Sygn. akt KIO 646/23

648/23

WYROK

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski
Członkowie: Małgorzata Jodłowska
Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 20 marca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 6 marca 2023 r. przez ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego Skarb Państwa -Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowania: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BADER-DROG Sp. z o. o Sp. k., BUDiA-Standard Sp. z o.o. oraz "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 646/23 oraz KIO 648/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołania w obu sprawach.

2.Kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołań.

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

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt KIO 646/23

648/23

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Środzie Wlkp. nr postępowania O.PO.D-3.2421.31.2022 (sygn. akt KIO 646/23) oraz całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Gnieźnie nr postępowania O.PO.D-3.2421.29.2022.

Łącza wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane zostały w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 156-447901 (Rejon w Środzie Wlkp.) oraz pod numerem 2022/S 156-447874 (rejon w Gnieźnie).

W dniu 6 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: Odwołujący), wobec czynności wybory oferty najkorzystniejszej w obu postępowaniach.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 646/23 naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo że cena złożonej przez Konsorcjum oferty w odniesieniu do wskazanych niżej pozycji kształtuje się poniżej kosztów realizacji zamówienia, a jednocześnie została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacji

zamówienia, w wyniku czego świadczenie oferowane przez Wykonawcę nie może być uznane za zgodne z wymaganiami SWZ:

TER GR.1
- poz. 2.1 Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami przy głębokości do 3 cm,
- poz. 2.2 Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami - za każdy dalszy 1 cm różnicy,
TER GR. 1 poz. 4.1 i 4.2 - Remont nawierzchni asfaltem lanym przy głębokości wyboju do 4 cm + Remont nawierzchni asfaltem lanym – za każdy dalszy 1cm różnicy,
TER GR. 1 poz. 9.1 Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym przy grubości do 3 cm
TER GR. 1 poz. 16.1 i 16.2 Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS o grubości 5cm, Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS - za każdy dalszy 1 cm różnicy,
TER GR.1 poz. 21.1, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C4/4 o grubości 18 cm,
TER GR.1 poz. 22.1, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C5/6 o grubości 18 cm,
TER GR.1 poz. 22.3, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C8/10 o grubości 18 cm,
TER GR. 2 poz. 2.1 Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej o grubości warstwy do 10 cm
TER GR. 2 poz. 2.2 Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej - za każdy dalszy 1 cm różnicy
GR. 3 TER poz. 2.1 Humusowanie z dowozem ziemi i obsianiem trawą
GR. 3 poz. 3.1 Mechaniczne wykonanie wykopu u w gruncie z odwozem urobku
TER GR. 3 TER poz. 4.1 Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu średniego (do 1 m3) poz. 4.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu ciężkiego (powyżej 1 m3)
TER GR. 3 TER, poz. 6.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem
TER GR. 3 TER, poz. 8.1 Wykonanie umocnień koszami siatkowo – kamiennymi
TER GR. 3 poz. 9.1 Umocnienie skarp geokratą komórkową
TER GR. 3 poz. 11.1 Umocnienie skarp faszyną
TER GR. 3 poz. 12.1 Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości 0,60m
TER Gr. 3 poz. 12.2 Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości powyżej 0,60 m;
TER GR. 4 poz. 7.3, Oczyszczenie urządzeń odwadniających - odpady niebezpieczne;
poz. 7.4, Oczyszczanie urządzeń odwadniających - odpady inne niż niebezpieczne;
TER GR. 4 poz. 18.1 Wymiana / wykonanie umocnienia wylotu drenu / ścieku / przykanalika do rowu / na skarpę;
TER GR.4 poz. 18.2 Wymiana / wykonanie betonowego łącznika ścieku drogowego ze skarpowym;
TER GR.4 poz. 21.1 Wymiana / wykonanie przykanalików / rur kanalizacji o średnicy do 35 cm;
TER GR. 4 poz. 21.2 Wymiana / wykonanie przykanalików / rur kanalizacji o średnicy od 40 cm do 60cm;
TER GR.4 poz. 21.3 Wymiana / wykonanie rur kanalizacji powyżej średnicy 61 cm;
TER GR. 5 poz. 3.1 Wymiana / wykonanie kanału technologicznego,
Poz. 3.2 Wymiana / wykonanie studni teletechnicznych dla kanału technologicznego;
TER GR. 7 poz. 12.1 Wymiana / zamontowanie bloku kotwiącego bariery linowej;
TER GR. 9 poz. 1.2 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi;
TER GR. 9 poz.1.3 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - furtka i brama.

2.art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez Zaniechanie badania rażąco niskiej ceny

w ofercie Konsorcjum Badera w odniesieniu do części pozycji, które z uwagi na rozbieżność pomiędzy cenami złożonych ofert, a ich wartością, jak również wartością szacunkową zamówienia wskazują na brak możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia tj.:

TER GR.1 poz. 2.1, poz. 2.2, poz. 4.1, poz.4.2, poz. 16.2, poz.21.1, poz.22.1, poz.22.3;
TER GR.2 poz. 2.2;
TER GR.3 poz. 2.1, poz.3.1, poz.4.1, poz.4.2, poz.8.1, poz.9.1, poz.11.1, poz.12.1, poz.12.2;
TER GR.4 poz.7.3, poz.7.4, poz.18.1, poz.18.2, poz.21.1, poz.21.2, poz.21.3;
TER GR.5 poz.3.1, poz.3.2;
TER GR.7 poz.12.8;
TER GR.9 poz.1.2, poz.1.3

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia, a jednocześnie sporządzonej niezgodnie z warunkami zamówienia zarówno co do sposobu kalkulacji, jak i przyjętych założeń merytorycznych, przez co nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji TER wskazanych w pkt II petitum odwołania.

W sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 648/23 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo że cena złożonej przez Konsorcjum oferty w odniesieniu do wskazanych niżej pozycji kształtuje się poniżej kosztów realizacji zamówienia, a jednocześnie została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, w wyniku czego świadczenie oferowane przez Wykonawcę nie może być uznane za zgodne z wymaganiami SWZ:

   TER GR.1
   - poz. 2.1 Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami przy głębokości do 3 cm,
   - poz. 2.2 Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami - za każdy dalszy 1 cm różnicy,
   TER GR. 1 poz. 4.1 i 4.2 - Remont nawierzchni asfaltem lanym przy głębokości wyboju do 4 cm + Remont nawierzchni asfaltem lanym – za każdy dalszy 1cm różnicy,
   TER GR. 1 poz. 16.1 i 16.2 Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS o grubości 5cm, Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego WMS - za każdy dalszy 1 cm różnicy,
   TER GR.1 poz. 21.1, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C4/4 o grubości 18 cm,
   TER GR.1 poz. 22.1, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C5/6 o grubości 18 cm,
   TER GR.1 poz. 22.3, Wymiana / wykonanie podbudowy zasadniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C8/10 o grubości 18 cm,
   TER GR. 2 poz. 2.1 Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej o grubości warstwy do 10 cm
   TER GR. 2 poz. 2.2 Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej - za każdy dalszy 1 cm różnicy
   TER GR. 3 TER poz. 4.1 Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu średniego (do 1 m3) poz. 4.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu ciężkiego (powyżej 1 m3)
   TER GR. 3 TER, poz. 6.2 Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem
   TER GR. 3 TER, poz. 8.1 Wykonanie umocnień koszami siatkowo – kamiennymi
   TER GR. 3 TER, poz. 9.1 Umocnienie skarp geokratą komórkową
   TER GR. 3 poz. 12.1 Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości 0,60 m
   TER Gr. 3 poz. 12.2 Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości powyżej 0,60 m
   12.TER GR. 4 poz. 7.3, Oczyszczenie urządzeń odwadniających – odpady niebezpieczne
   poz. 7.4, Oczyszczanie urządzeń odwadniających +-3- odpady inne niż niebezpieczne
   13. TER GR. 4 poz. 18.1 Wymiana / wykonanie umocnienia wylotu drenu / ścieku / przykanalika do rowu / na skarpę
   TER GR.4 poz. 18.2 Wymiana / wykonanie betonowego łącznika ścieku drogowego ze skarpowym
   TER GR.4 poz. 21.1 Wymiana / wykonanie przykanalików / rur kanalizacji o średnicy do 35 cm
   TER GR. 4 poz. 21.2 Wymiana / wykonanie przykanalików / rur kanalizacji o średnicy od 40 cm do 60cm
   TER GR.4 poz. 21.3 Wymiana / wykonanie rur kanalizacji powyżej średnicy 61 cm
   TER GR. 5 poz. 3.1 Wymiana / wykonanie kanału technologicznego
   Poz. 3.2 Wymiana / wykonanie studni teletechnicznych dla kanału technologicznego
   TER GR. 7 poz. 12.1 Wymiana / zamontowanie bloku kotwiącego bariery linowej
   TER GR. 9 poz. 1.2 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi
   TER GR. 9 poz.1.3 Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi - furtka i brama.

2. art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie badania rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Badera w odniesieniu do części pozycji, które z uwagi na rozbieżność pomiędzy cenami złożonych ofert, a ich wartością, jak również wartością szacunkową zamówienia wskazują na brak możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia tj.:

   TER GR.1 poz. 2.1, poz. 2.2, poz. 4.1, poz.4.2, poz. 16.2, poz.21.1, poz.22.1, poz.22.3;
   TER GR.2 poz. 21., poz.2.2;
   TER GR.3 poz.4.1, poz.4.2, poz.8.1, poz.9.1, poz.12.1, poz.12.2;
   TER GR.4 poz.7.3, poz.7.4, poz.18.1, poz.18.2, poz.21.1, poz.21.2, poz.21.3;

TER GR.5 poz.3.1, poz.3.2;
TER GR.7 poz.12.8;
TER GR.9 poz.1.2, poz.1.3.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie sporządzonej niezgodnie z warunkami zamówienia zarówno co do sposobu kalkulacji, jak i przyjętych założeń merytorycznych, przez co nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji TER wskazanych w pkt II petitum odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Sygn. akt KIO 646/23:

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób wadliwy ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum Badera, albowiem mając na uwadze postanowienia SWZ w przedmiotowym postępowaniu oraz uwarunkowania rynkowe o charakterze obiektywnym nie jest możliwe wykonanie zamówienia po cenie wynikającej z oferty. Jak kontynuował Odwołujący mając na uwadze wymagania SWZ co do sposobu realizacji zamówienia, a także średnie wartości rynkowe cen materiałów i ich ilości niezbędnych dla wykonania poszczególnych rodzajów prac – nie budzi wątpliwości, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia w cenie złożonej oferty. W tym kontekście zaproponowany sposób realizacji zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji TER nie jest zgodny z SWZ. Przy przyjęciu bowiem prawidłowych– zgodnych z wymaganiami SWZ założeń co do sposobu realizacji zamówienia – ceny zaoferowane przez Konsorcjum Badera nie pozwalają na pokrycie rynkowych kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego zastosowane przez Konsorcjum stawki znacząco odbiegają od realiów rynkowych, co przedstawiają m. in. dowody załączone do odwołania.

W ocenie Odwołującego ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum Badera w odniesieniu do poszczególnych wyjaśnianych pozycji TER, jak również w odniesieniu do pozycji, w stosunku do których Zamawiający obowiązany był wezwać do wyjaśnień, jednak obowiązku tego zaniechał – wskazują właśnie na taką konstrukcję oferty. Przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP nakazuje bowiem Zamawiającemu weryfikację czy zaoferowana cena uwzględnia realne możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Nie sposób oceniać prawidłowości wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz sposobu konstrukcji tej ceny z pominięciem wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia wynikających z SWZ. Zarówno sam sposób obliczenia ceny, jak również zasady płatności jednoznacznie potwierdzają, iż cena każdej pozycji jednostkowej stanowi samodzielną podstawę zryczałtowaną do obliczenia wynagrodzenia, a tym samym winna być jednostkowo oceniana pod kątem tego czy zawiera ona wszystkie koszty wykonania zamówienia odpowiednio dla danej pozycji.

Odwołujący zwrócił uwagę na pkt 17.2 SWZ, zgodnie z którym: „Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ – IDW wypełnić ściśle według pozycji wyszczególnionych w formularzu wskazanym w 17.1, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w kosztorysie ofertowym".

Zdaniem Odwołującego postanowienie to ma kluczowe znaczenie zarówno dla oceny zgodności treści oferty z wymaganiami SWZ, jak i dla oceny przesłanek rażąco niskiej ceny. Każda z pozycji formularza cenowego zawiera w sobie zryczałtowaną wartość wynagrodzenia, która musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie składać będą się na realizację zamówienia w odniesieniu do rodzaju świadczenia wskazanego w danej pozycji, przy czym ryzykiem Wykonawcy objęty jest rzeczywisty zakres usług, jakie będą się składały na jedno zlecenie rozliczane w oparciu o stawki jednostkowe wynikające z danej pozycji. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż pozycje jednostkowe mają charakter zryczałtowany. Wykonawca jest zatem obciążony ryzykiem wynikającym z istoty ryczałtu. Każda z pozycji zatem ma uwzględniać pełną wartość świadczenia w tym sensie, że Wykonawca nie będzie mógł żądać z tytułu świadczonych w odniesieniu do danych pozycji usług – dodatkowego wynagrodzenia czy dopłaty dodatkowych kosztów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w orzecznictwie funkcjonuje pogląd odnoszący się do istoty kontraktów utrzymaniowych, zgodnie z którym nieuwzględnienie w cenie jednostkowej dla danej usługi wszystkich kosztów wyszczególnionych przez Zamawiającego w opisie stanowi podstawę do uznania oferty za sporządzoną niezgodnie z warunkami zamówienia i jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP. Zwrócił uwagę na wyrok zapady w sprawie KIO 1020/22.

Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 23 lutego 2022 r. KIO 290/22 oraz wyrok z dnia 22 marca 2022 r. KIO 633/22.

Jak podkreślił Odwołujący z uwagi na fakt, że w kontraktach utrzymaniowych każda cena jednostkowa stanowi samodzielną pozycję rozliczeniową każda cena jednostkowa musi być oceniana w kontekście możliwości wykonania zamówienia zgodnie w wymaganiami SWZ. Obowiązku w tym zakresie Zamawiający nie dopełnił zarówno pomijając ocenę treści wyjaśnień z przyjętą strukturą merytoryczną realizacji zamówienia, jak również poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie części pozycji, które również w istotny sposób odbiegały od wartości szacunkowej zamówienia i/lub średniej arytmetycznej cen pozostałych złożonych ofert.

Mając na uwadze postanowienia SWZ, istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych i ceny jednostkowe wskazane w ofercie Konsorcjum Badera wydaje się oczywiste, iż w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego kluczową dla oceny skutków tej oferty na gruncie ustawy Pzp jest przesłanka „możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia". Element ten – jednoznacznie wynikający z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ma znaczenie kluczowe w niniejszej sprawie. Sama ocena treści potencjalnych przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień i kalkulacji dokonana w oderwaniu od kwestii obiektywnych wynikających z dokumentów zamówienia, wskazujących na metodologię prac, a w konsekwencji założenia ilościowe, jakościowe i materiałowe, jakie profesjonalista powinien przyjąć w ramach należytej staranności – prowadzi do obiektywnego wniosku, że oferta Konsorcjum Badera w ramach kwestionowanych pozycji pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia.

Odwołujący w szczegółach również odniósł się do wszystkich kwestionowanych pozycji przedstawiając opis kosztów jakie związane są z ich realizacją ze wskazaniem na dowody potwierdzające wysokość takich kosztów oraz porównaniem ich ze stawkami zaoferowanymi przez Przystępującego i konkluzją, że nie uwzględnił on wszystkich kosztów wykonania zamówienia w cenie jednostkowej, a co za tym idzie cena ta nosi znamiona rażąco niskiej, zaś oferta Konsorcjum zawiera założenia niezgodne w wymaganiami SWZ, co winno skutkować jej odrzuceniem. Wykonawca w sposób oczywisty przyjął bowiem wadliwe założenia co do sposobu realizacji zamówienia i niezbędnych dla tej realizacji ilości materiałów i nakładów pracy.

Sygn. akt KIO 648/23:

Tożsamy zakres argumentacji znalazł się w odwołaniu dotyczącym postępowania na całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Gnieźnie. Odwołujący przedstawił zapatrywanie prawne na zaistniała sytuację oraz w szczegółach odniósł się do poszczególnych pozycji kwestionowanych w treści odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismami z dnia 17 marca 2023 r. odpowiedź na odwołania w obu sprawach złożył Zamawiający, wnosząc o ich oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego prawidłowo ocenił on wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego.

Dodał, że odnośnie zarzutu zaniechania badania rażąco niskiej ceny jaka rzekomo miała wystąpić w ofercie Konsorcjum Badera w zakresie pozycji wymienionych w treści zarzutu, wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie zostało skierowane do tego wykonawcy. Wykonawca w podpowiedzi złożył obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami na ich poparcie. Treść wyjaśnień została jednak zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa i jako taka jest niedostępna dla pozostałych konkurentów. Nie można jednak z tego wywodzić wniosku, że takiego badania w ogóle nie było lub, że treść złożonych wyjaśnień nie uzasadniała podanej w ofercie ceny.

Zamawiający podkreślił, że wezwanie dotyczyło wszystkich oferentów w zakresie tych samych istotnych części składowych zamówienia i tylko ich. Badanie było zatem przeprowadzone w sposób równy dla wszystkich wykonawców. Żaden z wykonawców nie został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie RNC w stosunku co całkowitej wartości oferty złożonej w postępowaniu gdyż nie zostały spełnione ku temu przesłanki ustawowe wynikające z art. 224 pzp. Wyjaśnienia dotyczyły wyłącznie poszczególnych części składowych ofert bowiem wyłącznie w tym zakresie Zamawiający powziął wątpliwości. Zamawiający nie ma obowiązku badania każdej ceny z oferty niejako „ na wszelki wypadek" a jedynie te elementy, które budzą jego wątpliwość i z uprawnienia tego w sposób należyty skorzystał.

Dodał, że w toku badania i oceny ofert wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie wyliczenia istotnych części składowych treści oferty w związku z wątpliwościami dotyczącymi ewentualnego zaniżenia wskazanych szczegółowo w wezwaniu istotnych grup prac. Wykonawca wybrany w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, które Zamawiający ocenił jako wystarczające do uznania, że cena części zamówienia, o których wyjaśnienie został poproszony, gwarantuje należyte wykonanie usług objętych zamówieniem.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący formułując zarzuty oparł się jedynie na części dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu. Odwołujący z oczywistych przyczyn nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wybranego Wykonawcę, a zawierających istotne informacje, dowody na ich poparcie. W tej sytuacji formułowanie zarzutów o braku badania RNC lub o nierzetelności w tym zakresie jest gołosłowne. Co więcej formułowanie zarzutów na podstawie hipotetycznych założeń prowadzi do tego, że zarzuty te powinny zostać oddalone jako przedwczesne. Odwołujący z oczywistych względów nie miał bowiem dostępu do wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu odwołania poddał zatem krytyce ofertę Wykonawcy wybranego z pominięciem treści dokumentów z którymi się nie zapoznał (z uwagi na obiektywną niemożność). Sformułowanie zarzutów opierających się kwestionowaniu zawartości merytorycznej informacji przedstawionych przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, co do rażąco niskiej ceny musi mieć źródło właśnie w tych dokumentach. Odwołujący wobec niemożności zapoznania się z ich treścią sformułował zarzuty bez odniesienia się do ich rzeczywistej zawartości, opierając się jedynie na własnych przypuszczeniach. Tak sformułowane zarzuty nie mają rzetelnej podstawy i jako takie są hipotetyczne, blankietowe. Rozpatrywanie ich w zaistniałej sytuacji procesowej stoi w oczywistej sprzeczności z istotą i celem wnoszenia środków odwoławczych (tak: uzasadnienie wyroku KIO z 24.02.2017 r. sygn. akt KIO 258/17). Działanie takie stanowi naruszenie art. 516 ust. 1 pkt 8) oraz 10) ustawy PZP, w którym określono warunki formalne odwołania, wśród których znajduje się obowiązek zwięzłego przedstawienia zarzutów oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie tych okoliczności. Odwołujący nie znając treści wyjaśnień Wykonawcy wybranego nie jest w stanie sformułować prawidłowo zarzutu ani podać okoliczności faktycznych i prawnych go uzasadniających. Z przyczyn obiektywnych zarzuty jak i uzasadnienie Odwołania w tej części są jedynie hipotetyczne. W związku z takim stanem rzeczy rozpoznanie w tym zakresie odwołania nie spełniającego podstawowych wymogów ustawowych nie powinno mieć miejsca.

Zamawiający dodał, że oferta wybrana spełniała wszystkie warunki formalne wynikające z dokumentacji postępowania stąd nie było podstaw do jej odrzucenia. Odwołujący nie precyzuje w jakim aspekcie oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia na który składają się warunki wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje przy tym wyłącznie na wyliczenia i dokumenty ofertowe jakie on uzyskałby gdyby realizował zamówienie. Należy jednak wskazać, że taka argumentacja jest chybiona, albowiem każdy z wykonawców ma własne doświadczenie biznesowe oraz własną sieć dostawców, wykonawców, historię współpracy handlowej. Pozyskane rabaty, upusty, ceny wynikające z długofalowej współpracy mogą być znacząco różne u każdego przedsiębiorcy. Wykazywanie zatem nieadekwatności cen z ofert pozyskanych przez Wykonawcę wybranego względem ofert jakimi dysponuje Odwołujący nie może być uzasadnieniem trafności jego twierdzeń. Jest wyłącznie dowodem na to, że to Odwołujący uzyskałby konkretne oferty. Biorąc po uwagę całokształt okoliczności sprawy Zamawiający uważa że postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp są bezzasadne. Wszystkie czynności Zamawiającego przeprowadzone w postępowaniu zostały wykonane zgodnie z zachowaniem uczciwej konkurencji, z zapewnieniem równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 20 marca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w obu sprawach.

W pierwszej kolejności Przystępujący zwrócił uwagę na wadliwość zarzutów odwołania. Zdaniem Przystępującego odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do pozycji, które kwestionuje Odwołujący, a które nie były objęte treścią wyjaśnień, nie jest możliwe bez uprzedniego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie.

Dodał, że brak jest podstaw do odrzucenia ofert z uwagi na pozycje wyjaśnione. Odwołujący nie kwestionuje złożonych przez Przystępujących wyjaśnień w zakresie określonym przez Zamawiającego. Zważywszy, że zostały one uznane także przez Zamawiającego jako prawidłowe, wyczerpujące i dowodzące prawidłowość przyjętych kalkulacji, a także z uwagi na brak objęcia ich przez Odwołującego treścią zarzutu odwołania powinny zostać oddalone. Zarzut rzekomego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest wadliwy w swojej konstrukcji z uwagi na fakt, że Odwołujący w treści zarzutu wskazuje na przepis odnoszący się do odrzucenia oferty jako rażąco niskiej – gdy jednocześnie wskazuje na pozycje, które to nie były przecież nawet przedmiotem wezwania Zmawiającego do wyjaśnień. Pozostałe – nieobjęte zakresem wezwania pozycje (wskazane w tabeli 2 i 3) – nie stanowią przedmiotu zarzutu, albowiem Odwołujący nie kwestionuje treści złożonych wyjaśnień.

Przystępujący wskazał również, że wątpliwości budzi równoczesne - w ramach jednego zarzutu - podnoszenie naruszenia niezgodności z warunkami zamówienia i rzekomo rażąco niskiej ceny (abstrahując nawet od braku

możliwości postawienia takiego zarzutu bez uprzedniego wezwania Zamawiającego). Z konstrukcji zarzutu nie sposób jest się de facto domyślać, jakiego to naruszenia w istocie miałby dopuścić się Zamawiający.

Następnie Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący nawet podnosi kwestii „istotności" kwestionowanych przez niego części składowych. Odwołujący ograniczył się do wskazania kilku pozycji kosztorysu z oferty Przystępującego, które nie sposób ująć jako istotne części składowe. Z kolei, brak istotności pozycji już na wstępie świadczy o niezasadności zarzutu rzekomego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Brak podjęcia przez Odwołującego jakiejkolwiek inicjatywy w tym zakresie skutkuje koniecznością stwierdzenia, że Odwołujący nie objął swoim odwołaniem tej immanentnej dla sformułowanego przez siebie zarzutu części. Inaczej mówiąc odwołanie przedmiotem zarzutu nie czyni kwestii „istotności" i nie zawiera uzasadnienia faktycznego w zakresie wykazania „istotności" części składowej ceny, czy jej relacji do celu przedmiotu zamówienia – wykazania jej znaczenia dla przedmiotu zamówienia, co powoduje brak możliwości uwzględnienia zarzutu rzekomego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Przystępujący dodał, że w przeliczeniu na wartość zamówienia, wskazane pozycje stanowią jedynie 2,25 % (dot. rejon Gniezno), 1,95% (dot. rejon Środa Wlkp.) całości zamówienia (posługując się wartościami samego Zamawiającego), a co potwierdza ich brak istotności. W powyższym względzie nadmienić należy jedynie, że kwestionowane w tym zakresie pozostałe pozycje nie objęte przedmiotem wezwania – zgodnie z wartościami podanymi przez Zamawiającego – stanowią jedynie: 0,35 % - rejon Gniezno; 1,27 % - rejon Środa Wlkp.

Jak podkreślił Przystępujący kwestionowane ceny jednostkowo nie zostały objęte wezwaniem Zamawiającego – który to wzywał wykonawców w „istnych częściach składowych" do wyjaśnień (co dotyczy wezwań kierowanych do wszystkich wykonawców). Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia „istotnych części składowych" treści oferty – żadna z pozycji wskazanych w zarzucie naruszenia art. 224 ust. 1 p.z.p., nie pokrywa się z tymi, które podał Zamawiający jako „istotne części składowe" podczas czynności badania i oceny ofert.

Zdaniem Przystępującego stawienie zarzutu naruszenia art. 224 czy art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w sytuacji, gdy były składane wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – bez znajomości tych wyjaśnień, samo w sobie świadczy już o błędnym rozumowaniu Odwołującego. Kwestionuje on wybiórczo wskazane ceny jednostkowe z wybiórczych grup TER (w których to cenach jednostkowych akurat zaoferował on wyższe ceny niż Odwołujący, gdy w innych pozycjach sytuacja jest odwrotna) – bez znajomości ich uzasadnienia przedstawionego w wyjaśnieniach i opierając się na własnej wykoncypowanej metodologii, próbując tym samym „zastąpić" niejako treść wyjaśnień.

Nadto, w konsekwencji zarzuty Odwołującego nawet nie odnoszą się do całości stanu faktycznego sprawy – przedmiotem których była przecież treść i ocena wyjaśnień. W orzecznictwie Izby podkreśla się, że odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny (np. wyrok KIO z 13.05.2022 r., KIO 1087/22, LEX nr 3399636). Rozpatrywanie postawionych zarzutów w zaistniałej sytuacji stoi w sprzeczności z istotą i celem wnoszenia środków odwoławczych. Z przyczyn obiektywnych zarzuty jak i uzasadnienie Odwołania w tej części są jedynie hipotetyczne. Dodatkowo, dostrzec trzeba, że Odwołujący nie domaga się odtajnienia wyjaśnień.

Jak podkreślił Przystępujący, w nawiązaniu do treści wyjaśnień Przystępującego złożonych w postępowaniach – dostrzec również należy, że de facto na ich podstawie Zamawiający powziął również wiedzę o sposobie kalkulacji poszczególnych cen, które to nawet nie były objęte wezwaniem. Zakres wyjaśnień Przystępującego był bowiem nawet szerszy niż treść wezwania – o czym nie mógł wiedzieć Odwołujący. Przykładowo, w rejonie Gniezno Zamawiający nie wzywał o wyjaśnienie pozycji TER 2 2.1.;2.2 czy też TER 7 poz. 12.8, jednak Odwołujący w swoich wyjaśnieniach również odniósł się do niniejszych pozycji, przedstawiając stosowne dowody. Podobnie w odniesieniu do oferty Rejon Środa Śląska – dostrzec trzeba, że złożone wyjaśnienia również były de facto szersze niż wezwanie i wyjaśniały inne pozycje. Co więcej, podkreślić również należy, że pozycje z kosztorysu łączą się niejako ze sobą w praktyce. Zamawiający na podstawie złożonych szczegółowych i dokładnych wyjaśnień Przystępującego – powziął w istocie wiedzę o całości oferty.

Niezależnie od powyższego (abstrahując nawet od wadliwości zarzutów, w tym braku możliwości odrzucenia oferty na wskazanej podstawie i braku istotności), odnosząc się do treści odwołania – zdaniem Przystępującego, Odwołujący w żaden sposób nie sprostał dowiedzeniu rzekomych podstaw do wezwania do wyjaśnień we wskazanym przez siebie zakresie, czy tym bardziej braku zgodności z warunkami zamówienia czy rażąco niskiej ceny. Kwestionując przy tym ocenę dokonaną przez Zamawiającego, Odwołujący wybiera arytmetycznie wyższe pozycje od wartości kosztorysowych i wartości przyjętych przez Odwołującego i dokonuje abstrakcyjnego, bo opartego przez pryzmat swojej oferty porównania.

Odwołujący wskazuje na rzekomą niezgodność oferty z zamówieniem i zaniżenie poszczególnych elementów oferty - opierając się przy tym na swoich własnych założeniach, przygotowanych na potrzeby Odwołującego kalkulacjach, bez uwzględnienia całokształtu złożonej oferty – w tym treści złożonych wyjaśnień, jak również dostępnych Zamawiającemu informacji rynkowych oraz o samym Przystępującym, jego doświadczeniu i możliwości. Przy czym podkreślić trzeba, że Zamawiający wezwał już Przystępującego do złożenia wyjaśnień w istotnych częściach składowych. Znaczenie ma ocena dokonana przez Zamawiającego – a nie innych konkurentów. Potwierdza to stanowisko Izby: To Zamawiający przeprowadza procedurę wyjaśnienia ceny, w tym decyduje o treści wezwania i zakresie wymagającym wyjaśnienia oraz ocenia złożone mu wyjaśnienia. (wyrok KIO z 26.04.2022 r., KIO 719/22, LEX nr 3399597.)

Jako kontynuował Przystępujący, nie sposób nie zauważyć, że działanie Odwołującego w tym postępowaniu, a raczej konstruowane przez niego zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum opierają się de facto na porównaniu poszczególnych pozycji w ofercie Przystępującego oraz swojej własnej oferty – w wybiórczo wskazanych pozycjach. Dowiedzenie wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny nie polega na wskazaniu niektórych pozycji z kosztorysu ofertowego przeciwnika, a Odwołujący powinien wykazać, że obiektywnie ta cena jednostkowa nie spełnia podstawowych wymogów jej realności. Odwołujący listując pozycje, których wycenę podważa, próbuje wywrzeć wrażenie nieprawidłowościach występujących w ofercie Przystępującego. Patrząc jednak na ofertę i wyjaśniania, w szczególności na Tabele Elementów Rozliczeniowych, można dostrzec, że Odwołujący wyraża wątpliwości – oparte na swojej metodologii budowania cen.

Przystępujący zwrócił również uwagę na rozkład ciężaru dowodu, który ciąży aktualnie na Odwołującym. W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym.

Przystępujący odniósł się również do dowodów załączonych do odwołania. Po pierwsze, odnoszą się one do wykonawcy Zaberd, stanowiąc indywidualne ceny samego Odwołującego, a nie ceny rynkowe. Już samo tylko zestawienie z treścią wyjaśnień obrazuje, że wykonawca ten dokonując kalkulacji cen w oparciu o inne założenia buduje swoją ofertę, w tym w zakresie sposobu jego realizacji. Po drugie, przedstawione dokumenty zostały przedstawione w sposób wybiórczy i subiektywnie wybranym przez Odwołującego. Po trzecie, zwrócić należy uwagę na datę przedstawionych dokumentów, tj. są to dokumenty na moment sporządzania odwołania, nie zaś na moment kalkulowania oferty. Po czwarte, przedstawione faktury czy oferty odnoszą się do pojedynczych jednostek materiału, a nie cen hurtowych.

Przystępujący dodatkowo wskazuje, że wszystkie oferty materiałów ze stron internetowych dotyczą pojedynczego materiału (pojedynczej jednostki), np. 1 m2 – a nie zakupu hurtowego. Przez to wszystkie te dokumenty nie są wiarygodne, ponieważ w praktyce przy tego rodzaju i wielkości zamówieniach, abstrahując od uwarunkowań samego Przystępującego, zamawiane są większe ilości. Dodatkowo, w tym miejscu Konsorcjum podkreślają, że podane w ofertach ze sklepów internetowych ceny nie są żadnym punktem odniesienia w wycenie, ponieważ każdy zakup takich materiałów kupowany jest w większej ilości (jako zapas do magazynu), co automatycznie podlega najczęściej dużym rabatom cenowym, często nawet do 50% są to ceny niższe niż te zaproponowane na pojedynczą jednostkę materiału. Przy czym Odwołujący nie ma wiedzy o poziomach cen pozyskiwanych przez niego na rynku (a nawet nie może mieć wiedzy, nie znając nawet treści wyjaśnień Przystępującego).

Przystępujący dodał, że poszczególne koszty, na które wskazuje Odwołujący, stanowią część całej oferty – a w istocie część poszczególnych elementów w ramach TER. Odwołujący nie kwestionuje nawet całej grupy, a jedynie wybiórcze pozycje (które to nie są istotnymi częściami składowymi – co wynika chociażby z samego zakresu wezwania). Takie podejście jest jednak nieuprawnione, gdyż o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena, jako wartość całkowita. Potwierdza to przykładowo wyrok KIO z 24.11.2017 r., KIO 2373/17, LEX nr 2415554.

Przystępujący zwrócił także uwagę na okoliczności jemu towarzyszące takie jak doświadczenie w realizacji podobnych zamówień co przekłada się na możliwość osiągnięcia konkurencyjnych cen.

Podsumowując Przystępujący stwierdził, że w powyższych okolicznościach brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, jak również ponownego wzywania do wyjaśnień we wskazanym zakresie.

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w obu sprawach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: BADER-DROG Sp. z o. o. Sp. k., BUDiA Standard Sp. z o.o. oraz "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego składane były następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Dowody Odwołującego:
    a. Faktura VAT na grys 2/5;
    b. Faktura VAT 121/08/2022 na emulsję;
    c. Korespondencja mailowa dotycząca oferty na zakup asfaltu lanego;
    d. Faktura VAT 7115/2022 zakupu mieszanki mineralno-bitumicznej AC16W;
    e. Faktura VAT zakupu mieszanki mineralno-asfaltowej WMS;
    f. Korespondencja mailowa dotycząca oferty cenowej na zakup $1m^3$ mieszanki kruszywa i cementu;
    g. Informacje cenowe dostawców dotyczące głazów narzutowych, otoczaków, kamieni polnych oraz kruszyw granitowych;
    h. Informacje cenowe dotyczące koszy siatkowo-kamiennych ze stron internetowych:
        i.;
        ii.;
        iii.;
    i. Informacje cenowe dotyczące geokrat ze stron internetowych:
        i.;
        ii.;
    j. Oferta dotycząca obrzeża ogrodowego beton Firma Maja z portalu internetowego allegro ();
    k. OFERTA Nr OWOP/1183/2022 na oczyszczenie urządzeń odwadniających z kategorii niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne;
    l. Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.leroymerlin.pl dotycząca kostki brukowej prostokąt szara gr.6 cm Baumabrick;
    m. Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.materialy.general-bud.pl dotycząca koryta ściekowego bruk-bet;
    n. Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.leroymerlin.pl dotycząca rury kanalizacyjnej zewnętrznej SN2 200mm/3m Drewplast;
    o. Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.bat.pl dotycząca rury kanalizacyjnej zew. 400 mm. dł. 2 m;
    p. Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.onninen.pl dotycząca rury gładkościennej przepustowej w odcinkach średnica 110mm QRGP 110/6,3mm czarna długość 6M/6m;

q.Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.allegro.pl dotycząca studni kablowej;

r.Oferta na kotwę betonową;

s.Faktura VAT nr 1028/22

t.Informacja cenowa ze strony internetowej https://www.leroymerlin.pl dotycząca furtki lewej Stark 1x1,2m ocynk Polbram

u.Szczegółowy kosztorys ofertowy ZABERD obejmujący wybrane pozycje dla postępowań w Środzie Wlkp. oraz w Gnieźnie.

Izba wzięła pod uwagę przedłożone dowody, a odniesienie się do ich wiarygodności w kontekście tez odwołania znajdzie się w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Środzie Wlkp. nr postępowania O.PO.D-3.2421.31.2022 (sygn. akt KIO 646/23) oraz całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Gnieźnie nr postępowania O.PO.D-3.2421.29.2022.

Zgodnie z punktem 17.1 SWZ (Rejon Środa Wlkp. oraz Rejon Gniezno): „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV."

Zgodnie z punktem 17.2 SWZ (Rejon Środka Wlkp): „Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ –IDW".

Zgodnie z punktem 17.2 SWZ (Rejon Gniezno): „ Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ – IDW i wypełnić ściśle według pozycji wyszczególnionych w formularzu wskazanym w 17.1, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w kosztorysie ofertowym."

Zgodnie z uwagą do Tabeli Elementów Rozliczeniowych w obu sprawach: „Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót)".

Zgodnie z wzorem umowy § 4 ust. 2 (w obu sprawach): „Rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem § 7 ust. 5.".

W ramach postępowania prowadzonego na terenie Rejonu w Środzie Wlkp. złożonych zostało 7 ofert.

W ramach postępowania prowadzonego na terenie Rejonu w Gnieźnie złożone zostały 4 oferty.

W obu postępowaniach Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniania ceny przewidzianą w art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Odpowiednie wezwania w tym zakresie skierowane zostały dnia 24 listopada 2022 r.

W treści wezwań skierowanych do Przystępującego Zamawiający wymagał wyjaśnienia:

1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować, uwzględniając wymagania opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, oraz projektowanych postanowień umownymi a także specyfikacji technicznych, wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego w ramach zadeklarowanych w Ofercie cen jednostkowych;
2. zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
3. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Następnie Zamawiający wskazał na poszczególne pozycje z Grupy TER, których wyjaśnienia oczekiwał od wykonawcy.

Pismami z dnia 9 grudnia 2022 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, zastrzegając ich

treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zostało uznane przez Zamawiającego za skuteczne.

Pismami z dnia 23 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych w obu postępowaniach, którymi okazały się oferty Przystępującego. W obu przypadkach na drugim miejscu sklasyfikowana była oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania w obu sprawach nie zasługiwały na uwzględnienie.

Z racji tego, że zarzuty odwołania, dowody na ich poparcie oraz argumentacja w obu sprawach była zbieżna, niniejsze uzasadnienie należy jednakowo odnosić do obu rozpatrywanych spraw.

Zarzut nr 1:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy PZP, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5 – Izba w tym względzie zgadza się z Odwołującym.

Co jednak ponownie należy podkreślić, dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na ww. podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Z ugruntowanego już orzecznictwa oraz poglądów doktryny wynika, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może okazać się skuteczny w razie wykazania przez odwołującego niezgodności oferty jego konkurenta z warunkami zamówienia, która to niezgodność ma charakter jednoznaczny. Oznacza to, że owa niezgodność zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest przy tym, że niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

Nie można jednak uznać, że o niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia przesądza tylko i wyłącznie zaoferowanie za realizację danej pozycji kosztorysowej stawki rażąco niskiej. Powyższe stanowi ewentualną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał, tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia. Odwołujący powinien przy tym móc jednoznacznie wskazać w jakim zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonej pozycji.

Wskazać należy, że Odwołujący nie zna założeń Przystępującego przyjętych do kalkulacji poszczególnych stawek. Zdecydowana większość pozycji kwestionowanych przez Odwołującego nie stanowiła przedmiotu wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Z kolei, te które stanowiły przedmiot wyjaśnień i w ramach których Przystępujący przedstawiał Zamawiającemu swoje założenia kalkulacyjne, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a więc również nie są znane Odwołującemu. Odwołujący w stosunku do tych pozycji nie zna zatem założeń, jakimi kierował się Przystępujący. Odwołujący zna jedynie stawki zaoferowane przez Przystępującego wskazane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Nie sposób jednak uznać, że tylko na podstawie tych danych, Odwołujący może wykazać jednoznaczną niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Odwołujący w ramach zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP snuje jedynie pewne przypuszczenia, ale nie wskazuje jednoznacznie z jakimi warunkami zamówienia oferta Przystępującego jest niezgodna, jakich elementów Przystępujący nie wycenił lub w jakim zakresie poczynił błędne założenia.

W treści postawionego zarzutu Odwołujący wskazuje, że cena oferty Przystępującego została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacjizamówienia, jednak w uzasadnieniu nie wskazuje jednoznacznie na czym podnoszona jego niezgodność polega, wywodząc ją tylko i wyłącznie z racji zaoferowania stawek – jego zdaniem, rażąco niskich, które nie pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów z realizacją danej pozycji. Nie można przecież wykluczyć sytuacji, że pewne założenia poczynione przez Odwołującego, zostały w inny sposób poczynione przez Przystępującego. Odwołujący nie zna przecież założeń Przystępującego i w zasadzie nie może podjąć z nimi polemiki, opierając się na pewnych tezach, które mogą nie mieć pokrycia w tym, jak swoją cenę kalkulował Przystępujący. Wyklucza to zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, gdyż jednoznacznie Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Za zasadny należy również uznać argument Przystępującego, że postawiony zarzut jest wadliwy w swojej konstrukcji z uwagi na fakt, że Odwołujący w treści zarzutu wskazuje na przepis odnoszący się do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z warunkami zamówienia – gdy jednocześnie w znakomitej większości wskazuje na pozycje, które to nie były nawet przedmiotem wezwania Zmawiającego do wyjaśnień, stąd formułowanie takiego zarzutu w stosunku do tychże pozycji wydaje się być nieprawidłowe.

Tożsamy pogląd przyjęła Izba w wyroku z dnia 23 września 2022 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2292/22.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP uznać należy za niewykazany, a argumentację Odwołującego należy sprowadzić do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, a więc zaoferowania za poszczególne pozycje przez niego kwestionowane, ceny rażąco niskiej oraz błędnej oceny wyjaśnień przedłożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego.

Izba również w tym zakresie uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 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 pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 ustawy PZP. Z tego względu w zakresie, w jakim Odwołujący stawia niniejszy zarzut wobec pozycji, które nie były wyjaśniane, zarzut ten jest oczywiście przedwczesny. Co więcej, Odwołujący w ramach tego zarzutu nie kwestionuje zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Stąd stawianie zarzutu naruszenia ww. przepisów wobec pozycji, które nie były przedmiotem wyjaśnień, jest oczywiście błędne.

Rejon Środa Wlkp.

Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień ceny Przystępującego obejmowało następujące pozycje TER (rejon Środa Wlkp.):

1.W grupie 1: poz. 1.1, poz. 1.2, poz. 3.1, poz. 7.1, poz. 9.1, poz. 16.1,
2.W grupie 2: poz. 1.1, poz. 2.1, poz. 4.2,
3.W grupie 3: poz. 6.2,
4.W grupie 4: poz. 2.1, poz. 4.1, poz. 5.4, poz. 9.3,
5.W grupie 6: poz. 2.2, poz. 2.4, poz. 3.6, poz. 3.11, poz. 5.3, poz. 6.2, poz. 7.5
6.W grupie 7: poz. 1.1, poz. 1.2, poz. 2.1, poz. 2.2, poz. 2.3, poz. 3.1, poz. 3.2, poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 4.3, poz. 14.1,
7.W grupie 8: poz. 9.6, poz. 9.7, poz. 9.8,
8.W grupie 10: Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego,
9.W grupie 11: poz. 1.2,
10.W grupie 12: poz. 1.1.

Z kolei zgodnie z wylistowaniem pozycji kwestionowanych przez Odwołującego w ramach niniejszego zarzutu, jedynie pozycje 9.1, 16.1 (z grupy 1), 2.1 (z grupy 2), 6.2 (z grupy 3) objęte były wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Należy zatem przyjąć, że zarzut ten w stosunku do pozostałych pozycji jest przedwczesny i nie może zostać uwzględniony. To samo dotyczy zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Pozycje nie będące przedmiotem wyjaśnień, nie podlegały ocenie Zamawiającego w zakresie prawidłowości ich wyjaśnienia, co przesądza o wadliwości tak postawionego zarzutu.

Z kolei w odniesieniu do pozycji, które stanowiły przedmiot wezwania, zdaniem Izby, zarzut zasługuje na oddalenie. Wskazać należy, że Odwołujący wywodzi konieczność odrzucenia oferty Przystępującego w stosunku do ww. pozycji z rzekomo rażąco niskich stawek zaproponowanych za ww. pozycje i błędnej oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Dla poparcia stawianych przez siebie tez wskazuje na dowody załączone do odwołania.

Zdaniem Odwołującego przedłożone przez niego dowody świadczą o rażąco niskim charakterze stawek zaproponowanych przez Przystępującego, a tym samym o błędnej ocenie złożonych przez niego wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Izba nie zgodziła się z takim twierdzeniem.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że dowody przedłożone przez Odwołującego, nie mogą automatycznie

przesądzać o rynkowości stawek w nich wskazanych. Zdaniem Izby świadczą one tylko o tym, że Odwołujący jest w stanie uzyskać ceny takie, jakie wskazane są w poszczególnych ofertach/ fakturach VAT. Powyższe nie przesądza jednak o tym, że nie można uzyskać cen niższych. Trudno również uznać, że jedna faktura/ oferta przesądza o rynkowym charakterze ceny w niej wskazanej. Słusznie zwracał również uwagę Przystępujący, że niektóre z dowodów ukazują zakup pojedynczego materiału, a nie zakup hurtowy – co ma znaczny wpływ na uzyskiwane ceny. Dodatkowo, zdaniem Izby niektóre z przedłożonych dowodów są również absolutnie oderwane od realiów wykonywania niniejszego przedmiotu zamówienia oraz skali przedsiębiorstw oferentów – wydaje się zupełnie absurdalne by wykonawca realizując przedmiot zamówienia o tak dużej skali zaopatrywał się w materiały niezbędne do jego wykonania na portalach internetowych typu: allegro.pl lub w sklepach sieciowych, których oferta skierowana jest głównie do osób fizycznych. Zdaniem Izby charakter przedłożonych dowodów w żadnym razie nie może potwierdzać tezy Odwołującego o rynkowym charakterze cen w nich wskazanych i jednocześnie o rażącym charakterze cen zaoferowanych przez Przystępującego.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący zupełnie pomija fakt, że część z kwestionowanych przez niego pozycji zostało przez Przystępującego wyjaśnionych w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny, a Zamawiający te wyjaśnienia uznał. Odwołujący opiera więc swój zarzut na subiektywnych twierdzeniach odnośnie cen rynkowych za poszczególne pozycje, zapominając o tym, że Przystępujący mógł budować swoją ofertę w oparciu o zupełnie inne założenia, które nie przystają do założeń Odwołującego. Co więcej, swoje założenia Przystępujący był w stanie wyjaśnić Zamawiającemu, a zdaniem Izby, ocena tychże wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

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

Trzeba zatem uznać, że założenia Odwołującego co do rynkowego charakteru określonych cen nie mogą zostać uznane za jedyne wzorcowe założenia. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia. Dodatkowo, zdaniem Izby, Przystępujący swoje założenia należycie uzasadnił w ramach wyjaśnień ceny, co świadczy ostatecznie o niezasadności zarzutu postawionego przez Odwołującego.

Dodatkowo również wskazać należy, że w stosunku do pozycji 2.1 (z grupy 2) oraz poz. 6.2 (z grupy 3), Odwołujący nie przedstawia jakiegokolwiek dowodu na poparcie stawianych przez siebie twierdzeń, wobec czego zarzut należy uznać za niewykazany i gołosłowny, oparty jedynie na subiektywnych przekonaniach.

Słusznie, zdaniem Izby, wskazywał również Przystępujący, że Odwołujący dokonuje oceny oferty Przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny bez uwzględnienia treści złożonych wyjaśnień, jak również dostępnych Zamawiającemu informacji rynkowych oraz o samym Przystępującym, jego doświadczeniu i możliwościach. To Zamawiający przeprowadza procedurę wyjaśnienia ceny, w tym decyduje o treści wezwania i zakresie wymagającym wyjaśnienia oraz ocenia złożone mu wyjaśnienia. Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia Przystępującego w zakresie pozycji kwestionowanych w odwołaniu, a Odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnej argumentacji, która prawidłowość tej oceny by podważała. Skutek w postaci odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący wywodzi jedynie ze złożonych przez siebie dowodów, które rzekomo mają przesądzać o jedynych prawidłowych i możliwych do zaoferowania stawkach za ww. pozycje, co jak już stwierdzono we wcześniejszej części uzasadnienia, jest podejściem błędnym.

Zdaniem Izby za nieuprawnione również należy uznać twierdzenia Odwołującego dotyczące rozkładu dowodu. To prawda, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Także 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 Prawa Zamówień Publicznych 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 dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Jak z kolei wskazano wcześniej, Odwołujący nie zna wyjaśnień ceny Przystępującego, a swoje wywody opiera jedynie na subiektywnych przekonaniach, co nie może zostać uznane za wykazanie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, co nakazywałoby uwzględnienie odwołania.

Rejon Gniezno

Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień ceny Przystępującego obejmowało następujące pozycje TER (rejon Gniezno):

1. W grupie 1: poz. 1.1, poz. 1.2, poz. 3.1, poz. 5.1, poz. 16.1, poz. 17.1;
2. W grupie 2: poz. 1.1, poz. 1.3, poz. 4.1, poz. 4.2;
3. W grupie 3: poz. 6.2;
4. W grupie 4: poz. 2.1, poz. 4.1, poz. 9.1, poz. 9.3;
5. W grupie 5: poz. 1.1, poz. 2.4;
6. W grupie 6: poz. 2.2, poz. 2.4, poz. 3.5, poz. 3.6, poz. 3.7, poz. 5.3, poz. 6.2, poz. 7.2, poz. 7.3, poz. 7.5;
7. W grupie 7: poz. 1.1, poz. 1.2, poz. 2.1, poz. 2.2, poz. 2.3, poz. 2.4, poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 4.3, poz. 4.4, poz. 7.1, poz. 7.2, poz. 7.4;
8. W grupie 8: poz. 6.1.

Z kolei zgodnie z wylistowaniem pozycji kwestionowanych przez Odwołującego w ramach niniejszego zarzutu, jedynie pozycje 16.1 (z grupy 1), 6.2 (z grupy 3) objęte były wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Należy zatem przyjąć, że zarzut ten w stosunku do pozostałych pozycji jest przedwczesny i nie może zostać uwzględniony. To samo dotyczy zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Pozycje nie będące przedmiotem wyjaśnień, nie podlegały ocenie Zamawiającego, co przesądza o wadliwości tak postawionego zarzutu.

W pozostałym zakresie aktualne pozostają uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia, a dotyczące odwołania w Rejonie Środy Wlkp., z tą różnicą, że w odwołaniu dotyczącym Rejonu Gniezno, Odwołujący nie dołączył żadnych dowodów na poparcie stawianych przez siebie twierdzeń w stosunku do pozycji 6.2 z grupy 3.

Z powyższych względów, zarzut nr 1 w obu sprawach należało oddalić.

Zarzut nr 2:

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

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

Odwołujący istotności kwestionowanych przez niego pozycji upatruje w „istocie rozliczeniowej kontraktów utrzymaniowych". Zdaniem Odwołującego z uwagi na fakt, że w kontraktach utrzymaniowych każda cena jednostkowa stanowi samodzielną pozycję rozliczeniową, każda cena jednostkowa musi być oceniana w kontekście możliwości wykonania zamówienia zgodnie w wymaganiami SWZ. Jak się wydaje, z powyższego stwierdzenia Odwołujący wywodzi także, że z tych samych powodów kwestionowane przez niego pozycje należy uznać za istotne części składowe ceny za zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

W zasadzie z tożsamego założenia wyszedł Zamawiający wskazując w treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, że oczekuje *„złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych",* wskazując następnie poszczególne pozycje, które jego zdaniem wymagały wyjaśnienia, uznając niejako, że stanowią one istotne części składowe oferty.

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

Wskazać należy, że przedmiot niniejszego zamówienia jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą ulegać zmianie. Z tego względu zamawiający przewidział, iż rozliczenie umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą (§ 4 ust. 2 wzoru umowy). Zgodnie z postanowieniami formularza

ofertowego, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie składniki kosztów, a także inne czynności opisane w SST. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna była zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. W związku z tym, uwzględniając okoliczności niniejszego stanu faktycznego, zdaniem Izby, nie można wykluczyć, że poszczególne ceny jednostkowe za realizację wymienionych w TER pozycji, mogą nosić znamiona istotnych części składowych oferty, a co za tym idzie, mogą podlegać badaniu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2023 r., KIO 300/23).

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

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

Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał ww. obowiązkowi.

Podtrzymując wcześniejsze generalne zapatrywanie dotyczące możliwości badania w ramach wyjaśnień ceny również poszczególnych cen jednostkowych stanowiących podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy wskazać należy, że w niniejszej sprawie, Odwołujący w zasadzie w ogóle nie odnosi się do zagadnienia istotności kwestionowanych przez niego pozycji. Wskazać należy za Przystępującym, że Odwołujący opiera swoją całą argumentację o kwestionowanie cen jednostkowych – nie wskazując na ich korespondencję, czy przekładalność na jakiekolwiek części zamówienia. Nie negując zatem generalnej możliwości wyjaśniania poszczególnych cen jednostkowych, negatywnie należy ocenić treść odwołania w tym zakresie. Odwołujący kwestionuje naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, a w ogóle nie odnosi się do części przesłanek w nim wskazanych, zupełnie pomijając argumentację, której podniesienie koniecznym jest dla potencjalnej możliwości uwzględnienia przez Izbę zarzutu odwołania. Mimo, iż Odwołujący wskazuje na „istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych", to samo zasygnalizowanie owej istoty nie może być uznane za wystarczające. Odwołujący w ramach postawionego zarzutu już w treści odwołania powinien w szczegółach odnieść się do przesłanek wyrażonych w przepisie, którego naruszenie podnosi, a nie oczekiwać, że w sformułowaniu odpowiedniej argumentacji zostanie wyręczony przez Izbę.

Niezależnie od powyższego, uznając generalną możliwość badania rażącego charakteru poszczególnych cen jednostkowych w kontraktach utrzymaniowych, Odwołujący powinien był również wykazać, że w stosunku do kwestionowanych przez niego pozycji, Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości odnośnie ich rażącego charakteru oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, za ceny wskazane w tych pozycjach.

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

Odwołujący, co oczywiste, buduje argumentację odwołania wokół pozycji, które sam wycenił na wyższym poziomie, subiektywnie uznając, że niższa wycena świadczy o ich rażąco niskim charakterze. Wskazać jednak należy, że różnica w cenach ofert (czy też w cenach poszczególnych cen jednostkowych) różnych wykonawców jest naturalnym zjawiskiem gry rynkowej. Różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, która ma miejsce w zasadzie w większości postępowań przetargowych. Jednakże samo stwierdzenie różnicy w cenach nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty lub jej istotnych części składowych.

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

Z powyższych względów, zdaniem Izby, zarzut w obu sprawach nie zasługiwał na uwzględnienie.

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

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

……

……