Sygn. akt KIO 3053/23

WYROK

z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski
Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 2 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 października 2023 r. przez wykonawcę DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie

przy udziale wykonawcy P.P.U.H. „LIBUD" LIBERDA Spółka jawna z siedzibą w Czeladzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 3053/23

Powiatowy Zarząd Dróg w Będzinie, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest modernizacja dróg powiatowych na terenie powiatu będzińskiego (z podziałem na 9 części), nr sprawy: Z.P.272.16.2023.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00387425/01.

W dniu 16 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, dalej jako: „Odwołujący" wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 2 postępowania, której przedmiotem jest modernizacja nawierzchni jezdni drogi powiatowej 4711S – ul. Nowopogońska w Czeladzi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 ust. pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.P.U.H. „LIBUD" Liberda Sp. j., mimo że jej treść jest sprzeczna z SWZ z uwagi na to, że sposób realizacji zamówienia zaproponowany przez Wykonawcę jest sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego, tj. Wykonawca nie wykona oznakowania poziomego w technologii wymaganej dokumentacją przetargową a polegającej na malowaniu nawierzchni farbą grubowarstwową chemoutwardzalną;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.P.U.H. „LIBUD" Liberda Sp. j. w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niskiej;

ewentualnie

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.P.U.H. „LIBUD" Liberda Sp. j. w sytuacji, gdy Wykonawca nie ujął w pozycjach kosztorysowych 11-13 pełnego zakresu prac, przerzucając nieokreśloną cześć kosztów do innych, niewskazanych w ofercie pozycji, a tym samym dopuścił się tzw. inżynierii cenowej stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania oraz odrzucenia oferty konkurenta.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że cena ofertowa LIBUD była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, dlatego Wykonawca został wezwany do jej wyjaśnienia w trybie art. 224 ust 2 pkt 1 pzp. W wezwaniu skierowanym do LIBUD Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że oczekuje wyjaśnienia w zakresie pozycji kosztorysowej nr 11 „Oznakowanie poziome jezdni farbą chlorokauczukową - linie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych malowanie mechaniczne".

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia przedłożone przez LIBUD, w których Wykonawca oświadczył, ze cena rynkowa 1m2 wykonania oznakowania poziomego wynosi 80-90 zł, podczas gdy w swojej ofert w poz. 11-13 wycenił je odpowiednio na kwoty: 2,80 zł, 22,00 zł oraz 22,00 zł:

1) potwierdzają sprzeczność oferty z SWZ oraz

2) nie pozwalają, aby na ich podstawie uznać, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Co za tym idzie wykonawca nie sprostał wymogom art. 224 ust. 5 pzp, który przerzuca na wykonawcę ciężar obronienia swojej oferty przez zarzutem rażąco niskiej ceny.

Jak kontynuował Odwołujący, zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SWZ roboty realizowane w ramach każdej części zamówienia rozliczane będą kosztorysem powykonawczym, zaś każda z cen jednostkowych będzie stała i nie może się zmieniać na etapie realizacji za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umownych. Tym samym, zgodnie z charakterystyką rozliczenia kosztorysowego (obmiarowego), każda z cen jednostkowych obejmuje określony zakres robót zgodnie z treścią pozycji kosztorysowej oraz elementami warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią pozycji 11-13 kosztorysu ofertowego udostępnionego przez Zamawiającego w pliku „Kosztorys_modernizacja_nawierzchni_4711S_Nowopogońska_1m2.xls" w ramach remontu drogi powiatowej 4711S należy wykonać oznakowanie poziome grubowarstwowe chemoutwardzalne. Zgodnie z pozycjami 11-13 załączonego do SWZ kosztorysu, w cenie oferty (będącej przeliczoną na potrzeby porównania ofert ceną brutto za 1 m2 remontu) należało uwzględnić:

• 0,5 m2 oznakowania poziomego jezdni farbą chlorokauczukową – linie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych malowane mechanicznie – obok czynnego pasa jezdni (26-75 poj) - oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. istniejącego oznakowania poziomego) zgodnie z poz. 11;

• 0,08 m2 oznakowania poziomego jezdni farbą chlorokauczukową - linie segregacyjne i krawędziowe ciągłe malowane mechanicznie - obok czynnego pasa jezdni (26-75 poj)- oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. istniejącego oznakowania poziomego) zgodnie z poz. 12;

• 0,08 m2 oznakowania poziomego jezdni farbą chlorokauczukową - linie segregacyjne i krawędziowe przerywane malowane mechanicznie - obok czynnego pasa jezdni (26- 75 poj)- oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. lstniejącego oznakowania poziomego) zgodnie z poz. 13.

Odwołujący przedstawił również tabelę obrazującą procent średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla pozycji 11-13 kosztorysu ofertowego oraz tabelę ukazującą ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych, związanych z wykonaniem oznakowania poziomego grubowarstwowego w każdej z części zamówienia.

Zdaniem Odwołującego z powyższych zestawień wynika, że oferty sześciu (spośród dziewięciu) wykonawców dla tego zakresu są dość wyrównane i oscylują wokół średniej arytmetycznej dla całego zamówienia, która wynosi 46,17 zł netto za 1 m2 oznakowania (średnia zaniżona przez oferentów nr 1, 9 i 10). Rynkowe ceny oznakowania poziomego grubowarstwowego dla innych postępowań wynoszą od 55,00 zł netto do 85,00 zł netto za 1m2, przy czym ok. 45-50 zł w tej cenie jednostkowej stanowi sam koszt materiału. Dla uzasadnienia powyższej tezy, w załączeniu Odwołujący przekazał kartę techniczną masy chemoutwardzalnej do oznakowania poziomego grubowarstwowego, z której wynika normatywne zużycie na 1 m2 oznakowania.

Odwołujący przedstawił również tabelę ukazującą ceny rynkowe z ogólnodostępnych branżowych sklepów internetowych (ceny aktualne na dzień 06.10.2023 r.), celem porównania i wyliczenia wartości średniej ceny jednostkowej dla 1 kg masy chemoutwardzalnej bez transportu, bez robocizny oraz bez mikrokulek.

Zgodnie z załączoną kartą techniczną nr F6.5.02 i krajową oceną techniczną nr IBDiM- KOT-2019/0353, minimalne zużycie masy chemoutwardzalnej dla oznakowania grubowarstwowego strukturalnego w kolorze białym wynosi: 2,96-3,40 kg/m2. Przemnażając te ilości przez cenę jednostkową samego materiału masy chemoutwardzalnej wskazaną powyżej, uzyskuje się wartości z przedziału: 42,03-49,64 zł/m2, przy czym wartości te nie uwzględniają kosztów transportu, kosztów zakupu i dostawy mikrokulek, robocizny, pracy sprzętu ani zysku wykonawcy.

Co istotne - cenę rynkową oznakowania poziomego grubowarstwowego na poziomie ok. 80-90 zł/m2 potwierdził sam LIBUD, który do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 6 października 2023 r. dołączył ofertę podwykonawcy na taką właśnie kwotę.

Jak dalej wskazywał Odwołujący jednocześnie w pozycji 11 kosztorysu ofertowego LIBUD zaproponował cenę jednostkową 2,80 zł netto za 1 m2 oznakowania poziomego grubowarstwowego, co stanowi zaledwie 6,06% średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla pozycji związanych z tymi pracami w ramach całego zamówienia (a w przypadku ofert dla poz. 11 w części II zamówienia jest to 10,84% ich średniej arytmetycznej). Przywołana wyżej cena jednostkowa stanowi zaledwie 5,64-6,66% kosztu bezpośredniego kluczowego materiału – co pozwala wnioskować, że wskazana pozycja kosztorysowa nie obejmuje zakresu zgodnego z OPZ. Cena taka spełnia wszelkie znamiona rażąco niskiej – jest „nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi" (wyrok KIO sygn. akt. KIO 992/19 z dnia 17.06.2019 r.).

Konfrontując cenę ofertową z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny należy dojść do wniosku, że do każdego metra oznakowania poziomego z poz. 11 LIBUD będzie dopłacał kwotę 77,20 zł (80,00 zł -2,80 zł), a do poz. 12 i 13 kwotę 58,00 zł (80,00 zł - 22,00 zł).

Zdaniem Odwołującego spółka LIBUD też w żadnym momencie nie wyjaśnia, dlaczego wykonanie oznakowania poziomego na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych jest o ok. 90% tańsze niż malowanie przy użyciu tego samego materiału na innych odcinkach drogi.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że koszt wykonania oznakowania poziomego w ramach części II postępowania (pozycje kosztorysowe 11-13) stanowi istotną część przedmiotu zamówienia. Przy wycenie na poziomie rynkowych 80 zł/m2 malowanie to ok. 1/3 wartości zamówienia.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że zamysł zaoferowania tak niskiej ceny bez jakiegokolwiek uzasadnienia rynkowego zasługującego na aprobatę, spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem KIO: „za niedopuszczalne, należy uznać działanie odwołującego, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców „ukrywa" koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną (wyrok KIO sygn. akt. KIO 775/19 z 20 maja 2019 r.).

Zaoferowanie tak niskiej ceny może świadczyć o jednym z niezgodnych z ustawą Pzp działań oferenta:

1)błędzie kalkulacyjnym, niemożliwym do poprawy zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, powodującym w konsekwencji niezgodność oferty z warunkami zamówienia i prowadzącym do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10,
2)o celowej manipulacji ceną jednostkową z jednoczesnym przeniesieniem części kosztów do innego elementu cenowego oferty, co stanowi tzw. inżynierię cenową i narusza przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
3)o świadomym zaniżeniu kosztu wykonania w związku z planowanym wyłączeniem tego elementu z zakresu zamówienia na etapie realizacji, co narusza przepis art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 31 października 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie.

Jak wskazywał Zamawiający wartość zamówienia (w zakresie 1m2 nawierzchni) powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania stanowi 112,98% średniej arytmetycznej wszystkich

złożonych ofert. Oferta wykonawcy stanowi 64,77% wartości zamówienia, więc jest od niej niższa o 35,23%. Jednocześnie oferta ta stanowi 73,18% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (jest od niej niższa o 26,82%) co potwierdza jej rynkowy charakter.

Jak kontynuował Zamawiający komisja przetargowa na posiedzeniu w dniu 04.10.2023 r. przeanalizowała cenę jednostkową pozycji 11 oferenta LIBUD i postanowiła wezwać go do złożenia wyjaśnień w zakresie tejże ceny. P.P.U.H."LIBUD" LIBERDA Sp.j. w dniu 09.10.2023 r. złożył wymagane wyjaśnienia.

W dniu 10.10.2023 r. po przeanalizowaniu wyjaśnień wykonawcy, komisja stwierdziła, że wykazał on w wystarczający sposób, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zdaniem komisji pozycja 11 stanowi znikomy zakres całości przedmiotu zamówienia i jej ceny nie należy traktować jako istotną część składową ceny ofertowej.

Jak wskazywał Zamawiający, powołując się na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r., KIO 2631/15, w postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu, skalkulowanie pewnych pozycji na znacznie niższym poziomie niż średnio w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Za niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane należy uznać traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w wyroku z 16.06.2022 r. (sygn. akt, KIO 2282/22, LEX nr 3485231) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa KIO i sądów powszechnych, iż wykonawca nie ma obowiązku, aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów (...)" (sygn. akt II Ca 928/19).

Zamawiający wskazał nadto na utrwaloną linię orzecznicza KIO zgodnie z którą w wielu przypadkach cena jednostkowa nie ma wpływu na zaistnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.05.2013 r., KIO 1068/13 „W tym zakresie Izba, biorąc pod uwagę ustalone poglądy orzecznicze oraz poglądy doktryny, uznała, że kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych argumentów ani okoliczności, które wskazywałyby, że za całą cenę ofertową nie istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w całości."

Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający w dniu 10.10.2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla części II „Modernizacja nawierzchni jezdni drogi powiatowej 4711S - ul. Nowopogońska w Czeladzi". Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta P.P.U.H."LIBUD" LIBERDA Sp.j., ponieważ spełnia wszystkie warunki zawarte w SWZ oraz uzyskała największą liczbę punktów obliczonych zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, kryteriami i ich wagą.

W niniejszym postępowaniu zastosowano ceny jednostkowe jako podstawę rozliczenia, ponieważ zamawiającemu zależało na uzyskaniu maksymalnej liczby jednostek w ramach posiadanego budżetu. Przy założeniu maksymalnej wartości umowy niższa cena jednostkowa oznacza, że zamawiający w ramach zamówienia będzie mógł osiągnąć większy cel, tj. wykonać modernizację nawierzchni drogi na większym odcinku.

Zdaniem Zamawiającego podjęte przez niego czynności były prawidłowe. Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyroki KIO o sygnaturach: KIO 2729/17 oraz KIO 1282/13.

Jak wskazywał Zamawiający punktem odniesienia w przypadku rażąco niskiej ceny jest przede wszystkim przedmiot zamówienia, a u zamawiającego po wyjaśnieniach wykonawcy nie powstały wątpliwości co do możliwości wykonania danego przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (np. z zasadami sztuki zawodowej przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów).

Działania zamawiającego prowadzące do wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i najkorzystniejszego okresu udzielonej gwarancji jakości i rękojmi za wady, są zgodne z prawem i działają w interesie publicznym, ponieważ zapewniają racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny. Podsumowując Zamawiający wskazał, iż cena (ostateczna i całkowita) rażąco niska to taka, która jest nierealna, nierynkowa, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a taka sytuacja w przypadku oferty Wykonawcy nie

występuje.

Zamawiający wskazał także, iż kwestionowane pozycje nie stanowią istotnej składowej ceny lub kosztu bowiem pojęcie »istotnej części składowej ceny lub kosztu« należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy co w rozpatrywanej sytuacji nie występuje.

Stąd uznać należy, iż przedmiot zamówienia może zostać wykonany przez wykonawcę, którego oferta została wybrana po zaoferowanej cenie, która ostatecznie nie jest ceną rażąco niską.

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę P.P.U.H. „LIBUD" LIBERDA Spółka jawna z siedzibą w Czeladzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszystkie wymogi 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 złożone zostały następujące dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego:

1. Dowody Odwołującego:
    a. Karta techniczna masy chemoutwardzalnej do oznakowania poziomego grubowarstwowego;
    b. Krajowa ocena techniczna nr IBDiM-KOT-2019/0353.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja dróg powiatowych na terenie powiatu będzińskiego (z podziałem na 9 części), nr sprawy: Z.P.272.16.2023.

Cześć 2 postępowania dotyczy modernizacji nawierzchni jezdni drogi powiatowej 4711S – ul. Nowopogońska w Czeladzi.

W postępowaniu złożono 5 ofert, w tym ofertę Odwołującego z ceną ofertową w wysokości 128,09 za 1m^2 oraz ceną za regulację 1 szt. urządzeń 6 459,96. Oferta Przystępującego oscylowała na poziomie 99,97 za 1m^2 oraz 725,70 za regulację 1 szt. urządzeń.

Zgodnie z SWZ cenę ofertową należy wyliczyć w oparciu o dołączony do SWZ przedmiar robót. Wyliczona w ten sposób cena będzie rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy uwzględniający rzeczywiste obmiary wykonanych robót – wynagrodzenie kosztorysowe. Podane ceny jednostkowe będą stałe i nie mogą się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 5 do SWZ (Rozdział X SWZ).

W formularzu oferty należało wpisać dwie wartości, tj. wartość brutto w zł /1m^2 (w tym % podatku VAT) oraz wartość brutto w zł/ regulacja pionowa 1 szt. urządzeń.

Wraz z ofertą należało przedłożyć także wypełniony kosztorys ofertowy dla 13 pozycji kosztorysowych. Pozycje 11-13 dotyczyły odpowiednio:

- pozycja 11: Oznakowanie poziome jezdni farbą chlorokauczukową - linie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych malowane mechanicznie - obok czynnego pasa jezdni (26-75 poj) - oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. istniejącego oznakowania poziomego), jednostka: m^2. Zgodnie z wzorem kosztorysu dla ww. pozycji w kolumnie „Obmiar" wpisana była wartość 0,500.

- pozycja 12: Oznakowanie poziome jezdni farbą chlorokauczukową - linie segregacyjne i krawędziowe ciągłe malowane mechanicznie - obok czynnego pasa jezdni (26-75 poj)- oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. istniejącego oznakowania poziomego), jednostka: m^2. Zgodnie z wzorem kosztorysu dla ww. pozycji w kolumnie „Obmiar" wpisana była wartość 0,080.

- pozycja 13: Oznakowanie poziome jezdni farbą chlorokauczukową - linie segregacyjne i krawędziowe przerywane malowane mechanicznie - obok czynnego pasa jezdni (26-75 poj)- oznakowanie grubowarstwowe chemoutwardzalne (odtw. istniejącego oznakowania poziomego), jednostka: m^2. Zgodnie z wzorem kosztorysu dla ww. pozycji w kolumnie „Obmiar" wpisana była wartość 0,080.

Przystępujący zgodnie z przedłożonym kosztorysem dla pozycji:

- nr 11 zaoferował cenę jednostkową 2,80 zł (wartość 1,40 zł),

- nr 12 zaoferował cenę jednostkową 22,00 zł (wartość 1,76 zł),

- nr 13 zaoferował cenę jednostkową 22,00 zł (wartość 1,76 zł).

Pismem z dnia 4 października 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień ceny. Wezwanie dotyczyło pozycji 11 kosztorysu ofertowego. Zamawiający wskazał, że cena ta „budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Ponadto cena Państwa oferty w zakresie nawierzchni jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania".

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień powielając treść art. 224 ust. 3 pkt 1, 2, 4, 6 ustawy PZP.

Przystępujący pismem z dnia 6 października przedłożył stosowne wyjaśnienia wskazując m. in., że: *„W odniesieniu do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji kosztorysowej nr 11 wskazujemy, że oszacowanie wynagrodzenia za oznakowanie poziome jezdni jest zawarte łącznie w pozycjach 11- 13 (a nie tylko w pozycji 11) i opiewa na łączną kwotę za 1m2 malowania 4,92 zł (1,40 zł + 1,76 zł+ 1,76 zł). Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia zał. nr 4 Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazuje, iż przewidywany zakres zakłada modernizację nawierzchni bitumicznej przedmiotowej drogi na odc. ~ 620 m, tj. ~4588,0m2. Przeliczając cenę za 1 m2 tj. 4,92 zł x 4588,00 m2 wynagrodzenie za wykonanie oznakowania poziomego wyniesie zgodnie z naszym kosztorysem ofertowym 22 572,96 zł netto. Należy jednak wskazać, że ze względu na sposób wykonywania malowania w rzeczywistości ilość oznakowania poziomego na przedmiotowej drodze wyniesie ok. 100 m2 – wszak farbą nie jest pokrywana cała jezdnia, a jedynie jej fragment tj. przede wszystkim oznakowanie poziome oddzielające pasy jezdni, czy ograniczające pobocze. Koszt naniesienia oznakowania poziomego przy cenach rynkowych tj. ok. 90 zł/m2 wyniesie więc szacunkowo ok. 9 000,00 zł i będzie stanowić wynagrodzenie za naniesienie na faktycznie pokrywaną powierzchnię (nie zaś całą powierzchnię drogi)."*

W dniu 10 października Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w zasadzie nie było sporu co do rynkowego poziomu stawek za malowanie $1m^2$ oznakowania drogi. Odwołujący w ramach wniesionego odwołania wskazywał na stawki do 85 zł/m^2. Z kolei Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach ceny wskazywał na stawkę ok. 90 zł/m^2 – co dodatkowo poparł dowodem w postaci oferty podwykonawczej.

W ramach wniesionego odwołania Odwołujący zakwestionował wskazane przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym stawki za pozycje kosztorysowe od 11 do 13, które jego zdaniem były rażąco niskie. Wskazać jednak należy, że Odwołujący w zasadzie w ogóle pominął treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, w których deklarował on stawki za malowanie $1m^2$ drogi na poziomie uznanym przez Odwołującego jako rynkowy.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał również jaką metodologią kierował się przy wypełnianiu kosztorysu ofertowego, tj., że ujął w pozycjach od 11 do 13 łącznie wynagrodzenie za oznakowanie poziome oraz, że uwzględniając jego założenia w zakresie ilości niezbędnego oznakowania, koszt naniesienia oznakowania poziomego będzie wynosił ok 90 zł/m^2.

Analizując treść odwołania należy stwierdzić, że Odwołujący w ogóle nie zakwestionował złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny i przyjętych w ich ramach założeń. Odwołujący całą argumentację poświęcił na zakwestionowanie wartości wpisanych w kosztorysie ofertowym, niejako zapominając, że podlegały one wyjaśnieniom w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP i finalnie Przystępujący wykazał, że stawka jaką założył to 90 zł/m^2 – a więc na poziomie, którego Odwołujący nie kwestionował.

Nie ulega wątpliwości, że za każdym założeniem jak np. stawka za m^2, ilość przyjętych godzin itd., stoi pewien proces decyzyjny wykonawcy, który w wypełniając poszczególne dokumenty składające się na ofertę, uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat tego procesu w postaci konkretnych liczb. Stawka za malowanie $1m^2$ oznakowania nie jest z góry uregulowana np. w dokumentacji przetargowej, a zatem uznać należy, że może zostać określona przez różnych wykonawców na różnym poziomie, z uwzględnieniem różnych czynników, które mogą wpływać na jej obniżenie.

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący te założenia przedstawił Zamawiającemu, a Izba, uwzględniając treść odwołania, nie znalazła argumentów by te założenia zakwestionować. W tym miejscu należy wskazać, że dodatkowe twierdzenia w tym zakresie zostały przedstawione przez Odwołującego na rozprawie. Odwołujący wskazywał, że Przystępujący de facto zmodyfikował sposób, w jaki należy wpisywać poszczególne wartości w przedmiarze, co jest niezgodne z SWZ i w efekcie miałoby prowadzić do nieporównywalności ofert.

Powyższe twierdzenia nie znalazły się jednak w treści odwołania, co prowadzi do wniosku, że nie mogły podlegać ocenie Izby, która w myśl art. 555 ustawy PZP, jest związana zarzutami odwołania. Z tego względu nie mogła wziąć pod uwagę tej części argumentacji Odwołującego, bazując jedynie na treści odwołania.

Z kolei biorąc pod uwagę treść odwołania, w zasadzie nie ma sporu co do wysokości stawek rynkowych za malowanie $1m^2$ oznakowania poziomego drogi. Zarówno Odwołujący w treści odwołania jak i Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazywali na podobne stawki. Skoro tak, nie można uznać, że:

1)Przystępujący za wskazaną stawkę nie będzie mógł wykonać oznakowania poziomego w technologii wymaganej dokumentacją przetargową, a polegającej na malowaniu nawierzchni farbą grubowarstwową chemoutwardzalną;

2)Stawki zaoferowane przez Przystępującego są rażąco niskie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zarzuty podstawowe, jak i zarzut ewentualny, są chybione, a odwołanie należało oddalić.

Z tego względu orzeczono jak w sentencji.

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. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: ……