Sygn. akt: KIO 1542/23

WYROK

z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawcę:

ZABERD Sp. z o.o. we Wrocławiu

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie -Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach,

z udziałem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia:

Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku oraz

J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. w Chełmie Śląskim

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu i 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego i zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego oraz zgłaszających przystąpienie kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

.....

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Ul. Wronia 53 00-874 Warszawa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział Katowice, Rejon w Lublińcu, nr postępowania O/KA.D-3.2421.32.2022. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE dnia 31 sierpnia 2022 r. pod numerem: Dz.U./S S167 474678-2022-PL (dalej również: Postepowanie). Warunki i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ)

W dniu 29 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. ul. Bystrzycka 24 54-215 Wrocław ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (dalej również: Odwołujący lub Wykonawca).

W dniu 1 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia wykonawcy SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-80(Włocławek oraz J. O. - Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm (dalej również: Przystępujący lub Konsorcjum). Izba, wobec stwierdzenia spełnienia przesłanek określonych art. 525 Ustawy, uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 224 ust. 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, iż złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji, w szczególności nie potwierdzają, iż jest ona zgodna z przepisami dotyczącymi płacy minimalnej, a także, że cena za wykonanie zamówienia dla Grupy 1 w poz. 17.1 została skalkulowana w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, w szczególności, że zawiera wszystkie koszty realizacji zamówienia, jakie winny składać się na daną pozycję, zgodnie z postanowieniami SWZ; ewentualnie
3. naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny oferty w odniesieniu do Grupy Prac nr 9 - urządzenia wspomagające poz. 3.1 Wymiana/uzupełnienie hydrantu przeciwpożarowego nadziemnego oraz 10b TER Zimowe utrzymanie dróg w sytuacji, gdy z wartości wskazanych w ofercie wynika, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań wynikających z dokumentów zamówienia oraz kosztów pracy wynikających z obowiązujących przepisów.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia ewentualnie na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp ponieważ wykonawca nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby prawidłowość kalkulacji ceny w zakresie kosztów pracy (mimo wystosowania w tym zakresie przez Zamawiającego odrębnego i jednoznacznego wezwania), ewentualnie na wypadek oddalenia odwołania w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp, nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Grupy Prac nr 9 - urządzenia wspomagające poz. 3.1 Wymiana/uzupełnienie hydrantu przeciwpożarowego nadziemnego oraz 10b TER Zimowe utrzymanie dróg.

Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 224 ust. 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi konsekwencję uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec niezgodności z SWZ wskazanej w wyjaśnieniach Konsorcjum z dnia 24 lutego 2023 r. siatki stalowej Road Mesh L. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Przystępujący w trybie art. 523 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów oraz poparł stanowisko Zamawiającego w pozostałym zakresie.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentacji Postępowania, w szczególności kosztorysu ofertowego Konsorcjum, oferty firmy Drogród oraz zestawienia cen II kwartału 2022 wg Secocenbud, karty technicznej producenta MACCAFERRI dla siatki wzmacniającej ROAD Mesh L, informacji ze strony dystrybutora siatki ROAD Mesh L, oferty na wykonanie warstwy Slurry Seal ze wzmocnieniem siatką stalową zawierającej cenę siatki, oferty cenowej na zakup hydrantu, printscreen mapy dla tras od Lubliniec, od Kłobuck, z dk 43 do dk 42 oraz trasy dodatkowej, zestawienia cen paliw w Polsce 2022-2023, a także korespondencji własnej z producentem siatki Mesh Track wraz z kartą charakterystyki produktu i deklaracją WE właściwości użytkowych Mesh Track.

Zamawiający i Przystępujący wnosili o dopuszczenie dowodu z dokumentacji Postępowania tutaj Przystępujący w szczególności oferty firmy Drogród - S. T. z 16 sierpnia 2022 r. oraz dodatkowo e-mail z 23 lutego 2023 r. dot. ceny minimalnej za roboczogodzinę walca statycznego, oferty Eurotech sp. z o.o. z 2 sierpnia 2022 r., opinii Politechniki Gdańskiej sporządzonej przez dr inż. B. D.

Izba dopuściła wnioskowane dowody, z tym, że w zakresie opinii Politechniki Gdańskiej uznała ją za nieprzydatną do rozstrzygnięcia istoty sporu wobec nieistotności porównania cech siatki Road Mesh L z cechami opisanymi SWZ w świetle zgodnego oświadczenia stron, co do niespełniania przez siatkę Road Mesh L cech wymaganych SWZ SST D-05.03.26d ppkt. 1.4.8 w postaci wzmocnienia – stężenia siatki z wykorzystaniem drutu płaskiego skręcanego oraz zabezpieczenie siatki antykorozyjne powłoką cynkowo – aluminiową.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność złożenia sprzeciwu przez Przystępującego wobec uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na

dokumentacji Postępowania, w tym wnioskowanych dokumentach oraz dodatkowo dokumentach przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego oceniając opinię Politechniki Gdańskiej sporządzoną przez dr inż. B. D. jako nieprzydatną dla rozstrzygnięcia istoty sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych dokumentów w świetle postanowień SWZ i Ustawy.

Izba ustaliła i stwierdziła, że zarzut, że istotna część składowa ceny oferty Przystępującego w zakresie Grupy Prac 1 pozycja 17.1 (Nawierzchnia - wzmocnienie siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal) oraz Grupy Prac 9 pozycja 3.1 (Urządzenia wspomagające - Wymiana/ uzupełnienie hydrantu przeciwpożarowego nadziemnego) oraz 10b TER (Zimowe utrzymanie dróg) jest rażąco niska, sprowadza się do kwestionowania w zakresie pierwszej grupy prac wyjaśnień Przystępującego jako niewystarczających i niepotwierdzających, że cena jest skalkulowana w sposób zapewniający zgodną z przepisami dotyczącymi płacy minimalnej realizację prac oraz, że nie zawiera ona wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym w zakresie wymaganych SWZ, w zakresie drugiej grupy, że cena powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania prac z uwzględnieniem wszystkich wymagań SWZ oraz kosztów pracy wynikających z obowiązujących przepisów. Zgodnie z odwołaniem pierwsza nieprawidłowość prowadzić powinna do odrzucenia oferty a druga do wystosowania przez Zamawiającego do Przystępującego żądania wyjaśnień.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności żadnego z powyższych zarzutów.

Izba ustaliła, w zakresie zarzutu pierwszego odwołania, że nieprawidłowość wyceny pozycji 17.1 formularza ofertowego Odwołujący wywodził z faktu zaoferowania przez Przystępującego takich samych stawek za metr kwadratowy wykonania w dwóch pozycjach formularza ofertowego dla Prac Grupy nr 1 tj. dla pozycji 17.1 i pozycji 10.1. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, że:

- zakres prac objętych pozycją 17.1 jest większy od objętych pozycją 10.1., co uzasadnia przyjęcie wyższej ceny dla pozycji 17.1 ;

- wycena prac objętych poz. 17.1. przy określonych i wskazanych w odwołaniu stawkach rynkowych - średnich cenach Secocenbud - dla wyodrębnionych kosztów personalnych, urządzeń i materiałów w założonych przez Odwołującego jako prawidłowych ilościach przekroczy wycenę Przystępującego o 0,25 zł/m2.

Izba w oparciu o oferty wykonawców ustaliła, że Konsorcjum zaoferowało w ofercie -formularzu cenowym dla Grupy Prac nr 1:

- poz. 17.1 wzmocnienie siatką stalową z warstwą Slurry Seal zgodnie z SST D-05.03.26d cenę 30,01 złotych netto za m2 dla zakładanych 1000 m2 wykonania, co daje cenę części składowej 30 010,00 zł netto. Cena ta stanowi 52,27 % średniej ceny poz. 17.1 wszystkich złożonych ofert;

- poz. 10.1 wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal zgodnie z SST D-05.03.19a cenę 30.01 złotych netto za m2 dla zakładanych 1000 m2 wykonania, co daje cenę części składowej 30 010,00 zł

oraz, że:

- cena ofertowa Konsorcjum to 85 414 382,88 zł brutto dla części podstawowej i 34 165 753,16 zł brutto dla ceny opcji,

- różnica w wycenie Przystępującego pozycji 17.1 względem wyceny dokonanej dla tej pozycji przez Odwołującego przy prawidłowych według Odwołującego stawkach wynosi 0,02% wyceny wartości oferty Konsorcjum, a cała ta wartość wynosi 0,05% ceny oferty Przystępującego.

Izba ustaliła również, że zgodnie z SST D-05.03.26d prace dla poz. 17.1. obejmują: przygotowanie podłoża pod siatkę, oczyszczenie powierzchni, ewentualne ułożenie warstwy wyrównawczej, ewentualne skropienie podłoża emulsją asfaltową, ułożenie siatki z drutu stalowego, odprężenie siatki na całej powierzchni poprzez przejazdy walca ogumionego, wstępne zamocowanie siatki poprzez przytwierdzenie kołkami wstrzeliwanymi w podłoże na początku rolki, zamocowanie właściwe siatki do podłoża poprzez ułożenie mieszanki Slurry Seal grubości około 1cm z dozowaniem 17^22 kg/m2. Zgodnie zaś z SST D-05.03.19a prace w poz. 10.1. nie obejmują robót związanych ze wzmacnianiem warstwy Slurry Seal siatką z drutu stalowego.

Izba ustaliła również, że SWZ nie zawiera żadnych wskazań, co do sposobu wyceny poszczególnych elementów robót, w tym ich procentowego udziału względem innych, czy też zasad kosztorysowania w oparciu o Secocenbud.

Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 16 lutego 2023 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia w zakresie ceny jednostkowej dla poz. 17.1. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia załączając doń szczegółową kalkulację wyceny pozycji 17.1 kosztorysu ofertowego i ofertą firmy Drogród. W szczegółowej kalkulacji ceny, wskazano, że do kalkulacji ceny zastosowano cenę materiału w postaci siatki stalowej Road Mesh w cenie 18,50 zł/m2, mieszankę bitumiczną Slurry Seal za kwotę 270 zł/tona, kołki wstrzeliwane Hilti za kwotę 1,65 zł/szt. Jednocześnie z oferty Drogród z dnia 18 sierpnia

2022 r., a więc daty poprzedzającej termin składania ofert, wynikała gotowość wykonania przez tę firmę na rzecz Przystępującego w oparciu o przesłany przedmiar i wg dokumentacji Zamawiającego w ramach Postępowania, Prac Grupy 1 poz. 10.1., 15.1, 15.2, 16.1, 16.2, 17.1, 18.1 za ceny wskazane w tabeli zgodnie z wyszczególnionymi tam pozycjami SST.

Izba ustaliła również, w oparciu o niekwestionowaną przez strony okoliczność, której Przystępujący dał wyraz w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na analogiczny do objętego Postepowaniem przedmiot zamówienia składane były w roku 2022 oferty z cenami kosztorysowymi dla Pracy Grupy 1 poz. 17.1. na podobnym lub niższym od Przystępującego poziomie oraz, że Przystępujący dysponuje całym parkiem maszynowym i urządzeniami niezbędnymi do wykonania kwestionowanych prac, co znacząco potania koszty sprzętu.

Izba ustaliła, że jako źródło kosztów szczegółowej kalkulacji Konsorcjum wskazało załączoną do wyjaśnień ofertę firmy Drogród (siatka stalowa Road Mesh, mieszanka bitumiczna Slurry Seal oraz kołki wstrzeliwane Hilti), zaś w odniesieniu do ceny maszyn w postaci walca statycznego ogumionego, koparki jednonaczyniowej, kołowej oraz rozkładarki masy Slurry Seal Konsorcjum wskazało cennik Sekocenbud za 2 kwartał 2022 r., a wynagrodzenie ustaliło wg stawki minimalnej krajowej za 2023 r. Izba ustaliła, że suma powyższych wartości składa się na stawkę z kosztorysu ofertowego poz. 17.1. z uwzględnieniem zysku. Jednocześnie Izba, w oparciu o wiarygodne w jej ocenie wyjaśnienia Przystępującego uznała, że koszty wycenione zostały z uwzględnieniem dysponowania przez Konsorcjum własnymi urządzeniami przy przyjęciu cen Secocenbud niższych od wyliczonej tam średniej.

Izba ustaliła dalej, że załączona do wyjaśnień oferta firmy Drogród - S. T. złożona członkowi Konsorcjum (tabela strona pierwsza oferty) wskazuje, że firma ta gotowa jest wykonać dla Konsorcjum Prace Grupa 1 zarówno pozycja 10.1 opisane w SST.03.19a oraz pozycja 17.1. opisane w SST 05.03.26d za kwotę 29 zł netto/m2 tj. łącznie dla każdej z pozycji za kwotę dla wykonania 1000 m2 29 000 zł netto. Zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum i ceny oferty Drogród oraz kalkulacji szczegółowej potwierdza w ocenie Izby prawidłowość założeń kalkulacji.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani, że nie istniała na dzień ofertowania możliwość zakupu siatki wzmacniającej zgodnej z warunkami SWZ za cenę 18,50 zł m2, ani wykonania całości prac objętych poz. 17.1 za cenę wskazaną w ofercie. Fakt dostępności ceny dla Przystępującego potwierdza oferta Drogród. Wiarygodnego przeciwdowodu w tym zakresie twierdzeniom i dowodom przedstawionym przez Przystępującego (oferta Drogród) nie stanowi oświadczenie z czerwca 2023 r. przedstawiciela jednego z producentów siatek wzmacniających, że według jego wiedzy na rynku nie jest osiągalny zakup siatek spełniających wymagania SST D-05.03.26d za 20 zł netto/m2 i jednocześnie, że według jego wiedzy nie ma innej siatki poza oferowaną przez niego spełniającej wymagania SWZ. Z porównania pytań i odpowiedzi udzielonych w ramach ww. korespondencji Przystępującego z ww. producentem wynika, że nie ma na rynku siatek spełniających ww. wymagania w określonej cenie, nie zaś, że w ogóle nie ma takich siatek.

Izba ustaliła i stwierdziła, że w zakresie zarzutu drugiego niezgodności oferty z SWZ zarzut opierał się na twierdzeniu, że siatka Road Mesh L nie spełnia dwóch z wymaganych SWZ cech opisanych SST-D-05.03.26d- 1.4 Określenia podstawowe, 1.4.8.siatka z drutu stalowego (pierwsza: stężenia z drutu płaskiego skręcanego, druga: zabezpieczenie antykorozyjne powłoką cynkowo – aluminiową) oraz, że Konsorcjum oferuje wykonanie grupy prac dla rejonu w Lublińcu Grupa Prac 1 – Nawierzchnia wzmocnienie siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal wycenionych w pozycji 17.1 kosztorysu ofertowego na kwotę 30,01 zł netto/m2 z wykorzystaniem siatki Road Mesh L. Przy czym zgodnie z odwołaniem fakt zaoferowania przez Przystępującego siatki Road Mesh L wynikać ma z załączonej do wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny pozycji 17.1 szczegółowej kalkulacji wraz z ofertą wykonania tych prac na rzecz Konsorcjum Drogród- S. T.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ SST D-05.03.26d pkt. 1.4. określenia podstawowe – ppkt. 1.4.8. wzmocnienie siatką stalową warstwy Slurry Seal w ramach prac opisanych w poz 17.1 formularza ofertowego wykonane ma zostać z wykorzystaniem siatki z drutu stalowego, między innymi ze stężeniami z drutu płaskiego skręcanego, zabezpieczonej antykorozyjnie powłoką cynkowo-aluminiową.

Izba ustaliła również, co było niesporne pomiędzy stronami, że siatka Road Mesh L nie spełnia kwestionowanych odwołaniem cech określonych SST D-05.03.26d pkt. 14, ppkt. 1.4.8. w zakresie stężeń z drutu płaskiego skręcanego oraz zabezpieczenia antykorozyjnego powłoką aluminiową i spełnia pozostałe wymagania SWZ.

Izba ustaliła również, w oparciu o wyjaśnienia stron i uczestnika a także karty charakterystyki siatki oferowanej przez Odwołującego Mesh Track MT1, deklaracji WE właściwości użytkowych siatek wzmacniających Mesh Track (MT1 i MT2) producenta Bekaert, korespondencji email z czerwca 2023 r. oraz karty technicznej Road Mesh L, że na rynku oferowane są przez różnych producentów siatki stalowe wzmacniające, w tym takie, które spełniają wszystkie lub tylko niektóre z cech wymaganych SWZ SST D-05.03.26d. Odwołujący nie wykazał natomiast, że na rynku nie ma siatek innych niż oferowana przez niego - zgodnych z SWZ ani, że Przystępujący oferuje siatkę Road Mesh L.

Izba ustaliła bowiem, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący potwierdził skalkulowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem wymagań SWZ a więc również SST D-05.03.26d ppkt 1.4.8. W ocenie Izby, sformułowanie ze słowem „również" zawarte w ofercie Drogród po części zawierającej wycenę ofertową pozycji 17.1 SST D-05.03.26d, wskazuje na to, że firma ta posiada również inne produkty, w tym siatkę Road Mesh L. Sformułowanie to stanowi zatem informację o tym, jakie produkty m.in. posiada Drogród („również" siatkę Road Mesh L), natomiast nie oznacza ono, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu oferuje konkretnie siatkę Road Mesh L. Ponadto literalne brzmienie oferty potwierdza tezę przeciwną tezie Odwołującego a mianowicie wolę zaoferowania Przystępującemu w ramach ceny 29 z netto/m2 produktu zgodnego z SST D-05.03.26d, a więc także siatki wzmacniającej spełniającej warunki opisane w ppkt. 1.4.8 tego zapisu SWZ. Podobnie na wolę zaoferowania siatki wzmacniającej Road Mesh L nie wskazuje treść szczegółowej kalkulacji cenowej załączonej do wyjaśnień, odwołującej się jednocześnie do ceny siatki Road Mesh oraz oferty Drogród.

Biorąc zatem pod uwagę, że treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zbieżność cen 18.50 zł, a także odpowiedzi na pytania zadawane przez Przystępującego, nie potwierdzają, że Przystępujący zaoferował siatkę Road Mesh L, należy uznać, że Odwołujący nie wykazał podstawowej okoliczności, na której oparł swoje zarzuty. Tym samym skoro nie można przyjąć, że Przystępujący zaoferował siatkę Road Mesh L, to nie można też przyjąć, że oferta Przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, w zakresie zarzutu trzeciego odnoszącego się do ceny ofertowej Grupy Prac 9 poz. 3.1 (urządzenia wspomagające - Wymiana/ uzupełnienie hydrantu przeciwpożarowego nadziemnego) oraz 10b TER (Zimowe utrzymanie dróg – gotowość zapobiegania śliskości, usuwanie śliskości), że zarzut ten sprowadzał się do zakwestionowania ceny jako nieobejmującej wszystkich niezbędnych elementów określonych w SWZ, a których prawidłową wycenę wskazywał Odwołujący powołując się na ceny rynkowe – oferty jakie uzyskał od dostawców, zaś do Prac Grupy 10B sprowadzał się do zakwestionowania zgodności kalkulacji z SWZ oraz przepisami z zakresu prawa pracy.

Izba w zakresie Prac Grupy 9 poz. 3.1. ustaliła, że Konsorcjum złożyło ofertę ceny jednostkowej w formularzu cenowym w kwocie 345,01 złotych netto. Cena ta stanowi 12,38 % średniej arytmetycznej wszystkich cen jednostkowych złożonych ofert oraz 9,38% mediany wszystkich cen jednostkowych. Składowe niezbędne do prawidłowej wyceny związanej z wymianą lub uzupełnieniem hydrantu przeciwpożarowego nadziemnego opisane zostały w SWZ SST D-01.03.05. Najbardziej cenotwórczą częścią wyżej opisanej ceny jednostkowej jest zakup hydrantu spełniającego wymogi norm.

Różnica w wycenie pozycji 3.1. Prac Grupy 9 oferty Przystępującego oraz wyceny tej pozycji jako prawidłowej przez Odwołującego to około 2 500 zł netto. Udział kosztu prac poz. 3.1 w całości ceny ofertowej to jedynie 0,00099%. Cena kosztorysu ofertowego poz. 3.1 nie była najniższą złożoną w Postępowaniu.

Izba w zakresie Prac Grupy 10B ustaliła, że zakres prac opisany jest w SST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie Dróg Krajowych; SST D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne, Załącznik nr 5 - Ilości minimalne sprzętu do zimowego utrzymania dróg (wraz z wykazem magazynów); Załącznik nr 2 - Wykaz dróg i podział odcinków do Zimowego Utrzymania Dróg; Załącznik nr 9 Zobowiązania stron wynikające z przekazania urządzeń i magazynów soli; Załącznik 1.1 Mapa sieci dróg Rejon w Lublińcu; treść pytań wraz z wyjaśnieniami całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach, Rejon w Lublińcu; Załącznik nr 4 - Standardy Zimowego Utrzymania Dróg określające zasady odśnieżania i usuwania śliskości zimowej na drogach krajowych; Załącznik nr 6 - Wykaz magazynów soli i ich minimalne wypełnienie Rejon w Lublińcu; Specyfikacja Warunków Zamówienia TOM I Instrukcja dla Wykonawców.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do grupy prac 10b Konsorcjum złożyło ofertę w formularzu cenowym na łączną kwotę 12.949, 61 złotych netto. Wartość kosztorysowa Prac Grupy 10B w zakresie prac zapobiegania śliskości to odpowiednio 2,256 % ceny ofertowej a w zakresie jej usuwania to 1,680% tej ceny.

Odwołujący sporządził własną kalkulację kwestionowanej pozycji, przyjmując inne niż Przystępujący założenia odnoszące się do liczby wymaganych etatów, pracochłonności, liczby wymaganych urządzeń oraz powierzchni, jakie objęte mają być usługą.

Założenia przyjęte w kalkulacji własnej Odwołującego są niezgodne z SWZ, co ustalone zostało w oparciu o wyjaśnienia stron i uczestnika a także postanowienia SST i mają wpływ na prawidłowość analiz i kalkulacji odwołania, zbliżając te do założeń i wyceny Przystępującego, powodując, że przedstawione przez niego wyliczenia straciły walor miarodajności. Fakt błędnego przeliczenia liczby wymaganych SWZ urządzeń, a co za tym idzie personelu wymaganego do ich obsługi, zostały przyznane przez Odwołującego. Okoliczność nieuwzględnienia dla kalkulacji faktu różnego typu gotowości była zaś w ocenie Izby bezsporna.

Oferta Konsorcjum w zakresie Prac Grupy 10B jest wyższa od całkowitego minimalnego kosztu jej wykonania z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia pracowników, co Izba ustaliła podzielając w pełni stanowisko Zamawiającego w tym zakresie przedstawione w

odpowiedzi na odwołanie.

Izba stwierdza, co następuje

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dalej Izba stwierdza, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, co nie zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, co nie zostało wykazane przez Odwołującego.

Tutaj Izba wskazuje również, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego, zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaś choć pojęcie „rażąco niskiej ceny" nie ma definicji legalnej to jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09 wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21). W przedmiotowej sprawie Wykonawca nie wykazał, że istniała podstawa powzięcia wątpliwości uzasadniających żądanie ich wyjaśnienia ani, że kwestionowana cena kosztorysu ofertowego ma charakter istotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i wydaje się nierealistyczna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga zaś uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nie zostało wykazane.

Mając na uwadze treść SWZ, oferty Przystępującego, ustaleń oraz przywołanych powyżej norm prawnych Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Przystępującego z SWZ - SST D-05.03.26d ppkt. 1.4.8., w tym okoliczności, z której wywodził zasadność zarzutu, to jest, że wolą Konsorcjum było zaoferowanie siatki wzmacniającej Road Mesh L. Dowodu nie stanowi tutaj oferta Drogród ani kalkulacja szczegółowa, złożona celem wyjaśnienia sposobu oszacowania elementu ceny ofertowej. Nie potwierdza przedmiotowego zarzutu również zbieżność ceny ofertowej Drogród siatki Road Mesh L z ceną ze szczegółowej kalkulacji Przystępującego.

Wartość żadnej z kwestionowanych odwołaniem części składowych ceny nie jest istotna. Odwołujący nie wykazał, by ceny kwestionowanych elementów kosztorysu ofertowego miały walor istotnej części składowej ceny wydającej się rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budziły wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zaś udzielone wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny poz. 17.1. są miarodajne. Z całą pewnością zakwestionowane w odwołaniu elementy kosztorysu ofertowego nie są istotne wartościowo w stosunku do przedmiotu zamówienia i ceny ofertowej.

Izba zaznacza też dodatkowo, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą, co do zasady, określaniu przedmiotu i zakresu oferty i nie mogą danych tych zmieniać. W pewnych sytuacjach treść wyjaśnień może jednak ujawniać rzeczywistą wolę wykonawcy i doprecyzowywać oferowany produkt a nawet świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. W przedmiotowej sprawie treść wyjaśnień – szczegółowa kalkulacja kosztów w zestawieniu z będącą podstawą do jej sporządzenia ofertą Drogród - nie wskazują jednoznacznie na wolę zaoferowania produktu

niezgodnego z SWZ, a kwestionowane elementy oferty są nieistotne wobec ich nikłej wartości w stosunku do ceny ofertowej, co wyklucza odrzucenie oferty w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) Pzp.

Powyższe wyklucza postawienie Zamawiającemu skutecznie zarzutu zaniechania odrzucenie oferty w oparciu o art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt. 5 lub 8 Pzp.

Jednocześnie okoliczności wskazane w odwołaniu nie pozwalają na przyjęcie, że istnieją wątpliwości wymagające wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji kosztorysu ofertowego kwestionowanych odwołaniem z Grupy Prac nr 9 poz. 3.1 lub oraz 10b TER Zimowe utrzymanie dróg, co uzasadniałoby zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący....……

.....

.....