

WYROK
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez wykonawcę Masbud Plus sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Jastrzębie-Zdrój

przy udziale wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej Dromet II A.Ł. z siedzibą Jastrzębiu-Zdrój zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1402/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Masbud Plus sp. z o.o. z siedzibą Jastrzębiu-Zdrój i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Masbud Plus sp. z o.o. z siedzibą Jastrzębiu-Zdrój tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Miasto Jastrzębie-Zdrój wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Utrzymanie letnie i zimowe miasta Jastrzębie-Zdrój, znak postępowania: sygn. akt BZP.271.17.2023 – Część VII – Utrzymanie letnie i zimowe Kwartалу nr 7 – Os. Barbary oraz ulice: Cicha, Podhalańska.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 052-154305.

W dniu 8 maja 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego: Masbud Plus sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej Dromet II A.Ł. z siedzibą Jastrzębiu-Zdrój, zwany dalej Przystępującym lub Dromet.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 18 maja 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Firma Handlowo Usługowa Dromet II A.Ł., podczas gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. Naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Firma Handlowo Usługowa Dromet II A.Ł., podczas gdy bezspornym jest, że istotna część składowa ceny ww. oferty zawiera rażąco niską cenę,

3. Ewentualnie – na wypadek uznania, że zarzut wskazany w ust. 2 powyżej jest przedwczesny – naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Dromet II A.Ł. do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny.

4. Naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Wobec tak sformułowanych zarzutów, wnosił o:

1)Uwzględnienie odwołania w całości,

2)nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności z 8 maja 2023 r., powtórzenie oceny ofert, odrzucenie oferty Wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Dromet II A.Ł., i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie:

3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 8 maja 2023 roku i Wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Dromet II A.Ł., do wyjaśnienia treści oferty w zakresie istotnej części składowej ceny.

Ponadto, Odwołujący wnosil o:

4)Przeprowadzenie wskazanych w niniejszym piśmie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;

5)Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniu przed KIO.

Według Odwołującego – Przystępujący, dokonując pewnych manipulacji i w oparciu o posiadane doświadczenie w realizacji usług na rzecz Zamawiającego w przeszłości, celowo zaniżył koszty istotnej części składowej zamówienia, tj. utrzymania zimowego. Pozwoliło mu to na obniżenie ceny łącznej oferty i uzyskanie nieuprawnionej przewagi nad Odwołującym.

Zdaniem Odwołującego - gdyby Zamawiający nie popełnił błędów wskazanych w niniejszym odwołaniu, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wywodził, że przyczyną zaniżenia przez Dromet kosztów utrzymania w okresie zimowym jest znany wszystkim Wykonawcom fakt, że faktyczny czas trwania zimy (a tym samym wynikających z umowy o zamówienie publiczne obowiązków Wykonawcy) będzie znacznie krótszy niż założenia, jakie Zamawiający określił w dokumentacji postępowania dla celów oszacowania ceny oferty. Wykonawca Dromet wykorzystał dane historyczne, aby dokonać takich operacji na kosztorysie ofertowym, które dały mu nieuprawnioną przewagę na pozostałymi wykonawcami.

Wskazał przy tym, że Zamawiający, chcąc zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz transparentność rozliczeń na etapie realizacji umowy wymagał od Wykonawców, w każdej z części postępowania, w tym w objętej niniejszym odwołaniem części VII, złożenia wraz z ofertą pliku excel zawierającego Szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej brutto dla poszczególnych części w ramach kwartału i dla poszczególnych pozycji. Opracowując szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej brutto Wykonawcy zobowiązani byli stosować się do założeń, jakie przyjął Zamawiający w zakresie jednostek, takich jak ilość dni, liczba m2, liczba ławek/studzienek etc. .

Zwrócił uwagę, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8) usługa będąca przedmiotem postępowania w przypadku każdego kwartału się z trzech zasadniczych części:

a)Utrzymanie letnie,

b)Utrzymanie zimowe,

c)Pozostałe prace związane z utrzymaniem powierzonego terenu.

W ocenie Odwołującego - Wykonawca Dromet zaniżył ceny w zakresie utrzymania zimowego, ponieważ przy zimowym utrzymaniu terenów Zamawiający zakłada czas trwania zimy w sumie na 121 dni z czego:

a)26 dni - to duże opady śniegu 2 stopień zagrożenia zimowego,

b)44 dni przygruntowe przymrozki 1 stopień zagrożenia zimowego,

c)51 dni brak opadów śniegu 0 stopień zagrożenia zimowego.

W rzeczywistości w czasie przeciętnej zimy nie występuje tyle dni, ile zakłada Zamawiający, czego Wykonawca Dromet miał świadomość.

Podkreślił, że trudno dziwić się Zamawiającemu, który w ostrożny sposób i z pewnym zapasem założył maksymalnie długi czas trwania zimy.

Argumentował, że jest to działanie w pełni racjonalne, ponieważ gwarantuje, że w przypadku wystąpienia niestandardowo długiego okresu zimowego, Wykonawca wyłoniony w postępowaniu będzie w stanie zrealizować usługi utrzymania zimowego.

Jednocześnie zaznaczył, że Zamawiający przewiduje rozliczenie za usługi faktycznie wykonane, co gwarantuje wydatkowanie środków publicznych w sposób zgodny z wymogami ustawy o finansach publicznych, oszczędny, racjonalny i efektywny.

Wyjaśnił, żeby te rozsądne założenia Zamawiającego mogły działać w praktyce, Wykonawcy składający ofertę winni skalkulować koszty danego zadania w pozycji kalkulacji tego zadania. W sytuacji w której wykonawca, kierując się doświadczeniem lat ubiegłych manipuluje kalkulacją w taki sposób, że rażąco zaniża koszty utrzymania zimowego

(zakładając, że nie usługa ta będzie realizowana w ograniczonym zakresie), a jednocześnie zawyża koszty utrzymania letniego, które na pewno będzie miało miejsce, prowadzi to do wyboru wykonawcy, który w praktyce okaże się droższy, chociaż cena ofertowa na etapie składania ofert wydaje się niższa.

Reasumując Wykonawca – w opinii Odwołującego - Dromet stosuje zaniżanie cen jednostkowych za utrzymanie zimowe (gdzie faktyczne wykorzystanie usług kształtuje się na poziomie poniżej 50% założeń z opisu przedmiotu zamówienia), a zawyża ceny przy czynnościach, które są płatne w 100% (utrzymanie letnie).

Odnosząc się do danych historycznych za lata 2020-2023 i wynagrodzenia ofertowego vs realnie wypłaconego Wykonawcy wskazał przykładowo, że w sezonie 2022/2023 Odwołującemu wypłacono wynagrodzenie w wysokości 98.086,18 zł., podczas gdy z kalkulacji załączonej do oferty w postępowaniu prowadzonym pod sygnaturą BZP.271.10.2020, którego przedmiotem był zakup usługi na lata 2020-2023 wynikała kwota 149259,76 zł.

Konstrukcja postępowania ogłoszonego obecnie jest analogiczna do przetargu z 2020 rok. Odwołującemu nie zostały te naliczone kary umowne. Jediną przyczyną tej rozbieżności jest sygnalizowany już powyżej fakt, że w rzeczywistości przeciętny okres zimowy jest znacznie krótszy niż ten zakładany przez Zamawiającego.

Natomiast wynagrodzenie za zadanie „Utrzymanie letnie” była i będzie wypłacana w całości, podobnie jak wynagrodzenie za cz. 3 Pozostałe prace na powierzonym terenie nie ulega zmniejszeniu.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że stosując praktyki związane z manipulacją cen w zakresie poszczególnych części zamówienia, Wykonawca Dromet w sposób matematyczny wygrywa przetarg, zaniżając ceny w zadaniu 2 poniżej kosztów wytworzenia.

Odwołujący przedłożył szczegółowe porównania cen z formularza ofertowego Odwołującego oraz Wykonawcy Dromet w celu zobrazowania ekonomicznych skutków sporządzenia kosztorysu w sposób manipulacyjny.

Zwrócił uwagę, że na kwotę 20 groszy brutto za 100 m2 za sprzątanie terenów, która jest niższa od najdroższej firmy o ponad 90% oraz utrzymanie zimowe w stopniu 1 cena 30 groszy brutto za 100 m2.

Dodatkowo Odwołujący przedstawił w odwołaniu porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców, w odniesieniu do omawianych pozycji, ale w innych częściach zamówienia, co w jego ocenie pozwala zobrazować rynkowy (oferowany przez szereg konkurencyjnych wykonawców) poziom cen za utrzymanie zimowe.

Dokonał porównania ofert wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu i złożyli oferty na zimowe i letnie utrzymanie terenów, gdzie Wykonawca Dromet złożył ofertę dla kwartałów: 2, 7, 16. Kwartał 2: załącznik nr 1 porównanie cen firmy konkurencyjnej do oferty firma Dromet.

Dla porównania Odwołujący wziął firmę Ekosystem, która zna tereny zamawiającego ponieważ utrzymuje tereny miasta od kilkunastu lat (tabela 5) .

Według Odwołującego - Dromet w sposób matematyczny manipuluje cenami jednostkowymi w taki sposób, aby za prace które są płatne w 100 % otrzymywać kwotę wyższą od konkurencji. I tak w przypadku utrzymania letniego cena jest o 7,09% wyższa od firmy Ekosystem utrzymanie zimowe cena jest niższa o 43,55 % a z kolei cena prac pozostałych jest wyższa o 246,16%.

Istnieje więc - zdaniem Odwołującego - sytuacja analogiczna do porównania oferty Odwołującego z ofertą Wykonawcy Dromet w cz. 7 postępowania.

Z tabeli 6 Odwołujący wnioskował, że ceny jednostkowe są niższe od konkurencji o - 40 % przy utrzymaniu III standard, -60,51% przy utrzymaniu zimowym w stopniu 1 oraz zbieranie zanieczyszczeń o - 80%.

Dalej, przedstawił porównanie cen Firmy Dromet do Firmy PUS (tabela 7), które ma podobne doświadczenie jak firma Ekosystem czyli bierze udział w zadaniu już kilkanaście lat.

Przekonywał, że podobnie jak na przykładzie firmy Ekosystem oraz Odwołującego sytuacja jest analogiczna cena za okres zimowym cena jest niższa o 50,24%, kwartał nie posiada pozostałych prac.

Z zestawienia z tabeli 8 wyprowadził wniosek, że Wykonawca Dromet ma niższą cenę od firmy Pus o 55,56% - utrzymanie zagrożenia zimowego w stopniu 1 oraz cena niższa aż o 91,89 % za zbieranie zanieczyszczeń kwotowo różnica za cały okres umowy to 223 419,66 zł.

Wykonawca Dromet zaoferował cenę za zbieranie zanieczyszczeń w jednym kwartale cenę 40 groszy a w innym 15 groszy, chociaż są to identyczne prace.

Powyższe tabele potwierdzają – zdaniem Odwołującego, że Wykonawca Dromet celowo zaniża ceny za zadania, które nie są płacone w 100 % a zawyża w zadaniach zawsze płatnych rekord zaniżenia ceny to - 91,89%. Dotyczy to

zarówno cz. 7 będącej przedmiotem niniejszego odwołania, jak i pozostałych części, w których Wykonawca złożył ofertę. Ma to znaczenie o tyle, że uwiarygania, że działania Wykonawcy Dromet są celowe, zaplanowane i świadome.

Na marginesie dodał, że Wykonawca Dromet podobne praktyki stosowała przy wcześniejszym przetargu, podchodząc do oferty w sposób manipulacyjny, co doprowadziło do potwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że złożenie oferty przez Wykonawcę Dromet stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, Odwołujący zaprezentował porównanie cen jednostkowych wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu, z wyłączeniem firmy Green Gras prowadzonej przez brata właściciela firmy Dromet (tabela 9).

W związku z tym Odwołujący wskazał, że Dromet zaoferował ceny niższe od firm konkurencyjnych najmniejsza różnica w cenie to 62,96% a najwyższa różnica to - 94,29%.

W okolicznościach niniejszego postępowania fakt, że Zamawiający podzielił postępowanie aż na 16 części przy jednoczesnym zachowaniu tych samych pozycji w kosztorysie stanowiącym podstawę wyliczenia ceny ofertowej pozwala – zdaniem Odwołującego - na jednoznaczne wykazanie rażącej dysproporcji pomiędzy kosztami pozycji związanych z utrzymaniem zimowym deklarowanymi przez Wykonawcę Dromet, a analogicznymi kosztami wycenionymi przez 6 pozostałych, niezależnych od Wykonawcy Dromet wykonawców.

Przekonywał, że rażąco zaniżone koszty utrzymania zimowego są jednocześnie powiązane z zawyżonymi ponad przeciętne kosztami utrzymania letniego. W zakresie cen oferowanych w ramach kosztów utrzymania zimowego Wykonawca Dromet nie może sfinansować podstawowych kosztów związanych z realizacją zamówienia, takich jak:

- a) Koszt roboczo-godziny,
- b) Koszty zapewnienia sprzętu,
- c) Koszt paliwa,
- d) Koszt materiałów,
- e) Koszty ogólne.

Według Odwołującego – koszty te „ukryte” zostały w wyższych kosztach utrzymania letniego, co pozwoliło Wykonawcy Dromet uzyskać nieuprawnioną przewagę konkurencyjną nad Odwołującym, ponieważ w łącznym ujęciu (cena ofertowa brutto) oferta Wykonawcy Dromet jest tańsza od oferty złożonej przez Odwołującego, chociaż to oferta Odwołującego w praktyce najprawdopodobniej byłaby korzystniejsza ekonomicznie dla Zamawiającego.

Reasumując, oferta Wykonawcy Dromet w części 1 Utrzymanie letnie jest o 0,47% droższa od oferty firmy Masbud.

Natomiast oferowana przez Wykonawcę Dromet cena części 2: Utrzymanie zimowe jest tańsza o 46,19% tj. o kwotę 317 931,34 zł.

Odwołujący wskazał również, że oferta Wykonawcy Dromet dla cz. 3 Prace pozostałe jest droższa o 82,52%.

Przedstawił również tabelę 2 - porównawczą cen jednostkowych Masbud a Dromet.

W związku z tym Odwołujący zwrócił uwagę, że Dromet w stosunku cen ofertowych Odwołującego ma ceny niższe o:

- 53,33% - za utrzymanie zimowe 2 stopnia (duże opady śniegu) w II standardzie,
- 66,67% za utrzymanie zimowe 1 stopnia (przymrozki),
- 84,38% - zbieranie zanieczyszczeń, 62,62% za udrażnianie wpustów.

W przekonaniu Odwołującego - powyższe porównania w sposób niepodważalny i jednoznaczny pokazują, że pomiędzy cenami oferowanymi dla istotnych części składowych ceny przez Odwołującego i Wykonawcę Dromet istnieje rażąca rozbieżność w zakresie zadań utrzymanie zimowe (cz. 2) i pozostałe prace (cz. 3). Jednocześnie ceny są niemal równe w przypadku oszacowania kosztów realizacji cz. 1 Utrzymanie letnie.

Na fakt manipulacyjnego i oderwanego od rzeczywistości sposobu kształtowania cen poszczególnych pozycji w cz. 2 Utrzymanie zimowe przez Dromet Odwołujący wskazał też porównanie podobnych pozycji, oferowanych przez samego Wykonawcę Dromet w jednej ofercie.

Przykładowo Odwołujący podał, że koszt utrzymania w stopniu 2 zagrożenia zimowego w I standardzie został oszacowany na cenę 1,80 zł za 100 m² na dobę a w II standardzie cenę 0,70 zł za 100 m² na dobę.

Nadmienił przy tym, że z poziomu kosztów pomiędzy I standardem a II standardem nie ma znaczącej różnicy, która uzasadniałaby 2,5 krotny wzrost ceny.

Przyznał, że konieczne jest zapewnienie szybszej reakcji, ale koszty personalne, materiałów i sprzętu pozostają niezmiennie. Obie ceny są całkowicie nierealne.

Zauważył, że za zadanie b) utrzymanie w stopniu 1 zagrożenia zimowego Wykonawca Dromet zaproponował 0,30 zł za 100 m² na dobę powierzchnia 143 620,00 dobową stawkę to 430,86 zł brutto 398,94 zł netto.

Wyjaśnił, że aby wykonać zadanie utrzymania w 1 stopniu (przygruntowe przymrozki) należy zapewnić dostępność:

- a)Jednej posypywarki z kierowcą na drogi,
- b)Jednego mini traktora z kierowcą na chodniki,
- c)Samochodu dostawczego,
- d)4 pracowników do posypywania ręcznego przystanków, schodów i innych terenów które należy wykonać ręcznie.

Według rachuby Odwołującego - czas na wykonanie takiego zadania to 3,5h, na który składa się:

- a)15 minut na przebranie w odzież roboczą,
- b)15 minut na załadunek sprzętu oraz materiału,
- c)15 minut dojazd na teren
- d)2 godziny wykonywanie czynności,
- e)15 minut powrót
- f)15 minut przebranie.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że Wykonawca który realizuje zadanie utrzymania zimowego w stopniu 1 musi zapewnić oddelegowanie do zadania 4 + 2 kierowców = 6 pracowników, którzy świadczyć będą usługi min. 3,15 godzin. Daje to 19,5 h. Minimalna stawka godzinowa: 23,50 zł. Łączna wysokość minimalnych kosztów personalnych to 458,25 zł.

Zaznaczył przy tym, że kalkulacja nie obejmuje kosztów dyżuru, czy zapewnienia stałej gotowości pracowników do realizacji zadania w stopniu 1.

Minimalne koszty paliwa koniecznego do wykonania zadania:

- a)18 litrów do samochodu z pługiem i posypywarką
- b)8 litrów dla mini traktora
- c)10 litrów do samochodu dla dwóch ludzi.

W sumie 36 litrów paliwa razy 5,30 zł netto daje koszt 190,80 zł

Do tego konieczne jest doliczenie kosztów materiału do posypywania.

Wykonawca Dromet wycenił zadanie 398,95 zł netto 430,86 brutto. za 100 m² na dobę.

Przedstawił również tabelę 3 - kalkulacja kosztów za 100 m² utrzymania zimowego 1 stopień.

Przekonywał, że powyższa tabela, jak również kalkulacja nie zawiera dodatkowych kosztów, takich jak właśnie koszt zapewnienia gotowości do pracy, ubezpieczenia pojazdów, piasku, odzieży roboczej, zapewnienia pracownikom napojów i wyżywienia w warunkach, w jakich jest to wymagane przepisami prawa pracy, kosztów zapewnienia stałej łączności z Zamawiającym. A mimo to, tj. mimo braku uwzględnienia ww. oczywistych kosztów towarzyszących, kwota zaoferowana przez Wykonawcę Dromet pozwala pokryć jedynie połowę podstawowych kosztów paliwa, personelu i soli.

W zakresie ceny za zadanie c) utrzymanie w stopniu 0 zagrożenia zimowego zbieranie zanieczyszczeń firma wskazał, że Dromet zaproponował cenę 0,20 zł brutto 0,1852 zł grosza netto za 100 m² zbieranie zanieczyszczeń 40% z powierzchni 228 892 m² co daje 91557 m² cena za całe zadanie to 183,11 zł brutto 169,55 zł netto - za jedno zebranie śmieci z terenu.

Zadanie C) (część 3 zamówienia) zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, obejmuje:

a)zbieranie zanieczyszczeń powierzchniowych, tj. papierów, niedopałków, drobnych gałęzi, liści, butelek, worków foliowych i innych zanieczyszczeń.

b)Przyjmuje się 40% terenu I, II, III i IV kolejności (bez jezdni) oraz zieleni utrzymywanej na bieżąco,

c)Poprzez zbieranie zanieczyszczeń powierzchniowych rozumie się zbieranie papierów, niedopałków, drobnych gałęzi, liści, butelek, worków foliowych, pozostawionych części roślin, odpadów wielkogabarytowych, odpadów podzuconych, zniszczonych elementów nienadających się do naprawy, wieńców/zniczy i innych zanieczyszczeń,

Zdaniem Odwołującego, aby wykonać zadanie zebranie śmieci z powierzchni 40 % z powierzchni 228 892 m² otrzyma się powierzchnię do zebrania 91 557 m², jeżeli daną powierzchnię podzieli przez 3 metry (szerokość chodnika plus teren zielony) otrzyma się 30 519 metrów bieżących 30,5 km, gdzie do zadania deleguje się 4 pracowników plus samochód czas pracy.

Dalej, Odwołujący oszacował, że z uwzględnieniem 15 minut na przebranie się i 15 minut dojazd na kwartał, 15 minut powrót na bazę, 15 minut na przebranie w sumie daje to 1 godzinę razy czterech pracowników daje 4 godziny.

Ponadto, wskazał, że ilość km dzielona na 4 pracowników daje ok 7,62 km dla pracownika, gdzie człowiek chodzi z prędkością 4 km/h, zatrzymując się schylając po śmieci zakłada się, że pracownikowi zajmie to 2,5 razy więcej czyli ok 1,6 km/h, aby przejść odcinek 7,62 km potrzeba około 5 godzin.

5 godzin plus 1 godzina daje 6 godzin razy 4 pracowników to 24 godziny pracy.

Zebrane śmieci z terenu to ok 300 kg, które należy zawieźć na wysypisko cena to 550 zł za tonę.

Samochód dojazd z bazy na kwartał plus przejechanie kwartału zawiezenie na wysyp powrót do bazy to ok 60 km, średnie spalanie auta dostawczego to ok 10 litrów za 60 km samochód spali ok 6 litry paliwa.

Pracownik otrzymuje rękawice worki na śmieci.

Przedstawił tabelę 4 wskazującą koszty wykonania zadania 0 stopień utrzymania zimowego zbieranie śmieci.

Odwołujący wywodził, że jeżeli powierzchnię 91 557 m² podzielimy przez pola 100 m² otrzymamy 915,57 pól, kwota z obliczenia to 758,30 zł netto 818,96 zł brutto dzielone przez 915,57 pól otrzymamy stawkę 0,89 zł brutto w porównaniu do 0,20 zł brutto zaoferowanej kwoty przez firmę Dromet.

Oświadczył, że w kalkulacji nie uwzględnił kosztów amortyzacji samochodu, ubezpieczenie pojazdu, utrzymania bazy, koszty administracji, marży.

Aby pokazać że kwota 18 groszy jest absurdalnie zaniżona Odwołujący wskazał na jeszcze jedno obliczenie: „Człowiek chodzi, ze średnią prędkością 4 km na godzinę, tj 4 000 m zajmie 60 minut, wyobraźmy sobie chodnik o szerokości 2 metrów i długości 4000 m otrzymamy powierzchnię 8000 m².

Firma Dromet za posprzątanie takiej powierzchni dała kwotę 18 groszy za 100 m² pomnożoną przez 80 pól po 100 m² (8000m²) otrzymamy kwotę 14,40 zł na godzinę za przejście 4 km o szerokości 2 metrów. Czyli pracownik idąc (4 km/h) takim chodnikiem przez godzinę czasu otrzyma 14,40 zł minimalne wynagrodzenie za godzinę to 23,50 zł. Cena 18 groszy netto nie pokrywa zwykłego chodzenia po terenie.

Opisując powyższy przykład zakładamy, że pracownik tylko idzie, w naszym przypadku musi się zatrzymać schylić po papier, czasami wziąć zmiotkę i szufelkę pozamiatać rozbitą butelkę, czasami są gabaryty do zabrania.

Różnica w cenie pomiędzy naszymi firmami to kwota 151 288,47 zł.”

W odniesieniu do ceny za zadanie c) udrażnianie wpustów Odwołujący podniósł, że Wykonawca Dromet zaoferował wynagrodzenie w kwocie 2 zł za udrożnienie jednej studzienki.

Studzienek jest, zgodnie z OPZ, 278 sztuk, a w zadaniu na zlecenie zamawiającego należy udrożyć 20% tj. 55 studzienek.

W konsekwencji wynagrodzenie Wykonawcy Dromet za zadanie udrażnianie wpustów wynosi łącznie 110 zł brutto 101,85 netto.

Tymczasem aby wykonać zadanie minimalnie potrzebny jest jeden pracownik i samochód z paką na materiał, który powstaje po udrożeniu studzienki. Aby oczyścić jedną studzienkę należy założyć średnio ok 3 minut czasu, na wyczyszczenie wszystkich 55 studzienek należy przewidzieć co najmniej 165 minut.

Koszt dojazdu do studzienek to co najmniej dodatkowe 60 minut.

Minimalny czas na wyczyszczenie 55 studzienek to 225 minut tj prawie 4 godziny pracy. Pozostaje jeszcze wywóz nieczystości na wysypisko.

Koszty 4 godzin pracy wynosi 94 zł (4x 23,50 zł.). Materiał powstały z oczyszczania to ok 3 kg ze studzienki razy 55 studzienek daje wagę 165 kg. Cena utylizacji to 475 zł za 1000 kg cena za 165 kg 78,37 zł suma kosztów pracy plus koszty utylizacji wynosi 172,37 zł plus koszty paliwa 6 litrów razy 5,30 za 1 litr netto daje nam kwotę 31,80 zł.

Łącznie minimalna kwota na pokrycie kosztów realizacji zadania to 172,37 zł plus 31,80 zł otrzymamy 204,17 zł netto 204,17 zł dzielone przez ilość studzienek 55 otrzymamy kwotę 3,71 zł netto, 4,00 zł brutto koszty wykonania są dwa razy większe od ceny zaoferowanej przez Dromet. Różnica za cały okres w zadaniu pomiędzy Masbud a Dromet to kwota 17 495,01 zł

Reasumując, Odwołujący podniósł, że poprzez manipulacyjne i oderwane od kosztów realizacji zamówienia skalkulowanie ceny oferty Dromet uzyskał oszczędności widoczne w kalkulacji ofertowej, które jednak nie znajdują odzwierciedlenia w faktycznych kosztach realizacji Usługi.

Zauważył, że przy niemal identycznym oszacowaniu kosztów realizacji cz. 1 zamówienia (otrzymanie letnie), oferta Wykonawcy Dromet jest drastycznie podobna lub nieznacznie droższa od konkurencji i firmy Masbud w zakresie

cz. 2 utrzymanie zimowe jest prawie o połowę tańsze i cz. 3 zamówienia pozostałe prace jest znacznie droższa od konkurencji oraz Odwołującego.

Według Odwołującego - różnice pomiędzy ceną ofertową Odwołującego, a Wykonawcy Dromet pozwoliły obniżyć cenę z kalkulacji o:

b)113 747,04 zł - w pozycji utrzymanie w 1 stopniu zagrożenia zimowego,

c)151 288,47 zł - w pozycji utrzymanie w stopniu 0 zagrożenia zimowego zbieranie zanieczyszczeń.

Co więcej tak drastyczne różnice są widoczne nie tylko w odniesieniu do ceny ofertowej Odwołującego (co ewentualnie mogłoby być rozpatrywane w kategoriach sytuacji przypadkowej), ale także – w odniesieniu do cen za analogiczne zadania w ofertach pozostałych 6 Wykonawców.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że powyższe wyliczenia potwierdzają słuszność zarzutów wskazanych w niniejszym odwołaniu. Wykonawca Dromet nie tylko złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę istotnej części składowej zamówienia (zadanie 2 i zadanie 3 zgodnie z OPZ), ale także – dokonujący wykazanych powyżej manipulacji poszczególnymi pozycjami wyceny złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy – w opinii Odwołującego - mamy do czynienia dokładnie z taką sytuacją a przyczyną zastosowania rażąco niskich cen jednostkowych dla pozycji wskazanych w niniejszym odwołaniu jest przekonanie Wykonawcy Dromet, że faktyczny wolumen realizacji tych czynności będzie niższy niż zakładany w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego.

Mając na uwadze fakt, że oferta Wykonawcy Dromet wypełnia jednocześnie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, jak i stanowi ofertę z rażąco niską ceną dla opisanych powyżej części składowych, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu równocześnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7, jak i pkt. 8 Ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że dla potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp nie jest konieczne ustalenie, że w ogóle doszło do zaoferowania ceny rażąco niskiej, a jedynie – że miała miejsce nieuprawniona manipulacja pozycjami kosztorysu.

Mając jednak na uwadze aktualne orzecznictwo Izby w zakresie obowiązku wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przed ewentualnym podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy prawo zamówień publicznych, Odwołujący jako zarzut ewentualny podniósł zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp, tj. zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cz. 2 i 3 ceny ofertowej.

W rozpoznawanej sprawie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Firmy Handlowo - Usługowej Dromet II A.Ł. z siedzibą Jastrzębie-Zdrój.

Pismem z dnia 26 maja 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z załącznikami, oferty Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 maja 2023 r., stanowiska procesowego Przystępującego z dnia 26 maja 2023 r., pisma Odwołującego z dnia 29 maja 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez Zamawiającego i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, że Odwołujący w piśmie z dnia 29 maja 2023 r. złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części w zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 wobec czego w tym względzie postępowanie odwoławcze należało uznać za bezprzedmiotowe.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający mógł żądać od Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Stosownie do art.224 ust.1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie wykazał zaistnienia powyższych przesłanek ustawowych uzasadniających uruchomienie dyspozycji powołanego wyżej przepisu prawa.

Przed wszystkim należy wskazać, że same ceny jednostkowe, jako takie nie podlegają wyjaśnieniu, wyjaśnieniu podlega jedynie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jako całości.

Za taką wykładnią przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp przemawia przede wszystkim znajdujące się w tym przepisie sformułowanie „zaofertowana cena” w liczbie pojedynczej.

Wobec czego – w opinii Składu Orzekającego - niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej, której zastosowanie prowadziłoby do naruszenia praw podmiotowych uczestników obrotu zamówień publicznych.

W dalszej kolejności – w ocenie Izby – pierwszorzędne znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma okoliczność, że ceny dwóch ofert nieznacznie odbiegały od siebie wartością.

Według ustaleń Izby ceny brutto za wykonanie całości zamówienia w części VII były następujące: cena oferty Odwołującego – 2.847.876, 46 zł i Przystępującego – 2.749.233, 00 zł, co potwierdza pismo Zamawiającego z otwarcia ofert z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Przyjmuje się zgodnie zarówno w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna i nierealistyczna, poniżej kosztów świadczenia.

Zestawienie powyższych wartości cen ofertowych w żaden sposób nie może prowadzić do podobnych wniosków.

Natomiast z treści samego odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący zakwestionował między innymi określone ceny jednostkowe i część składową ceny powyższej ceny głównej.

W przekonaniu Izby - wyjaśnieniu może podlegać również dany koszt tej ceny całkowitej, co również zostało przewidziane w treści dyspozycji przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że formularz szczegółowego wyliczenia ceny ofertowej brutto (załącznik nr 1g do SWZ) zawierał wyszczególnienie różnych kosztów, ale Odwołujący nie wskazał jaki konkretny koszt określony w tym formularzu ofertowym miałby być przedmiotem wyjaśnień Przystępującego, a następnie badania Zamawiającego.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał przede wszystkim na nierealność cen jednostkowych brutto za 100m2 na miesiąc/za 100m2 (jak w załączniku nr 1g – szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej brutto dot. Kwartału nr 7 przy założeniu 100% wykonania) występujących w ofercie Przystępującego, a nie na sam koszt utrzymania zimowego.

Ostatecznie, na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił jedynie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny.

Jednak wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie wskazał również o jaką część składową ceny czy kosztu wraz z jej wartością konkretnie chodzi.

Jednocześnie, co istotne cena Przystępującego i jej koszty nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, co również przemawia za brakiem po jego stronie obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, szczególnie w aspekcie nie znaczącej różnicy cenowej pomiędzy ofertami tych wykonawców.

W ocenie Izby – nie zaistniały również przesłanki z art. 224 ust.2 ustawy Pzp, który to przepis co do zasady determinuje dopuszczalność zastosowania procedury opisanej w art.224 ust.1 ustawy Pzp.

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

Z brzmienia powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że dla uruchomienia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konieczne jest zaistnienie przesłanek wymienionych w tym przepisie. Odwołujący w swoim odwołaniu takiego dowodu różnicy cenowej nie przeprowadził, a zatem jego racje należało uznać za bezzasadne.

W związku z tym, irrelevantne dla oceny tej sprawy były dowody z tabel porównawczych zawartych w odwołaniu, a także szczegółowe kalkulacje własne Odwołującego, gdzie te drugie mogły co najwyżej odzwierciedlać sposób przyjętego przez Odwołującego szczegółowego szacowania ceny oferty, lecz nie przesądzały o tym, że Przystępujący

był zobowiązany do przyjęcia takich samych założeń kalkulacyjnych.

Na marginesie na uwagę zasługuje fakt, że niektórzy wykonawcy w poszczególnych innych częściach oferowali ceny jednostkowe o bardzo dużych różnicach, co nie miało wszakże większego wpływu na całkowite wartości tych ofert, a Zamawiający w żadnym z tych przypadków nie wszczął procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Ostatecznie, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.16 ustawy Pzp, bowiem nie mógł on przeprowadzić procedury badania rażąco niskiej ceny jedynie w stosunku do oferty Przystępującego w warunkach porównywalności wartości złożonych ofert, które były wykonawcom zakomunikowane.

Z powyższych przyczyn przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należało uznać za przeprowadzone na równych zasadach z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz w warunkach jego transparentności.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:.....