Sygn. akt: KIO 1982/25

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2025 r. przez wykonawcę **ZRD Orfin sp. k. z siedzibą w Radzionkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZRD Orfin sp. k. z siedzibą w Radzionkowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZRD Orfin sp. k. z siedzibą w Radzionkowie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 1982/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: *Bieżące utrzymanie nawierzchni rozbieralnych na terenie powiatu tarnogórskiego w ciągu dróg powiatowych*, nr postępowania DZP.08.23.04.2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2025 r. nr 2025/BZP 00203976.

W dniu 19 maja 2025 r. wykonawca ZRD Orfin sp. k. z siedzibą w Radzionkowie wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Marka Brdąkały prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.B. z siedzibą w Boronowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że wykonawca M.B. powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co najmniej w odniesieniu do poz. 1-4, 11-12, 18-19 oraz 34 formularza cenowego (tj. wypełnionego przedmiaru robót) sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ z uwagi na fakt, że zaoferowane przez wykonawcę Marka Brdąkałę w tych pozycjach ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co narusza art. 224 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 224 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy MB,

2.powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy MB, w trybie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty w odniesieniu co najmniej do poz. 1-4, 11-12, 18-19 oraz 34 formularza cenowego (tj. wypełnionego przedmiaru robót) sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ,

3.powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień RNC złożonych przez Wykonawcę MB.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę ZRD Orfin sp. k. z siedzibą w Radzionkowie Zamawiający pismem

z dnia 9 czerwca 2025 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

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

Zgodnie z art. 239 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, ze względu na to, że wykonawca M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.B. z siedzibą w Boronowie powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co najmniej w odniesieniu do poz. 1-4, 11-12, 18-19 oraz 34 formularza cenowego (tj. wypełnionego przedmiaru robót) sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ z uwagi na fakt, że zaoferowane przez wykonawcę M.B. w tych pozycjach ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż Odwołujący zarzuca, iż wykonawca M.B. w swoje ofercie w załączniku nr 2 (przedmiar robót) zaoferował w poz. 1-4 i 34 ceny jednostkowe netto poniżej kosztów robocizny oraz materiałów i sprzętu, zaś poz. 11-12, 18-19 zaoferował niższe ceny jednostkowe netto za świadczenia wymagające większych nakładów pracy, co ma potwierdzać kosztorys „Pozycje sporne nawierzchni TG", kosztorys „Pozycje sporne TG RMS" oraz zestawienie spornych cen z samą robocizną.

Izba zważa, iż koszty robocizny dla poz. 1-4 i 34 Odwołujący wyliczył w oparciu o minimalną stawkę dla województwa śląskiego wynikającą z publikatora Sekocenbud za I kwartał 2025 r., wskazując, iż dla poz. 1: Rozebranie nawierzchni z betonu asfaltowego gr. 4 cm – kwota wynosi 18,68 zł netto za m2, podczas gdy wykonawca M.B. zaoferował kwotę 2 zł netto; dla poz. 2: Rozebranie nawierzchni z płyt sześciokątnych gr. 15 cm – kwota wynosi 33,82 zł netto za m2, podczas gdy wykonawca M.B. zaoferował kwotę 5 zł netto; dla poz. 3: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 35x35x5 cm – kwota wynosi 17,48 zł netto za m2, podczas gdy wykonawca M.B. zaoferował kwotę 7 zł netto; dla poz. 4: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 50x50x7 cm – kwota wynosi 23,53 zł netto za m2, podczas gdy wykonawca M.B. zaoferował kwotę 5 zł netto, dla poz. 34: Ułożenie nawierzchni z płyt betonowych ażurowych grubości 10 cm – kwota wynosi 66,62 zł netto za m2, podczas gdy wykonawca M.B. zaoferował kwotę 15 zł netto.

Podobnie koszty robocizny oraz koszty materiałów i sprzętu (łącznie) dla poz. 1-4 i 34 Odwołujący wyliczył także w

oparciu o minimalną stawkę dla województwa śląskiego wynikającą z publikatora Sekocenbud za I kwartał 2025 r., wskazując, iż dla poz. 1: Rozebranie nawierzchni z betonu asfaltowego gr. 4 cm – kwota wynosi 44,60 zł netto za m2; dla poz. 2: Rozebranie nawierzchni z płyt sześciokątnych gr. 15 cm – kwota wynosi 71,41 zł netto za m2; dla poz. 3: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 35x35x5 cm – kwota wynosi 37,98 zł netto za m2; dla poz. 4: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 50x50x7 cm – kwota wynosi 47,44 zł netto za m2, dla poz. 34: Ułożenie nawierzchni z płyt betonowych ażurowych grubości 10 cm – kwota wynosi 256,44 zł netto za m2.

Izba zważa, iż Zamawiający w rozdziale V ust. 1 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest wykonywanie robót budowlanych związanych z bieżącym utrzymaniem nawierzchni rozbieralnych na terenie powiatu tarnogórskiego w ciągu dróg powiatowych w okresie 16 miesięcy od daty zawarcia umowy, z kolei w ust. 2 wskazał, iż roboty zlecane będą sukcesywnie, stosownie do bieżących potrzeb Zamawiającego, na podstawie wystawianych przez Zamawiającego pisemnych zleceń na poszczególne roboty z określeniem ich zakresu, miejsca, sposobu i terminu wykonania. Zlecenia rozliczane będą każdorazowo po ich wykonaniu, na podstawie obmiaru robót oraz cen jednostkowych określonych przez Wykonawcę w Przedmiarze Robót/Formularzu Cenowym, przy czym zlecenia te mogą być zarówno kompleksowe (tj. składające się z więcej niż jednego rodzaju robót spośród określonych w Formularzu Cenowym a podstawą ich rozliczenia będą ceny jednostkowe określone dla robót składających się na dane zlecenie) jak i pojedyncze (składające się wyłącznie z jednego rodzaju robót określone w Formularzu Cenowym a podstawą rozliczenia będzie cena jednostkowa dla tego rodzaju robót). Zlecenia cząstkowe w zależności od ich specyfiki mogą dotyczyć jezdni, placu, parkingu, itp.

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

Biorąc powyższe postanowienia SWZ i normę prawną ujętą w ww. przepisie, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że w ocenie Izby różnica cen wszystkich wykonawców w niniejszym postępowaniu w stosunku do całego przedmiotu zamówienia jest nieznaczna, w szczególności patrząc na cenę brutto Odwołującego w wysokości 999 313,50 zł i wykonawcy M.B. w wysokości 803 928,00 zł brutto.

Izba zwraca uwagę, że art. 224 ust.1 ustawy PZP odnosi się do sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (…..) oznacza, że cena zaoferowana przez wykonawcę lub istotne części składowe muszą być nierealne do wykonania przedmiotu zamówienia jako całości .

Podkreślenia wymaga, że kwestia istotności elementów składowych ceny, podlega ocenie w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, przedmiotowe pozycje wskazywane przez Odwołującego (poz. 1: Rozebranie nawierzchni z betonu asfaltowego gr. 4 cm, poz. 2: Rozebranie nawierzchni z płyt sześciokątnych gr. 15 cm, poz. 3: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 35x35x5 cm, poz. 4: Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych 50x50x7 cm, poz. 11: Rozebranie krawężnika betonowego 15x30 cm, poz. 12: Rozebranie krawężnika betonowego 20x30 cm, poz. 18: Ułożenie krawężnika betonowego 15x30 cm na ławie betonowej z oporem, poz. 19: Ułożenie krawężnika betonowego 20x30 cm na ławie betonowej z oporem, poz. 34: Ułożenie nawierzchni z płyt betonowych ażurowych grubości 10 cm), wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stanowią istotnego elementu cenotwórczego oferty w ramach przedmiotowego zamówienia. Poza tym, Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie wskazał wyraźnie i jednoznacznie, aby sporne pozycje miały stanowić elementy przedmiotowo istotne.

Należy bowiem podkreślić, że ww. pozycje nie stanowią samodzielnego przedmiotu zamówienia, ponieważ, jak zauważył Zamawiający „celem Zamawiającego nie jest sama rozbiórka, a wykonanie usługi całościowej obejmującej remont chodnika tj. rozbiórka i ułożenie nawierzchni chodnika".

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2022r. o sygn. akt KIO 548/22, w którym Izba wskazała, iż: „za istotne składniki ceny uznaje się 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. Będą to zatem elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości".

W ocenie Izby, w realiach niniejszej sprawy, rację ma Zamawiający, iż w przedmiotowym postępowaniu kluczowym asortymentem robót jest ułożenie nawierzchni z kostki brukowej betonowej (poz. 30 oraz 31), gdzie Zamawiający wskazał szacunkową ilość robót na poziomie 1500 m2. Tym samym, wskazywana przez Odwołującego poz. 34 przedmiaru robót dotycząca ułożenia nawierzchni z płyt betonowych ażurowych grubości 10 cm w szacowanej przez Zamawiającego ilości 100 m2, jest zdaniem Izby nieznaczna, wręcz marginalna, a w konsekwencji nie wpływa istotnie pod względem merytorycznym na wartość zamówienia. To samo dotyczy pozostałych spornych pozycji, których udział procentowy w całkowitej wartości oferty jest również nieznaczny. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, iż pozycje

dotyczące rozbiórek nawierzchni, jak i galanterii betonowej są komponentem pomocniczym robót głównych, których istotą jest wykonanie nowej nawierzchni z odpowiednim przygotowaniem podłoża, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W konsekwencji powyższego, Izba doszła do przekonania, że zakwestionowane pozycje mają nieznaczny wpływ na całkowitą wartość zamówienia, a łączna cena oferty wykonawcy M.B. nie wskazuje na brak możliwości należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że wykonawca M.B. nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe. W ocenie Izby przygotowane przez Odwołującego kosztorysy na podstawie publikatora Sekocenbud (jeden obejmujący robociznę, drugi robociznę oraz materiały i sprzęt) stanowią orientacyjne opracowania sporządzone przez Odwołującego i mogą być potraktowane jedynie jako stanowisko strony tego postępowania, nie jest natomiast dowodem, że ceny jednostkowe niższe wskazane przez wykonawcę M.B. w kwestionowanych pozycjach przez Odwołującego niż wynikające z obliczeń tegoż publikatora, bez uwzględnienia indywidualnych warunków wykonawcy M.B., jego zasobów i metody organizacji pracy, powinny budzić wątpliwości Zamawiającego uzasadniające wszczęcie procedury wyjaśniającej.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż również sam Odwołujący w swojej ofercie wskazuje w poz. 17: Ciecie piłą nawierzchni z betonu asfaltowego gr. 1 cm, cenę jednostkową netto na poziomie 2,00 zł za metr w porównaniu do ceny w wysokości 6,00 zł zaoferowanej przez wykonawcę M.B., to w ocenie Izby także i w tym przypadku można byłoby mówić o cenie nie pokrywającej koszty robocizny, czy też sprzętu, patrząc przez pryzmat argumentacji Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zdaniem Izby, gdyby uznać rozumowanie Odwołującego za prawidłowe, to oznaczałoby, że również ta pozycja miałaby stanowić element przedmiotowo istotny.

W dalszej kolejności, Izba zważa, iż z dowodu przedłożonego przez Zamawiającego w postaci kalkulacji wykonania 10 m2 chodnika zawierającej wykonanie następujących czynności: rozbiórki istniejącego krawężnika i obrzeża betonowego, rozbiórki istniejącej nawierzchni z mieszanek mineralno bitumicznych gr. 4 cm, cięcie piłą nawierzchni na gł. 8 cm, ułożenie nowej nawierzchni chodnika oraz nowych krawężników i obrzeży, odtworzenie nawierzchni jezdni wzdłuż krawężnika oraz w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu wynika, iż oferta wykonawcy M.B. jest jedynie o 16% niższa niż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert i tym samym nie odbiegała rażąco od poziomu rynkowego. Jednakże, co istotne, zakwestionowane ceny jednostkowe (np. rozbiórki nawierzchni, rozbiórki krawężników) nie determinują istotnie poziomu całkowitej ceny oferty, a w konsekwencji w ocenie Izby, Zamawiający nie musiał wzywać wykonawcę M.B. do wyjaśnień cen jednostkowych, a także nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Poza tym wskazywanie przez Odwołującego na rozprawie, że kalkulacja Zamawiającego „nie uwzględnia wywozu i utylizacji", to w ocenie Izby należy zauważyć, że nie stanowią one elementów przedmiotowo istotnych, lecz mają one charakter pomocniczy w stosunku do ułożenia nowej nawierzchni. Co istotne, Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wskazał jednoznacznie, że miałyby one stanowić elementy przedmiotowo istotne.

Nadto Izba zważa, iż Zamawiający w § 3 ust. 6 PPU, stanowiący załącznik nr 5 do SWZ Zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający może skorzystać z ograniczenia zakresów prac przewidzianych do realizacji w ramach Umowy w całości lub w części, w zależności od potrzeb", co w ocenie Izby samo to postanowienie powoduje, że w realiach niniejszej sprawy nie może być mowy o istotnych częściach składowych w pozycjach wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż nawet wskazanie w pozycji kosztorysowej jako ceny jednostkowej kwoty 0 zł (co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca), nie powodowałoby, iż cena ta jest nierealna, skutkująca niemożnością prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia jako całości, chyba że co innego wynikałoby z treści SWZ.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, dowody wniesione na posiedzeniu przez Odwołującego w postaci kosztorysów odnoszących się do poz. 1-4 i 34 oraz dowód w postaci „wartości szacunkowej" nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Poza tym, twierdzenia Odwołującego, iż w poz. 1 Zamawiający nie doszacował cenę jednostkową netto, bowiem nie uwzględnia „wywozu i utylizacji", są twierdzeniami, które nie były w ogóle podnoszone w treści odwołania.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, zarzut ten jest niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….