

Sygn. akt: KIO 3559/23

WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Członkowie: Małgorzata Jodłowska

Maria Kacprzyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawców:

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. w Jasieńcu, M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DROGMAR M.K. w Grójcu, R.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa "ROWTERN" N.R. w Chynowie

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

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

ZABERD Sp. z o.o. we Wrocławiu, głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu numer 1

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej również Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej również Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, Rejon w Grójcu”, numer postępowania O/WA.D-3.2421.28.2023, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 122-386575(dalej również Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również SWZ).

W dniu 13 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. w Jasieńcu, M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DROGMAR M.K. w Grójcu, R.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa "ROWTERN" N.R. w Chynowie (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach Postępowania.

Po udostępnieniu w dniu 28 listopada 2023 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w dniu 29 listopada 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ZABERD Sp. z o.o. we Wrocławiu, którego oferta była najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej również Przystępujący lub ZABERD). Izba uznała przystąpienie za skuteczne wobec dokonania zgłoszenia i wypełnienia przesłanek przystąpienia do postępowania odwoławczego opisanych w art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechań Zamawiającego: 1. odrzucenia oferty ZABERD, mimo że jest niezgodna z warunkami zamówienia, 2. zaniechania wezwania ZABERD do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny - tj. cen jednostkowych.

Odwołujący wnosil odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD mimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ZABERD wycenił ceny jednostkowe w Tabelach Elementów Rozliczeniowych w tabeli dotyczącej grupy prac nr 10b - „Zimowe utrzymanie dróg” w pozycjach nr 3.1 - 5.5 z naruszeniem limitu określonego w uwadze nr 9 do tej tabeli, tj. limitu udziału kosztów usługi gotowości do zimowego utrzymania dróg w stosunku do całości kosztów usługi zimowego utrzymania dróg w wysokości mniejszej bądź równej 36% oraz podczas gdy w pkt 17.1 SWZ zastrzeżono, że przy wycenie wykonawcy powinni przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych pod Tabelami Elementów Rozliczeniowych oraz że przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych limitów spowoduje odrzucenie oferty, a w konsekwencji poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu;

art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania ZABERD do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny - tj. cen jednostkowych zaoferowanych w tabelach rozliczeniowych (dalej również TER):

a)TER dotyczącej grupy prac nr 8 - „Estetyka” - w pozycjach:

nr 10.1 - „Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów”,

nr 3.3 - „Zbieranie zanieczyszczeń z pasa drogowego”,

nr 5.1 - „Neutralizacja nawierzchni zanieczyszczonych substancjami ropopochodnymi”,

nr 5.3 - „Pozimowe oczyszczanie nawierzchni”;

b)TER dotyczącej grupy prac nr 10a - „Zimowe utrzymanie dróg” - w pozycjach:

nr 1 - „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieżnych (Materiał Zamawiającego)”,

nr 2 - „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieżnych (Materiał Wykonawcy)”

- podczas gdy ich wartość budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia oraz Szczegółowych specyfikacjach technicznych (dalej SST) - ceny te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wątpliwe jest wykonanie za te ceny jednostkowe przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a w konsekwencji poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty ZABERD jako niezgodnej z warunkami zamówienia; wezwania wykonawcy ZABERD do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny - tj. cen jednostkowych objętych zarzutem nr 2 odwołania.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron cofnął zarzut pierwszy odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu pierwszego, co którego Odwołujący cofnął odwołanie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Izba umorzyła postępowanie w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy uznając że cofnięcie zostało skutecznie złożone zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa .”

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji postępowania w szczególności SWZ, ofertach Przystępującego i Odwołującego oraz dokumentach złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w postępowaniu odwoławczym. Izba oceniła dowody złożone przez Odwołującego jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu uznając, że stanowią one dowód tego, że na rynku mogą zostać zaoferowane różne ceny usług przez różne podmioty, w zależności od uwarunkowań faktycznych i cech wykonawców, nie przesądzając w sposób kategoriyczny o nierynkowości danej ceny jednostkowej ani ceny ofertowej. W odniesieniu do dowodów złożonych przez Przystępującego Izba stwierdziła, że wskazują one na prawidłowość kalkulacji zakwestionowanych cen jednostkowych TER w tym również wybranych elementów składających się na koszty ich wykonania w świetle SWZ i Ustawy. W tym, że kwestionowane ceny jednostkowe TER Przystępującego są równe lub wyższe od cen zaoferowanych na realizację danej usługi wchodzącej w skład TER przez podwykonawcę Przystępującemu oraz, że możliwe jest skalkulowanie poszczególnych zakwestionowanych odwołaniem kosztów składających się na cenę jednostkową TER na poziomie przyjętym przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był sporny. Spór sprowadzał się do poddania pod wątpliwość kilku wartości wskazanych przez Przystępującego w tabeli elementów rozliczeniowych (TER) dla Grupy Prac nr 8, „Estetyka” w 4 pozycjach i dla Grupy Prac nr 10a, „Zimowe utrzymanie dróg” w 2 pozycjach oraz ich oceny jako istotnych elementów składowych ceny jako nierynkowych, rażąco niskich i przesądających o istnieniu rażąco niskiej ceny zamówienia, jak również zaistnieniu w związku z powyższym po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Zarzut opierał się na założeniu:

1. stanowienia przez każdą cenę jednostkową TER istotnej części składowej ceny, wobec przyjęcia przez Zamawiającego rozliczania kontraktu kosztorysowo tj. w oparciu o ceny jednostkowe z TER oraz faktu, że Zamawiający wymaga uwzględnienia w cenach jednostkowych TER wszystkich kosztów składających się na należyte wykonanie prac, które obejmuje ta pozycja jednostkowa TER;
 2. zaoferowania przez ZABERD w łącznie 6 pozycjach dwóch Grup Prac cen jednostkowych istotnie odbiegających od średniej cen jednostkowych oferowanych przez pozostałych wykonawców oraz wyceny Zamawiającego z kosztorysu inwestorskiego i będących cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dodatkowo;
 3. znacząco obniżających cenę całkowitą oferty,
- które to okoliczności winny rodzić obowiązek wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. Pzp i przesądzać istnienie rażąco niskiej ceny.

Na poparcie zarzutów Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów postępowania, własnych zestawień cen z ofert w Postępowaniu oraz szacunku Zamawiającego, stawek oferowanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz opartych na własnych założeniach wyliczeniach kosztu danej pozycji TER, który w ocenie Odwołującego byłyby rynkowy.

Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania w szczególności SWZ, oferty, oraz decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, bezsporne okoliczności, że:

1. Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu są usługi całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymanie dróg krajowych;
2. W Postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców:

Lp.	Wykonawca	Cena brutto (zł)
-----	-----------	------------------

1.	Konsorcjum Firm: A hramce Sp. z o.o. ul. Świebkrzyńska 30/63, 00-116 Warszawa Z. Urbanowski Sp. z o.o. ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki	Zamówienie podstawowe: 185 499 566,04 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 37 099 913,20 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 37 099 913,20 Łączna wartość: 259 699 392,44
2.	Konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków AVR S.p.A. VIA Francesco Tensi 116, 00 133 Rzym	Zamówienie podstawowe: 169 097 666,60 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 33 819 533,31 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 33 819 533,31 Łączna wartość: 236 736 733,22
3.	FBSerwis S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa	Zamówienie podstawowe: 196 177 699,84 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 39 235 539,97 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 39 235 539,97 Łączna wartość: 274 648 779,78
4.	Przedsiębiorstwo Robót Drogowo- Mostowych Sp. z o.o. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski	Zamówienie podstawowe: 182 684 260,49 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 36 536 852,09 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 36 536 852,09 Łączna wartość: 255 757 964,67
5.	Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Drogowych w Grójcu Sp. z o. o. ul. Asfaltowa 2, 05-604 Jasieniec DROGMAR M.K. ul. Graniczna 21, 05-600 Grójec Firma Usługowo-Handlowa ROWTERN Robert Nogał Franciszków 1a, 05-650 Chynów	Zamówienie podstawowe: 152 737 638,27 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 30 547 527,66 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 30 547 527,66 Łączna wartość: 213 832 693,59
6.	Saferoad Grawii Sp. z o. o. ul. Komunalna 7,87-800 Włocławek	Zamówienie podstawowe: 188 881 324,35 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 37 776 264,87 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 37 776 264,87 Łączna wartość: 264 433 854,09
7.	ZABERD Sp. z o.o. ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław	Zamówienie podstawowe: 142 128 617,45 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 1) PPU: 28 425 723,49 Zamówienie objęte opcją zgodnie z § 4 ust. 1a pkt 2) PPU: 28 425 723,49 Łączna wartość: 198 980 064,43

3.Oferta Przystępującego była ofertą najkorzystniejszą;

4.Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub istotnej części składowej ceny lub koszty w trybie art. 224 ust. 1 Pzp;

5.Cena całkowita oferty Przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 22% a od oferty Odwołującego o 17%;

6.Usługi objęte przedmiotem zamówienia rozdzielone zostały na różne Grupy Prac ze względu na ich różnorodność; Zamawiający dokonał podziału merytorycznego robót na 12 Grup Prac, co znalazło odzwierciedlenie w 1-12 TER – jednym TER dla każdej Grupy Prac. Podział jest uzasadniony materialnie i dotyczy różnych rodzajowo usług. W SWZ Tom I IDW pkt. 17.1, wskazano że: „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Tabele elementów rozliczeniowych (TER dla Grup Prac 1-12 i ZZK) sporządzone na Formularzach w Tomie IV SWZ”. Ni: poszczególne Grupy Prac składają się usługi dotyczące kolejno:

- 1.Nawierzchnia,
- 2.Pobocza i pasy rozdziału,
3. Korpus drogi,
4. Odwodnienie,
5. Chodniki, ścieżki rowerowe,
6. Oznakowanie,
7. Urządzenia BRD,
8. Estetyka,

9. Urządzenia wspomagające,
10. Zimowe utrzymanie dróg,
11. Zarządzanie kontraktem.
12. Prace pomocnicze.

Na każdą z Grup Prac składa się szereg obowiązków wykonawcy opisanych SWZ – SST;

7. TER zawiera ponad 400 pozycji z rozdziałem na 1-12 TER; Grupa Prac nr 8 - Estetyka, zawiera katalog 54 pozycji kosztorysowych, Grupa Prac nr 10a zawiera 3 pozycje kosztorysowe;
8. W oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego, znajdujące oparcie w dokumentach postępowania, nie kwestionowane przez strony, Izba ustaliła, że w kosztorysie inwestorskim procentowy udział wartości poszczególnych zakwestionowanych pozycji kosztorysowych TER to:
 - TER 8 - Nr 10.1 „Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów” - ok. 4,46%,
 - TER 8 - Nr 3.3 - „Zbieranie zanieczyszczeń z pasa drogowego” - ok. 0,46%,
 - TER 8 - Nr 5.1 - „Neutralizacja nawierzchni zanieczyszczonych substancjami ropopochodnymi” - ok. 1,58%,
 - TER 8 - Nr 5.3 - „Pozimowe oczyszczanie nawierzchni” - ok. 0,65%,
 - TER 10a - Nr 1 - „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieźnych (Materiał Wykonawcy) - 0,29%,
 - TER 10a - Nr 2 - „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieźnych (Materiał Zamawiającego) - 0,30%;

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ:

9. Cena oferty miała zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o Tabele elementów rozliczeniowych (TER) dla Grup Prac 1-12 i ZZK sporządzone na Formularzach załączonych w Tomie IV SWZ;
10. Zgodnie z § 4 ust. 2 SWZ - PPU Kontrakt rozliczany jest w oparciu o faktycznie zrealizowane usługi i ceny jednostkowe TER; Rozliczenie Umowy następuje w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcą w TER stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem § 7 ust 5;
11. Zgodnie z § 5 ust 2 SWZ - PPU fakturowanie dokonywane będzie łącznie dla Grup Prac TER 1-9 i odrębnie dla dane Grupy Prac TER nr 10, 11, 12;
12. W oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego, znajdujące oparcie w dokumentach postępowania, nie kwestionowane przez strony, Izba ustaliła, że realizacja poszczególnych usług TER i ich zlecenie uzależnione jest od bieżących potrzeb i warunków atmosferycznych;
13. ZABERD wskazał 6 wartości TER niższych od wynikających z kosztorysu inwestorskiego i średniej wszystkich ofert o około 30 %:

TER nr 8 - Estetyka – poz. nr 10.1 – „Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów”

	ZABERD SP.ZO.O.:	KOSZTORYS INWESTORSKI:	ŚREDNIA WSZYSTKICH OFERT:
cena jednostkowa (zł netto):	3,57	11,00	11,55
wartość pozycji (zł netto):	1 963 500,00	6 050 000,00	6 354 857,14

TER nr 8 - Estetyka - poz. nr 3.3 - „Zbieranie zanieczyszczeń z pasa drogowego”

	ZABERD SP. Z O. O.:	KOSZTORYS INWESTORSKI:	ŚREDNIA WSZYSTKICH OFERT:
cena jednostkowa (zł netto):	32,90	233,30	271,40
wartość pozycji (zł netto):	92 120,00	653 240,00	759 916,00

TER nr 8 - Estetyka - poz. nr 5.1 - „Neutralizacja nawierzchni zanieczyszczonych substancjami ropopochodnymi”

	ZABERD SP.ZO.O.:	KOSZTORYS INWESTORSKI:	ŚREDNIA WSZYSTKICH OFERT:
cena jednostkowa (zł netto):	1,88	21,50	6,06
wartość pozycji (zł netto):	188 000,00	2 150 000,00	605 857,14

TER nr 8 – Estetyka - poz. nr 5.3 – „Pozimowe oczyszczanie nawierzchni”

	ZABERD SP.ZO.O.:	KOSZTORYS INWESTORSKI:	ŚREDNIA WSZYSTKICH OFERT:
cena jednostkowa (zł netto):	188,00	633,30	730,68
wartość pozycji (zł netto):	263 200,00	886 620,00	1 022 954,00

TER nr 10a - Zimowe utrzymanie dróg - poz. nr 1 – „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieźnych (Materiał Zamawiającego)”

	ZABERD SP.ZO.O.:	KOSZTORYS INWESTORSKI:	ŚREDNIA WSZYSTKICH OFERT:
cena jednostkowa (zł netto):	3 000,00	4 865,00	6 598,01

wartość pozycji (zł netto):	240 000	389 200	527 840
-----------------------------	---------	---------	---------

15. Odwołujący wskazał kilkanaście wartości TER niższych od wynikających z kosztorysu inwestorskiego i średniej wszystkich ofert o nawet około 70 %:

Izba stwierdziła, co następuje.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe uregulowanie podyktowane jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego i odrębnymi przepisami. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Powszechnie przyjmuje się, że termin ten odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Ustawodawca nie doprecyzował również, w jakich sytuacjach - oprócz wskazówki zawartej w art. 224 ust. 2 Pzp - wydaje się, że mamy do czynienia z cechą ceny rażąco niskiej lub powstaje u Zamawiającego wątpliwość w tym zakresie.

Tutaj każda sytuacja winna być oceniana odrębnie z uwzględnieniem niedopuszczalności uznaniowości decyzji Zamawiającego pozbawiającej jego działania oparcia w przepisach.

Przywołane przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając Zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Izba wskazuje tutaj również, że art. 537 Ustawy w postępowaniu odwoławczym nakłada ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub istotnej części ceny lub kosztu na wykonawcę, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, w szczególności w sytuacji, gdy cena ani jej istotna część składowa nie wzbudziły żadnych wątpliwości zamawiającego.

Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może bowiem być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i poddaniu pod wątpliwość wybranych elementów oferty innego wykonawcy i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy.

Izba stwierdza, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie podniósł i nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu.

Nie wykazał, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnej części składowej jako nie budzących wątpliwości i nie wydających się rażąco niskimi w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp, ani tym bardziej uzasadniających ocenę ich jako niedających rękojmi wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Odwołanie sprowadzało się do zakwestionowania zasadności 4 z ponad 400 pozycji rozliczeniowych TER i wskazywało na możliwość innej od

dokonanej przez Przystępującego kalkulacji elementów rozliczeniowych kontraktu, kwestionując wybrane koszty składające się na cenę jednostkową. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę ofertową, że jest ona rażąco niska ani, że kwestionowane pozycje TER powinny budzić wątpliwości Zamawiającego jako wydające się zagrażać wykonaniu przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę. Nie wykazano również że kwestionowane pozycje TER stanowią istotną część ceny lub kosztu, co otwiera drogę możliwości ich kwestionowania i żądania ewentualnych wyjaśnień.

Izba stwierdza, że o istotności części ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust.1 Pzp przemawia jego wartość lub merytoryczne znaczenie danego elementu przedmiotu zamówienia warunkujące uzyskanie zamówienia lub osiągnięcie zasadniczego celu, w jakim zamówienie udzielono - tutaj również w kontekście ceny ofertowej. W ocenie Izby sam fakt oparcia rozliczenia kontraktu o ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego i faktyczne wykonania usług, nie jest wystarczający dla uznania ceny jednostkowej TER za istotną część składową ceny ofertowej. Logiczną konsekwencją rozliczenia kosztorysowego jest bowiem oparcie go o określone umową (tutaj wcześniej ofertą – TER) ceny jednostkowe, co nie czyni ich automatycznie istotną częścią składową ceny w rozumieniu Ustawy. Odwołujący nie wskazał zaś w odwołaniu innych (poza kalkulacją ceny w oparciu o ceny jednostkowe TER) przesłanek istotności zakwestionowanych cen jednostkowych TER. Izba na marginesie wskazuje, że nie jest nią, podniesiona na rozprawie, konsekwencja niezrealizowania danej wycenionej pozycji TER (która składa się na szerszą usługę np. utrzymania czystości (Estetyka) czy zabezpieczenie przed nawiewaniem lub usunięcie śniegu (Zimowe utrzymanie dróg)) i wiążących się z tym zagrożeń np. dla bezpieczeństwa ruchu drogowego. Ta okoliczność nie przesądza o charakterze ceny jednostkowej TER jako istotnej części ceny. Ryzyko wystąpienia takiego zdarzenia zabezpieczona jest odpowiedzialnością kontraktową stron na etapie realizacji. Konsekwencją złożoności usług składających się na TER oraz kosztorysowego rozliczania kontraktu jest to, że w zależności od stanu faktycznego i bieżących potrzeb konieczne może być realizowanie różnych usług danego TER a ich wycena nie ma znaczenia z punktu widzenia obowiązku ich wykonania każdorazowo na zlecenie Zamawiającego. Nie można też ustalić gradacji usług objętych pozycją jednostkową TER przyjmując, że to zakwestionowane odwołaniem są szczególnie istotne dla zrealizowania całości przedmiotu zamówienia albo, że cechą istotności mają wszystkie. Brak jest ku temu podstaw w SWZ (Odwołujący nie wskazał ani nie wykazał ich istnienia).

Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał fiskalnej istotności kwestionowanych pozycji TER, wpływu twierdzonego zaniżenia na realność wykonania zamówienia za cenę ofertową ani nierynkowości kwestionowanych elementów, podczas gdy Przystępujący przedstawił dowody wskazujące na błędność założeń Odwołującego i potwierdzające możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę i jej rynkowość, w tym również dowody na wysokość zakwestionowanych przez Odwołującego kosztów realizacji danej pozycji jednostkowej TER.

Wobec, tego, że Odwołujący nie wykazał, że 6 kwestionowanych pozycji TER stanowi istotną część ceny a dalej, że jest ona zaniżona w stopniu zagrażającym realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ lub odrębnymi przepisami i wydaje się rażąco niska, nie sposób uznać za skuteczne postawienie Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba w tym miejscu dodatkowo stwierdza, że dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, niekwestionowanym przez strony postępowania, że oceniając ofertę Przystępującego brał pod uwagę posiadane doświadczenie oraz możliwość odbiegania cen ofertowych, w tym cen jednostkowych TER, w dół lub w górę od ich wartości szacunkowych wobec:

- szacowania wartości zamówienia w oparciu o średnie dotychczasowe ceny z różnych rejonów (co może wiązać się ze zróżnicowaniem zakresów usług i stanów faktycznych wpływających na wycenę)

oraz

- dokonanej zmiany sposobu rozliczania kontraktów z dotychczasowego ryczałtowego na kosztorysowy, co ma bezpośredni wpływ sposób kalkulacji ceny związanej z rozłożeniem ryzyk realizacji kalkulowanych usług w ramach TER.

W ocenie Izby także kosztorysowy charakter rozliczenia, brak szczegółowego doregulowania zasad lub metody szacowania cen poszczególnych pozycji TER w SWZ i konieczność szacowania ryzyk dotyczących faktycznego zakresu realizacji pozycji jednostkowych danego TER uzasadniają zindywidualizowaną wycenę poszczególnych pozycji danego TER. Stąd też zróżnicowanie ich wartości w różnych ofertach.

Powyższe ustalenie stanowi dodatkowe uzasadnienie dla braku wątpliwości Zamawiającego, co do ceny ofertowej i cen jednostkowych Przystępującego, przesądzając w tym zakresie o braku cechy uznaniowości dokonanej oceny oferty.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego

czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

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

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

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie

.....