywania oceny ofert.

Izba nie zgadza się z twierdzeniem Przystępującego jakoby przepis art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie ponieważ przepis ten standardowo dotyczy zupełnie innych okoliczności, najczęściej błędnie zastosowanej stawki VAT.

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp mamy również do czynienia wtedy, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Inaczej, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkuluje w niej

czynności/materiały, które nie są objęte przedmiotem zamówienia (czyli wykonawca przyjmuje niewłaściwe dane) - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Co za tym idzie dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna.

W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić.

Przystępujący w ofercie skalkulował dodatkowy materiał - sól, który nie może być użyty podczas realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że gdyby koszt soli nie został wliczony, cena podana w ofercie byłaby inna (niższa). Nie ma przy tym znaczenia, że cena soli nie jest istotnym składnikiem cenotwórczym. Ustawodawca w przepisach nie wskazał, że błąd w obliczeniu ceny musi mieć charakter istotny.

Powyższe ma istotne znaczenie chociażby przy badaniu rażąco niskiej ceny. Przystępujący zawyżył cenę podaną w ofercie o materiał, który nie może być wykorzystany. Przystępujący w sprzeciwie wskazuje: „*W intencji ani interesie Przystępującego nie leży bowiem realizacja przedmiotu zamówienia niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami Zamawiającego, zwłaszcza na własną niekorzyść finansową, tj. przy użyciu środków droższych niż wymagane (NaCl jest droższa niż piasek)*”. Przy takiej argumentacji rodzi się pytanie, w jaki sposób zatem Zamawiający może dokonać badania i oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, skoro Przystępujący w swojej cenie dolicza użycie droższego środka niż jest wymagany przez Zamawiającego i twierdzi, że co prawda w cenie zawarł ale jednak materiału tego nie użyje.

Takie postępowanie rodzi uzasadnioną obawę celowego zawyżania ceny ofertowej i tym samym ograniczenia możliwości prawidłowej jej weryfikacji pod kątem rażąco niskiej ceny.

Biorąc powyższe pod rozwagę, zasadny okazał się zarzut nr 1 i zarzut nr 2.

Izba uznała, że zarzut oznaczony nr 3 w petitum odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Na wstępie Izba zwraca uwagę, że podana przez Przystępującego cena jest nieprawidłowa bowiem zawiera również koszt soli, która nie może zostać użyta podczas realizacji zamówienia. Jednakże zarzut nr 3 nie został wskazany jako zarzut ewentualny, co za tym idzie Izba obowiązana jest do jego merytorycznego rozpoznania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Z wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że w art. 224 ustawy Pzp mowa jest o przypadkach oczywistych, bezspornych, rzucających się w oczy, niewątpliwych, zaniżania ceny lub kosztu. Dysproporcja cen oferowanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską. Fakt zaoferowania nawet ceny niskiej nie można w żaden sposób utożsamiać z ceną rażąco niską. Różnice w cenach ofert są codziennością w zamówieniach publicznych, podobnie jak szacunek wartości zamówienia dokonywany przez zamawiającego.

Wyjaśnienia Przystępującego, jak również w/w argumentacja pokazuje, że cena została przez Przystępującego skalkulowana z należyłą starannością i umożliwia realizację zamówienia.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia Przystępującego nie są lakoniczne (nie są krótkie, zwięzłe wyrażone). Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał sposób wylczenia ceny. Oczywistym jest, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawiane są w różny sposób przez wykonawców i każdym wyjaśnieniem złożonym w postępowaniu można wytknąć pewne niedoskonałości.

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 (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 823/22). Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia. Powyższe świadczy ostatecznie o niezasadności zarzutu postawionego przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Pamiętać jednak należy, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał ww. obowiązkowi.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Orzekając o kosztach Izba działała na podstawie § 7 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia. Izba miała na uwadze, że Odwołujący poniósł koszty z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr. Natomiast na koszty Przystępującego składają się koszty zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr. Z uwagi na uwzględnienie zarzutu nr 1 i 2, przy jednoczesnym zgłoszeniu 3 zarzutów (nie uwzględniając zarzutu ewentualnego) Izba stwierdziła, że Uczestnik postępowania przegrał w 2/3 a Odwołujący w 1/3.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: