

**WYROK**  
**z dnia 10 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2019 r. przez wykonawcę A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Akademia Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Rzecznawcy Ogólnopolskie Centrum Pomocy Po Wypadkach i Kolizjach WINDICAR A. K. z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, przy udziale wykonawcy Inżyniera Lądowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Akademia Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Rzecznawcy Ogólnopolskie Centrum Pomocy Po Wypadkach i Kolizjach WINDICAR A. K. z siedzibą w Szczecinie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100 groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Akademia Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Rzecznawcy Ogólnopolskie Centrum Pomocy Po Wypadkach i Kolizjach WINDICAR A. K. z siedzibą w

Szczecinie na rzecz Zamawiającego: Gminy Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie kwotę 4 187,70 zł (słownie: cztery tysiące sto osiemdziesiąt siedem złotych i 70/100 groszy) stanowiącą udokumentowane koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz podróży pełnomocnika w związku ze stawiennictwem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

.....

### **Uzasadnienie**

Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie (dalej Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie i utrzymanie czasowych organizacji ruchu w zakresie oznakowania pionowego i poziomego na ulicach miasta Szczecin w 2019 roku” (znak postępowania: DZP/O1/PN/2019) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2019 r. pod numerem 508870-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 14 marca 2019 r. wykonawca A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Akademia Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Rzeczoznawcy Ogólnopolskie Centrum Pomocy Po Wypadkach i Kolizjach WINDICAR A. K. z siedzibą w Szczecinie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór przez Zamawiającego oferty wykonawcy Inżyniera Łądowa Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej Przystępujący) i zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez jego niezastosowanie mimo zaistnienia ku temu przesłanek i nieodrzczenie oferty Przystępującego w sytuacji, gdy Przystępujący nie uniósł ciężaru dowodu wynikającego z tych przepisów i nie wykazał, że jego oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej,
4. art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzczenie przez Zamawiającego oferty Przystępującego, który nie udzielił rzetelnych, wyczerpujących i polegających na prawdzie wyjaśnień w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp, zaś dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami (oświadczeniami) wyłącznie potwierdzała, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny wszystkich ofert złożonych

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty,
  4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej przy odrzuceniu oferty Przystępującego i wykluczeniu Przystępującego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (dalej OPZ) zawartym w SIWZ, ma być wykonanie i utrzymanie czasowych organizacji ruchu w zakresie oznakowania pionowego i poziomego na ulicach miasta Szczecin w 2019 roku, w szczególności: wprowadzanie i utrzymanie czasowych organizacji ruchu w zakresie oznakowania pionowego oraz poziomego w granicach administracyjnych miasta Szczecina. Powyższe prace wykonywane mają być zarówno z materiału Wykonawcy jak również z materiału Zamawiającego (magazynowanego) i polegają głównie na (1) montażu, (2) utrzymaniu i (3) demontażu znaków na podstawach drogowych, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, odblaskowych taśm prefabrykowanych czy obsłudze malowarek, sprzężarek, samochodów skrzyniowych, agregatów, itp. sprzętu niezbędnego do wprowadzania i utrzymania oznakowania czasowego. W SIWZ dla zadania na rok 2019 (podobnie jak w roku 2017, gdy w wykonawcą zadania był Przystępujący, jak i w roku 2018, gdy wykonawcą był Odwołujący) Zamawiający przyjął kosztorysowo-ryczałtowy sposób rozliczeń z wykonawcą, to jest załączył do SIWZ jako wzór na potrzebę obliczenia ceny oferty przedmiar robót - załącznik 1a w formie arkusza kalkulacyjnego. Wykonawcy mieli wypełnić go tak, by wskazywał ceny jednostkowe dla poszczególnych elementów zadania. Kosztorys nie miał rubryk dotyczących kosztów pośrednich (ubezpieczenia, utrzymanie biura, placów składowych, wynagrodzenia, leasing, zakup materiałów, sprzętu, amortyzacja pojazdów, naprawy pojazdów etc.), w związku z powyższym kalkulacja poszczególnych elementów kosztorysu uwzględniać musiała wszystkie koszty dla wskazanej pozycji, w tym pośrednie, również wykraczające poza czasowy charakter wykonania zadania. Wykonanie umowy polegać ma na tym, że w toku roku kalendarzowego Zamawiający będzie zwracał się do wyłonionego wykonawcy o zorganizowanie czasowej organizacji ruchu na potrzeby - głównie - cyklicznych wydarzeń odbywających się w granicach administracyjnych miasta Szczecina. Co do zasady rocznie odbywają się trzy „duże” wydarzenia, to jest: Dni Morza, Międzynarodowe Pokazy Pirotechniczne Pyromagic oraz organizowana jest tymczasowa organizacja ruchu w okresie Dnia Wszystkich Świętych i Dnia Zadusznego. Poza tym miejsce ma 4-6 średniej wielkości wydarzeń stałych (Sylwester, majówka, jarmarki świąteczne, turniej tenisa PeKaO Open, obchody Święta Niepodległości, Jarmark

Jakubowy), czy też wydarzenia niniejsze np. Spotkania Organizacji Pozarządowych Pod Platanami. Ostateczne rozliczenie każdego z wymienionych wydarzeń nastąpić ma w wykonaniu umowy, będącej osią również niniejszego postępowania, w taki sposób, że wykonawca w kosztorysie powykonawczym wskaże, ile elementów oznakowania czasowego np. znaków drogowych, słupów, barier i z jakiego źródła (z dwóch dopuszczalnych — z materiałów Zamawiającego i własnych) zamontował, ile metrów kwadratowych oznakowania poziomego z jakiego materiału zużył, a następnie - ile czasu (dób) daną jednostkę utrzymywał, wreszcie - ile elementów zdemontował. W tabeli dołączanej do SIWZ (obmiar robót) znajdował się szacunkowy obmiar poszczególnych elementów i na tej podstawie zapewne została szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia. W żadnych z poprzednich lat Zamawiający nie wydał na wykonanie umowy dokładnej kwoty wskazanej jako cena ofertowa zwycięskiego oferenta, bowiem z uwagi na dynamikę wykonania zamówienia (np. w 2018 bardziej skomplikowane i o szerszym zakresie okazało się organizowanie Świąta Niepodległości, czy też powstała potrzeba dodatkowej, skomplikowanej organizacji ruchu w związku z odsłonięciem w obecności najwyższych urzędników państwowych pomnika Lecha Kaczyńskiego) ilość wydarzeń była zmienna, zaś w każdym wydarzeniu niezbędna jest pewna ilość np. znaków drogowych pochodzących z dwóch dopuszczalnych źródeł, zatem wybór „kompletu” pozycji z obmiaru zależy od wielkości wydarzenia i potrzeb Zamawiającego oraz obowiązujących przepisów prawa. Kalkulacja poszczególnych pozycji kosztorysu załączanego do oferty sprowadzała się zatem, przy znajomości specyfiki wykonywanego zadania publicznego, do oszacowania wszelkich kosztów w taki sposób, by ekonomicznie opłacalne było organizowanie poszczególnych wydarzeń przy uwzględnieniu rzeczywistych kosztów poszczególnych elementów zadania. Odwołujący wskazał, że sporządził symulację wartości poszczególnych wydarzeń w ujęciu:

1. wydarzenie duże (Dni Morza),
2. średnie (Jarmark Jakubowy),
3. małe (Pod Platanami),

na podstawie rzeczywistych kosztorysów powykonawczych przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującemu do rozliczenia analogicznych zadań w roku 2018 z tym, że pozycje cenowe zostały wskazane w dwóch wariantach - wg cen Odwołującego i Przystępującego (ceny jak w 2019 roku z obu ofert). W uwagi na stały i znany zasięg wszystkich wydarzeń potrzebne do realizacji zadań będą podobne, jeśli nie takie same: zasoby, materiały, ilości godzin, przejazdów etc. i dopiero zestawienie konkretnych wydarzeń przy skalkulowaniu kosztów każdego z nich oddzielnie pozwoliło na wskazanie, czy oferowana w przetargu cena była ceną rynkową, czy też rażąco niską.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty. Po otwarciu ofert i ich analizie, w związku ze ziszczeniem się - odnośnie obu ofert - przesłanki z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp - oferowane ceny były niższe o 30 lub więcej procent od szacunkowej wartości zamówienia - Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 28 lutego 2019 roku do wykonawców z żądaniem udzielenia wyjaśnień. Wyjaśnienia Odwołującego bazowały wyłącznie na czynnikach znanych i mogących stanowić podstawę obliczeń ceny (542 430 zł) ofertowej na etapie składania ofert. Z uwagi na to, że Odwołujący wykonuje analogiczne jak przedmiot zamówienia roboty na dużą skalę (w zakresie obsługi organizacji ruchu w trakcie robót budowlanych na terenie województwa zachodniopomorskiego), posiada duże zapasy magazynowe (w tym związane z obsługą Zamawiającego w latach ubiegłych), zatem nie musiał, celem wykonania zamówienia, nabywać nowych materiałów, a jedynie konserwować i na bieżąco wymieniać te znajdujące się w jego zasobach. Wykonywanie usług dla Gminy Miasta Szczecin nie stanowiłoby procentowo dominującego zakresu ogółu usług świadczonych przez Odwołującego, obniżeniu wobec tego, zgodnie z efektem skali, doznałyby pośrednie koszty osobowe (obsługa biurowa, kadrowo-księgową), koszty składowania i magazynowania, gdyż jako koszty pośrednie rozkładają się na wiele czynności związanych z działalnością Odwołującego. Wobec specyfiki zadania publicznego nie było również potrzeby w kalkulowaniu w koszty wykonania zamówienia pełnych etatów pracowników, gdyż usługi mają charakter mniej regularny i nie wymagają zatrudnienia pełnoetatowego. Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie oferta złożona przez niego znajdowała się w zdroworozsądkowym przedziale pomiędzy wydatkami, a zyskiem z wykonania zamówienia, ale jednocześnie - nie istniały takie w niej elementy, które mogłyby zostać obniżone jeszcze bardziej w oparciu o analizę cen usług, materiałów czy robocizny. Zatem podanie ceny niższej niż oferowana przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie byłaby już ceną rynkową i nie gwarantowałaby zysku uzasadnionego ogromnym, skoncentrowanym na kilkanaście dni w roku, nakładem pracy. Cena oferty Odwołującego była nieznacznie niższa niż rok wcześniej (o ok. 27 000 zł), co wynikało z tego, że mimo wzrostu cen i kosztów pracy - Odwołujący zmienił organizację przedsiębiorstwa w wymiarze faktycznym i prawno-podatkowym, co zwiększyło jego konkurencyjność przy zachowaniu, a wręcz zwiększeniu jakości usług.

Przystępujący natomiast w żadnym zakresie nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił tego, że skalkulowana przez niego cena była ceną rynkową i z uwagi na lakoniczność wyjaśnień winne one być uznane za złożone wyłącznie celem złożenia jakiegokolwiek odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień tak, by nie zostało zatrzymane wadium - a nie w rzeczywistości przyświecającym ustawodawcy celu wprowadzenia instytucji wyjaśnień z art. 90 Pzp. Wyjaśnienia Przystępującego świadczyły o kalkulowaniu oferty na etapie

jej składania bez odniesienia do rzeczywistych kosztów wykonania zadania. Już w drugim akapicie wyjaśnień Przystępujący wdał się w swoistą polemikę z Zamawiającym odnośnie poszczególnych pozycji kosztorysowych i faktu ich usunięcia lub nieusunięcia w toku modyfikacji SIWZ i jej załączników przez Zamawiającego. Żaden z czynników wskazanych w wyjaśnieniach nie został wyjaśniony, zaś zestawienie tabelaryczne załączone do pisma Przystępującego stanowiło wyłącznie wykonany w sposób wybiórczy zestaw porównawczy poszczególnych pozycji cenowych Odwołującego i Przystępującego.

Mimo nieudzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego oferta Przystępującego nie została odrzucona, a wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania.

Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący w następujących po sobie latach, zapewniali czasową organizację ruchu dla wszystkich wydarzeń wskazanych:

#### I. Dni Morza

Dni Morza są wydarzeniem trwającym co do zasady pięć dób, dodatkowo konieczne są trzy doby je poprzedzające na zwiezenie sprzętu i ułożenie go celem przygotowania wydarzenia. Biorąc pod uwagę kosztorys powykonawczy zabezpieczenia organizacyjnego Dni Morza 2018 (kopia kosztorysu powykonawczego, na podstawie którego Zamawiający wypłacił Odwołującemu wynagrodzenie):

1. Odwołujący zaoferował wykonanie organizacji czasowej ruchu na Dni Morza za cenę 256 373,00 zł,
2. Przystępujący za cenę 105 929,82 zł.

Przyjmując stawki za roboczogodzinę wskazane przez Przystępującego (25 zł/h) przyjąć można szacunkowo, że:

- a) przy utrzymaniu: - pracownik otrzyma wynagrodzenie w wysokości 25 zł brutto za godzinę pracy w dzień (praca w porze nocnej i niedziele w realiach kodeksu pracy wynagradzana jest dodatkowo), - niezbędna będzie jedna, trzyosobowa brygada pracująca trzy razy po ok. dwie godziny – będzie miało miejsce około 15 wyjazdów, z czego 5 w porze nocnej, 10 w dzień, co daje koszty osobowe przy utrzymaniu organizacji - 2 500 zł brutto, - koszt piętnastu wyjazdów w obie strony biorąc pod uwagę rzeczywiste koszty eksploatacji obciążonych sprzętem pojazdów wyniesie 3600-4000 zł, zatem same koszty związane z poruszaniem się pracowników i ich wynagrodzeniem wyniesie 6 100 - 6 500 zł,
- b) przy montażu i demontażu: - koszt dowozu oznakowania na miejsce z kilku punktów - co zajmie 4 dni trzem brygadam składającym się z 3 osób każda, sam koszt roboczogodzin, bez uwzględnienia kosztów pojazdów - wyniesie ok. 7 200 zł, - montaż trzech rodzajów taśm wyniesie dla poszczególnych taśm wyniesie: taśma unieważnienia znaków - ok. 500 zł, taśma odblaskowa z prefabrykatu ok. 6500 zł,

taśma czerwono-biała personalizowana ok. 1500 zł, - najem samochodu ciężarowego z HDS oraz ciągnika siodłowego z naczepą ok. 9 000 zł, - woda do wypełnienia urządzeń (dociążenie) - 4 cysterny razem ok. 5 000 zł, - koszty osobowe przy montażu ok. 7 200 zł, - koszty dojazdów - kolejnych ok. 4 000 zł. Przy czym szacowane są wyżej wybrane elementy bez: kosztów zakupu/konserwacji posiadanych znaków drogowych, barier, stojaków, a także kosztów przywiezienia znaków z magazynu Zamawiającego, skręcenia znaków (średnio - 4 osoby skręcają znaki w czasie 3 dni roboczych). Wskazać przy tym należy, że podane kwoty są kwotami brutto, odjęciu podlega podatek VAT w wysokości 23% oraz podatek dochodowy - 19%.

Wynagrodzenie uzyskiwane za organizację wszystkich trzech dużych wydarzeń jest porównywalne, z przewagą wykonania organizacji czasowej ruchu z Okazji Wszystkich Świętych z uwagi na ilość lokalizacji i ich rozłożenie w przestrzeni miejskiej. Wyłoniony wykonawca zarobi zatem na trzech rozłożonych nierównomiernie w czasie wydarzeniach około 75 000 zł minus koszty pośrednie stałe.

#### II. Jarmark Jakubowy

Jarmark Jakubowy również jest wydarzeniem trwającym co do zasady pięć dób, jednakże wymaga mniejszego zaangażowania na etapie przygotowania i mniejszej ilości osób do obsługi. Biorąc pod uwagę kosztorys powykonawczy zabezpieczenia organizacyjnego Jarmarku 2018 (kopia kosztorysu powykonawczego, na podstawie którego Zamawiający wypłacił Odwołującemu wynagrodzenie):

1. Odwołujący zaoferował wykonanie organizacji czasowej ruchu za cenę 38 326,30 zł,
2. Przystępujący za cenę 18 973,63 zł.

Różnica pomiędzy cenami przy tych samych obmiarach wynosi zatem 20 000 zł. Odwołujący oszacował, że zysk Przystępującego przy uwzględnieniu, że jego magazyn znajduje się po drugiej stronie Szczecina, wyniesie około 1 200 zł netto minus koszty pośrednie stałe. Wykonanie zadania będzie zatem całkowicie nieopłacalne i nieekonomiczne.

#### III. Pod Platanami

Pod Platanami są jednodniowym wydarzeniem zlokalizowanym w jednym miejscu, na błoniach pod Urzędem Miejskim. Kalkulując wg zasad j.w.:

1. Odwołujący zaoferował wykonanie organizacji czasowej ruchu za cenę 17 382,00 zł
2. Przystępujący za cenę 19 644,86 zł.

Różnica pomiędzy cenami przy tych samych obmiarach wyłącznie w przypadku tak niewielkiego wydarzenia jest niewielka. Nie są to natomiast wydarzenia kluczowe o charakterze wyraźnie cenotwórczym

W roku 2017 jedynym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia był



Przystępujący - złożył ofertę na kwotę zaledwie 351 618,61 zł, by następnie wskazać na wystąpienie rzekomej omyłki rachunkowej w kalkulacji, którą to argumentację Zamawiający, odrzucił i wezwał do złożenia analogicznych jak w obecnym postępowaniu wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp. W wyniku uznania, że Wykonawca wymogom ustawy nie sprostął, ofertę odrzucono jako rażąco niską - a była 100 000 złotych niższa niż proponowana obecnie. W kolejnym postępowaniu, w roku 2017, Przystępujący również będąc jedynym oferentem złożył ofertę na kwotę dwukrotnie wyższą - 694 143,04 zł i na taką kwotę została zawarta umowa z Zamawiającym. W 2018 roku w analogicznym postępowaniu ofertę złożyło dwóch wykonawców - Odwołujący na kwotę 569 747,50 zł oraz wyłoniony wykonawca na 699 680,10 zł. Od tamtej pory w gospodarce nie nastąpiły żadne zmiany pozwalające na zmniejszenie ceny ofertowej tego samego wykonawcy, posiadającego takie samo zaplecze techniczne (innego w wyjaśnieniach nie wskazał ani nawet nie sygnalizował), przy wzroście wynagrodzenia za pracę czy wzrostu płac ogólnie, wzroście inflacji, by uzasadnionym było złożenie oferty niższej o 275 000 złotych niż rok i dwa lata wcześniej w tym samym postępowaniu, przy jednoczesnym zaniechaniu wyjaśnień, co na tak znaczące obniżenie ceny wpłynęło.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Inżyniera Łądowa Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił wskazany wykonawca. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzuty naruszenia:**

1. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór przez Zamawiającego oferty Przystępującego i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty Przystępującego mimo zaistnienia ku temu przesłanek oraz w sytuacji, gdy nie wykazał on, że jego oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej,
4. art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Przystępującego, który nie udzielił należytych wyjaśnień w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp, mimo, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzała, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**nie potwierdziły się.**

Zgodnie z Wnioskiem o przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego powyżej 30 000 euro na „Wykonanie i utrzymanie czasowych organizacji ruchu w zakresie oznakowania pionowego i poziomego ulic miasta Szczecin w 2019 r.” z 11 grudnia 2018 r. Zamawiający ustalił wartość szacunkową dla podstawowego zakresu przedmiotu zamówienia na kwotę 774 900,00 zł brutto. Szacowanie wartości zostało dokonane 5 listopada 2018 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Zgodnie z opublikowaną 26 lutego 2019 r. Informacją z otwarcia ofert w postępowaniu oferty złożyli: Odwołujący (542 430,00 zł brutto) i Przystępujący (423 915,97 zł). W dniu otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia - 750 000 zł brutto. Wobec faktu, że cena obu ofert była niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia Zamawiający wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Skierowane do Odwołującego w dniu 28 lutego 2019 r. wezwanie brzmiało:

„W związku ze złożoną przez Państwa ofertą za cenę umowną brutto na kwotę: 423 915,97 zł, Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz we wzorze umowy, a w szczególności co do zaoferowanej przez Państwa ceny. Zaoferowana przez Państwa całkowita cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz.847 oraz z 2018 r. poz.650).

(W tym zakresie należy pamiętać iż żądania powinny być skonstruowane pod konkretne zamówienie. Nie należy „na ślepo” wpisywać wszystkich elementów wskazanych powyżej, ale wyłącznie te które rzeczywiście mogły mieć wpływ na cenę oferty. Zwracamy uwagę, iż katalog powyższy jest otwarty, i poza wskazanymi powyżej czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę, Zamawiający może żądać wyjaśnień w oparciu o inne czynniki (...).

W odpowiedzi, 4 marca 2019 r., Przystępujący wskazał m. in. „Odnosząc się do sposobu kalkulacji cen jednostkowych przyjętych w naszej ofercie oparliśmy się o nakłady rzeczowe wykazane w „katalogach nakładów rzeczowych — KNR” z zastosowaniem następujących wskaźników kalkulacji:

1. roboczogodzina — 25 PLN netto (zawierającej 5% zysku) — przy minimalnej stawce dla miasta Szczecin w IV kw. 2018 - według SEKOCENBUD — 15.50 PLN,
2. koszty ogólne 40 0/0, przy minimalnej wysokości tych kosztów ustalonych jak wyżej wynoszących 40%,
3. zakup materiałów wg cen producentów powiększonych o koszty transportu do Szczecina.

W związku z powyższym wskazuję, że mając na uwadze obniżenie wartości orientacyjnego obmiaru z kolumny nr 4 załącznika 1A składniki kosztów zostały skalkulowane przez naszą firmę w sposób prawidłowy i nie odbiegający w sposób rażący od cen rynkowych oraz od cen zaoferowanych przez naszą konkurencję. W szczególności wskazuję, że przyjęte do naszej kalkulacji koszty pracy są zdecydowanie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650).

Na poparcie tej tezy załączam tabelaryczne porównanie ofert wybranych cen jednostkowych według kompletów niezbędnego oznakowania pionowego, z którego wynika, że w większości przypadków ceny za komplet (np. znak, słupek, podstawy - koszty montażu i demontażu) zaoferowane przez naszą firmę są od cen zaproponowanych przez konkurencję. Wskazuję

również, że rozwiązania techniczne, oraz założenia projektu w złożonej ofercie nie odbiegają w żaden sposób od ogólnie przyjętych sposobów realizacji przedmiotu zamówienia (...)

Do wyjaśnień Przystępujący załączył analizę porównawczą cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego z własnej oferty oraz z oferty Odwołującego. W oparciu o tą analizę Przystępujący wykazał, że ceny jednostkowe jego oferty były zbliżone do analogicznych cen jednostkowych w ofercie Odwołującego. Istotna różnica wystąpiła w zakresie kosztów utrzymania elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego. W zakresie tym Przystępujący wyjaśnił: „Analiza konkurencyjnej oferty wskazuje natomiast całkowicie nieuzasadnione, drastyczne zawyżenie kosztów jednostkowych utrzymania elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego. Łączna kwota za jedną dobę utrzymania elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego zaproponowana przez konkurencję wynosi 124 842,00 PLN brutto, co przy założeniu jak wyżej daje łączną kwotę kosztów utrzymania elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego w wysokości 374 526,00 PLN brutto, całkowicie nieuzasadnioną zakresem przedmiotu zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający słusznie uznał wyjaśnienia Przystępującego za adekwatne do treści i zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień z 28 lutego 2019 r. Wezwanie miało charakter ogólnikowy, Zamawiający w praktyce przytoczył dyspozycję przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, więc zwrócił się o podanie podstawowych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny oferty Przystępującego. Odpowiedź Przystępującego w pełni korespondowała z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, zatem w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że Przystępujący nie wypełnił ciążącego na nim zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie przesłanki do odrzucenia oferty wskazane w przytoczonym przepisie nie zostały wypełnione w stosunku do oferty Przystępującego. Tym samym nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972, dalej: Rozporządzenie). Izba nie zasądziła kosztów postępowania odwoławczego w pełnej, wnioskowanej przez Zamawiającego kwocie, ze względu na fakt, że nie wszystkie koszty zostały przez Zamawiającego udokumentowane w sposób zgodny z § 3 pkt 2 rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,
- b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Do zamknięcia rozprawy Zamawiający przedłożył rachunki na łączną kwotę 4 187,70 zł. Pozostałe koszty wskazane przez Zamawiającego w zestawieniu kosztów, w wysokości 1 188,60 zł nie zostały udokumentowane w sposób zgodny z § 3 pkt 2 rozporządzenia.

.....